



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17469/07.05.2020, formulată de ..., cu sediul social în ... și adresă de comunicare a actelor de procedură în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Cluj cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată convențional de avocat ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. VI/8495/27.04.2020, a raportului procedurii nr. VI/8167/22.04.2020 și a tuturor actelor subsecvente și/sau conexe, elaborate de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*PROIECTARE, ASISTENȚĂ TEHNICĂ ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU REALIZAREA OBIECTIVULUI – MODERNIZARE DJ 173, KM 25+309 – 39+842, ȘIEU TEACA, KM 42+968 – 54+100, TEACA – OCNIȚA, JUDEȚUL BISTRIȚA - NĂSĂUD*”, s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. VI/8495/27.04.2020, a raportului procedurii nr. VI/8167/22.04.2020 și a tuturor actelor subsecvente și/sau conexe;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ..., cu consecința stabilirii conformității și admisibilității acesteia.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17679/07.05.2020, formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ..., cu sediul în Bistrița, str. Petru Rareș nr. 1, județul Bistrița-Năsăud, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Bistrița sub nr. J06/325/1999, având CUI RO

12472562, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. VI/8500 din data de 27.04.2020, a raportului procedurii nr. VI/8167 din data de 22.04.2020, precum și a tuturor actelor subsecvente emise de ..., cu sediul în B..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*PROIECTARE, ASISTENȚĂ TEHNICĂ ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU REALIZAREA OBIECTIVULUI – MODERNIZARE DJ 173, KM 25+309 – 39+842, ȘIEU TEACA, KM 42+968 – 54+100, TEACA – OCNIȚA, JUDEȚUL ...*”, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. VI/8500 din data de 27.04.2020, de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii nr. VI/8167/ 22.04.2020, precum și a tuturor actelor subsecvente emise în temeiul acestora, în ceea ce privește oferta depusă de asocierea;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, prin reevaluarea ofertei antemenționate, în conformitate cu cele dispuse prin decizia Consiliului.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17680/07.05.2020, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Cluj sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... – administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 8497/27.04.2020, transmisă de JUDEȚUL BISTRIȚA - NĂSĂUD, cu sediul în Bistrița, str. Piața Petru Rareș nr. 1-2, județul Bistrița-Năsăud, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*PROIECTARE, ASISTENȚĂ TEHNICĂ ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU REALIZAREA OBIECTIVULUI – MODERNIZARE DJ 173, KM 25+309 – 39+842, ȘIEU TEACA, KM 42+968 – 54+100, TEACA – OCNIȚA, JUDEȚUL ...*”, s-a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii ... a fost desemnată ofertă câștigătoare a procedurii de atribuire;
- anularea, în parte, a raportului procedurii de atribuire și a proceselor verbale de evaluare, sub aspectul desemnării, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei și stabilirea, drept câștigătoare, a ofertei contestatoarei în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată;
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație.

Pentru a se asigura pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul a procedat la conexarea contestațiilor formulate în cadrul aceleiași

proceduri de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (1) și (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.

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

I. Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractante de a-i respinge, ca inacceptabilă și neconformă, oferta depusă în cadrul procedurii, apreciind ca nelegale motivele invocate pentru aceasta și, anume, neîndeplinirea cerinței privind deținerea certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor și netransmiterea atestatelor profesionale pentru persoanele propuse a presta activitățile de pază și protecție.

Cu privire la primul motiv de respingere invocat de autoritatea contractantă, respectiv neîndeplinirea cerinței privind deținerea certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, contestatoarea arată că, la solicitarea autorității contractante, a învederat acesteia că în documentația de atribuire nu există o cerință expresă privind necesitatea deținerii unui astfel de certificat în vederea îndeplinirii serviciilor de proiectare și că din informațiile din documentația de atribuire nu a rezultat necesitatea deținerii unei astfel de autorizații. De asemenea, și-a asumat ca, în cazul în care pe parcursul elaborării proiectului tehnic se impune necesitatea obținerii vreunui aviz neprevăzut la data depunerii ofertei, documentația necesară va fi întocmită în timpul celor 3 luni calendaristice alocate realizării serviciilor de proiectare, iar serviciul respectiv se va subcontracta unei unități specializate cu respectarea graficului financiar asumat, fără alte costuri suplimentare.

