

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 2778/C1/2849, 2851

Data: 29.12.2022

Prin contestația nr. 122/18.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 56944/18.11.2022, formulată de SC SA în calitate de lider al asocierii formată din SC SA - SC SRL - SC SRL - SC SRL, cu sediul în, ..., ..., având cod unic de înregistrare, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal de director general, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/94782/08.11.2022, emisă de către autoritatea contractantă SA, cu sediul în, .., ..., în cadrul procedurii licitație deschisă fără etapa finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Elaborare Studiu de Fezabilitate: drum de mare viteză Domașnea - Caransebeș”, cod CPV 71241000-9, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 92/94782 din 08.11.2022 privind respingerea ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016;
- accesul la dosarul cauzei, implicit la oferta depusa de ofertantul declarat câștigător;
- admiterea contestației pentru motivele detaliate în cuprinsul contestației și dispunerea de măsuri de remediere constând în anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 24/14296 comunicat în SICAP în data 08.11.2022, respectiv: anularea referințelor din raportul procedurii prin care oferta depusa de asocieria SC SA este declarată respinsă ca neconformă și anularea secțiunii din raportul procedurii prin care oferta depusă de asocieria SC SRL - SRL- SC, este declarată admisă și clasată pe locul 1;
- reluarea evaluării ofertei declarate câștigătoare cât și constatarea faptului că oferta asocierii SC SA este admisibilă și calcularea punctajului aferent.

Prin contestația nr. 2519/15.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56966/18.11.2022, SC SRL în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SRL – SC SRL, cu sediul în, ..., județul, având cod unic de înregistrare RO ..., înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr. ..., formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 94779/08.11.2022, precum și împotriva raportului procedurii nr. 24/14296/08.11.2022, s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 94779/08.11.2022, precum și a raportului procedurii nr. 24/14296/08.11.2022 și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocierea declarată câștigătoare, raportat la cerințele documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare, prin prisma motivelor enunțate în contestație;
- obligarea autorității contractante la emiterea unui nou rezultat/raport al procedurii, în condițiile statuate prin decizia ce se va pronunța;
- accesul la dosarul cauzei.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2849/2022 și nr. 2851/2022 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC SA - SC SRL – SC SRL – SC SRL formulează contestația nr. 122/18.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 56944/18.11.2022, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/94782/08.11.2022, solicitând:

- anularea adresei nr. 92/94782 din 08.11.2022 privind respingerea ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016;
- accesul la dosarul cauzei, implicit la oferta depusă de ofertantul declarat câștigător;
- admiterea contestației pentru motivele detaliate în cuprinsul contestației și dispunerea de măsuri de remediere constând în anularea în parte a raportului procedurii de atribuire nr. 24/14296 comunicat în SICAP de în data de 08.11.2022, respectiv: anularea referințelor din raportul procedurii prin care oferta depusa de asocierea SC SA este declarată respinsă ca neconformă și anularea secțiunii din raportul procedurii prin care oferta depusă de asocierea SC SRL – SRL– SC, este declarată admisă și clasată pe locul 1;
- reluarea evaluării ofertei declarate câștigătoare cât și constatarea faptului că oferta asocierii SC SA este admisibilă și calcularea punctajului aferent.

În fapt, contestatorul arată că prin adresa nr. 92/94782/08.11.2022, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, respectiv decizia de a-i respinge ca neconforma oferta, deoarece a considerat nu s-a îndeplinit cerința de calificare, de a asigura disponibilitatea unui expert cheie pentru poziția de Specialist Geotehnică și Fundații.

Contestatorul susține că oferta sa cuprindea și nominalizarea unui asemenea expert respectiv, doamna expert care și-a asumat rolul respectiv în cadrul procedurii, prin semnarea Declarației de disponibilitate - Anexa nr. 2 la Formularul nr. 4.

Totodată, arată că în raportul procedurii nr. 24/14296 din 08.11.2022, se menționează faptul că oferta asocierii SC SRL – SRL- SC a fost clasată pe primul loc, în opinia sa, fiind în mod eronat declarată admisibilă.

În susținerea ofertei sale, contestatorul precizează următoarele:

Prin adresa nr. 24/10958 din 12.09.2022, autoritatea contractantă a solicitat clarificări referitoare la modalitatea în care este asigurată disponibilitatea expertului Specialist Geotehnica și Fundații nominalizat prin oferta, respectiv a doamnei despre care, prin aceeași solicitare de clarificare, autoritatea contractantă informează că această persoană „a fost declarată admisă la concursul organizat pentru ocuparea postului de inginer în cadrul serviciului Inginerie Geotehnică/ Departamentul Inginerie și Analiza Documentației/Direcția Tehnică Central”. SC SRL a răspuns prin adresa nr. OF111/ 15.09.2022, precizând următoarele:

- la data depunerii ofertei (19.07.2022) doamna era angajată pe perioadă nedeterminată a SC SRL, subcontractant nominalizat în cadrul ofertei; doamna a acceptat să participe ca expert în cadrul contractului, în cazul în care oferta ar fi declarată câștigătoare, conform declarației de disponibilitate din data de 15.07.2022, redactată în conformitate cu modelul din documentația de atribuire - Anexa nr. 2 la Formularul nr. 4;

- angajarea doamnei în cadrul a intervenit după data depunerii ofertei (19.07.2022), așa cum a informat autoritatea contractantă, respectiv la data de 08.08.2022;

- raportat la aceste circumstanțe, consideră că autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere faptul că schimbarea locului de muncă al doamnei expert este un eveniment aflat în afara controlului SC SA și că, în practică, pot interveni diverse modificări în ceea ce privește disponibilitatea personalului desemnat pentru executarea unui contract de achiziție publică, din cauza unor circumstanțe obiective, care nu se află sub controlul ofertantului și care sunt independente de voința acestuia, cum ar fi: demisia, boala, decesul etc.

- ofertanții au obligația să asigure disponibilitatea experților cheie la data depunerii ofertelor - ceea ce s-a îndeplinit prin depunerea declarației de disponibilitate semnată de doamna expert- și, ulterior, la data semnării contractului de achiziție publică și pe parcursul derulării acestui contract;

- modalitatea în care un operator economic asigură disponibilitatea experților (angajați sau contractați) include și înlocuirea acestora care este permisă atât de lege, cât și de contractele de achiziție publică, având în vedere că pretenția ca un expert să fie disponibil, indiferent de ce s-ar putea întâmpla în viața acestuia, pe întreaga durată de timp care ar curge între data depunerii ofertei la o licitație publică, data semnării contractului de achiziție publică și data la care ar înceta contractul de achiziție publică, este o cerință imposibilă; niciunul dintre operatorii economici neputând controla evenimentele viitoare care ar

interveni în ceea ce privește disponibilitatea unui om de a executa anumite activități;

- între momentul depunerii ofertei și momentul începerii activității, în cazul încheierii contractului de achiziție publică, pot interveni numeroase evenimente obiective care să atragă indisponibilitatea unui expert disponibil sau, dimpotrivă, încetarea situației care ar atrage, la un anumit moment, indisponibilitatea sa;

- modificarea situației expertului față de disponibilitatea declarată în cuprinsul Declarației de disponibilitate, publicată în cadrul

documentației de atribuire este reglementată în mod expres la punctul 3 din cuprinsul Declarației de disponibilitate, expertul angajându-se să informeze autoritatea contractantă în cazul în care oferta este declarată câștigătoare cu privire la modificarea situației acestuia.

Prin urmare, arată că inclusiv autoritatea contractantă la data publicării documentației de atribuire (și deci la elaborarea cerințelor de conformitate impuse ofertanților) a avut în vedere posibilitatea intervenirii unor modificări a disponibilității expertului și a inclus în modelul Declarației de disponibilitate publicat ca Anexa nr. 2 la Formularul nr. 4 acest scenariu al schimbării situației expertului care afectează disponibilitatea acestuia în proiect prin raportare la momentul declarării ofertei ca fiind câștigătoare. Autoritatea contractantă nu a precizat în nicio parte a documentației de atribuire că indisponibilitatea unui expert pe parcursul derulării procedurii de atribuire a contractului conduce la declararea ofertei ca neconformă.

Contestatorul menționează că asigurarea disponibilității expertului specialist în geotehnică și fundații a fost îndeplinită, iar la data la care oferta SC SA ar fi declarată câștigătoare, prezenta societate are dreptul legal să confirme această disponibilitate - dacă este posibil - sau să asigure disponibilitatea unui nou expert, înlocuind deci pe expertul propus și care nu mai poate asigura serviciile sale, dacă este cazul, cu un alt expert care să îndeplinească întocmai cerințele din documentația de atribuire.

Subliniază totodată că situația expertului mai sus menționat, a fost analizată de către autoritatea contractantă în alte două proceduri similare inițiate, în paralel, de către autoritatea contractantă, iar ofertele depuse de ofertanții care au nominalizat-o pe doamna în calitate de expert, au fost declarate conforme.

În consecință, apreciază că prin decizia de respingere ca neconformă a ofertei depuse, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 209 alin. (2), art. 2 alin. (2), lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește oferta declarată câștigătoare, contestatorul consideră că aceasta este inacceptabilă întrucât nu îndeplinește criteriul de calificare – cifra de afaceri anuală generală minimă, fiind astfel sub incidența art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Astfel, raportat la secțiunea III – Condiții de participare – cerința III.1.2 Capacitatea economică și financiară, contestatorul susține că a verificat pe internet informații privind asocierea declarată câștigătoare și din documentele consultate, rezultă că cifra de afaceri anuală generală pentru anii 2018, 2019, 2020 a societății italiene SRL este 3.464.418,09 lei.

Arată că potrivit fișei de date - secțiunea III - Condiții de Participare

- cerința de la III.1.2 „Capacitatea economica și financiară”, ofertanții erau obligați să demonstreze că au o cifră de afaceri anuală generală de minim 8.000.000 lei (pentru fiecare din exercițiile financiare ale anilor 2018, 2019, 2020), ceea ce se acceptă să fie demonstrat cumulând cifrele de afaceri anuale ale ofertanților care erau membrii unei asocieri ofertante, cât și cu susținerea din partea unui terț susținător, caz în care ar fi trebuit să fie completate corespunzător fiecărei situații informațiile

în DUAЕ și, evident, să fie depuse documentele solicitate conform documentației de atribuire.

Față de cele mai sus menționate, precizează că după emiterea raportului procedurii, prin adresa nr. OF153/09.11.2022 a solicitat autorității contractante accesul la dosarul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă răspunzând prin adresa nr. 92/95197/14.11.2022. În data de 15.11.2022, contestatorul s-a prezentat la sediul autorității contractante aceasta acordând acces limitat doar la o parte din documentația depusă de ceilalți ofertanți, invocând faptul că ofertanții și-au declarat confidențiale ofertele și că este incident articolul 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Autoritatea contractantă nu a pus la dispoziție formularele depuse de către ofertanți prin care aceștia indicau care sunt documentele și informațiile confidențiale și demonstau caracterul confidențial al acestora.

