În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. 607 / C7 / 468
Data: 11.03.2024

Prin contestația nr. 506/16.02.2024 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 10006/19.02.2024, formulată de către (...)SRL, cu sediul în (...), înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ..., CUI ..., prin reprezentant împuternicit ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 827/09.02.2024 și a raportului procedurii nr. 824/09.02.2024, emise de către (...), cu sediul în localitatea (...), în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Execuție de lucrări la obiectivul: «Extindere canalizare menajera în (...), județul (...)»”, cod CPV 45232400-6 *Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale* (Rev. 2), se solicită anularea raportului procedurii nr. 824/09.02.2024 și a adresei nr. 827/ 09.02.2024, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

La data de 26.02.2024, (...), cu sediul în (...), înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ...., CUI ...., reprezentată legal de .... - administrator, formulează cerere de intervenție, înregistrată la CNSC cu nr. 12086/27.02.2024, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de (...)SRL ca neîntemeiată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care ofertanta (...)SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă în temeiul art. 135 alin. (5) și art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează faptul că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr. 338/17.01.2024, aceasta răspunzând în termen cu adresa nr. 171/23.01.2024, depunând documentele semnate electronic în SEAP.

În urma evaluării răspunsurilor la solicitările de clarificare, prin adresa nr. 827/09.02.2024, comisia de evaluare i-a indicat motivele de respingere, pe care le redă.

Contestatoare consideră că autoritatea contractantă în mod nejustificat a declarat oferta sa neconformă și câștigătoare oferta SC PRODEXIM SRL.

Subliniază faptul că în cadrul pieselor desenate se regăsește rețea de gaze naturale existente. Subcontractantul declarat (...) SRL, în cadrul contractului ar urma să execute lucrări de subtraversări de drumuri prin foraj orizontal dirijat. Având în vedere că pe amplasament există rețea de gaze naturale, la execuția subtraversărilor de drumuri prin foraj dirijat a rețelei de canalizare, aceasta are posibilitatea interceptării rețelei de gaz. Pentru acest motiv în cadrul acordului de subcontractare a fost menționat că (...) va executa lucrări de subtraversare gaze naturale.

În cadrul propunerii financiare la pagina 140 se regăsește centralizator financiar al obiectelor unde (...) SRL este denumit subcontractant 2 cu o valoare de 512.281,40 lei, valoare ce coincide cu execuția lucrărilor de subtraversare drum prin foraj orizontal.

Totodată, subliniază faptul că, dacă autoritatea contractantă a constatat ca subcontractantul (...) SRL nu îndeplinește capacitatea tehnică și profesională trebuia să-i solicite înlocuirea acestuia cu un alt subcontractant.

Sunt invocate prevederile art. 174 din ”OUG 98/2016”.

Prin urmare, susține că autoritatea contractanta a încălcat în mod flagrant principiul tratamentului egal, prin nesocotirea prevederilor legale și evaluarea ofertei, respectiv respingerea ofertei sale ca urmare a aplicării unor reguli de un formalism excesiv.

În susținerea afirmațiilor invocă jurisprudența europeană unde s-a reținut că, principiul egalității de tratament și principiul transparentei, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă, constituie, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive

Totodată, susține că autoritatea contractantă a încălcat și principiul proporționalității, prin decizia de respingere a ofertei sale, în condițiile în care au fost inserate în cadrul propunerii tehnice părți din caietul de sarcini, părți ce erau necesare a se introduce, astfel arătând concordanța dintre propunerea tehnică cu caietul de sarcini.

Astfel, consideră că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale este nelegală, reflectând, de asemenea, teoria excesului de putere incident în materia dreptului administrativ. Excesul de putere este definit prin art. 2 lit. n) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, ca fiind *exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege*. Mai mult, tot privitor la excesul de putere și încălcarea principiului proporționalității, o deosebită utilitate o prezintă aspectele reținute de Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg în Hotărârea din 10.12.2009, în cauza T- 195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva CE, pct. 56 și 57, care pot fi aplicate și în cazul de față.

De asemenea, contestatoarea susține că gravitatea încălcării principiilor în materia achizițiilor publice este dovedită inclusiv de sancțiunea severă prevăzută la art. 224 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 224 alin. (2) din același act normativ, respectiv amenda de la 5.000 lei la 30.000 lei.

Precizează că scopul legislației în materie este de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

Astfel, consideră că, în acord cu:

- principiul legalității, statuat de art. 1 alin. (5) din Constituția României, republicată,

- cu principiul bunei administrări, conform căruia autoritățile publice sunt datoare să își desfășoare activitatea în realizarea interesului general, cu un grad ridicat de profesionalism, în condiții de eficientă, eficacitate și economicitate a folosirii resurselor,

- precum și în acord cu principiul asumării răspunderii reglementat în Normele metodologice de aplicarea prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică, care, interpretat în sens pro activ și funcțional, presupune nu numai că autoritatea contractantă să își recunoască propriile decizii, ci și să conștientizeze și să își argumenteze luarea acestor decizii, comisia de evaluare avea obligația să verifice cu atenție toate elementele de care depinde admisibilitatea ofertelor, iar nu să aplice un formalism care intră în contradicție cu principiul bunei credințe.

