CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., înaintată de ..., cu sediul în ..., formulată împotriva comunicării intermediare nr...., emisă de ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată online, organizată în vederea atribuirii contractului de *„**...**”*, cod CPV ..., s-au solicitat:

„1. să anulați comunicarea intermediară nr....;

2. să anulați în parte raportul procedurii cu privire la comunicarea nr....;

3. obligarea la plata sumei de …. cheltuieli ocazionate cu asistența juridică pentru prezenta contestație la care se adauga și alte cheltuieli ocazionate cu prezenta contestație.”

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., înaintată de ..., cu sediul în ..., formulată împotriva comunicării intermediare nr...., emisă deaceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri simplificate, s-a solicitat anularea adresei menționată.

Aplicând dispozițiile art.17 alin.2 din Legea nr.101/2016, pentru pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul conexează cele două dosare.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr...., ... critică decizia de respingere a ofertei sale, comunicată prin adresa nr...., emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată online, a contractului de **„...”,** cod CPV ..., solicitând:

„1. să anulați comunicarea intermediară nr....;

2. să anulați în parte raportul procedurii cu privire la comunicarea nr....;

3. obligarea la plata sumei de …. cheltuieli ocazionate cu asistența juridică pentru prezenta contestație la care se adauga și alte cheltuieli ocazionate cu prezenta contestație.”

În motivarea contestației, ... arată că a participat, în calitate de ofertant, la procedura de atribuire, iar, prin comunicarea intermediară nr...., i s-a comunicat că oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă.

Contestatorul arată că adresa nr.... încalcă legislația achizițiilor publice, după cum urmează:

1. Cu privire la neconformitatea ofertei *„art.137 alin.3 în cond art.215 alin.5 oferta nu satisface cerințele caietului de sarcini*”.

Motivul de neconformitate constând în lipsa certificatului emis de Ministerul Mediului cu privire la întocmirea documentației de atribuire pentru Apele Române este neîntemeiat, în opinia contestatorului, deoarece:

a) Nu s-a prevăzut prin caietul de sarcini și fișa de date, astfel încât, după deschiderea ofertelor, autoritatea contractantă nu poate invoca cerinţe noi cu scopul de a dezavantaja anumiţi ofertanţi.

b) Autoritatea contractantă „*nu poate elimina un ofertant din nicio cerinţă izvorată din caietul de sarcini*”.

Având în vedere că autorizația în cauză nu este necesară, opinează contestatorul, afirmaţiile cu privire la declararea subcontractanților sunt lipsite de obiect. Mai mult, după cum se arată, autoritatea contractantă ar trebui să cunoască faptul că un ofertant poate înlocui/adăuga pe parcursul evaluării ofertelor, subcontractanții.

Arată că, invocarea faptului că izvorăşte din caietul de sarcini această cerință este total neadevărat, deoarece, așa cum rezultă din caietul de sarcini, de autorizație va fi nevoie peste 36 luni (durata contractului conform fișei de date), la care se adaugă perioada procedurii de execuţie (în total, peste 36 luni). Ori, toate atestatele MMGA sunt valabile maxim 36 luni.

... apreciază că niciun ofertant nu poate prezenta atestatul respectiv valabil pe toata durata contractului, dat fiind faptul ca acesta este valabil 36 de luni de la data emiterii, iar durata contractului este 36 de luni + perioada de desfășurare a procedurii de achiziție.

În aceste condiţii, contestatorul consideră că oferta sa tehnică nu încalcă art.137 alin.3 lit.a cu privire la neconformitate, având în vedere

că autoritatea contractantă invocă neprezentarea unui atestat nesolicitat prin documentaţia iniţială.

Un alt motiv care, arată contestatorul, îl determină să creadă că autoritatea contractantă nu are dreptate, este apariţia unei noi solicitări de clarificări cu privire la propunerea tehnică (....) pe o altă temă, semn că autoritatea contractantă a acceptat că ar fi corect și concludent răspunsul nr.....

2. Cu privire la „art.134 alin.6” referitor la modificarea propunerii tehnice sau financiare, contestatorul susține că, prin răspunsurile la clarificări, nu s-a modificat propunerea tehnică iniţială. De altfel, autoritatea contractantă nu a prezentat ce elemente din propunerea tehnică s-au modificat.