Menționează că în urma studierii documentației care i s-a pus la dispoziție, a constatat că asocierea declarată câștigătoare a declarat în DUAЕ inițial următoarele cifre de afaceri pentru fiecare din cei 3 asociați care formează asocierea, care conține cifre de afaceri anuale eronate ale societății italiene SRL

În acest sens, arată că cifrele de afaceri indicate pentru societatea italiana SRL nu corespundeau cu informațiile obținute de SC SA de la autoritățile italiene și, pe de altă parte, chiar prin completarea altor informații, cifrele de afaceri cumulate ale celor 3 asociați pentru fiecare din anii 2018 și 2019 nu corespundeau cerinței minime privind acest indicator.

De asemenea, menționează că în procesele Verbale de evaluare/analiza DUAЕ nu există referiri la vreo solicitare de clarificare către asocierea declarată câștigătoare cu privire la modul de îndeplinire a cerinței de calificare privind cifra de afaceri.

În vederea verificării datelor declarate în DUAЕ, asocierea declarată câștigătoare a depus inițial numai traducerea autorizată în limba română a bilanțurilor anuale ale societății italiene SRL pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind cifrele de afaceri anuale. Prin adresa nr 24/14162, autoritatea contractantă a solicitat o clarificare în privința cifrelor de afaceri anuale ale societății italiene SRL care erau declarate în ron, însă în traducerea autorizată în limba română a bilanțurilor anuale ale societății italiene se menționa că sumele în cauză sunt exprimate în euro. Prin răspunsul la clarificare transmis cu adresa nr. 595/07.11.2022 asocierea declarată câștigătoare a revizuit DUAЕ și a clarificat în sensul că sumele menționate în DUAЕ depus inițial sunt în euro, astfel că a făcut conversia în ron la cursurile de schimb indicate de autoritatea contractantă în fisa de date - secțiunea III - Condiții de Participare - cerința III. 1.2 „Capacitatea economică și

financiara” declarând că cifra de afaceri anuală generală pentru anii 2018, 2019, 2020 a societății italiene SRL este după cum urmează:

Cifra de afaceri anuală generală pentru anul 2018: Echivalent lei calculat conform prevederilor din fișa de date: 19.387.300,02 ron.

Cifra de afaceri anuală generală pentru anul 2019: Echivalent lei calculat conform prevederilor din fișa de date: 14.925.177,97 ron.

Cifra de afaceri anuală generală pentru anul 2020: Echivalent lei calculat conform prevederilor din fișa de date: 17.736.151,04 ron.

Astfel, susține că efectuând conversia în euro a cifrelor de mai sus, prin aplicarea cursurilor de schimb indicate în fișa de date, s-a constatat că față de DUAЕ depus inițial, au rezultat următoarele cifre de afaceri anuale ale societății italiene SRL:

Cifra de afaceri anuală generală pentru anul 2018: Echivalent lei calculat conform prevederilor din fișa de date: 4.166.176,00 euro.

Cifra de afaceri anuală generală pentru anul 2019: Echivalent lei calculat conform prevederilor din fișa de date: 3.145.321,16 euro.

Cifra de afaceri anuală generală pentru anul 2020: Echivalent lei calculat conform prevederilor din fișa de date: 3.666.691,00 euro.

Față de cele mai sus relatate, contestatorul precizează că din această conversie rezultă că asocierea declarată câștigătoare a completat în mod eronat DUAЕ-ul inițial, încurcând între ele cifrele de afaceri aferente anilor 2019 și 2020 și cu o eroare în cazul unei cifre: 9.145.321,16 euro în loc de 3.145.321,16 euro.

De asemenea, arată că raportat la cele mai sus menționate, a efectuat o verificare simplă, pornind de la premisa că, de exemplu, cifra de afaceri aferentă anului 2018, respectiv valoarea de 4.166.176,00 este de fapt deja echivalentul în lei al unei sume în euro, astfel că, făcând conversia lei/ euro, se constată că echivalentul sumei 4.166.176,00 lei, în euro la cursul de 1 euro = 4,6535 lei, devine 895.277,96 euro. Această valoare (895.278) se regăsește în bilanțul societății italiene pentru anii 2018-2019 la anul 2018, linia „Total valoare producție”, sub linia „Venituri din vânzări și producție” unde se regăsește valoare de 440,326.00 (euro), cea identificată în documentele primite de la autoritățile italiene ca fiind valoarea reală a cifrei de afaceri în euro pentru anul 2018, deoarece cifra de afaceri netă ce trebuie inclusă în DUAЕ nu conține și alte valori precum „modificarea stocurilor producției în curs”; „variații ale lucrărilor în curs de comandă(...)”.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a finalizat în mod corespunzător evaluarea ofertei declarate câștigătoare, astfel încât se impune anularea acestui raport și reluarea evaluării prin verificarea modului de îndeplinire a tuturor cerințelor de calificare solicitate prin fișa de date și reflectarea modului de îndeplinire în înscrisurile aferente; din raportul procedurii nu rezultă dacă comisia de evaluare a verificat îndeplinirea acestei cerințe.

Menționează de asemenea că asocierea declarată câștigătoare nu îndeplinește cerința minimă privind cifra anuală de afaceri de cel puțin 8.000.000 lei pentru fiecare din exercițiile financiare ale celor 3 ani de referință, așa cum a fost impusă de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

SC SRL lider al asocierii SC SRL – SC SRL – SC SRL formulează contestația nr. 2519/15.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56966/ 18.11.2022, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 94779/08.11.2022, precum și împotriva raportului procedurii nr. 24/14296/08.11.2022, solicitând:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 94779/08.11.2022, precum și a raportului procedurii nr. 24/14296/08.11.2022 și a tuturor actelor subsecvente;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocierea declarată câștigătoare, raportat la cerințele documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare, prin prisma motivelor enunțate în contestație;
- obligarea autorității contractante la emiterea unui nou rezultat/raport al procedurii, în condițiile statuate prin decizia ce se va pronunța;
- accesul la dosarul cauzei.

În fapt, SC SRL precizează că prin adresa nr. 94779/08.11.2022, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, împreună cu raportul procedurii nr. 24/14296/08.11.2022, prin care s-a adus la cunoștință faptul că oferta depusă a fost declarată admisibilă iar, în urma aplicării criteriului de atribuire, a fost clasată pe locul II, cu punctaj total de 92,13 puncte, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de asocierea SC SRL – SRL– SC cu un punctaj de 100 puncte.

Arată că prin adresa nr. 2500/11.11.2022 a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice, aceasta comunicându-i adresa nr. 92/96343/16.11.2022, potrivit căreia că nu poate acorda accesul la documentele declarate de ceilalți ofertanți ca fiind confidențiale și nici la documentele emise de comisia de evaluare care preiau date declarate confidențiale de către ofertanți, la propuneri tehnice și financiare și corespondența pe marginea acestora, la grile de evaluare a propunerii tehnice și la părțile din procesele verbale de evaluare care vizează aspect de natură tehnică și financiară.

În ceea ce privește interesul în formularea prezentei contestații, SC SRL precizează că a depus o ofertă conformă și admisibilă dar, în urma evaluării, comisia de evaluare a dispus declararea acesteia ca fiind admisibilă, dar clasată pe locul 2, având astfel calitatea de persoană vătămată și interes legitim, în sensul art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 8 alin. (1) și art. (3) alin. (1), lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, în ceea ce privește caracterul inacceptabil al ofertei declarate câștigătoare, contestatorul consideră că, raportat la prevederile fișei de date a achiziției, subcapitolul III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, aceasta nu a prezentat documente justificative din care să reiasă că îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară.

În acest sens, arată că unele dintre documente nu sunt emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar, nu dovedesc aducerea la bun sfârșit a serviciilor sau nu cuprind toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică.

De asemenea, din documentele transmise nu reiese clasa tehnică a lucrărilor executate pentru a putea verifica dacă experiența invocată este similară celei necesare pentru prestarea serviciilor ce fac obiectul procedurii, respectiv dacă se încadrează cel puțin în clasa tehnică IV de complexitate conform prevederilor Ordinelor nr. 1295/2017 și 1296/2017 ale Ministrului Transporturilor, astfel cum a solicitat autoritatea contractantă în secțiunea III.I.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru

evaluarea respectării cerințelor menționate, Cerința 1 - Experiență similară.

În ceea ce privește neconformitatea ofertei declarate câștigătoare, invocând prevederile art. 133 din HG nr. 395/2016, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale anterior menționate, precum și cele ale art. 137 din HG nr. 395/2016 și ale art. 215 alin. (3) – (5) din Legea nr. 98/2016, realizând o evaluare superficială asupra ofertei declarate câștigătoare.

În opinia contestatorului, propunerea tehnică a ofertei declarate câștigătoare nu respectă cerințele minime din documentația, caietul de sarcini și/sau formularul nr. 4.

Astfel, raportat la prevederile secțiunii IV.4.1 din fișa de date a achiziției și formularul nr. 4, precum și la prevederile raportului procedurii, rezultă că asocierea declarată câștigătoare, a declarat subcontractanți următorii operatori economici:

- SC SRL - pentru servicii de proiectare relocare/protejare utilități aferente obiectivului procedurii de achiziție publică;
- SC TTN PLANNING SRL - pentru elaborare studii de trafic;
- INSTITUTUL DE ARHEOLOGIE „Vasile Pârvan” - pentru investigații arheologice, evaluări teoretice, diagnostic arheologic intruziv;
- SC DANA VI SRL - pentru identificarea și eliberarea zonelor de muniții neexplodate;
- SC ECO AQUA DESIGN SRL - pentru elaborare studiu hidrologic și hidrolic;
- SC SRL - elaborare studii de geofizică și seismicitate;
- SRL - elaborare studii de mediu;
- SC SRL - Foraje geotehnice cu instalații mecanizate, studiu geotehnic, avize și acorduri specifice, ceea ce înseamnă că, în conformitate cu prevederile legislației în vigoare, pentru toate celelalte activități ar trebui să aibă capacitatea tehnico- profesională și implicit să dețină toate autorizațiile și agrementele prevăzute de lege în vederea executării contractului.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a verificat dacă operatorul economic clasat pe locul 1, deține prin asociați sau prin subcontractanții propuși toate autorizațiile și certificările necesare realizării tuturor activităților presupuse de obiectul achiziției.