În aceste condiții, autoritatea contractantă nu a depus toate diligentele pentru o evaluare corectă și a evaluat oferta sa într-o manieră

neobiectivă și incorectă, cu nerespectarea principiului tratamentului egal statuat la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016.

Subliniază faptul că, concludența sau neconcludența unui răspuns poate fi analizată strict prin raportare la: „cerințele publicate în documentația de atribuire”, respectiv întrebarea/solicitarea formulată de autoritatea contractantă.

În acest sens, menționează că documentația de atribuire necontestată este obligatorie nu doar pentru operatorii economici, ci și pentru autoritatea contractantă.

În punctul său de vedere nr. 1202/21.02.2024, înregistrat la CNSC cu nr. 10780/21.02.2024, autoritatea contractantă a solicitat Consiliului respingerea contestației ca nefondată învederând în motivare argumentele expuse în continuare.

În ceea ce privește primul motiv de respingere arată următoarele:

În fișa de date a achiziției la cap. III.1.3.a s-a impus ofertanților „obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși”.

În caietul de sarcini la cap. 2.3 s-a solicitat ca ofertanții să prezinte „organizarea activității grupului, asociați și subcontractanți, detaliind responsabilitățile și resursele membrilor grupului raportate la activitățile pe care urmează să le desfășoare fiecare dintre aceștia. Activitățile desfășurate de asociați și subcontractanți trebuie să fie separabile fizic și evidențiate conform acordurilor de asociere/subcontractare”.

În fișa de date a achiziției la cap. IV.4.2 s-a precizat ca propunerea financiară va cuprinde „(...) Centralizator pe stadiul fizic și valoric privind lucrările executate de asociați și subcontractanți. (...)”.

Conform acordului de subcontractare nr. 1923/25.10.2023, depus în cadrul ofertei, contestatoarea va subcontracta către (...) SRL lucrări de „**subtraversări cale ferată**”, lucrări ce reprezintă 2,13% din valoarea totală a ofertei.

La pagina 296 din propunerea tehnică, la cap. 2.3. „Organizarea activității grupului (...)” contestatoarea a precizat faptul că (...) SRL „va executa lucrările de **subtraversare rețele gaze naturale**”.

Având în vedere aceasta contradicție, comisia de evaluare i-a solicitat contestatoarei cu adresa nr. 6939/17.11.2023 să prezinte explicații/clarificări. În răspunsul oferit, contestatoarea a precizat că din cauza unei greșeli de tehnoredactare, în acordul de subcontractare s-a precizat că (...) SRL va executa lucrări de subtraversare cale ferată, prezentând totodată acordul de subcontractare corectat, conform căruia lucrările executate de (...) SRL sunt **lucrări de subtraversare rețele de gaze naturale**.

Conform centralizatorului cu lucrările executate de subcontractanți, prezentat în propunerea financiară, (...) SRL va executa lucrări în valoare

de 512.281,40 lei, reprezentând 2,12% din valoarea ofertei. Având în vedere faptul că, din acest centralizator nu rezultă concret lucrările executate de subcontractanți, comisia de evaluare i-a solicitat contestatoarei cu adresa nr. 7368/12.12.2023 să îl detalieze conform centralizatoarelor F2. Conform detalierii prezentate în răspunsul nr. 2397/13.12.2023, subcontractantul (...) SRL va executa în totalitate devizul „Subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m” în valoare de 512.281,40 lei.

Având în vedere faptul că documentele și clarificările prezentate conțin informații contradictorii, respectiv pe de o parte, în acordul de subcontractare corectat s-a precizat că se vor subcontracta lucrări de subtraversare de rețele de gaze naturale, iar pe de altă parte în centralizatorul din propunerea financiară rezultă că se vor subcontracta lucrări de subtraversare drum prin foraj orizontal, comisia de evaluare i-a mai solicitat încă o dată clarificări contestatoarei cu privire la lucrările ce urmează a fi executate de (...) SRL. În răspunsul prezentat contestatoarea a afirmat că „**în cazul în care la subtraversări de drumuri va întâlni rețele de gaze naturale, acestea vor fi executate de către subcontractantul (...) SRL**”.

Ca urmare a răspunsului primit, este evident faptul că „eroarea de tehnoredactare” invocată de către contestatoare în răspunsul nr. 2118/ 21.11.2023 la solicitarea de clarificări nu se încadrează în categoria viciilor de formă conform art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 întrucât corectarea acordului de subcontractare nr. 1923/25.10.2023 nu este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant, conform centralizatorului cu lucrările executate de subcontractanți, (...) SRL nu va executa lucrări de subtraversări rețele de gaze naturale ci subtraversări de drum prin foraj orizontal.