Potrivit contestatoarei, cerința de deținere a certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, în condițiile în care nu există în documentația de atribuire, are caracterul unei clauze nescrise.

Cerința în cauză, vizând capacitatea de exercitare a activității profesionale este un veritabil criteriu de calificare în sensul dispozițiilor art. 172 alin. (1) coroborat cu art. 113 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care ar fi trebuit să se regăsească în cuprinsul fișei de date a achiziției.

Mai precizează contestatoarea că, din punctul său de vedere, faptul că autoritatea contractantă a pus la dispoziție certificatul de urbanism și avizul de la Sistemul de gospodărire a apelor Bistrița - Năsăud nu înseamnă că a impus ofertanților, prin anunț sau fișa de date, cerințe de calificare legate de atestarea/autorizarea lor pentru servicii de elaborare a documentațiilor necesare obținerii avizului de gospodărire a apelor.

Or, certificatul de atestare emis în temeiul Ordinului Ministrului Apelor și Pădurilor nr. 584/2017 este un criteriu de calificare, nu este cerință a caietului de sarcini, nefiind o specificație tehnică sau cerință, prescripție, caracteristică de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.

Pe de altă parte, contestatoarea arată că pretinsa deținere a certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, vizează executarea contractului și nu etapa de evaluare a ofertelor, în faza de executare a contractului neexistând riscul neîndeplinirii obligațiilor. Prin urmare, nefiind o activitate principală a contractului, în mod evident nu subzistă obligația ofertantului de a nominaliza operatorul economic ce poate desfășura aceste activități în mod legal, ca fiind asociat sau subcontractant, acesta putând fi un simplu furnizor al ofertantului.

Mai mult, arată că terțul susținător pe activitatea de proiectare deține certificatul de atestare nr. 31/19.07.2017, emis de Ministerul Apelor și Pădurilor, astfel că susținerea acordată poate fi oricând exercitată, în mod efectiv, pentru realizarea obiectului contractului, inclusiv pentru elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului de gospodărire a apelor, dacă va fi necesar. În plus, contestatoarea susține că are capacitatea de a realiza documentația pentru obținerea avizului și prin intermediul furnizorului CONSTRUCT CDP SRL – titular al certificatului de atestare nr. 180 /2018, cu care a încheiat contractul de prestări servicii nr. 1825/2019, având ca obiect întocmirea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor.

Cu privire la cel de al doilea motiv de respingere invocat de autoritatea contractantă, respectiv netransmiterea atestatelor profesionale pentru persoanele propuse a presta activitățile de pază și protecție, contestatoarea invocă un formalism exagerat al autorității contractante și încălcarea principiului proporționalității.

În primul rând, contestatoarea arată că nu a existat în fișa de date a achiziției cerința dovedirii deținerii atestatelor. În al doilea rând, precizează că, doar dintr-o simplă eroare de transmitere, atestatele respective nu au fost anexate răspunsului la solicitarea de clarificări,

deși în răspuns s-a făcut referire la ele. În opinia sa, autoritatea contractantă trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. VI/9600/12.05.2020, înregistrat la Consiliu cu nr. 19530/20.05.2020, referitor la contestația depusă de ..., autoritatea contractantă a solicitat respingerea acesteia, ca nefondată, motivat de următoarele aspecte:

- oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă, pe considerentul neconcludenței răspunsului la solicitarea de clarificări și, ca neconformă, motivat de faptul că oferta depusă nu satisface, în mod corespunzător, cerințele din caietul de sarcini.