În sensul de mai sus, arată că ofertantul clasat pe locul 1 nu a dovedit cu documente relevante că deține următoarele atestate/ autorizații/ personal autorizat:

- personal autorizat/ atestat pentru verificarea și expertizarea tehnică a proiectului conform HG nr. 925/1995, HG 907/2016 și a Ordinului MLPAT nr. 77/N/1996 în conformitate cu prevederile caietului

de sarcini, inclusiv verificarea studiului geotehnic de un verificador atestat pe domeniul Af (pag. 15 alin. 3);

- autorizare sau personal autorizat să elaboreze și să întocmească raportul de evaluare a terenurilor și imobilelor afectate de proiect;

- certificat de atestare și acreditare a laboratorului pentru elaborarea studiilor pedologice și agrochimice;

- personal calificat (expert achiziții) pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului de proiectare și execuție

lucrări/asistență tehnică acordată Beneficiarului în perioada derulării procedurilor de achiziție publică;

- autorizație și personal autorizat să elaboreze și realizare a serviciilor de proiectare treceri la nivel cu calea ferată și elaborare documentații pentru obținerea avizelor.

Totodată, contestatorul consideră că oferta declarată câștigătoare este neconformă și trebuia respinsă în baza prevederilor dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că ofertantul nu a dovedit că poate realiza în mod legal părți esențiale din obiectul contractului.

În sensul celor de mai sus, arată următoarele:

- a) Realizarea verificării și expertizarea tehnică a proiectului conform HG nr. 925/1995, HG 907/2016 și a Ordinului MLPAT nr. 77/N/1996 în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, inclusiv verificarea studiului geotehnic de un verificador atestat pe domeniul Af (pag. 8 și 20 din caietul de sarcini), solicitate prin documentația de atribuire, nu sunt asigurate de către ofertantul câștigător.

De asemenea, precizează că:

- ofertantul declarat câștigător nu face dovada realizării componentei din obiectul contractului reprezentând verificarea în mod legal; aceste documente trebuie să fie verificate de către un verificador de proiect atestat în domeniul/domeniile proiectelor/ lucrărilor aferente, altul decât cel care a întocmit documentația/proiectul tehnic supuse verificării tehnice;

- ofertantul nu a declarat nici un subcontractant care va realiza verificarea tehnică a documentației/proiectului, sens în care și-a asumat inclusiv această activitate. Raportat la modul de ofertare, acesta nu poate realiza în mod legal activitatea din cadrul obiectului contractului de verificare de proiect, deoarece se încalcă prevederile legale și se află în incompatibilitate;

- pentru a realiza aceasta activitate în mod legal, ofertanții aveau obligația de a asigura independența verficatorilor de proiecte prin subcontractarea acestei activități către o entitate care poate desfășura în mod legal verificarea proiectelor tehnice; în lipsa unei subcontractări a acestor activități ofertanții nu pot realiza în mod legal verificarea proiectului tehnic, sens în care propunerea tehnică întocmită este neconformă, iar aceste componente expres solicitate nu se pot realiza. Mai mult decât atât, aceasta componentă a documentației de atribuire nu a fost cotate în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

În susținere, invocă următoarele prevederi legale incidente: art. 3 lit. yy din Legea nr. 98/2016, art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, art. 1 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a

proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995, art. 4 și art. 6 din HG nr. 925/1995; art. 3, 1851 alin. (1), art. 1852 alin. (1) Cod civil; art. 6 și 8 din Legea nr. 71/2011; art. 13 și art. 26 din Legea nr. 10/1995.

Consideră de asemenea că nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor la momentul depunerii, încalcă cerințele documentației de atribuire, iar prin declararea ca admisibilă a ofertei declarate câștigătoare, încalcă principiul tratamentului egal, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității

contractante și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor - împreună cu costurile suplimentare aferente. Mai mult, oferta este inacceptabilă și ca urmare a faptului că prin nedeclararea ca subcontractor a entității ce urmează a efectua activitatea de verificare de proiect, aceasta entitate nu prezintă DUAE și declarațiile prevăzute de art. 59 - 60, 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. Prin neprezentarea acestor declarații nu se poate verifica un eventual conflict de interese dintre persoanele cu atribuții de conducere din aceasta entitate și persoanele cu atribuții de conducere de la nivelul autorității contractante.

b) Pregătirea documentației de atribuire a contractului de proiectare și execuție lucrări/ asistență tehnică acordată beneficiarului în perioada derulării procedurilor de achiziție publică

Potrivit prevederilor din caietul de sarcini la pagina 21 Capitolul: Asistența tehnică acordată beneficiarului pentru procedura de atribuire a proiectării și execuției lucrărilor și fișei de date pct. II.2.4 Descrierea achiziției publice, Prestatorul va pregăti documentația tehnică (parte integrantă a documentației de atribuire) aferentă contractului/lor de proiectare și execuție și va acorda asistență Beneficiarului, în termen de maxim 3 ani de la finalizarea Studiului de Fezabilitate - sub rezerva asigurării finanțării execuției obiectivului"; ofertantul nu a făcut dovada capacității profesionale de a realiza aceasta parte a contractului fie personal de către asociați, fie prin intermediul subcontractanților.

De asemenea, consideră că această componentă a documentației de atribuire nefiind acoperită în cadrul propunerii tehnice prin depunerea de documente relevante, nu a fost cotată nici în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

c) Elaborarea și întocmirea raportului de evaluare a terenurilor și imobilelor afectate de proiect.

Raportat la solicitarea din caietul de sarcini, pag. 10 alin. (2) Studii privind ocuparea terenurilor, identificarea proprietarilor, a suprafețelor de teren afectate și Anexa 4 (pag. 45) unde se arată: „5) întocmirea, prin experți evaluator specializați în evaluarea proprietăților imobiliare, membrii ANEVAR, a unui raport de evaluare prin raportare obligatorie la expertizele întocmite și actualizate de camerele notarilor publici, potrivit art. 111 alin. (5) din Legea nr. 227/2015 privind codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare (...)”, contestatorul susține că ofertantul declarat câștigător nu a elaborat oferta în concordanță cu prevederile OG nr. 24/2011 privind unele măsuri în domeniul evaluării bunurilor, în sensul că nu a numit printre subcontractanți o persoană juridică (membru corporativ) atestată în acest sens.

Astfel, menționează că această componentă a documentației de atribuire nefiind acoperită în cadrul propunerii tehnice prin depunerea de

documente relevante, nu a fost cotată nici în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

d) Elaborarea studiilor pedologice și agrochimice.

Ofertantul nu a făcut dovada capacitații profesionale de a realiza studii pedologice și agrochimice.

În acest sens, contestatorul precizează că ofertantul este obligat să dețină certificat de atestare emis de Ministerul Agriculturii precum și certificat de acreditare pentru laborator de analize fizico-chimice sol.

Potrivit prevederilor caietului de sarcini Anexa 4 ofertantul are obligația de a realiza cartarea geologică și geomorfologică a terenului. În lipsa studiului pedologie, nu poate fi realizat studiul geotehnic preliminar care se bazează pe coroborarea informațiilor din cartarea preliminară cu cele din literatura de specialitate.

Contestatorul menționează că această componentă a documentației de atribuire nefiind acoperită în cadrul propunerii tehnice prin depunerea de documente relevante, nu a fost cotate nici în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

e) Realizarea serviciilor de proiectare treceri la nivel cu calea ferată și elaborare documentații pentru obținerea avizelor.

Raportat la prevederile caietului de sarcini, pag 57 din Anexa 4 și pag. 11, contestatorul precizează că în vederea obținerii avizelor/acordurilor de la CFR este necesar ca operatorul economic să dețină autorizație AFER. Or, ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada deținerii unei astfel de autorizații motiv pentru care nu sunt îndeplinite condițiile din documentație de atribuire, oferta acestuia fiind neconformă.

Contestatorul menționează că această componentă a documentației de atribuire nefiind acoperită în cadrul propunerii tehnice prin depunerea de documente relevante, nu a fost cotate nici în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

Față de criticile prezentate mai sus, contestatorul precizează că ofertantul declarat câștigător:

- nu a prezentat o Metodologie care să asigure îndeplinirea obligațiilor contractuale și realizarea categoriilor de servicii menționate mai sus, cerință minimă obligatorie a autorității contractante;
- nu a prezentat în strategia de gestionare a riscurilor (managementul riscurilor) pentru toate riscurile asumate măsuri adecvate, susceptibile să diminueze riscul și să prevină/ atenueze/ elimine sau minimizeze efectele riscurilor identificate în caietul de sarcini;
- nu a prezentat toate subactivitățile din cadrul activităților, precum și succesiunea logică a acestora astfel încât să se obțină rezultatele așteptate;
- nu a prezentat pentru fiecare dintre experții aferenți echipei principale și echipei secundare modalitatea și toate momentele în care îi va mobiliza; astfel, nici Graficul de activități Gantt - Programul de Prestare al Serviciilor în conformitate cu prevederile caietului de sarcini nu prezintă informațiile minim obligatorii menționate de autoritatea contractantă în Formularul nr. 4;

- nu a reprezentat grafic toate fazele ce alcătuiesc realizarea contractului cu evidențierea principalelor momente ale contractului și toate activitățile și subactivitățile necesare îndeplinirii obligațiilor prestatorului, așa cum sunt acestea prevăzute în cadrul caietului de sarcini și Anexelor acestuia, în scopul obținerii rezultatelor așteptate, nu a indicat resursele alocate (resursele tehnico - materiale, echipamente, forță de muncă) pentru fiecare dintre faze, activități, sub-activități și livrabilele (documentațiile/ documentele/ rapoartele/ certificatele ce vor fi întocmite de prestator pentru fiecare fază/activitate/sub-activitate;

- nu a dovedit că dispune de personalul din categoria III. Personalul disponibil și propus de ofertant pentru realizarea contractului, B. Alți experți din echipa principală și experți din echipa secundară.

În ceea ce privește propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător, contestatorul consideră că aceasta prezintă un preț neobișnuit de scăzut ce provine din ofertarea unor prețuri per activități care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate

Totodată, precizează că ofertantul declarat câștigător nu poate justifica prețul neobișnuit de scăzut oferat (17.908.135,44 lei fără TVA), față de valoarea estimată a contractului de 25.380.135,88 lei fără TVA; prețul oferat reprezintă 77,55% din valoarea estimată a contractului.

În susținere, contestatorul face referire la prevederile art. 210 alin. (1) – (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 146 alin. (4) din HG nr. 395/2016, considerând că se impune respingerea acestei oferte ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/2016, art. 210 alin. (3) și art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, cât și în temeiul art. 137 alin. (3) lit. c) și d) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește punctajul acordat ofertantului declarat câștigător, pe fondul activității de evaluare, prin raportare la condițiile minime impuse prin fișa de date a achiziției, contestatorul precizează că propunerea tehnică prezentată nu a fost evaluată conform criteriilor prestabilite.