3. Față de prevederile „art.134 alin.5”, ... apreciază că a răspuns destul de clar la solicitările autorității contractante (cu ….), indicând la răspunsul 3 foarte clar (bolduit și subliniat) paginile și punctele unde se găsesc cele solicitate de autoritatea contractantă.

Un alt motiv care, susține contestatorul, îl determină să creadă că autoritatea contractantă nu are dreptate, este apariţia unei noi solicitări de clarificări cu privire la propunerea tehnică ....) pe o altă temă, semn că autoritatea contractantă a acceptat că ar fi corect și concludent răspunsul nr.....

...arată că un alt motiv ar fi nelegalitatea solicitării de clarificări nr….., care încalcă legislația achizițiilor publice, respectiv art.134 alin.4 din HG nr.395/2016, precum și art.2, art.50 și art.209 alin.2 din Legea nr.98/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr……. a solicitat respingerea contestației.

Autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, susținând că oferta contestatorului a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art.137 alin.3 coroborat cu art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016, și inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016, pentru motivele arătate în cadrul comunicării intermediare.

În continuare, autoritatea contractantă invocă argumente în sensul respingerii cererii contestatorului de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, susținând că nu s-a făcut dovada unor asemenea cheltuieli.

Referitor la pct.1 din contestație, autoritatea contractantă arată că, potrivit documentației de atribuire, pentru serviciile care urmează a fi contractate, se numără și întocmirea documentațiilor de obținere a avizelor, astfel că operatorii economici trebuie să fie autorizați pentru întocmirea documentației de obținere a avizelor necesare atât obținerii autorizației de construire, cât și a autorizației de funcționare a fiecărui obiectiv în parte, ori contestatorul nu este autorizat să realizeze aceste activități și nici nu a declarat subcontractanții care să presteze serviciile de realizare a documentațiilor de obținere avize, motiv pentru care oferta

acestuia a fost considerată neconformă, în baza art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016.

Susține că nici în această fază contestatorul nu prezintă argumente viabile și nici dovezi care să ateste întrunirea condițiilor pentru care oferta i-a fost respinsă, ca neconformă.

Față de solicitarea de clarificări nr….. și răspunsul din adresa nr….., autoritatea contractantă solicită să se rețină că ...utilizează, în ciuda principiului *nemo censetur ignorare legem,* ca argumente OUG 107/2017, însă acest act normativ nu este aplicabil acestei proceduri de achiziţie, întrucât a intrat în vigoare ulterior datei de verificare a documentaţiei de către ANAP, respectiv la data de ...., față de data anunţului de participare nr.... din ..... Un alt principiu ignorat de contestator, prin faptul citării acestui act normativ, este cel al neretroactivității legii.

Dincolo de argumentele de tehnică legislativă, autoritatea contractantă susține că este neadevarată afirmaţia contestatorului potrivit careia doar unul dintre ofertanţi deţine autorizaţiile necesare, sens în care urmează a constata concluziile comisiei de evaluare.

Având în vedere felul în care contestatorul a declarat că-și asumă activitățile de obţinere a avizelor (de obţinere a autorizaţiei de construire și de obţinere a autorizaţiei de funcţionare) „*In cazul in care nu vom reuşi acest aspect va anunţam ca vom subcontracta serviciile unei firme ce deţine atestat*" și întrucât la momentul întocmirii propunerii tehnice aceasta nu deţinea autorizația necesară și că activitățile vor fi prestate de terți, ... apreciază că devin aplicabile prevederile legale cu privire la nedeclararea subcontractanților în cadrul ofertei. Un simplu terț, cunoscut sau nu la momentul depunerii ofertei, nu poate presta aceste servicii, deoarece Legea nr.98/2016 este clară în ceea ce priveşte definirea subcontractanților.

Redând cerințe formulate prin fișa de date a achiziției, prevederi ale caietului de sarcini și conținutul răspunsului la solicitarea de clarificări nr...., autoritatea contractantă subliniază că, pentru depunerea unei oferte conforme cu documentaţia de atribuire, contestatorul era obligată ca, prin propunerea tehnică, să justifice și să prezinte modalitatea de realizare a serviciilor de proiectare ce fac obiectul prezentei documentaţii.

Pentru a realiza aceste servicii, după cum se susține, ofertanţii trebuie să dețină atestate/ autorizații de la autorități publice care să confirme capacitatea profesională de realizare a proiectelor de specialitate sau în cazul în care nu le deţin, de a declara realizarea acestora prin terți care deţin aceste autorizații, realizând aceste activități ca subcontractanți.