Răspunsul contestatoarei nu a fost considerat concludent de către comisia de evaluare întrucât aceasta nu a elucidat confuzia referitoare la partea din contract care va fi executată de subcontractant. Astfel cum rezultă din centralizatorul din propunerea financiara, **(...) SRL va executa în totalitate devizul „Subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m”** și nu doar lucrările de subtraversare a drumurilor pe a căror amplasament există rețea de gaze naturale astfel cum rezultă din răspunsul pe care l-a dat.

Din documentele prezentate rezultă în mod evident confuzia contestatoarei cu privire la lucrările subcontractate și de altfel la lucrările care fac obiectul acestui contract, din documente diferite reieșind informații diferite, respectiv subcontractarea lucrărilor de **subtraversare cale ferată**, **de rețele de gaze naturale**, **de drumuri** sau, astfel cum rezultă din cuprinsul contestației **„subtraversări de drumuri prin foraj**

dirijat a rețelei de canalizare”. Aceste inconsistențe nu reprezintă nicidecum erori de tehnoredactare sau vicii de formă astfel cum insinuează contestatoarea întrucât nu sunt susținute de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate, iar prevederile art. 135 din HG 395/2016 nu sunt aplicabile.

În ceea ce privește cei de-al doilea motiv de respingere arată următoarele:

În caietul de sarcini la cap. 2.2 s-a solicitat să se prezinte resursele de personal pe specialități de care ofertantul dispune pentru realizarea cantitativă a lucrărilor și modul de acces la acestea, iar la cap. 2.1 s-a solicitat prezentarea extraselor de manopera întocmite pe fiecare deviz F3 în parte, pe bază procedurilor tehnice de execuție, a cantităților de materiale, a normelor și consumurilor unitare proprii și a distanțelor reale de transport.

La cap. 2.3 din caietul de sarcini s-a solicitat să se detalieze responsabilitățile și resursele membrilor grupului raportate la activității pe care urmează sa le desfășoare fiecare dintre aceștia.

Având în vedere faptul ca în propunerea tehnică nu s-au prezentat resursele de personal ale subcontractanților, cu adresa nr. 6939/ 17.11.2023 comisia de evaluare i-a solicitat contestatoarei să prezinte aceste resurse. Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 2118/21.11.2023, detaliind resursele de personal cu care subcontractantul (...) SRL va participa la realizarea activităților care ii revin, respectiv „Muncitor deservire - 4 salariați și instalator - 6 salariați”.

Conform răspunsului nr. 2397/13.12.2023, subcontractantul (...) SRL va executa în totalitate devizul „Subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m”.

Conform extraselor de manoperă anexate răspunsului nr. 2118/ 21.11.2023, pentru activitatea subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m, sunt necesari și muncitori cu următoarele meserii: dulgher, sudor, montator conducte, săpător, muncitor necalificat.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că este evident faptul că resursele de personal ale subcontractantului (...) SRL sunt insuficiente în raport cu resursele necesare pentru realizarea lucrărilor pe care urmează să le execute, iar astfel cerința de la cap. 2.2 din caietul de sarcini nu este îndeplinită.

Având în vedere cele de mai sus, oferta contestatoarei este neconformă întrucât nu îndeplinește cerința caietului de sarcini de la cap. 2.2.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază faptul că ofertantul contestator nu a contestat acest motiv de respingere a ofertei, iar astfel singura concluzie care se poate trage este că motivul de respingere a

fost considerat întemeiat. Având în vedere faptul că termenul de contestații a expirat, o referire ulterioară la acest aspect trebuie considerată tardivă.

Susține că, afirmația contestatoarei potrivit căreia „autoritatea contractantă dacă a constatat ca subcontractantul (...) SRL nu îndeplinește capacitatea tehnică și profesională trebuia să ne solicite înlocuirea acestuia cu un alt subcontractant” denotă încă o dată confuzia în care se află contestatoarea, cerință neîndeplinită fiind o cerință a caietului de sarcini și nu o cerința referitoare la capacitatea tehnică și profesională. Conform fișei de date, singura cerință privind dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale este experiența similară. Prevederile art. 174 din Legea nr. 98/2016 la care se raportează contestatoarea nu sunt aplicabile în cazul de față întrucât acestea reglementează posibilitatea înlocuirii unui subcontractant în situația în care acesta nu îndeplinește cerințe referitoare la capacitatea tehnică și profesională impuse prin fișa de date a achiziției. În cazul în care nu este îndeplinită o cerință a caietului de sarcini, singura măsură pe care o poate lua comisia de evaluare este declararea ofertei ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

La data de 26.02.2024, (...) a formulat cerere de intervenție, înregistrată la CNSC cu nr. 12086/27.02.2024, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de (...)SRL ca neîntemeiată, prezentând argumentele expuse în continuare.