Astfel, arată că ofertantul declarat câștigător nu a propus o metodologie de prestare a serviciilor care demonstrează o foarte bună înțelegere a activităților stabilite în caietul de sarcini, în sensul că nu a prezentat detalierea tuturor sub-activităților care compun activitățile specifice prevăzute în caietul de sarcini în succesiunea logică a acestora, în corelare cu riscurile și ipotezele identificate, precum și cu rezultatele așteptate și nu a identificat potențiale puncte de blocaj pentru fiecare activitate și nu a prezentat metode de depășire a acestora (inclusiv prin alocarea de resurse suplimentare - tehnice și/ sau umane).

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresele nr. 100618/24.11.2022 și nr. 100620/24.11.2022, înregistrate la CNSC sub nr. 58055/25.11.2022 și nr. 58056/25.11.2022, autoritatea contractantă transmite o parte din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 103822/09.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 60523/09.12.2022, autoritatea contractantă transmite, în completare, dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 107810/14.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 61377/14.12.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de asocierea SC SA.

Cu privire la susținerile SC SA conform cărora oferta sa ar fi admisibilă și conformă, autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

- în timpul evaluării propunerilor tehnice, comisia de evaluare a constatat faptul că numele expertului propus în poziția de Specialist Geotehnică și Fundații, doamna, coincide cu numele unui angajat în cadrul – SA;
- drept urmare, comisia de evaluare a solicitat Direcției Resurse Umane din cadrul SA verificarea existenței relațiilor de muncă pentru toți

experții pentru care autoritatea contractantă a stabilit factori de evaluare, prin intermediul adresei nr. 24/9793/18.08.2022;

- în urma verificării experților cheie nominalizați în cadrul ofertei SC SA pentru care au fost stabiliți factori de evaluare în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, a rezultat că expertul propus pentru poziția de Specialist Geotehnica și Fundații - dna., este angajată în cadrul SA din data de 08.08.2022, conform adresei nr. 4/9507/30.08.2022 transmisă de Direcția Resurse Umane din cadrul SA;

- urmare acestui fapt, prin adresa nr. 24/10958/12.09.2022 încărcată în SEAP, comisia de evaluare i-a solicitat SC SA, clarificări cu privire la asigurarea disponibilității expertului propus în poziția de Specialist Geotehnică și Fundații - dna., având în vedere ca doamna a fost declarată admisă la concursul organizat pentru ocuparea postului de Inginer în cadrul Serviciul Inginerie Geotehnică/Departamentul Inginerie și Analiza Documentații/Direcția Tehnică din cadrul SA Central, cu contract individual de muncă pe durată nedeterminată, având calitatea de angajat al autorității contractante începând cu data de 08.08.2022;

- în urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări și coroborat cu aspectele menționate mai sus, comisia de evaluare a constatat că la momentul evaluării propunerii tehnice din cadrul ofertei depuse de contestator, aceasta nu mai are posibilitatea de a asigura disponibilitatea expertului cheie propus pentru poziția de Specialist Geotehnica și Fundații. Acest fapt este confirmat chiar de către dna. prin adresa nr. 18/10758/22.09.2022 (anexată), ca urmare a adresei nr. 24/11429/20.09.2022 formulată de către Comisia de Evaluare, prin care a precizat următoarele: „Referitor la adresa dumneavoastră nr. 18/10695/ 21.09.2022, vă comunic faptul că în momentul în care am dat declarația de disponibilitate eram angajata operatorului economic SRL, în scopul de a participa la o procedură de achiziție publică, fiind disponibilă la acea dată. Vă aduc la cunoștință, că nu mai am nicio relație contractuală cu operatorul economic amintit mai sus, fiind angajata în cadrul SA din data de 08.08.2022. Prin urmare, menționez că nu îmi mai mențin cele declarate în cadrul Anexei 2 la Formularul 4”.

Raportat la prevederile art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016 precum și la prevederile documentației de atribuire - secțiunea Formulare - Formularul nr. 4, autoritatea contractantă precizează că deși la momentul depunerii ofertelor a fost prezentată Anexa 2 la Formularul 4 - Declarația de disponibilitate pentru Specialistul Geotehnica și Fundații, dna., din data de 18.07.2022, comisia de evaluare a constatat faptul că situația actuală nu mai corespunde cu cele declarate în cadrul Anexei 2 la Formularul 4, la momentul completării acesteia. De asemenea, în cadrul tabelului de personal din cadrul Formularului de

propunere tehnică, se precizează faptul că modalitatea de asigurare a personalului solicitat se poate realiza prin: contract de muncă/colaborare/ subcontractare etc. În situația de față, dna., propusă în poziția de Specialist Geotehnica si Fundații, a declarat că nu mai asigură disponibilitatea în cadrul ofertei, așa cum se poate observa din răspunsul mai sus menționat.

Astfel, având în vedere aspectele menționate mai sus, coroborat cu faptul că asigurarea personalului minim solicitat prin caietul de sarcini reprezintă aspecte de conformitate a propunerii tehnice, autoritatea

contractantă consideră că SC SA nu poate îndeplini cerința, motiv pentru care a declarat oferta depusă de asocierea în cauză ca fiind neconformă în sensul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că a constatat că expertul propus pentru poziția de Specialist Geotehnica și Fundații nu poate fi înlocuit în cadrul propunerii tehnice, deoarece ar reprezenta o modificare a acesteia în sensul art. 134 alin. (6) din HG 395/2016, iar înlocuirea unui expert cheie, care reprezintă și factor de evaluare, nu poate fi încadrată în categoria viciilor de formă, respectiv a abaterilor tehnice minore, în sensul art. 134 alin. (7) din același act normativ.

De asemenea, conform art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă precizează că nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Prin urmare, contrar susținerilor SC SA, autoritatea contractantă subliniază că a respectat întocmai prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, dar și principiul tratamentului egal, dat fiind faptul că prin intermediul adresei nr. 24/9793/18.08.2022, formulată către Direcția Resurse Umane din cadrul SA, comisia de evaluare a solicitat verificarea existenței unor posibile relații de muncă pentru toți experții pentru care faptul că autoritatea contractantă a stabilit factori de evaluare, propuși de toți ofertanții participanți în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică și nu doar pentru cei propuși de contestator.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază că în mod corect a procedat comisia de evaluare prin respingerea ofertei contestatorului drept inacceptabilă, dat fiind faptul că propunerea tehnică depusă nu îndeplinește cerințele de conformitate stabilite prin caietul de sarcini.

În ceea ce privește susținerea SC SA, conform căreia oferta asocierii declarată câștigătoare este inacceptabilă având în vedere că nu îndeplinește criteriul de calificare - cifra de afaceri anuală generală minimă, fiind astfel sub incidența art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă precizează că în urma analizării documentelor justificative prezentate de ofertant, comisia de evaluare a constatat faptul că pentru Asociatul SRL apar următoarele sume declarate în bilanțurile anexate: 4.166.176 euro - 2018, 3.145.321,16 euro - 2019, 3.666.691 euro - 2020. În cadrul DUAE au fost declarate următoarele: 4.166.176 ron-2018, 3.666.691 ron-2019, 9.145.321,60 ron- 2020.

Astfel, prin adresa nr. 24/14161/04.11.2022, a solicitat clarificarea aspectelor semnalate. Asociatul SRL a prezentat Formularul DUAE

și bilanțurile contabile cu următoarele sume prin adresa nr. 595/07.11.2022:

- anul: 2018- 19.387.300,02 ron
- anul: 2019- 14.925.177,97 ron
- anul: 2020-17.736.151,04 ron

Ofertantul SRL a prezentat bilanțurile contabile cu următoarele sume:

- anul: 2018- 2.434.443 ron
- anul: 2019- 2.265.751 ron

- anul: 2020 - 4.296.992 ron

Din bilanțurile transmise, Comisia de evaluare a constatat că rezulta următoarele sume anuale pentru Asocierea declarată câștigătoare:

- anul: 2018 - 21.821.743,02 ron
- anul: 2019 - 17.190.928,97 ron
- anul: 2020 - 22.033.143,04 ron

Totodată, atât în documentele originale, în limba italiană, cât și în cadrul traducerii efectuate din limba italiană, este menționat faptul că valorile prezentate în cadrul situațiilor financiare aferente anilor 2018, 2019 și 2020, sunt exprimate în euro.

Prin urmare, autoritatea contractantă menționează că a analizat strict documente prezentate de ofertant și nu se poate substitui unei autorități competente cu atribuții în probarea veridicității informațiilor prezentate de ofertanți.

Menționează faptul că, ulterior introducerii contestației, s-a procedat la verificarea situațiilor financiare ale asociatului SRL, prin descărcarea acestora, contra cost, de pe pagina oficială de internet a Camerei de Comerț din Italia: <https://italianbusinessregister.it/en/home>.

În consecință, precizează că prin adunarea cifrelor de afaceri aferente anului 2020 ale liderului asocierii, ...SRL, cu cele ale asociatului SRL, rezultă următoarele:

Membru asociere	Cifra de afaceri 2020
SC SRL	4.296.992 ron
.....SRL	3.464.418,09 ron
Total cumulat	7.761.410,09 ron

Astfel, ținând cont de cerința din cadrul Instrucțiunilor către Ofertanți, secțiunea III. 1.2) Situația economică și financiară, care prevede ca ofertantul trebuie să demonstreze că cifra de afaceri anuală totală pentru fiecare din exercițiile financiare aferente anilor 2018, 2019 și 2020 a fost de minim 8.000.000 lei, autoritatea contractantă precizează că nu a mai procedat și la descărcarea situațiilor financiare aferente anilor 2018 și 2019.

În concluzie, având în vedere rațiunile prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației SC SA ca neconformă.

Având în vedere documentele depuse de SC SRL, SC SRL și SC SRL, în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „confidențial”, respectiv ofertele tehnice, ofertele financiare, răspunsuri la clarificări, etc., precum și raportat la faptul că SC SRL și SC SRL au solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în

conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresele nr. 61091/2849/C1/13.12.2022 (pentru SC SRL), nr. 61093/2849/C1/13.12.2022 (pentru SC SRL) și nr. 61094/2849/C1/ 13.12.2022 (pentru SA) solicită acestora să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din

Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”.

SC SRL răspunde prin adresa nr. 2687/14.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 61367/ 14.12.2022.

Raportat la solicitarea SC SA de acces la dosarul cauzei, SC SRL consideră că raportat la prevederile art. 13 alin. (3) cpc. acest ofertant neavând calitatea de parte în dosar nu poate avea acces la documentele aferente acestuia. Mai mult, consideră că acest ofertant nu are interes în a studia documentele asocierii SC SRL, în condițiile în care aceasta nu poate viza, în această etapă, formularea unor critici cu privire la oricare dintre ofertele aflate la dosar, singura poziție pe care o poate acesta adopta, fiind aceea de intervenient în sprijinul autorității contractante.