Conform fișei de date a achiziției, orice activitate necesară pentru îndeplinirea contractului, pe care operatorul economic o încredințează în mod voit sau silit unor terți (operatori economici sau profesionişti - în înţelesul Codului Civil) se consideră subcontractare, iar operatorii

economici au obligaţia să declare aceşti subcontractori la momentul depunerii ofertei.

Astfel, după cum se arată, este necesară deţinerea certificatului de atestare în elaborarea documentaţiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizaţiei de gospodărire a apelor - în conformitate cu Legea apelor nr.107/1996, cu modificările si completările ulterioare, ale HG nr.38/2015 privind organizarea și funcţionarea Ministerului Mediului, Apelor și Pădurilor și ale Ordinului Ministrului Mediului, Apelor și Pădurilor nr.631/2015 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentaţiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizaţiei de gospodărire a apelor.

În cadrul propunerii tehnice, arată autoritatea contractantă, contestatorul a declarat că va elabora documentaţia de avizare, dar fără a demonstra modalitatea legală și fără a deţine autorizaţiile necesare prevăzute de legislaţie, acest lucru conducând la neconformitatea ofertei, și fără indicarea și asumarea subcontractării.

Practic, după cum se susține, prin îndeplinirea cerințelor de calificare enumerate în fișa de date, oferta este acceptabilă, dar în lipsa autorizației prevăzute de lege, serviciile de proiectare nu se pot realiza conform temei de proiectare, sens în care oferta tehnică devine neconformă.

Invocă în susținere jurisprudența CNSC, concluzionând că în lipsa deținerii autorizației mai sus menționate, ofertanții aveau obligația declarării subcontractanților, terțe persoane juridice, ce vor realiza aceste servicii (a se vederea legislația în vigoare privind subcontractarea: art.1852, art.1769, și art.1770 din Codul civil, Legea nr.10/1991 și Legea nr.98/2016.

Prin nedeclararea subcontractantilor, ca cerinţă de calificare și selecţie, oferta depusă este inacceptabilă, obligaţia declarăriii subcontractanților fiind justificată de necesitatea verificării de către autoritatea contractantă a incidențelor situațiilor de excludere prevăzute la art.177, art.178, art.180 din Legea nr.98/2016.

Având în vedere că ... nu a făcut dovada că este autorizată să realizeze documentaţia necesară, conform cerinţei din caietul de sarcini („*Proiectantul va elabora documentaţiile necesare pentru obţinerea avizelor si acordurilor în vederea obţinerii autorizaţiei de construire si a autorizaţiei de funcţionare a fiecărui obiectiv in parte.*") și nu a declarat subcontractanți care să realizeze aceste activități, arată autoritatea contractantă, oferta i-a fost considerată neconformă, în baza art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016.

Faptul că ...a declarat că va subcontracta activitățile în cazul în care nu va reuși să se autorizeze, respectiv că va folosi terți, opinează autoritatea contractantă, atrage aplicabilitatea prevederile legale cu privire la nedeclararea unor subcontractanți în cadrul ofertei.

Arată că deţinerea autorizaţiilor în vederea obţinerii autorizaţiei de construire și a autorizaţiei de funcţionare, **de către ofertanţi,** nu respezinta o cerinţa de calificare, ci este o cerinţă tehnică izvorâtă din cerinţele caietului de sarcini și a temei de proiectare, raportat la obligaţia ofertanţilor de a realiza în totalitate serviciile de proiectare necesare pentru finalizarea cu succes a obiectului contractului. Astfel, operatorii economici au obligaţia de a face dovada în cadrul propunerii tehnice a conformităţii serviciilor propuse cu specificaţiile tehnice ale caietului de sarcini și nu prin asumarea acestora doar la nivel declarativ, cerința/obligația fiind consolidată tocmai prin r**ăspunsul la solicitarea de clarificări nr……**

Invocând prevederile art.20 alin.10 din H.G. nr.395/2016 coroborat cu art.155 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă amintește că nici Propunerea tehnică și nici Caietul de sarcini nu au fost contestate de participanţii la procedură, iar prin depunerea ofertei, contestatorul a acceptat condiţiile impuse. Prin urmare, toți ofertanţii care au depus oferte in cadrul procedurii de atribuire aveau obligaţia de a dovedi că posedă astfel de autorizații, conform caietului de sarcini și răspunsului la clarificări nr.....