- contrar afirmațiilor contestatoarei, oferta acesteia nu a fost respinsă pentru neîndeplinirea unei cerințe de calificare;

- certificatul de atestare emis în temeiul Ordinului Ministerului Apelor și Pădurilor nr. 584/2017, solicitat a fi prezentat este o cerință legală pentru a obține avizul de la sistemul de gospodărire a apelor, solicitat prin certificatul de urbanism; în cazul în care solicitarea ar fi fost considerată nelegală, contestatoarea ar fi avut posibilitatea de a o contesta, lucru care nu s-a întâmplat, astfel încât, aceasta a devenit obligatorie;

- mai mult, contestatoarea susține, în mod greșit, că prin certificatul de urbanism nr. 18/19.06.2018 nu s-a solicitat obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor; în realitate, în cuprinsul acestuia, este solicitată în mod clar și expres obținerea avizului de la SGA;

- abia în data de 07.05.2020 ofertantul a depus, în anexa la contestația de față, documentele solicitate prin solicitarea de clarificări, termenul de depunere a acestora fiind cu mult depășit;

- atât timp cât pentru punerea în funcțiune a obiectivului era necesară obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor conform prevederilor Ordinului nr. 891/2019 precum și ale Normativului de conținut al documentației tehnice supuse autorizării, rezultă că ofertantul, un asociat al acestuia sau un subcontractant al acestuia trebuia să dețină acea autorizare legală de a presta activitatea de elaborare a documentației pentru obținerea avizului de gospodărire a apelor;

- faptul că în documentația de atribuire nu este prevăzută o cerință de calificare în acest sens, nu dă dreptul ofertantului de a încălca prevederile legale;

- prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul s-a mulțumit să argumenteze de ce în oferta depusă nu se regăsește certificatul de atestare pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, fără a răspunde punctual și concludent la aspectele solicitate; simpla argumentare că

nu era necesară o asemenea calificare nu este în măsură să fie considerat un răspuns concludent, raportat direct la solicitările transmise;

- prin documentația de atribuire s-a permis ca autorizația în cauză să fie deținută de un furnizor al ofertantului, cu condiția ca acesta să dovedească faptul că are acces la un asemenea furnizor atestat; faptul că ofertantul contestator a prezentat un contract cu un furnizor atestat legal abia la momentul formulării contestației sau că terțul deține această atestare, este tardiv față de momentul când s-a solicitat să prezinte aceste documente. Ofertantul trebuia să le prezinte atunci când i-au fost solicitate, nu oricând dorește acesta.

- cu toate acestea, oferta nu a fost respinsă în mod direct, autoritatea contractantă făcând toate demersurile pentru a clarifica cum și cu cine va realiza activitatea de obținere a avizului de la Gospodărirea Apelor, atât cu contestatoarea, cât și cu ceilalți ofertanți participanți la procedură;

- cu privire la netransmiterea atestatelor profesionale pentru activitățile de pază și protecție, însăși contestatoarea admite că a omis să le prezinte ca răspuns la solicitarea de clarificări ce vizat acest aspect; solicitarea de clarificări a avut ca scop asigurarea că ofertantul va desfășura activitatea de pază a șantierului în conformitate cu prevederile legale; dacă autoarea contestației ar fi considerat că solicitarea de clarificări depășește cadrul legal ar fi putut să o conteste, lucru care nu s-a întâmplat, solicitarea devenind astfel obligatorie;

Prin Notele scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 21033/28.05.2020, contestatoarea a solicitat respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă și admiterea contestației astfel cum a fost formulată. În susținere, reia susținerile din cuprinsul contestației, precizând, în esență, următoarele:

- solicitarea de prezentare a certificatului de atestare emis în temeiul ordinului Ministrului Apelor și Pădurilor nr. 584/2017, constituie un veritabil criteriu de calificare, vizând capacitatea de exercitare a activității profesionale, nefiind o cerință a caietului de sarcini, respectiv o specificație tehnică, cerință sau prescripție, caracteristică de natură tehnică; fiind o clauză nescrisă, nulă, este de orice relevanță și nu poate fundamenta respingerea ofertei.