Raportat la confidențialitate ofertei sale, SC SRL, precizează următoarele:

- oferta financiară conține elemente de formare a prețului total, fundamentări/justificări de preț/cost care diferențiază oferta depusă, față de alți ofertanți și care, dacă ar fi divulgate, ar crea grave prejudicii în cazul participării la alte proceduri de achiziție, în sensul creării unui avantaj în favoarea acestora;
- oferta tehnică cuprinde metodologia de prestare a serviciilor și în special date privind realizarea proiectării și care se vor regăsi în proiectul tehnic propriu-zis, proiect care potrivit prevederilor Legii nr. 8/1996 are caracter confidențial, fiind protejat de dreptul de autor și alte drepturi conexe, până la data predării acestuia către autoritatea contractantă.

SC SA răspunde prin adresa nr. 175/15.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 61737/15.12.2022, preliminar, reiterând caracterul confidențial al propunerii tehnice, financiare, precum și a răspunsurilor la clarificări referitoare la acestea, depuse în prezenta procedură.

Subliniază că atât propunerea tehnică, cât și cea financiară transpun modalități proprii propuse, create și fundamentate pentru realizarea activităților/obligațiilor ce fac obiectul prezentului contract,

fiind protejate de dreptul de proprietate intelectuală, cuprinzând totodată secrete de serviciu și aspecte sensibile tehnice și comerciale privind modalitatea concretă în care s-a întocmit oferta.

Totodată, atât propunerea tehnică, cât și cea financiară conțin informații și soluții tehnice personalizate și adaptate în mod specific obiectului acestei proceduri.

În susținerea confidențialității ofertei sale SC SA invocă jurisprudența CJUE.

SC SRL răspunde prin adresa nr. 645/15.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 61916/16.12.2022, invocând, în susținerea confidențialității ofertei sale, prevederile art. 57 alin. (1), art. 217 alin. (5), alin. (6) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precum și art. 19 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Menționează că toate documentele aferente ofertei tehnice și financiare, constituie metodologia proprie elaborată și însușită de angajații societăților ce fac parte din asocieri, drept urmare dezvăluirea acestora către potențialii concurenți la viitoare licitații ar aduce prejudicii grave.

Întrucât atât SC SA cât și SC SRL au solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresele nr. 62311/2849/C1/19.12.2022 (pentru SC SA) și adresa nr. 62313/2849/C1/19.12.2022 (pentru SC SRL), Consiliul a comunicat acestora termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; aceștia s-au prezentat la sediul CNSC în data de 21.12.2022.

Prin adresa nr. OF181/22.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 63265/22.12.2022, SC SA formulează concluzii scrise, reiterând aspecte menționate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 112422/28.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 64113/29.12.2022, autoritatea contractantă depune, o completare a dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 128/23.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 57773/23.11.2022, SC SA depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208602108/1, tranzacția nr. 1277587781/2118311014 din 23.11.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Victoria, în cuantum de 599.839, 58 lei.

Prin adresa nr. 2590/23.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 58510/28.11.2022, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208601584/1, tranzacția nr. 1277569200/2118266953 din 23.11.2022, eliberată de CEC Bank Sucursala Zalău, în cuantum de 507.602,72 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

..... SA în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă fără etapa finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Elaborare Studiu de Fezabilitate: drum de mare viteză Domașnea - Caransebeș”, cod CPV 71241000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. / 20.04.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 29.991.978,77 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț,

criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin declarația de confidențialitate aflată la pag. 428, în vol. 9 al dosarului cauzei, asocieria SC SRL – SRL- SC menționează că atât propunerea tehnică cât și cea financiară și răspunsurile la solicitările de clarificări au caracter confidențial, pentru a nu-i prejudicia interesele legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorilor și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data depunerii contestației, care dispun în mod expres și imperativ faptul că *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*, Consiliul a solicitat SC SRL prin adresa nr. 61093/2849/C1/ 13.12.2022, să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, ofertantul în cauză a răspuns prin adresa nr. 645/15.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 61916/16.12.2022, invocând, în susținerea confidențialității ofertei sale, prevederile art. 57 alin. (1), art. 217 alin. (5), alin. (6) din Legea nr. 98/2016, art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precum și art. 19 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Menționează că toate documentele aferente ofertei tehnice și financiare, constituie metodologia proprie elaborată și însușită de angajații societăților ce fac parte din asocieri, drept urmare dezvăluirea acestora către potențialii concurenți la viitoare licitații ar aduce prejudicii grave.

La acest răspuns generalist, ofertantul în cauză nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsul SC SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția fiecăruia dintre cei 2 contestatori care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția ofertei celui alt contestator și a informațiilor cu caracter personal.

Prin contestațiile care fac obiectul prezentei, SC SA, în calitate de lider al Asocierii SC SA - SC SRL - SC SRL - SC SRL este nemulțumit atât de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta ce neconformă în etapa de evaluare a evaluare a propunerilor tehnice cât și de modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare, aparținând asocierii SC SRL - SRL-

SC iar SC SRL în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SRL – SC SRL situată pe locul 2 în ierarhia rezultată prin aplicarea criteriului de atribuire, formulează critici exclusiv cu privire la oferta desemnată câștigătoare.

Referitor la criticile SC SA privind propria sa ofertă, Consiliul reține că, potrivit mențiunilor de la secțiunea II.2.5 din anunțul de participare, criteriul de atribuire stabilit de autoritatea contractantă în cadrul prezentei proceduri de atribuire este „cel mai bun raport calitate – preț”, în cadrul căruia a ales să acorde 6% din punctaj factorului tehnic

intitulat „Experiența deținută de specialist geotehnică și fundații”, cu următorul algoritm: „Experiența deținută în elaborarea de studii geotehnice aferente Studiilor de Fezabilitate și/sau Proiectelor tehnice pentru construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire de autostrăzi și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres, se va puncta astfel: 2 studii geotehnice: 1,5 puncte; 3 studii geotehnice: 3 puncte; 4 studii geotehnice: 4,5 puncte; 5 sau mai mult de 5 studii geotehnice: 6 puncte. Nota 1: Ofertanții vor depune Anexa nr. 1 la Formularul nr. 4 „Curriculum Vitae” și documente relevante și/ sau recomandări emise de Beneficiar și/ sau Angajator pentru fiecare contract prezentat, din care să rezulte elementele necesare acordării punctajului”.

Totodată, se reține că, în cadrul caietului de sarcini, înscris care, potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, conține specificații tehnică prin intermediul căroră a descris autoritatea contractantă necesitatea sa, pentru a cărei satisfacere a fost organizată prezenta procedură de atribuire, ... SA a menționat, la pag. 23 (pag. 278 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei) următoarele aspecte:

„Pe parcursul derulării contractului, prestatorul are obligația de a asigura personalul necesar care să acopere întreaga durată de durată a contractului.

(...)

Prestatorul va include în oferta sa numele și CV-urile, însoțite de recomandări/alte documente relevante, numai pentru experții principali care sunt punctați în cadrul factorilor de evaluare din echipa principală de proiect (...)

Ofertanții vor avea în vedere că pentru toți experții trebuie descris în propunerea tehnică modul în care s-a asigurat accesul la serviciile acestuia (...).

În continuarea cerințelor anterior reproduse se regăsește un tabel intitulat „*experți principali care sunt punctați în cadrul factorilor de evaluare*” în care, la punctul 4, se regăsește expertul „*specialist geotehnică și fundații*”, cerințele solicitate acestuia cu privire la studii și cele cu privire la experiența profesională (minim 1 studiu geotehnic executat anterior, aferent unui SF și/sau PT pentru anumite lucrări de drumuri).

Totodată, se reține că, în formularul de propunere tehnică (înscris obligatoriu conform prevederilor secțiunii „IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din instrucțiunile pentru ofertanți publicat în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[...../00066] FisaDate_DF1144248.pdf” intitulate generic „fișa de date”), la punctul III intitulat „*personalul disponibil și propus de ofertant pentru realizarea*

contractului" (pag. 176 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei), autoritatea contractantă a menționat următoarele aspecte:

*„Nota 2: pentru personalul propus la pozițiile 1-5 (n.n. printre care se regăsește, la poziția 4, specialistul geotehnică și fundații), **ofertanții vor prezenta în mod obligatoriu** în cadrul propunerii tehnice diplomele de studii, CV-ul și documentele justificative/relevante care atestă îndeplinirea cerințelor obligatorii solicitate în caietul de sarcini, precum și **declarația de disponibilitate, completată în conformitate cu modelul pus la dispoziție (Anexa nr. 2 la Formularul nr. 4)**”.*

Modelul de declarație de disponibilitate se regăsește la pag. 181 din dosarul achiziției, vol. 2 al dosarului cauzei.

Din analiza prevederilor art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că autoritatea contractantă are posibilitatea să opteze pentru solicitarea înscrisurilor de natura celor anterior menționate (CV-uri, diplome, declarații de disponibilitate etc. pentru personalul responsabil de proiectare) într-una din următoarele două modalități alternative:

- fie ca cerință de calificare, situație în care ar fi fost aplicabile prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora **„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”**, prevederile art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care stabilesc faptul că **locul în care trebuie menționate criteriile de calificare** impuse de către autoritatea contractantă **este anunțul de participare/simplificat**/de concurs iar, potrivit alin. (6) al aceleiași norme juridice: *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”*;

- fie ca factor de evaluare, situație reglementată la art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia **„Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele: (...) b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului”**.

În acest sens sunt și prevederile art. 32 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care stipulează faptul că *„(3) În aplicarea art. 187 alin. (3) lit. c) și d) din Lege, în cazul în care **calitatea personalului** ce va realiza efectiv activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit are un impact semnificativ asupra nivelului de executare și a rezultatului acestuia, **factorii de evaluare a ofertelor se pot referi și la organizarea/ calificarea și/sau experiența** respectivului personal”* și cele ale alin. (4) al aceleiași norme juridice, potrivit cărora *„(4) Autoritatea contractantă **nu poate folosi** organizarea/calificarea și/sau experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, respectiv **cel precizat la alin. (3)**, ca parte a procesului de **calificare și selecție** în cadrul procedurii de atribuire a **respectivului contract**”*.

Consiliul reține că, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, calitatea personalului responsabil de prestarea serviciilor de proiectare respectiv cea a specialistului geotehnică și fundații reprezintă factor de

evaluare a ofertelor, aspect din care rezultă că cerințele din caietul de sarcini privind specialistului geotehnică și fundații reprezintă specificații tehnice iar cerințele din fișa de date coroborat cu cele din modelul de formular de ofertă privind declarația de disponibilitate reprezintă cerințe cu privire la modalitatea de elaborare a propunerii tehnice.