Referitor la pct.2 și 3 ale contestaţiei, autoritatea contractantă redă cerințele ce trebuiau îndeplinite în conformitate cu fișa de date a achiziției, cap.IV.4.1) – *„Modul de prezentare a propunerii tehnice”*, precum și ceea ce a solicitat prin adresa nr….., clarificarea nr. 3, susținând că, în cazul în care operatorul economic nu înțelegea una sau mai multe dintre prevederile FDA, acesta avea dreptul de a solicita clarificări, astfel încât să depună o ofertă admisibilă.

Autoritatea contractantă arată că, așa cum s-a precizat în solicitarea de clarificări, **nu se regăsesc informaţii cu privire la *„B. Reţeaua pompată de canalizare. Stații de pompare și conducte de refulare. C. Lucrări speciale pe reţeaua de canalizare",*** lucrări ce sunt clar descrise în Studiul de fezabilitate pus la dispoziţie de către autoritate contractantă. Lucrările speciale la reţeaua de canalizare se referă la Cămine de vizitare, Racorduri la canalizare, Subtraversări de drumuri, Execuţie reţea de canalizare cu foraj orizontal dirijat, Lucrări de desfacere și refacere a trotuarului, Lucrări de desfacere și refacere a drumurilor balastate - soluţii ce trebuiau descrise în mod sumar, așa cum este precizat în cadrul propunerii tehnice.

Capitolul C. *„*Lucrări speciale pe reţeaua de canalizare*”,* după cum se susține, nu pot fi considerate așa cum precizează contestatorul: "mai degrabă particulare", nefiind necesară descrierea lor, întrucât fac parte din tema de proiectare, sunt absolut necesare a fi proiectate pentru a avea un proiect tehnic în conformitate cu studiul de fezabilitate, așa cum s-a precizat și în caietul de sarcini, respectiv că documentația tenică se va elabora în exclusivitate pe baza studiului de fezabilitate.

Comisia de evaluare a solicitat clarificări în baza art.133 alin.1 și 3 din H.G. nr.395/2016, susține autoritatea contractantă, ofertanții având obligația de a întocmi ofertele cu respectarea documentației de atribuire, conform art.123 alin.1 din H.G. nr.395/2016. Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv "*Se va face o prezentare tehnică a lucrării prin care să se demonstreze înțelegerea soluţiei tehnice prezentate la faza SF - descrierea lucrării*", după cum se arată, cade în sarcina operatorului economic, iar, pe de altă parte, s-a menționat expres, în cadrul documentaţiei de atribuire (fișei de date), care sunt cerinţele privind propunerea tehnică pe care orice operator economic trebuie să le îndeplinească.

Invocă în susținere H.G. nr.395/2016, art.134 alin.5.

Cu privire la modificarea propunerii tehnice, pentru care se aplică art.134 alin.6, autoritatea contractantă redă din răspunsul contestatorului la solicitările de clarificări nr.....

Modificarea prin răspunsul la solicitarea de clarificări, susține autoritatea contractantă, constă în faptul că, la paginile indicate de contestator, nu se regăsesc informaţiile privind descrierea lucrărilor, așa cum s-a menționat și în Comunicarea intermediară.

Invocând prevederile H.G. nr.395/2016, autoritatea contractantă arată că, față de volumul și complexitatea clarificărilor necesare, a impus un termen de răspuns de 3 zile lucrătoare, având în vedere exprimarea permisivă „de regulă".

Față de susținerea contestatorului conform căreia ... era datoare a stărui în primirea unui răspuns concludent, se arată că această interpretare adaugă la lege, care obligă autoritatea doar la a solicita clarificări din partea ofertanţilor, fără a impune un număr minim/obligatoriu de reveniri către acesta, până la momentul la care operatorul economic decide să răspundă corect şi/sau complet. Formularea răspunsului și modul de prezentare a clarificărilor este dreptul, atributul exclusiv al ofertantului, pe care şi-l exercită după propriile puteri, fără a garanta că acea clarificare va fi primită, fiind expresia unei obligaţii de diligenţă şi nu de rezultat, arată autoritatea contractantă.

Referitor la pct. 4 din contestație, autoritatea contractantă arată că a respectat întocmai dispoziţiile Legii nr.98/2016 și HG nr.395/2016 privind atât modul de evaluare a ofertelor depuse, prin realizarea proceselor verbale intermediare, cât și tratamentul egal între operatorii economici. Atât comunicările cât și solicitările de clarificări transmise au fost clare și definite în mod explicit și suficient de detaliat.