- presupusa cerință privind atestarea pentru întocmirea documentațiilor în vederea obținerii avizului de gospodărire a apelor vizează executarea contractului, astfel încât nu subzistă obligația dovedirii modului de îndeplinire la momentul depunerii ofertei, mai ales că nu există nicio prevedere în documentația de atribuire prin care să oblige operatorii economici să dețină și să prezinte certificarea impusă de Ordinul Ministrului Apelor și Pădurilor nr. 548/2017.

- printr-o solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a cerut să se declare operatorul economic, subcontractantul, terțul susținător care deține această atestare, considerând că aceasta este un criteriu de calificare; dacă ar fi considerat această activitate ce se execută în cursul executării contractului de un furnizor de servicii, ofertanții au avut obligația de nominalizare a acestora în momentul depunerii sau evaluării ofertelor; în plus, ca răspuns la solicitarea de clarificări a învederat autorității contractante că proiectantul își asumă că, în cazul în care pe parcursul elaborării proiectului tehnic de execuție se impune obținerea vreunui aviz neprevăzut la data depunerii ofertei, documentația va fi întocmită în timpul celor trei luni calendaristice alocate realizării serviciilor de proiectare iar respectivul serviciu se va subcontracta unei unități specializate autorizate;

- de asemenea, a arătat că are capacitatea de a executa activitățile din cadrul contractului, inclusiv pe cea privind elaborarea documentației pentru obținerea avizului de gospodărire a apelor, fie prin terțul susținător, fie prin furnizorul de servicii care dețin certificatele de atestare necesare emise de Ministrul Apelor și Pădurilor, astfel încât nu există niciun risc de neexecutare a contractului.

- nu a existat cerința dovedirii deținerii atestatelor profesionale pentru activitățile de pază și protecție în fișa de date a achiziției sau în anunțul de atribuire, drept criteriu de calificare și selecție; în plus, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a regăsit atașate la răspunsul la clarificări atestatele respective, deși în răspunsul la clarificări s-a menționat că acestea sunt atașate, este evident că a fost vorba de o eroare de transmitere a documentelor, atestatele respective existând în fapt.

Răspunzând Notelor scrise ale contestatoarei, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei Concluziile scrise nr. VI/11181/04.06.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 22028/04.06.2020, prin care a reluat susținerile din cuprinsul punctului de vedere formulat inițial.

II. În cadrul aceleiași proceduri, a depus o contestație și ..., care critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă și neconformă, apreciind ca nelegale motivele invocate pentru aceasta și, anume, faptul că a fundamentat modul de calcul a procentului de cheltuieli indirecte, respectiv a prezentat analiza care a stat la baza stabilirii valorii de 1.216.492,33 lei, fără TVA, pentru cheltuieli indirecte, că nu a prezentat justificarea costurilor pentru testele și încercările indicate în planul de control calitate și încercări, că nu a prevăzut cheltuielile legate de indemnizațiile de concediu și nici pe cele legate de costurile cu șeful punctului de lucru.

a) Referitor la motivul legat de nefundamentarea modului de calcul a procentului de cheltuieli indirecte, respectiv de a prezenta analiza care a stat la baza stabilirii valorii de 1.216.492,33 lei, fără TVA pentru cheltuieli indirecte, contestatoarea precizează că:

- afirmațiile autorității contractante sunt nefondate, deoarece autoritatea nu a solicitat defalcarea și analiza sumei de 569.586,64 lei pentru "Alte cheltuieli necesare, diferența cheltuieli alte capitole, diferență cheltuieli conexe OS Paza", oferată în cadrul cheltuielilor indirecte.