În ceea ce privește primul motiv de respingere al ofertei contestatoarei, intervenienta consideră că autoritatea contractantă nu a procedat corect deoarece a solicitat în mai multe rânduri clarificări pe același subiect, aspect care trebuie interpretat ca o încercare de favorizare a ofertantului contestator. În cele din urmă, autoritatea contractantă a înțeles că ofertantul contestator nu reușește să identifice lucrările necesare îndeplinirii contractului și nici ce tipuri de lucrări a subcontractat, astfel luând decizia de a respinge oferta contestatoarei.

În ceea ce privește al doilea motiv de respingere, consideră că ofertanta contestatoare nu-l mai poate contesta, întrucât ar fi tardiv.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 12827/29.02.2024, intervenienta a transmis dovada trimiterii cererii de intervenție către contestatoare în data de 27.02.2024.

Cu adresa nr. 12989/468/C7/01.03.2024, Consiliul a solicitat contestatoarei, ca urmare a punctului de vedere al achizitoarei, punct de vedere cu privire la excepția lipsei de interes a contestației, în condițiile în care oferta a fost respinsă din două motive, iar prin contestație s-au formulat critici doar în privința primului motiv de respingere a ofertei.

Acestei solicitări, societatea contestatoare i-a răspuns prin adresa nr. 660/04.03.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 13356/04.03.2024,

susținând că nu este lipsită de interes contestația sa, în condițiile în care a criticat ambele motive de respingere a ofertei, sens în care a prezentat argumente.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise de autoritatea contractantă fiind înregistrate la Consiliu cu nr. 11099/22.02.2024.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În vederea atribuirii contractului având ca obiect „Execuție de lucrări la obiectivul: «Extindere canalizare menajera în (...), județul (...)»”, cod CPV 45232400-6 *Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale* (Rev. 2), (...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1131899/27.09.2023.

Din informațiile anunțului de participare simplificat amintit, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care se atribuie este de 24.746.625,11 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „Prețul cel mai scăzut”, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită la 31.10.2023, ora 15:00.

Cu respectarea prevederilor art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, (...)S.R.L a făcut dovada constituirii cauțiunii corespunzătoare, în valoare de 88.000,00 lei, conform recipisei de consemnare nr. 209979136/1 emisă de CEC Bank SA – Sucursala Victoria, la data de 20.02.2024.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, (...) (ofertantă desemnată câștigătoare) a depus cererea de intervenție în interesul autorității contractante, înregistrată la emitent sub nr. 190/26.02.2024, iar la CNSC sub nr. 12086/27.02.2024, prin care a solicitat respingerea contestației formulate de societatea (...)SRL.

Cu privire la această cerere de intervenție transmisă prin mijloace electronice (e-mail), Consiliului și autorității contractante, la data de 26.02.2024, CNSC constată că aceasta a fost formulată cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu*

se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației"], în condițiile în care, așa cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de (...)SRL la data de 16.02.2024, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data 26.02.2024 (inclusiv), rezultând că cererea de intervenție transmisă Consiliului și autorității contractante la data de 26.02.2024 a fost formulată în cadrul termenului legal anterior calculat.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, oferta (...) se află pe locul 1 în clasamentul final, iar cererea sa privește respingerea contestației formulate de (...)SRL și menținerea deciziei autorității contractante referitoare la oferta sa, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție depusă de (...), astfel cum a fost formulată.

Cercetând cu întâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția lipsei de interes a contestatoarei, invocată indirect de autoritatea contractantă, după ce această excepție a fost pusă în discuția contestatoarei, Consiliul constată lipsa de temeinicie a acesteia.

S-a considerat că autoritatea contractantă a invocat indirect excepția lipsei de interes, în condițiile în care doar a susținut că autoarea contestației a formulat critici în referire la primul motiv de respingere din adresa de comunicare a rezultatului procedurii, nu și în privința celui de-al doilea motiv, fără să indice, în concret, că se referă la această excepție.

În soluționarea excepției, Consiliul a reținut că, prin adresa nr. 827/09.02.2024, care cuprinde rezultatul procedurii, s-au comunicat societății contestatoare două motive de respingere:

1. privind neconcordanțele constatate în ofertă în legătură cu categoriile de lucrări care se vor executa de către subcontractatul (...) SRL, cu aplicarea prevederilor art. 135 alin. (3) din Normele metodologice aprobate conform HG nr. 395/2016;
2. pentru neîndeplinirea cerinței caietului de sarcini, pct. 2.2, privind lipsa tuturor categoriilor de personal necesare subcontractantului (...) SRL, pentru execuția lucrărilor încredințate, cu aplicarea prevederilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice aprobate conform HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă a susținut în cadrul punctului de vedere că societatea contestatoare nu a criticat ambele motive de respingere a ofertei sale.

Totodată, Consiliul a reținut și explicațiile aduse de contestatoare prin adresa nr. 660/04.03.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 13356/04.03.2024, în referire la excepția lipsei de interes a contestației, respectiv: ”… **Primul motiv de respingere:**

Rugăm … Consiliu să constate că societatea noastră a depus o ofertă conformă și în concordanță cu documentația de atribuire.