În drept, se invocă prevederile art.134 alin.5 și 6, art.137 alin.1 din H.G. nr.395/2016, precum și art.18 din Legea nr.101/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr...., ... critică decizia de respingere a ofertei sale, comunicată cu adresa nr....., solicitând anularea acestei adrese.

În motivarea contestației, ... prezintă un istoric al procedurii, precizând că, deși a răspuns solicitării de clarificări nr....., oferta sa a fost respinsă, ca neconformă și inacceptabilă.

Contestatorul apreciază, față de conținutul adresei nr...., că autoritatea contractantă nu a ținut seama de explicațiile din adresa nr.....

Cele două adrese, în opinia contestatorului, au o structură „dezordonată și ambiguă", lăsând loc de interpretări, solicitările ce fac obiectul fiecărui punct din adrese fiind greu de urmărit, fiind întocmite cu încălcarea art.50 alin.1 și ale art.209 alin.1 și 2 din Legea nr.98/2016.

În adresa nr...., susține contestatorul, autoritatea contractantă consideră că:

1. operatorii economici trebuie să fie autorizați sau să dețină un subcontractant atestat de Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor pentru realizarea avizelor/autorizației de gospodărire a apelor.

Prin clarificarea nr….., punctul 2, ... arată că a precizat *a*utorității contractante că fișa de date, respectiv caietul de sarcini, nu prevăd drept condiţii de participare deţinerea certificatului de atestare a Ministerului Mediului, Apelor și Pădurilor pentru realizarea avizelor de gospodărire a apelor, astfel că nu se poate impune ofertantului să dețină subcontractant cu atestarea mai sus menționată.

Autoritatea contractantă încalcă, în opinia contestatorului, prevederile art.30 alin.2 din Legea nr.98/2016.

2. prezentarea tehnică a lucrării prin care se demonstrează înţelegerea soluţiei tehnice prezentate la faza SF este insuficientă, iar propunerea tehnică elaborată de contestator nu respectă în totalitate cerinţele prevăzute în caietul de sarcini și nu reflectă asumarea de către ofertant a tuturor cerinţelor/obligaţiilor prevăzute în caietul de sarcini, ... precizează că, prin clarificarea nr...., a indicat pagina la care s-a făcut descrierea tehnică a lucrării cu principalele caracteristici tehnice prin care se demonstrează înţelegerea soluţiei prezentate la faza SF.

Susține că, prin fișa de date, autoritatea contractantă nu impune o anumită prezentare tehnică a lucrării, cu respectarea unor puncte prin care să se demonstreze înțelegerea soluţiei tehnice, modul de prezentare rămânând la latitudinea fiecărui ofertant, prin urmare nu poate cere ofertantului descrierea anumitor puncte/subpuncte din studiul de fezabilitate

Prin faptul respectării tuturor cerinţelor din fișa de date, cap IV.4.1. punctele 1, 2, 3, 4, 5, 6 și ștampilarea înscrisurilor caietului de sarcini și ale documentaţiei la faza Sf, susține contestatorul, a demonstrat însușirea și asumarea documentaţiei.

Consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art.49 și art.50 alin.1 din Legea nr.98/2016.

În concluzie, ... opinează că adresa nr.... este neîntemeiată, iar autoritatea contractantă a încălcat, în mod flagrant și grav, legea achiziţiilor publice și normele de aplicare, precum și principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr…..... a solicitând respingerea contestației.

Autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, susținând că oferta contestatorului a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art.137 alin.3 coroborat cu art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016, și inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

În susținere, autoritatea contractantă a reiterat cele arătate în cadrul punctului de vedere referitor la contestația precedent, precizând, în plus, față de punctul 2 din contestație, că demonstrarea înțelegerii unei soluții tehnice, mai ales în faza de proiectare, nu înseamnă listarea unei documentații de atribuire, ștampilarea acesteia și prezentarea ei ca fiind propunere tehnică.

De asemenea, precizează că lipsa descrierii pentru toate cerințele și specificațiile tehnice cuprinse în caietul de sarcini, nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră, întrucât vizează o parte din oferta pentru care documentația de atribuire a exclus, în mod clar, posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu acest cerințe (art.134 alin.9 lit.e din H.G. nr.395/2016.