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrișuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită serviciilor ce fac obiectul contractului să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării serviciilor de proiectare în vederea elaborării studiului de fezabilitate au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui tip de servicii de proiectare deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unora care să îndeplinească în mod cumulativ specificațiile tehnice din caietul de sarcini iar potrivit precizărilor de la secțiunea IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date completate cu cele din modelul de formular de propunere tehnică, ofertanții aveau obligația să includă în ofertă documentele aferente specialistului geotehnică și fundații prin care să demonstreze realitatea informațiilor tehnice completate în formularul anterior menționat cu privire la studiile, experiența și disponibilitatea acestuia.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Potrivit cerințelor din fișa de date a achiziției și caietul de sarcini, operatorii economici participanți aveau obligația să includă în propunerea tehnică atât formularul de ofertă elaborat pe formatul standard din

documentația de atribuire cât și CV-uri, diplome, declarații de disponibilitate etc., înscrisuri prin care să demonstreze modalitatea concretă în care vor duce la îndeplinire contractul care urmează a fi atribuit în urma prezentei proceduri de atribuire.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că atât cerințele din fișa de date referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice cât și specificațiile tehnice cu privire la personalul responsabil cu serviciile de proiectare ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea

contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, ofertanții nu au formulat obiecții cu privire la specificațiile tehnice enumerate cu titlul minimal în caietul de sarcini și cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit atât:

- obligația de a include în propunerea tehnică documente prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor specificațiilor minime solicitate cât și
- riscurile ce decurg din ofertarea unor servicii care nu respectă în totalitate cerințele anterior menționate.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că asocierea SC SA - SC SRL – SC SRL – SC SRL a nominalizat în cadrul propunerii sale tehnice pe drept specialist geotehnică și fundații (poziția 4 din tabelul aflat la pag. 502 din dosarul achiziției, vol. 7 al dosarului cauzei) și a prezentat pentru aceasta o serie de documente printre care se regăsește declarația de disponibilitate aflată la pag. 560 din dosarul achiziției, vol. 7 al dosarului cauzei.

Consiliul reține că, pe parcursul evaluării ofertelor, sesizând faptul că persoana nominalizată specialist geotehnică și fundații a devenit salariată a autorității contractante, comisia de evaluare a procedat la solicitarea de clarificări atât de la ofertant cât și de la expertul

La aceste solicitări de clarificare, ... a răspuns prin adresa înregistrată sub nr. DT 18/10758/22.09.2022 (pag. 458, vol. 9 al dosarului cauzei) potrivit căreia „(...) în momentul în care am dat declarația de disponibilitate eram angajată operatorului economic SC SRL, în scopul de a participa la o procedură de achiziție publică, fiind disponibilă la acea dată. Vă aduc la cunoștință că nu mai am nicio relație contractuală cu operatorul economic amintit mai sus, fiind angajată în cadrul SA din data de 08.08.2022. Prin urmare, menționez că nu îmi mai mențin cele declarate în cadrul Anexei 2 la formularul 4”.

Totodată, se reține că asocierea SC SA - SC SRL – SC SRL – SC SRL a răspuns autorității contractante prin adresa nr. OF111/15.09.2022 (pag. 419-421, vol. 9 al dosarului cauzei), menționând că angajarea doamnei în cadrul a survenit la data 08.08.2022 respectiv după data limită de depunere a ofertelor (19.07.2022), motiv pentru care consideră indisponibilitatea acesteia ca fiind un eveniment obiectiv și independent de voința sa și precizează că se obligă să asigure „(...) disponibilitatea acestuia în cazul în care oferta Asocierii va fi declarată câștigătoare, inclusiv prin înlocuirea expertului propus, dacă este cazul (...)”.

Ulterior luării la cunoștință a răspunsului asocierii SC SA - SC SRL – SC SRL – SC SRL, autoritatea contractantă a încheiat procesul verbal nr. 24/1/914/28.09.2022, în care a consemnat decizia de respingere a ofertei acestuia ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 motivat de faptul că respectivul ofertant nu poate asigura disponibilitatea specialistului geotehnică și fundații nominalizat în propunerea tehnică.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a constatat în mod corect neconformitatea ofertei asocierii SC SA - SC SRL –

SC SRL – SC SRL deoarece din corespondența derulată pe parcursul etapei de verificare a conformității propunerilor tehnice cu cerințele din caietul de sarcini rezultă că acest ofertant nu va presta serviciile de elaborare a studiilor geotehnice și asimilate prin intermediul specialistului geotehnică și fundații nominalizat în propunerea tehnică ci prin intermediul unui alt specialist pe care intenționează să îl propună autorității contractante condiționat de eventuala sa desemnare drept ofertant desemnat câștigător, însă o astfel de „rezolvare” a situației nu este de natură să respecte rigorile prevăzute la art. 207 din Legea nr. 98/2016 care statuează faptul că o ofertă poate fi desemnată câștigătoare numai dacă aceasta îndeplinește „(...) toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției”.

Din analiza propunerii tehnice și a clarificărilor transmise autorității contractante de asocierea SC SA - SC SRL – SC SRL – SC SRL rezultă cu certitudine că acesta nu este în măsură să presteze serviciile de proiectare oferite astfel cum au fost detaliate în propunerea tehnică iar, potrivit art. 125 din HG nr. 395/2016, riscul transmiterii unei oferte necorespunzătoare aparține în totalitate ofertantului.

În speță, prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, autoritatea contractantă având neclarități cu privire la realitatea și fezabilitatea ofertei contestatorului iar prin răspunsul transmis acesta nu a fost în măsură să demonstreze că dispune de serviciile specialistului geotehnică și fundații nominalizat în ofertă.

Astfel, deși autoritatea contractantă a acordat asocierii SC SA - SC SRL – SC SRL – SC SRL, prin solicitarea de clarificări anterior menționată, o reală șansă de confirma disponibilitatea expertului nominalizat în propunerea tehnică, acest operator economic nu a profitat de ocazie, alegând să formuleze simple generalități de forma „ne obligam să asigurăm disponibilitatea acestuia în cazul în care oferta Asocierii va fi declarată câștigătoare, inclusiv prin înlocuirea expertului propus, dacă este cazul”.

Ori, disponibilitatea expertului nominalizat a fost infirmată chiar de către acesta prin corespondența nr. DT 18/10758/22.09.2022 iar eventuala înlocuire a sa în etapa de evaluare a ofertei ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea asocierii SC SA - SC SRL – SC SRL – SC SRL, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă care nu corespunde cerințelor din caietul de sarcini (situație sancționată în mod corect de autoritate cu respingerea ca neconformă) într-o ofertă admisibilă și, eventual, câștigătoare.

Consiliul va reitera faptul că cerințele cu privire la specialistul geotehnică și fundații nu reprezintă un simplu parametru tehnic de mică importanță, a cărui lipsă să nu fi afectat modalitatea de executare a contractului ci descriu o parte semnificativă a serviciilor de proiectare care urmează a fi prestate, aspect care rezultă atât din descrierea acestora în caietul de sarcini, faptul că expertul în cauză este considerat „*principal*” și faptul că experiența sa reprezintă factor în criteriul de atribuire cu ponderea de 6% din totalul punctajului.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte drept concludent răspunsul contestatorului prin care acest ofertant și-a recunoscut imposibilitatea respectării ofertei depuse, și a inițiat o reală negociere cu autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale, aspect care rezultă din sintagma „(...) *ne obligam să asigurăm disponibilitatea acestuia în cazul în care oferta Asocierii va fi declarată câștigătoare, inclusiv prin înlocuirea expertului propus, dacă este cazul (...)*”, având în vedere că, astfel cum a fost menționat anterior, prin acest demers ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 care pun în sarcina autorității contractante respingerea ofertei urmare a modificării propunerii tehnice prin răspunsul la solicitările de clarificare.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 *Principiul egalității de tratament și obligația de transparență **se opun oricărei negocieri** între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).*

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

În acord cu autoritatea contractantă, Consiliul reține că în speță nu putea fi aplicabilă situația prevăzută cu titlu de excepție la art. 134 alin.

(7) din HG nr. 395/2016 deoarece eventuala înlocuire a unui expert care constituie factor de evaluare și este responsabil de o parte esențială a contractului nu reprezintă nici viciu de formă și nici abatere tehnică minoră.

Consiliul reține că acceptând drept concludente promisiunile fără acoperire formulate de asocierea SC SA - SC SRL - SC SRL - SC SRL în răspunsul la solicitarea de clarificări și, implicit, declarând admisibilă oferta acestuia fără să îndeplinească în totalitate specificațiile tehnice din caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu ar fi aplicat corespunzător nici principiul tratamentului egal, comparativ cu celelalte oferte desemnate admisibile, care nu sunt afectate de acest tip de neconformitate.

Situația prevăzută la art. 162 din HG nr. 395/2016, potrivit căruia *„Înlocuirea personalului de specialitate nominalizat pentru îndeplinirea contractului se realizează numai cu acceptul autorității contractante, și nu reprezintă o modificare substanțială, așa cum este aceasta definită în art. 221 din Lege (...)”* nu este aplicabilă în speța dedusă soluționării având în vedere faptul că art. 221 din Legea nr. 98/2016 (pentru a cărei aplicare a fost edictată prevederea legală anterior reprodusă) nu se referă la etapa de evaluare a ofertelor depuse într-o procedură de achiziție publică ci se referă la modificarea contractelor de achiziție publică sau acordurilor cadru existente fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, etapă distinctă, ulterioară celei care face obiectul prezentei.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile SC SA privind propria sa ofertă.

Referitor la criticile SC SA potrivit cărora asocierea desemnată câștigătoare nu ar avea în realitate cifra de afaceri solicitată prin anunțul de participare, Consiliul reține că, la secțiunea „II.1.2) Situația economică și financiară” din anunțul de participare, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare:

„Ofertantul trebuie să demonstreze că cifra de afaceri anuală totală pentru fiecare din exercițiile financiare aferente anilor 2018, 2019 și 2020 a fost de minim 8.000.000 Lei

Nota 1: Dacă un grup de operatori economici depune o ofertă comuna, cerința se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În aceasta situație, și ofertantul asociat va completa DUAЕ - secțiunea „Criteriile de selecție” - pct. B „Capacitatea economică și financiară”. De asemenea, împreună cu oferta, se va încărca în SEAP și Acordul de Asociere, semnat cu semnătură electronică extinsă, în condițiile legii.

(...)

Nota 3:

a) Pentru transformarea în Lei se va utiliza cursul mediu pentru 2018 - 1 Euro = 4,6535 Lei, 2019 - 1 Euro = 4,7452 Lei si 2020 - 1 Euro = 4,8371 Lei.

(...)

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante, situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare aferente anilor 2018, 2019 si 2020. Aceste documente vor fi prezentate

și de către ofertantul asociat, în situația în care resursele acestuia au fost luate în considerare pentru îndeplinirea cerinței.