Așa cum am detaliat și în cadrul contestației, subcontractantul declarat SC **(...) SRL va executa lucrări de subtraversare drum prin foraj dirijat**.

În cadrul propunerii tehnice au fost detaliate modul de execuție al acestor lucrări, iar în cadrul propunerii financiare la pagina 140 se regăsește centralizatorul financiar al obiectelor unde SC (...) SRL este denumit subcontractant 2 cu o valoare de 512.281,40 lei – valoare ce coincide cu **execuția lucrărilor de subtraversare drum prin foraj orizontal**.

Menționăm că în cadrul acordului de subcontractare a fost doar o greșeală de tehnoredactare, dar în cadrul propunerii financiare se regăsesc exact lucrările care le va executa SC (...) SRL, respectiv lucrări de subtraversare drum prin foraj dirijat.

Al doilea motiv de respingere:

Așa cum am arătat și în cadrul contestației, autoritatea contractantă dacă a constatat că subcontractantul SC (...) SRL nu îndeplinește capacitatea tehnică și profesională trebuia să ne solicite înlocuirea acestuia cu un alt subcontractant.

Astfel este aplicabilă OUG 98/2016 ARTICOLUL 174

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.”

Față de cele reținute, se constată că, pe de o parte, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii, cuprins în adresa nr. 827/09.02.2024 și în raportul procedurii nr. 824/09.02.2024, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, iar pe de altă parte, au fost formulate critici cu privire la ambele motive care au condus la respingerea ofertei sale.

În aceste condiții, fiind acceptate explicațiile contestatoarei din adresa nr. 660/04.03.2024, aduse cu privire atât la primul motiv de respingere a ofertei sale, cât și în privința celui de-al doilea motiv de

respingere, Consiliul determină că societatea contestatoare și-a demonstrat interesul contestației depuse.

Este de reținut că, în privința interesului demonstrat, prezintă relevanță prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *(1)* ***O persoană ca s consi vătăm*** *într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

Mai mult, sunt de interes și prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, care definesc *f)* ***persoană ca s consi vătăm*** *- orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

După respingerea excepției lipsei de interes a contestatoarei, trecând la soluționarea cauzei, se constată că aceasta privește rezultatul procedurii, respectiv respingerea ofertei depuse.

În acest sens, se reține că, prin adresa nr. 827/09.02.2024, care cuprinde rezultatul procedurii, s-au comunicat ofertantei (...)SRL motivele care au condus la respingerea ofertei depuse: ”**Oferta este respinsă conform HG 395/2016 art. 137 alin. 1.**

MOTIVAȚIE:

S-au solicitat clarificări cu adresa 338/17.01.2024. Ofertantul a răspuns în termen cu adresa nr. 171/23.01.2024, depunând documentele semnate electronic în SEAP. În urma evaluării răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a concluzionat următoarele:

„1. Datorită neconcordanțelor constatate, comisia de evaluare nu este lămurită asupra tipului lucrărilor care urmează a fi realizate de subcontractantul (...) SRL. S-a solicitat să se prezinte explicații/clarificări. Ofertantul a răspuns precizând că **în cazul în care la subtraversări de drumuri va întâlni rețele de gaze naturale, acestea vor fi executate de către subcontractantul (...) SRL**. Ofertantul a mai precizat că a recurs la această soluție deoarece în memoriul tehnic nu se face referire clară asupra localizării rețelei de gaze naturale, iar **în planșele puse la dispoziție se regăsesc rețele de gaze naturale**. Analizând răspunsul ofertantului se constată că potrivit centralizatorului cu lucrările executate de subcontractanți, atașat răspunsului nr. 2397/13.12.2023, **(...) SRL va executa lucrările aferente devizului „Subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m”**. Conform cap. 2.3 din caietul de sarcini „Activitățile desfășurate de

subcontractanți trebuie să fie separabile fizic și evidențiate conform acordurilor de subcontractare", iar conform cap. 3.2 „Activitățile de bază sunt categoriile de lucrări pe obiecte identificate în centralizatorul F2". **În centralizatorul F2 nu sunt cuprinse lucrări de subtraversări rețele de gaze și nici în devizul „Subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m" nu sunt cuprinse astfel de lucrări**. Conform acordului de subcontractare nr. 1923/25.10.2023 s-au subcontractat către (...) SRL lucrări de subtraversări cale ferată. Prin răspunsul nr. 2118/21.11.2023 la solicitarea de clarificări, s-a precizat că din cauza unei greșeli de tehnoredactare s-au precizat eronat lucrările subcontractate iar **(...) SRL va executa lucrări de subtraversări rețele de gaze naturale**, totodată prezentându-se acordul de subcontractare revizuit. Se constată că **eroarea de tehnoredactare invocată de către ofertant în răspunsul nr. 2118/21.11.2023 la solicitarea de clarificări nu se încadrează în categoria viciilor de formă** conform art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 întrucât corectarea acordului de subcontractare nr. 1923/25.10.2023 nu este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant, conform centralizatorului cu lucrările executate de subcontractanți, **(...) SRL nu va executa lucrări de subtraversări rețele de gaze naturale ci subtraversări de drum prin foraj orizontal**. **Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 135 alin. (3).**