Arată că acceptarea unei oferte incomplete și neconformă, precum și acceptarea răspunsului operatorului economic prin care „solicitarea de clarificări este irelevantă”, este o abordare contrară principiilor de la art.2 din Legea nr.98/2016, încalcă tratamentul egal și, totodată, reprezintă o recunoaștere a prezentării unor date eronate, iar, din punctul de vedere al operatorului economic, acesta nu trebuie să respecte anumite puncte în demonstrarea înțelegerii soluției tehnice, deși aceasta a fost evidențiată distinctive în fișa de date, respectiv la cap.IV.4.1) – „Modul de prezentare a propunerii tehnice”.

... arată că ...nu a atacat în niciun fel punctul 2 din comunicarea intermediară, dar și că acesta urmărește anularea comunicării rezultatului evaluării, dar, în realitate, criticile vizează documentația de atribuire, respectiv cerințele caietului de sarcini.

Astfel, după cum se susține, unul dintre motivele pentru care oferta a fost declarată neconformă constă în faptul că propunerea tehnică reproduce în integralitate caietul de sarcini și nu răspunde cerințelor ce se regăsesc în conținutul acestuia.

Concluzionează că a respectat prevederile H.G. nr.395/2016 și pe cele ale Legii nr.98/2016, și-a îndeplinit obligațiile în mod corespunzător, motiv pentru care comunicarea intermediară nr.... este temeinică și legală.

În drept, se invocă prevederile art.134 alin.5 și 6, art.137 alin.1 din H.G. nr.395/2016, precum și art.18 din Legea nr.101/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de ***„...”,*** cod CPV ..., prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.....

Valoarea estimată a contractului este de .... lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse 4 oferte, printre care se regăsesc și cele ale contestatorilor, care au fost vizualizate, în SEAP, la data de ..., ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.....

Împotriva deciziilor de respingere a ofertelor lor, comunicate cu adresele nr.... și nr...., după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante, ...și .... au depus contestațiile de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Ofertele depuse de ambii contestatori, după cum rezultă din comunicările intermediare nr.... și nr...., dar și din procesul-verbal nr...., au fost respinse, în mod identic, ca neconforme, în temeiul art.137 alin.3 lit.a și art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016, și, ca inacceptabile, în temeiul art.134 alin.5 din același act normativ, pentru mai multe motive.

Astfel, primul motiv de respingere, comun ambelor oferte, constă în faptul că ***niciunul dintre cei doi contestatori nu sunt autorizați pentru întocmirea documentației de obținere a avizelor necesare atât pentru obținerea autorizației de construire, cât și a autorizației de funcționare a fiecărui obiectiv, și nu au declarat subcontractanți care să realizeze respectivele documentații***.

În soluționare, Consiliul reține că, în etapa de evaluare a ofertelor, prin adresele nr....., autoritatea contractantă a solicitat clarificări contestatorilor, după cum urmează:

„Având în vedere:

-Prevederile fișei de date, respectiv «Metodologia de prestare a serviciilor, pentru fiecare etapă a proiectării tehnice și a serviciilor de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor»

-Pg.5 din Propunerea tehnică prezentată de dvs. – Documentația pentru obținerea avizelor și acordurilor solicitate prin certificatul de urbanism la faza DTAC sau orice alte documentații de specialitate solicitate de avizatori necesare pentru obținerea autorizației de construire inclusiv asigurarea utilităților energie electrică, gaz metan, apă-canal, telecomunicații etc. Aceasta se va supune aprobării/avizării instalațiilor și organelor abilitate de către proiectant.

-Răspunsul la clarificări ... – Avizele cerute prin certificatul de urbanism au fost obținute la faza de studiu de fezabilitate, inclusiv acordul final de mediu. Prestatorul va trebui să întocmească celelalte

faze până la obținerea finală a autorizării sistemului de canalizare (DTAC, PTH, Autorizație Apele Române – poate fi obținută numai după semnarea procesului-verbal de recepție a lucrării). Anexăm la prezenta Acordul de mediu emis de APM Iași.

-Ordinul nr.662/2006 al Ministerului Mediului și Gospodăririi Apelor, realizarea și întocmirea documentațiilor necesare avizării și autorizării se poate realiza doar de către firme autorizate.

Vă rugăm prezentați certificatul de atestare Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor pentru realizarea avizelor de gospodărire a apelor necesar realizări investiției."