- prin adresa nr. VI/4907/04.03.2020, pct. 5, autoritatea contractantă a solicitat fundamentarea modului de calcul a procentului de cheltuieli indirecte, respectiv prezentarea analizei care a stabilit procentul de 3%, în valoare de 1.278.046,85 lei, precizat în oferta financiară. Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 1462/09.03.2020, înregistrată cu nr. VI5260/10.03.2020 anexând modul de fundamentare a cheltuielilor indirecte conf. tabelului intitulat "justificarea valorică și fundamentarea economică a cheltuielilor indirecte ". Suma totală a cheltuielilor indirecte este de 1.216.492,33 lei, fără TVA. Cota de 3% se aplică la cheltuielile directe, iar profitul de 2% se aplică la total cheltuieli directe + cheltuieli indirecte.

- Conform art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016: "Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare". Or, este evident că formularea generală utilizată în solicitarea de clarificări nr. VI/4907/04.03.2020 - pct. 5, care viza o fundamentare a modului de calcul a cheltuielilor indirecte, fără alte elemente specifice, nivel de detaliere sau puncte de interes pentru comisie, nu poate întemeia calificarea răspunsului ca fiind neconcludent.

- în ipoteza în care autoritatea aprecia necesară sau utilă analiza punctuală a unui subcap. precum "Alte cheltuieli necesare, diferența cheltuieli alte capitole, diferența cheltuieli conexe OS Paza", din cadrul cheltuielilor indirecte, trebuia să solicite expres acest fapt cu atât mai mult cu cât, asupra altor aspecte din cuprinsul aceluiași răspuns, la aceeași solicitare de clarificări, a procedat astfel (a se vedea S.C. VI/6205/ 23.03. 2020).

- deoarece solicitarea de clarificări viza analiza ofertei financiare, dreptul comisiei de a verifica fundamentarea costului - cu atât mai mult a cheltuielilor indirecte - are la bază ipoteza în care prețul ofertat este la un nivelul neobișnuit scăzut; însăși legiuitorul prescrie obligația formulării unei solicitări de clarificări cu precizarea concretă a prețurilor (unitare)/costurilor/valorilor considerate ca fiind neobișnuit de scăzute, cu stabilirea unui termen de răspuns proporțional cu cantitatea și complexitatea informațiilor solicitate, știut fiind faptul că

modul de formare al prețului este un drept al ofertantului, care nu poate fi obligat să dețină documente justificative oricând pe parcursul procedurii de atribuire.

- Prin urmare, deoarece comisia nu a constatat că elemente de preț ale subcategoriei antemenționate sunt aparent neobișnuit de scăzute, solicitarea excede prevederilor legale, fiind incertă în privința obiectului. Mai mult, nu sunt incidente nici prev. art. 210 din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia legiuitorul a circumstanțiat solicitarea de "fundamentare economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate, deoarece subcategoria antemenționată face parte din categoria cheltuielilor indirecte. Aceasta, în condițiile în care operatorii economici au libertatea de a-și stabili, în mod individual, ce categorii de cheltuieli încorporează în cadrul cheltuielilor indirecte, fără a se impune de către legiuitor o obligație privind întinderea acestora.

- conform legii, cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei. Cheltuielile indirecte cuprind: - regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor; - regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă". Din moment ce cheltuielile indirecte nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, o detaliere a lor este improprie. Potrivit art. 3.3.3. din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determină prin aplicarea unei cote aferente acestora la valoarea TOTAL - Cheltuieli directe. Această cotă se stabilește de către fiecare unitate de execuție pe baza propriilor analize.