Nota 1: Dacă din motive obiective și justificate operatorul economic nu este în măsură să prezinte documentele solicitate, acesta este autorizat să facă dovada situației sale economice și financiare prin orice alt document care poate fi considerat adecvat”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

- art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;*

- art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:*

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit”;

- art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”;

- art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *„Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele*

justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați”.

Din interpretarea cerinței documentației de atribuire privind cifra de afaceri, rezultă în mod evident că ofertanții trebuiau să demonstreze că cifra de afaceri anuală totală pentru fiecare din exercițiile financiare aferente anilor 2018, 2019 și 2020 este de minim 8.000.000 Lei. Dovada îndeplinirii cerinței în cauză făcându-se prin prezentarea situațiilor financiare sau a extraselor din situațiile financiare aferente anilor 2018,

2019, 2020 sau cu alte documente echivalente, din care să rezulte informații referitoare la cifra de afaceri.

Consiliul va reține că scopul criteriului de calificare privind cifra de afaceri este de a demonstra potențialul financiar al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care ar trebui să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare și nu de a restricționa participarea la procedură prin impunerea unor cerințe pe care doar anumiți operatori economici le pot îndeplini.

Din analiza contestației formulată de SC SA, se reține că aceasta are ca unic obiect cu privire la oferta asocierii SC SRL – SRL– SC quantumul cifrei de afaceri a operatorului economic SRL, având calitatea de asociat.

Referitor la acest aspect, se reține că ulterior aplicării criteriului de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat asocierii SC SRL – SRL– SC depunerea documentelor justificative DUAЕ.

Urmare a analizării bilanțurilor transmise de asocierea SC SRL – SRL– SC în traducere din limba italiană, autoritatea contractantă a constatat anumite discrepanțe față de sumele declarate în DUAЕ, motiv pentru care a solicitat respectivului ofertant prin adresa nr. 24/14162/04.11.2022 (pag. 821-822 din vol. 8 al dosarului cauzei) clarificări, transmiterea unui DUAЕ revizuit cu sumele corecte aferente cifrei de afaceri și prezentarea documentelor în original pentru bilanțurile în limba italiană.

Urmare a acestei solicitări, respectivul ofertant a transmis comisiei de evaluare DUAЕ revizuit aflat la pag. 824-830 din vol. 8 al dosarului cauzei, în care este menționată cifra de afaceri 19.387.300,02 lei pentru anul 2018, 14.925.177,97 lei pentru anul 2019 și 17.736.151,04 lei pentru anul 2020, precum și echivalentul în euro: 4.166.176,00 euro pentru anul 2018, 3.145.321,16 euro pentru anul 2019 și 3.666.691,00 euro pentru anul 2020.

Ulterior, autoritatea contractantă a încheiat procesul verbal nr. 24/14260/08.11.2022 (pag. 261-265, vol. 9 al dosarului cauzei) în care a apreciat drept concludent răspunsul ofertantului și a întocmit o grilă de evaluare în care sunt menționate următoarele valori ale cifrei de afaceri (pag. 44 din grila de evaluare, aflată la pag. 309 din vol. 9 al dosarului cauzei):

SC SRL
anul 2018: 2.434.443 lei
anul 2019: 2.265.751 lei
anul 2020: 4.296.992 lei
.....SRL

anul 2018: 19.387.300,02 lei

anul 2019: 14.925.177,97 lei

anul 2020: 17.736.151,04 lei

Urmare a comparării sumelor anterior menționate cu cele din documentele justificative enumerate la pag. 44-46 din grila anexată procesului verbal nr. 24/14260/08.11.2022, autoritatea contractantă a concluzionat pe coloana din dreapta a matricei de conformitate faptul că ar fi fost îndeplinită cerința de calificare cu privire la cifra de afaceri.

Pe de altă parte, Consiliul reține că în anexa contestației, SC SA transmite la dosarul cauzei înscrisuri din care ar rezulta sume mai mici decât cele declarate de SRL pentru cifra de afaceri, respectiv 440.326,00 euro pentru anul 2018, 591.484,00 euro pentru anul 2019 și 716.218,00 lei pentru anul 2020, echivalentul în lei fiind 2.049.057,04 lei pentru anul 2018, 2.806.709,88 lei pentru anul 2019 și 3.464.418,09 lei pentru anul 2020.

Totodată, Consiliul reține că în punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă precizează că ulterior luării la cunoștință a contestației formulată de SC SA, a procedat la propriile verificări privind cifra de afaceri a operatorului economic SRL, sens în care a descărcat de pe pagina web a Camerei de Comerț din Italia bilanțul aferent anului 2021 în care a regăsit și situația financiară a anului 2020, constatând faptul că cifra de afaceri pe anul 2020 este de 716.218 euro, valoare identică celei indicată de contestator.

Aplicând cursul de schimb pentru anul 2020 prevăzut în cadrul anunțului de participare la secțiunea „III.1.2) Situația economică și financiară”, punctul „1.) Cifra de afaceri anuală generală” respectiv 1 Euro = 4,8371 Lei, rezultă valoarea cifrei de afaceri pe anul 2020 de 3.464.418,08 lei în locul valorii 17.736.151,04 lei menționată în DUAЕ și luată în calcul de autoritatea contractantă în etapa de verificare a documentelor justificative DUAЕ.

Cumulând cifra de afaceri pe anul 2020 anterior menționată, a asociatului SRL de 3.464.418,08 lei cu cea a liderului de asociere SC SRL respectiv 4.296.992 lei și luând în considerare că cel de-al 3-lea asociat nu are cifră de afaceri, rezultă că cifra de afaceri a asocierii SC SRL – SRL– SC este 3.464.418,08 lei + 4.296.992 lei = 7.761.410,08 lei, aspect care nu este negat de către autoritatea contractantă.

Având în vedere că cifra de afaceri pe anul 2020 a asocierii SC SRL – SRL– SC este inferioară pragului de 8.000.000 lei stabilit prin documentația de atribuire pentru fiecare din anii 2018,2019 și 2020, Consiliul reține că autoritatea contractantă a desemnat în mod eronat drept admisibilă și ulterior câștigătoare oferta acestuia, criticile contestatorului SC SA privind oferta asocierii SC SRL – SRL– SC urmând a fi admise.

Procedând la analiza pe fond a contestației formulată de SC SRL (lider al asocierii situată pe locul 2), se reține că o primă critică care urmează a fi analizată se referă la modul de desemnare câștigătoare a ofertei aparținând asocierii SC SRL – SRL– SC, apreciind că oferta acestuia trebuia respinsă ca inacceptabilă și neconformă, deoarece nu are capacitatea de a realiza obiectul contractului având în vedere că nu a nominalizat / declarat nici un subcontractant autorizat

care să realizeze activitatea de verificare tehnică a documentațiilor tehnice elaborate de proiectant.

Sunt relevante în soluționare, prevederile instrucțiunilor pentru ofertanți intitulate generic „fișa de date”, pct. IV.4.1 privind *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”*, care stipulează :

„Ofertantul are obligația de a elabora și prezenta Propunerea Tehnică astfel încât să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini din cadrul documentației de atribuire, respectând cel puțin conținutul minim indicat în Formularul nr. 4 „Propunerea Tehnică” (...)

În cuprinsul Propunerii Tehnice, ofertanții vor declara toate categoriile de servicii/lucrări pe care intenționează să le subcontracteze, indiferent dacă, la momentul elaborării/depunerii ofertei, datele de identificare ale respectivilor subcontractori sunt sau nu cunoscute”.

Sunt relevante în soluționare și prevederile Caietului de sarcini care la pag. 20, capitolul „verificarea proiectelor” (pag. 275 din vol. 2 al dosarului cauzei) stipulează următoarele:

„Independent de prevederile legislației românești ca activitățile de proiectare din cadrul Studiului de Fezabilitate să fie certificate de către verifcatorii de proiecte atestați, Prestatorul este obligat să implementeze propriul Sistem de Management al Calității în conformitate cu cele mai ridicate standarde internaționale.

Beneficiarul solicită ca activitățile de proiectare din cadrul Studiului de fezabilitate, inclusiv documentațiile necesare obținerii avizelor/acordurilor să fie certificate de către verifcatori de proiecte atestați, asigurați de Prestator. Soluțiile tehnice aferente fazei de proiectare Studiu de fezabilitate vor fi prezentate și asumate implicit de Prestator cât și de verifcatorii de proiect atestați atât înainte de prezentarea în C.T.E. - S.A. dar și după avizare, în conformitate cu documentul de avizare.

Toate documentațiile geotehnice cu excepția Expertizelor vor fi verificate de un Verifcator de Proiecte atestat pentru domeniul Af - „Rezistența și stabilitatea terenului de fundare al construcțiilor și al masivelor de pământ”.

În conformitate cu Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995 cu modificările și completările ulterioare, Beneficiarul delegă Prestatorului obligația de a asigura verifcatorii de proiecte atestați impuși de legislația în vigoare, astfel, acesta va asigura verifcatori de proiecte atestați pentru verificarea tehnică de calitate a documentațiilor pentru toate domeniile necesare.

Verifcatorii de proiecte trebuie să fie atestați conform Ordinului MDRAP nr. 2264/2018 pentru aprobarea Procedurii privind atestarea verifcatorilor de proiecte și a experților tehnici în construcții, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 240/19.03.2018, care precizează la articolul 1, aliniatul (3) și aliniatul (4) aplicabilitatea pentru specialiștii cetățeni ai altui stat membru al UE ori al SEE. Toți verifcatorii de proiect trebuie să fie independenți și să nu existe conflicte de interes în responsabilitățile care le revin.

Costurile aferente mobilizării verifcatorilor de proiect sunt considerate a fi incluse în prețul oferat, Prestatorul neputând solicita ulterior semnării contractului sume suplimentare pentru decontarea serviciilor prestate de verifcatorii de proiect.

Este necesar ca toți verifcatorii de proiect care vor fi nominalizați și utilizați de Prestator să fie agreeți de Beneficiar.

Ulterior semnării contractului, Prestatorul va transmite o listă cu verifcatorii de proiect pe care intenționează să-i folosească pentru verificarea tehnica de calitate a proiectelor care va conține minim: numele verifcatorului de proiect, domeniul de expertiză, legitimația verifcatorului de proiect, precum și alte date pe care le consideră relevante”.

De asemenea, la pag. 8-9 din caietul de sarcini, la capitolul destinat studiilor de teren, s-a stipulat:

„(...) Studiul geotehnic va fi verificat de un vericator atestat pentru domeniul Af („Rezistență mecanică și stabilitate pentru masivele de pământ, a terenului de fundare și interacțiunea cu structurile îngropate prin investigații geotehnice și proiectare geotehnică”), conform legislației în vigoare - Legea 10/1995 cu modificările și completările ulterioare, HG nr. 742/13.09.2018 privind modificarea Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, respectiv Ordinul MDLPA nr. 817 din 23.06.2021 publicat în Monitorul Oficial nr. 667 din 6 iulie 2021 și Procedura publicata în Monitorul Oficial nr. 667 bis din 6 iulie 2021 privind atestarea tehnico-profesională a vericatorilor de proiecte și a experților tehnici”.