Prin adresa nr...., contestatorul ...a prezentat următorul răspuns:

„Având în vedere prevederile fișei de date precum și a caietului de sarcini precizăm că dumneavoastră în calitate de autoritate contractantă nu ați solicitat prezentarea în mod clar și succint a acestei autorizații valabile la data depunerii ofertelor.

De altfel așa cum ați precizat în clarificarea nr.1 serviciile necesare sunt (DTAC, PTH, Autorizație Apele Române – după semnarea procesului-verbal de recepție la terminarea lucrării).

Așadar nu înțelegem de ce este nevoie de un certificate pentru un aviz când în descrierea serviciilor nu regăsim necesitatea obținerii vreunui aviz de la Apele Române ci avem nevoie de autorizație. (a nu se confunda națiunea de aviz cu noțiunea de autorizație).

Referitor la autorizația de la Apele Române aceasta este necesară a se obține după (36 luni perioada de execuție la care se adaugă perioada până la începerea lucrărilor estimate la 4 luni), adică un total de minim 40 de luni de la data depunerii ofertelor pentru prezenta procedură. Având în vedere această durată atragem atenția că orice operator economic ce deține un atestat emis de MMAP expiră până la data începerii respectivelor servicii.

De altfel menționăm că în baza art.219 alin.1, 2, 3 art.218 alin.3 și 4 din Legea nr.98/2016 actualizată și a art.151 lit.b și art.154 oricând pe perioada desfășurării contractului cu un operator economic poate introduce un nou subcontractant fără a schimba prețul contractului. Mai mult decât atât precizîm că în această perioadă este posibil ca însuși noi să ne autorizăm și să obținem acel atestat. Numele subcontractantului nu poate fi cunoscut la acest moment dat fiind cele reiterate, iar dumneavoastră nu puteți lua o decizie de respingere a ofertei noastre deoarece:

1.Nu ați precizat clar și în mod expres prezentarea acestei autorizații la momentul depunerii ofertelor

2.Nu ați solicitat niciun aviz ci ați solicitat autorizație

3.În termen de 40 de luni expiră orice certificate valabil la data curentă

4.Avem posibilitatea de a subcontracta aceste servicii prin noi subcontractanți pe care nu îi cunoaștem la acest moment în conformitate cu prevederile OUG 107/2017

5.Ne întemeiem prezentul răspuns pe următoarele acte normative: art.218, 219 Legea 98/2016, art.151, 154 Hg 395/2016 și punctele 10 din OUG 07/10.7 cu privire la modificarea art.55 alin.1. (…)",
iar contestatorul ….. prin adresa nr….., a prezentat următorul răspuns:

„...nu deține certificate de atestare a Ministerului Mediului, Apelor și Pădurilor pentru realizarea avizelor de gospodărire a apelor necesare realizării investiției.

Fișa de date respectiv caietul de sarcini nu prevăd ca și condiții de participare deținerea certificatului mai sus menționat.

Ca și în alte cazuri, ...are colaboratori atestați de Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor pentru realizarea avizelor de gospodărire a apelor necesare realizării investiției.

Notă: Pag 5 din propunerea tehnică întocmită de ...nu prezintă cele enumerate de autoritatea contractantă."

Analizând aceste răspunsuri, dar și susținerile contestatorilor, Consiliul reține că niciunul dintre aceștia nu a dat curs solicitării autorității contractante de a prezenta certificatul solicitat, dar și că ambii sunt de acord că obiectul contractului cuprinde o componentă constând în elaborarea de documentații pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor.

Prin fișa de date a achiziției și caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu a solicitat ofertanților să prezinte certificatul de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor, însă, observă Consiliul, necesitatea deținerii acesteia, în vedere executării contractului, este una evidentă, fiind impusă de specificitatea activităților ce formează obiectul acestuia.

În acest sens, se reține și răspunsul din data de …., cu privire la documentația de atribuire, prin care, față de întrebarea având conținutul:

„Din contextul Caietului de Sarcini și a fișei de date nu se înțelege clar dacă documentațiile pentru avize și autorizații respectiv D.T.A.C. – ul cad în sarcina prestatorului. Vă rugăm să clarificați acest aspect întrucât în cadrul «Deciziei etapei de evaluare inițială» emis de A.N.P.M. se solicită necesitatea declanșării procedurii de evaluare a impactului asupra mediului și astfel este imposibil de evaluat serviciile ce urmează a fi ofertate.",
autoritatea contractantă a formulat răspunsul:

„Avizele cerute prin certificatul de urbanism au fost obținute la faza de studiu de fezabilitate, inclusive acordul final de mediu. Prestatorul va trebui să întocmească celelalte faze până la obținerea finală a autorizării sistemului de canalizare (DTAC, PTH, Autorizație Apele Române – poate fi obținută numai după semnarea procesului-verbal de recepție a lucrării). Anexăm la prezenta Acordul de mediu emis de APM Iași."