Conform răspunsului nr. 2118/21.11.2023, (...) SRL dispune de 4 muncitori deservire și de 6 instalatori, **însă conform extrasului de manoperă, pentru activitatea subcontractată către (...) SRL - Subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m, sunt necesari și muncitori cu următoarele meserii: dulgher, sudor, montator conducte, săpător, muncitor necalificat**. Se constată că subcontractantul nu dispune de resursele de personal necesare execuției lucrărilor care îi sunt încredințate. **Răspunsul nu este concludent**. **Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 134 alin. (5). Oferta nu îndeplinește cerința de la cap. 2.2 din caietul de sarcini**. **Oferta este inacceptabila în temeiul HG 395/2016 art. 137 alin. 3 lit. a)**.

Vă informam ca, în urma evaluării, oferta declarata câștigătoare este cea depusa de (...) cu prețul de 24.203.272,64 lei și o durata de execuție de 24 de luni."

Totodată, din verificarea documentelor existente la dosarul cauzei, se constată că autoritatea contractantă a adresat ofertantei (...)SRL două solicitări de clarificări în referire la lucrările care se vor executa de subcontractantul declarat (...) SRL, prin adresele nr. 6939/17.11.2023 și 338/17.01.2024.

Astfel, prin adresa nr. 6939/17.11.2023, cu referire la lucrările executate de subcontractantul (...) SRL, s-au solicitat ofertantei (...)SRL, următoarele clarificări: "2. La pag. 296 din propunerea tehnică s-a precizat că (...) SRL va executa lucrări de **subtraversale rețele de gaze naturale**, însă conform acordului de subcontractare va executa **lucrări de**

subtraversare cale ferată. Se vor prezenta explicații/clarificări. 3. Se vor prezenta resursele de personal ale subcontractanților astfel cum s-a solicitat în caietul de sarcini la cap. 2.3”.

Acestei solicitări, prin adresa nr. 2118/21.11.2023, ofertanta i-a adus următoarele explicații: ”2. … Facem precizarea că din cauza unei greșeli de tehnoredactare, în acordul de subcontractare s-a precizat că SC (...) SRL va executa lucrări de subtraversare cale ferată. Anexăm acordul de subcontractare cu SC (...) SRL, în care se menționează că aceasta va executa **lucrări de subtraversare rețele de gaze naturale**. 3. …Prezentăm resursele de personal ale subcontractanților, astfel: Resursele de personal cu care va participa subcontractantul SC ELPROEX SA: Responsabil tehnic cu execuția (RTE), dom. 8.1 – ing. Bendoiu Cristian Florin; Electrician autorizat ANRE, IIIA, IIIB – ing. Gheorghiță Marcel; Electrician – 4 salariați; Muncitor deservire – 5 salariați. **Resursele de personal cu care va participa subcontractantul SC (...) SRL sunt**: Muncitor deservire – 4 salariați; Instalator – 6 salariați.” A fost depus acordul de subcontractare refăcut, având ca obiect categoriile de lucrări ”**subtraversări rețele de gaze naturale**”.

Raportat la răspunsurile prezentate, prin procesul – verbal 5 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. 7177/29.11.2023, autoritatea contractantă a reținut cu referire la oferta (...)SRL că răspunsurile sunt concludente, oferta fiind declarată admisibilă.

Ulterior, în etapa de evaluare a propunerii financiare, după ce a solicitat ofertantei centralizatorul lucrărilor executate de subcontractanții declarați, față de informațiile constatate (în centralizatorul lucrărilor executate de (...) SRL s-au indicat **lucrări de subtraversare drum 491 m**), prin adresa nr. 338/17.01.2024, autoritatea contractantă a revenit cu următoarea solicitare de clarificări: ”**PROPUNEREA FINANCIARĂ**: 1. Datorită neconcordanțelor constatate comisia de evaluare nu este lămurită asupra tipului lucrărilor care urmează a fi realizate de subcontractantul (...) SRL. **Se vor prezenta explicații/clarificări**”.

Acestei solicitări, prin adresa nr. 171/23.01.2024, ofertanta a adus următoarele precizări: ”**În cazul în care la subtraversări de drumuri vom întâlni rețele de gaze naturale acestea vor fi executate de către subcontractantul (...) SRL**. Am recurs la această soluție deoarece în memoriu tehnic nu se face referire clară asupra localizării rețelei de gaze naturale. În planșele puse la dispoziție se regăsesc rețele de gaze naturale.

Menționăm că prin documentele depuse nu modificăm și nu completăm oferta noastră inițială ci reprezintă doar clarificări la documentele deja existente, nefiind susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. (…)”.

Ulterior acestui răspuns, prin procesul – verbal 8 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, membrii comisiei de evaluare au considerat că se

impune respingerea ofertei depuse de (...)SRL, ca inacceptabilă, în temeiul art. 135 alin. (3) și art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, pentru cele două motive reținute și în raportul procedurii nr. 824/09.02.2024, precum și în adresa nr. 827/09.02.2024, reținută în paginile de mai sus.