Din conținutul cerințelor și specificațiilor caietului de sarcini mai sus iterate rezultă că activitățile de verificare tehnică a documentațiilor rezultate în urma serviciilor de proiectare fac parte din obiectul contractului ce urmează a se presta de ofertanți și constituie o componentă importantă a scopului urmărit de autoritatea contractantă și a căror execuție poate fi realizată cu stricta respectare a dispozițiilor legale în vigoare, care impun ca cei care asigură verificarea proiectelor nu pot fi și proiectanții proiectelor supuse verificării și atestării, determinante fiind în acest sens următoarele prevederi legale:

- art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții: *„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști vericatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Vericatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică”;*

- art. 22 din Legea nr. 10/1995: *„Investitorii sunt persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente în sensul legii și au următoarele obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:*

(...)

c) asigurarea verificării proiectelor prin specialiști vericatori de proiecte atestați”.

- art. 23 din Legea nr. 10/1995: *„Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:*

(...)

c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verficatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate”;

- art. 5 din HG nr. 742/2018: „Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de

către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016;

b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică”.

- art. 6 din HG nr. 742/2018: „(1) Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificator/verificatori de proiecte, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor.

(2) Verificarea tehnică a proiectelor se realizează potrivit legii, prin grija și responsabilitatea investitorului/proprietarului/ administratorului, după caz, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.

(3) Verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile”.

În subsidiar, potrivit prevederilor art. 4 din HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție (proiectarea cât și execuția de lucrări – n.n.) aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice: „Prezentele prevederi, inclusiv cele din anexele nr. 1 și 2, se aplică cu respectarea întocmai a Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii 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, precum și a legislației în vigoare incidente, inclusiv în domeniul disciplinei și calității în construcții (Legea nr. 10/1995 – n.n.), care sunt prioritare”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, rezultă în mod evident că un operator economic nu poate prin specialiștii verificatori de proiecte de care dispune (indiferent de natura relațiilor de muncă, contract individual sau acord de colaborare) să verifice și să avizeze proiectele pe care tot el le-a executat, obiectivismul și imparțialitatea

verificatorului fiind esențiale în buna desfășurare a activității acestuia. Mai mult, chiar și în ipoteza în care caietul de sarcini nu stabilea în mod expres că verificatorii de proiecte trebuie să fie independenți de proiectant, ofertanții aveau obligația de a respecta legislația aplicabilă respectiv Legea nr. 10/1995, astfel cum a fost menționată în caietul de sarcini.

Examinând susținerile contestatorului și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul constată că problema de drept care trebuie dezlegată în prezenta speță este dacă ofertantul declarat

câștigător, respectiv asocierea SC SRL – SRL- SC, trebuia sau nu să declare ca subcontractant verificatorii de proiecte pentru îndeplinirea execuției activității de verificare a proiectului tehnic.

Or, în speța dedusă judecății atingerea scopului mai sus arătat presupune ca ofertantul să probeze, la momentul depunerii ofertei, că este în măsură să asigure astfel de servicii (verificatori de proiecte) prin intermediul unei alte persoane, și pe care are obligația de a o indica în oferta sa ca subcontractant și depuse documente DUAE pentru acesta, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Mai mult, se reține că în cadrul propunerii tehnice, la punctul 13 „*verificarea proiectelor*” (pag. 404-405, vol. 9 al dosarului cauzei) asocierea SC SRL – SRL- SC s-a limitat la simpla copiere prin metoda copy/paste a cerințelor din caietul de sarcini cu privire la verificatorii tehnici, asumându-și generic obligația verificării documentațiilor tehnice, fără nicio informație concretă privind modalitatea pe care o propune autorității contractante în vederea prestării acestor servicii.

Nu este de neglijat faptul că la pag. 99 din propunerea tehnică (pag. 426, vol. 9 al dosarului cauzei), asocierea SC SRL – SRL- SC menționează „*Subcontractanții sunt nominalizați la pct. IV (personalul disponibil și propus de ofertant pentru realizarea contractului), tabelul B, al acestui document*” însă în tabelul respectiv, aflat la pag. 509 din vol. 9 al dosarului cauzei nu se regăsește nicio informație privind subcontractanții și nicio informație cu privire la verificatori.

Totodată, se reține că potrivit acordurilor de subcontractare aflate la pag. 44-88 din vol. 8 al dosarului cauzei, niciun dintre subcontractanții asocierii SC SRL – SRL- SC nu și-a asumat prestarea serviciilor de verificare tehnică, aspect care rezultă și din partea finală (capitolul 5) a raportului procedurii, în care sunt enumerați ofertanții propuși de ofertantul declarat câștigător și partea pe care intenționează acesta să o subcontracteze.

Consiliul reține că, în condițiile în care ofertantul nu poate să execute el însuși prestațiile cu privire la verificarea proiectului, avea posibilitatea de a uza de prevederile legale în domeniu, respectiv de dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016 care dispune în mod expres și imperativ faptul că orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, cum ar fi subcontractarea sau asocierea cu scopul de a depune o ofertă comună.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 este definită noțiunea de subcontractant ca fiind: „*orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau*

furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”.

Din interpretarea normei juridice anterior iterate, rezultă că pentru a fi considerat subcontractant, este necesar ca activitățile executate de un operator economic nominalizat în cadrul ofertei să facă parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, spre deosebire de noțiunea de furnizor definită la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr.

98/2016 ca fiind „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”.

Comparând definiția dată subcontractantului potrivit prevederilor legale anterior iterate cu activitățile/serviciile care urmează a fi prestate respectiv verificarea tehnică de calitate a documentațiilor rezultate din prestarea serviciilor de proiectare, Consiliul reține că aceste activități nu doar că fac parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit fiind evidențiate în mod expres în caietul de sarcini, dar reprezintă și o cerință importantă a cărei execuție nu poate fi făcută decât de persoane autorizate și independente de cel care realizează proiectul, nerespectarea acestor condiții fiind de natură a periclita întreaga execuție a contractului ce urmează a se atribui; mai mult, constituirea ca și componentă a obiectului contractului a acestui serviciu este întărită și de includerea de către autoritatea contractantă a acestui serviciu în propunerea financiară (a se vedea în acest sens atât mențiunea din caietul de sarcini „Costurile aferente mobilizării verifcatorilor de proiect sunt considerate a fi incluse în prețul ofertat, Prestatorul neputând solicita ulterior semnării contractului sume suplimentare pentru decontarea serviciilor prestate de verifcatorii de proiect” cât și linia din finalul anexei nr. 3 la caietul de sarcini în care este menționată explicit una dintre activitățile de verificare tehnică respectiv „Verificare la cerința Af a studiului geotehnic”).

Faptul că autoritatea contractantă și-a rezervat prin caietul de sarcini dreptul de a verifica și agreea persoanele fizice propuse pentru prestarea serviciilor de verificare tehnică nu este de natură să absolve ofertantul de obligația demonstrării modalității concrete în care și-a propus să presteze în mod licit respectivele servicii.

După cum a fost reținut anterior, diferența dintre noțiunea de subcontractant și cea de furnizor îl constituie măsura în care serviciile/prestările asigurate de acest operator economic fac parte sau nu din obiectul contractului. Astfel, cu titlu de exemplu, Consiliu reține că eventualul prestator al serviciilor de pază a organizării de șantier nu ar putea fi considerat în cadrul prezentei proceduri drept subcontractant deoarece aceste servicii nu fac parte din obiectul contractului, spre deosebire de activitățile aferente verifcatorilor de proiecte care sunt precizate în mod expres în caietul de sarcini și a căror realizare contribuie la buna execuție a contractului în cauză.

Câtă vreme ofertantul nu este în măsură să execute contractul cu resurse proprii, folosirea unor resurse obținute „**prin externalizare**” reprezintă o subcontractare, cu toate consecințele legale care decurg din această situație, conform art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit

căruia: „În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire

respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)”.
Ca urmare a omisiunii completării DUAЕ cu datele subcontractantului pentru activitatea de verificare proiecte și a lipsei unui DUAЕ pentru acesta din urmă, comisia de evaluare nu a putut verifica inexistența unei situații de excludere prevăzută la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 în legătură cu acest subcontractant, astfel cum avea obligația potrivit art. 170 din Lege și nici eventuala incidență a prevederilor art. 59 – 60 din același act normativ.

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

Prin urmare, declararea unui subcontractant nu este lăsată la latitudinea ofertantului deoarece obligația aceasta se regăsește și în cuprinsul documentației de atribuire, la secțiunea: III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, astfel:

Informații si formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

„I. Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/ 2016.

Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAE - secțiunea „Motive de excludere” - pct. A „Motive referitoare la condamnări penale”.

De asemenea, Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare

care probează/ confirma neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 164 de mai sus, atât pentru Ofertantul unic/ Ofertantul asociat cât și pentru Subcontractantul/ Terțul susținător declarați în ofertă:

- cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;

- alte documente edificatoare, după caz.

II. Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/ 2016. Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAE - secțiunea „Motive de excludere” - pct. B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”.

De asemenea, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/ confirmă neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 165 de mai sus, atât pentru Ofertantul unic/ Ofertantul asociat, cat si pentru Subcontractantul/ Terțul susținător declarați în ofertă (...).

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unui serviciu care să îndeplinească anumite cerințe minime obligatorii și de calitate, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante. Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina

operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, caracterul inacceptabil al ofertei asocierii, reținut prin aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, conform cărora o ofertă este inacceptabilă atunci când *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”*, pe motiv că nu s-a completat DUAE pentru

subcontractanți, nu poate fi înlăturat printr-o etapă de clarificare a ofertei, deoarece ar conduce la modificarea și completarea nepermisă a acesteia.

În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că activitatea comisiei de evaluare nu s-a desfășurat în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorilor privind nelegalitatea evaluării ofertei depusă asocierea SC SRL – SRL– SC este fondată, urmând să fie admisă.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestatorul SC SRL cu privire la modalitatea pretins nelegală de evaluare a ofertei asocierii SC SRL – SRL– SC L, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat comportamentul superficial și nelegal al autorității contractante în etapa de evaluare a respectivei oferte.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SA, în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare și va admite contestația formulată de SC SRL, ambele în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA și, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SRL– SC cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondate criticile SC SA cu privire la propria sa ofertă.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC SA, în ceea ce
privește oferta desemnată câștigătoare și admite contestația formulată

de SC SRL, ambele în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SRL- SC cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge ca nefondate criticile SC SA cu privire la propria sa ofertă.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practica deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 42 (patruzecișidouă) pagini