Confirmarea necesității deținerii respectivului certificat de atestare, în vederea executării contractului, rezultă și din demersul autorității contractante de a solicita contestatorilor, în etapa de evaluare a

ofertelor, prezentarea lui, cu scopul declarat de a se asigura că prestatorul are capacitatea de a executa contractul.

Reține Consiliul că certificatul de atestare solicitat de autoritatea contractantă, se obține în baza Ordinului nr.587/2017 de aprobare a Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor, emis de Ministerul Apelor și Pădurilor, în conținutul căruia se regăsesc și următoarele prevederi cu relevanță în cauză:

„Art.1 Prezentul regulament stabilește procedura de atestare de către Ministerul Apelor și Pădurilor a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor și asigură cadrul organizatoric și regulile unitare pentru atestarea capacității tehnico profesionale a solicitanților.

Art.2 Atestarea instituțiilor publice sau private are drept scop verificarea capacității tehnico-economice a acestora de a îndeplini cerințele tehnice și de calitate în conformitate cu prevederile legale în vigoare."

Prin urmare, în discuție se află îndeplinirea unui criteriu de calificare în sensul art.172 și urm. din Legea nr.98/2016, criteriu de calificare ce caracterizează capacitatea de exercitare a activității profesionale, și care trebuia să se regăsească în fișa de date a achiziției, conform art.20 alin.3 din H.G. nr.395/2016.

Relevante se reține a fi și prevederile art.154 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare complete, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.",* prevederi încălcate, de asemenea, de către autoritatea contractantă, prin omisiunea de a include solicitarea de prezentare a certificatului în discuție, în cadrul documentației de atribuire.

Totodată, constată Consiliul, durata contractului ce se va încheia, de 36 de luni, acoperă inclusiv componenta contractului constând în asistența tehnică din partea proiectantului în vederea realizării obiectivului, astfel că nu exista niciun motiv pentru care respectivul certificat să nu fi fost solicitat prin documentația de atribuire.

Având în vedere, pe de o parte, că certificatul de atestare nu a fost solicitat prin documentația de atribuire, astfel că nu se poate reține vreo culpă în sarcina contestatorilor la întocmirea ofertelor, iar, pe de altă parte, că deținerea respectivului certificat este absolut necesară pentru executarea contractului, Consiliul reține că documentația de atribuire a fost întocmită în mod defectuos, singura culpabilă de aceasta fiind autoritatea contractantă.

Astfel, este nelegală respingerea ofertelor contestatorilor pentru pretinsa nerespectare a unei cerințe care nu a fost cuprinsă în documentația de atribuire.

Apărările autorității contractante nu vor fi primite în soluționare, acestea reclamând, în fapt, o imposibilitate a executării contractului, de către contestatori, în lipsa certificatului solicitat, deși, așa cum s-a arătat, culpabilă de întocmirea documentației de atribuire cu nesocotirea dispozițiilor legale din material achizițiilor publice și a celorlalte prevederi legale incidente este singură autoritatea contractantă.

În acest context, în care, dat fiind stadiul procedurii, nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere a documentației de atribuire, văzând dispozițiile art.26 alin.7 din Legea nr.101/2016, potrivit cu care *„În cazul admiterii contestației**, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire**.”*, Consiliul va anula procedura de atribuire.

Celelalte motive de respingere a ofertelor contestatorilor nu vor mai face obiectul vreunei analize de legalitate, o astfel de analiză apărând ca inutilă față de soluția dispusă.

Față de considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 7 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestațiile și va anula procedura de atribuire.

Cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, în sumă de 5.000 lei, formulată de ….., va fi respinsă, în temeiul alin.9 al aceluiași articol, având în vedere că la dosar nu se regăsesc dovezi ale efectuării unor asemenea cheltuieli.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art.28 alin.1 din lege.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestațiile depuse de ..., respectiv de ..., în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire.

Respinge cererea ...de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET, MEMBRU, MEMBRU,
…. …. ….

.....