Atât raportul procedurii nr. 824/09.02.2024, cât și adresa nr. 827/09.02.2024 sunt documente atacate de societatea contestatoare prin contestația în analiză.

Față de cele reținute, din verificarea informațiilor existente la dosarul cauzei transmis de autoritatea contractantă, se constată cu privire la primul motiv de respingere a ofertei (...)SRL, că a fost reținut în mod eronat.

Ca prim aspect, se constată că, deși a transmis contestatoarei două solicitări de clarificări în referire la categoriile de lucrări de subtraversare executate de subcontractantul declarat (...) SRL, prin adresele nr. 6939/17.11.2023 și 338/17.01.2024, autoritatea contractantă nu a lămurit acest aspect.

Astfel, prin primul răspuns, ofertanta a indicat faptul că, în cazul acordului de subcontractare a existat o greșeală de tehnoredactare, subcontractantul (...) SRL urmând să execute **lucrări de subtraversare rețele de gaze naturale,** astfel cum s-a precizat și în propunerea tehnică, la pag. 296.

Prin cel de-al doilea răspuns, raportat la informațiile din centralizatorul lucrărilor executate, din cadrul propunerii financiare, prin care s-a indicat că se vor executa **lucrări de subtraversare drum 491m**, ofertanta a indicat că subcontractantul (...) SRL va realiza **în cazul în care la subtraversări de drumuri se vor întâlni rețele de gaze naturale acestea vor fi executate de către subcontractantul (...) SRL.**

Având în vedere că aspectul privind lucrărilor de subtraversare executate de (...) SRL nu a fost clarificat în integralitate cu ofertanta (...)SRL, Consiliul consideră că se impune în acest sens o solicitare suplimentară, cu respectarea prevederilor art. 134 alin. (4) din Normele metodologice aprobate conform HG nr. 395/2016.

Conform art. 134 alin. (1) și (4) din Normele metodologice aprobate conform HG nr. 395/2016 *(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia. (…) (4)* ***Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către*** *candidat/****ofertant trebuie să*** ***fie clară şi să definească în mod***

explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

Astfel, s-ar impune ca achizitoarea să solicite ofertantei clarificarea informațiilor obținute din cele două adrese de clarificare, raportat la propunerea tehnică și la propunerea financiară, în condițiile în care ofertanta a indicat faptul că urmând să execute **lucrări de subtraversare rețele de gaze naturale** (prin propunerea tehnică și prin acordul de subcontractare refăcut), respectiv că se vor executa **lucrări de subtraversare drum 491m** (în centralizatorul din propunerea financiară) și că, **în cazul în care la subtraversări de drumuri se vor întâlni rețele de gaze naturale acestea vor fi executate de către subcontractantul (...) SRL** (prin adresa de răspuns nr. 171/23.01.2024).

Prin solicitarea de clarificare suplimentară, Consiliul consideră că se impune a se avea în vedere și susținerea societății contestatoare din contestație, potrivit căreia, ”**în cadrul piesele desenate se regăsește rețea de gaze naturale existente**. Subcontractantul declarat (...) SRL, în cadrul contractului **ar urma să execute lucrări de subtraversări de drumuri prin foraj orizontal dirijat** … pe amplasament există rețea de gaze naturale, **la execuția subtraversărilor de drumuri prin foraj dirijat a rețelei de canalizare, aceasta are posibilitatea interceptării rețelei de gaz**”.

Doar după ce clarifică acest aspect pe baza documentației de atribuire existente, achizitoarea poate să clarifice cu ofertanta și dacă valoarea din propunerea financiară reflectă valoarea lucrărilor de subtraversare necesar a fi executate de subcontractantul (...) SRL.

Este adevărat că ofertanta nu a prezentat informații concordante în propunerea tehnică față de cea financiară, dar doar aceste neconcordanțe nu pot conduce la respingerea unei oferte.

Doar în cazul în care ofertanta a avut în vedere existența incorectă a unor lucrări față de cele necesare, conform documentației de atribuire și/sau au fost în mod incorect evaluate, se poate concluziona că oferta este neconformă.

Pentru aceste motive, se consideră că, în mod eronat, oferta contestatoarei a fost respinsă din acest punct de vedere, critica societății contestatoare din acest punct de vedere fiind întemeiată.

Cât privește critica autoarei contestației față de cel de-al doilea motiv de respingere, se reține că acesta se referă la lipsa unor categorii de muncitori necesari pentru lucrările de subtraversare executate de subcontractantul (...) SRL.

În acest sens, prin adresa de comunicare a rezultatului nr. 827/09.02.2024, autoritatea contractantă a precizat următoarele: ” Conform răspunsului nr. 2118/21.11.2023, (...) SRL dispune de 4 muncitori

deservire și de 6 instalatori, **însă conform extrasului de manoperă, pentru activitatea subcontractată către (...) SRL - Subtraversare drum prin foraj orizontal - 491 m, sunt necesari și muncitori cu următoarele meserii: dulgher, sudor, montator conducte, săpător, muncitor necalificat**. Se constată că subcontractantul nu dispune de resursele de personal necesare execuției lucrărilor care îi sunt încredințate. **Răspunsul nu este concludent**. **Oferta este inacceptabilă în temeiul HG 395/2016 art. 134 alin. (5). Oferta nu îndeplinește cerința de la cap. 2.2 din caietul de sarcini**. **Oferta este inacceptabila în temeiul HG 395/2016 art. 137 alin. 3 lit. a)**."

Totodată, se reține că, prin caietul de sarcini, la pct. 2.2 și 2.3, s-a solicitat ofertanților "**Prezentarea resurselor de personal pe specialități de care ofertantul dispune pentru realizarea cantitativă a lucrărilor și modul de acces la acestea**" și s-au indicat următoarele: "**Organizarea activității grupului, asociați și subcontractanți (dacă este cazul)**, detaliind responsabilitățile și resursele membrilor grupului raportate la activitățile pe care urmează să le desfășoare fiecare dintre aceștia. Activitățile desfășurate de asociați și subcontractanți trebuie să fie separabile fizic și evidențiate conform acordurilor de asociere/subcontractare."

Având în vedere cerințele caietului de sarcini, mai sus reținute, se consideră că din cele impuse nu rezulta obligația deținerii la data de depunere a ofertei a tuturor categoriilor de personal muncitor necesar pentru realizarea lucrărilor de subtraversare de către (...) SRL.

Pe de altă parte, este de reținut că impunerea către subcontractant a unei cerințe cu referire la un anumit număr de personal muncitor, în condițiile în care acesta nu a fost indicat prin documentația de atribuire, ar fi o cerință nelegală, în contradicție cu prevederile legislației în materia achizițiilor publice.

O astfel de constatare este susținută și de faptul că, în lipsa unei cerințe explicite prin documentația de atribuire, care să impună un anumit număr de muncitori și anumite specialități, și nu doar **prezentarea resurselor pe specialități**, nu se poate obliga un subcontractant, precum (...) SRL, în discuție, să dispună de tot personalul necesar pentru execuția unei anumite categorii de lucrări, pe care s-a angajat că o va executa, cu atât mai mult cu cât, o parte din personalul necesar poate fi angajat doar în cazul în care i se va atribui contractul de achiziție publică în cauză.

Mai mult, în conformitate cu prevederile art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, *(4)* ***Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant****/candidat în ofertă sau solicitarea de participare,* ***dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși*** *pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit,* ***dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens****.*

Invocarea de către contestatoare a prevederilor art. 174 din Legea nr. 98/2016, nu poate fi reținută, nefiind incidente în cauză, în condițiile în care nu este în discuție neîndeplinirea unei cerințe de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, ci o cerință a caietului de sarcini.

Potrivit prevederilor invocate, *(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informaţii şi documente relevante referitoare la* ***capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși****, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv. (2) În cazul în care din informaţiile şi documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv,* ***autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus*** *şi* ***solicită ofertantului/****candidatului* ***o singură dată înlocuirea acestuia*** *şi* ***prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică şi profesională necesară*** ***pentru partea****/părțile* ***din contract pe care acesta urmează să o****/le* ***îndeplinească efectiv****.*

Pentru aceste motive, se consideră că respingerea ofertei depuse de (...)SRL a fost o măsură excesivă și disproporționată față de obiectul contractului, cu încălcarea prevederilor legale în materie, motiv pentru care se va dispune reevaluarea acestei oferte.

Astfel, conform prevederilor art. 26 alin. (2) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de (...)SRL, în contradictoriu cu (...), va anula procesul – verbal 8 și raportul procedurii nr. 824/09.02.2024, în partea care privește oferta contestatoarei, respectiv rezultatul procedurii, precum și comunicările privind rezultatul procedurii, transmise contestatoarei și ofertantei câștigătoare. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de (...)SRL, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite operatorilor economici implicați cu respectarea termenului legal prevăzut.

Pe cale de consecință, criticile contestatoarei fiind considerate întemeiate, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de (...).

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes a contestatoarei invocată de autoritatea contractantă (...).

Admite contestația depusă de (...)SRL, cu sediul în (...), în contradictoriu cu (...), cu sediul în localitatea (...) și anulează procesul – verbal 8 și raportul procedurii nr. 824/09.02.2024, în partea care privește oferta contestatoarei, respectiv rezultatul procedurii, precum și comunicările privind rezultatul procedurii, transmise contestatoarei și ofertantei câștigătoare.

Obligă (...) la reevaluarea ofertei depuse de (...)SRL, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare.

Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite operatorilor economici implicați cu respectarea termenului legal prevăzut.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de (...), cu sediul în (...)

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile.

Redactată în 5 exemplare originale, conține 18 pagini.