- faptul că în oferta contestatoarei există o cotă de cheltuieli indirecte de 3 %, nu conduce la concluzia insuficienței prețului, din moment ce în documentația de atribuire și în legislația contabilă aferentă nu există vreo dispoziție legală care să stabilească un nivel minim (sau maxim) al cheltuielilor indirecte, așa cum există, de pildă, în materie salarială. Procentul de cheltuieli se constituie prin luarea în considerare a tuturor categoriilor de cheltuieli necesare realizării obiectului de activitate al operatorului economic, altele decât cele ce fac obiectul cheltuielilor directe, fiind unul individual, propriu și esențial fiecărui operator economic;

- în privința modului de distribuire a cheltuielilor indirecte acesta se reglementează prin procedurile proprii, interne ale societății, cheia de repartitie pe contractele existente și/sau ofertate fiind stabilită pe baza propriilor analize și că procentul și implicit valoarea cheltuielilor nu se repartizează neapărat uniform, ci poate fi distribuit inegal între contractele concomitente sau succesive, întrucât natura contractelor poate fi diferită sau unitară și similar și abordarea acestora se face prin prisma unor calcule de oportunitate comună, ținând seama și de caracterul fix și/sau variabil al cheltuielilor indirecte;

- în analiza concluziei răspunsului la solicitarea de clarificări trebuie avută în vedere incidența prevederilor documentației de atribuire, în conformitate cu care modul de exprimare a prețului contractului are la bază sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării acestuia;

- în sensul celor învedere contestatoarea face trimitere și la răspunsul la clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire, înregistrată cu nr. VI/23622 din 04.11.2019 potrivit căreia *"La realizarea propunerii financiare ofertanții vor avea în vedere prevederile obligatorii ce se regăsesc la cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din Fisa de date. De asemenea confirmam, ca în cadrul propunerii financiare nu trebuie prezentate Liste de cantități, ofertanții propunând sume forfetare...."* Aceasta cerință, obligatorie și opozabilă deopotrivă ofertanților cât și autorității contractante este, de plano, incompatibilă cu solicitarea/impunerea prin clarificări a prezentării/justificării unor articole de deviz.

- afirmația autorității contractante conform căreia *"Atât timp cât Comisia de Evaluare a solicitat în mod punctual fundamentarea modului de calcul a procentului de cheltuieli indirecte, prin prezentarea analizei de preț structurată conform Ordinului 1568/2002 al MLPTL - atunci ofertantul avea obligația legală de a prezenta un răspuns concludent, respectiv de a prezenta o fundamentare a acestui cost, conform art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 sau, dacă nu era de acord cu solicitarea, avea dreptul de a contesta conținutul solicitării conform prevederilor de la art. 8 din Legea 101/2016"*, este falsă, deoarece adresa nr. VI/4907/04.03.2020 pct. 5 nu face referire la prezentarea analizei de preț structurată conform Ordinului 1568/2002 al MLPTL. Ca atare, nu pot fi apreciate ca fiind incidente dispozițiile reglementării normative, aceasta nefiind prevăzută ca cerință nici în documentația de atribuire și nici în solicitarea de clarificări.

- pe de altă parte, conform specificațiilor Caietului de sarcini - pag. 64 - care consacră modalitatea de ofertare în format forfetar, astfel: *Prețurile cotate de Ofertant în Propunerea financiară se vor conforma cu cerințele specificate mai jos . a) Oferta de preț trebuie să acopere toate lucrările solicitate în Caietul de Sarcini, așa cum sunt*

acestea descrise în Documentația de Atribuire. Modul de exprimare a prețului contractului are la bază sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării acestuia, coroborat cu răspunsul la clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire înregistrată cu nr. VI/23622 din 04.11.2019 potrivit căreia "La realizarea propunerii financiare ofertanții vor avea în vedere prevederile obligatorii ce se regăsesc la cap. IV. 4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din Fisa de date. De asemenea confirmam, ca în cadrul propunerii financiare nu trebuie prezentate Liste de cantități, ofertanții propunând sume forfetare...." referirea la incidența Ordinului 1568 este incompatibilă cu modalitatea solicitată de ofertare deoarece vizează modul de întocmire a devizelor pe categorii de lucrări și pe obiecte pentru lucrări. (art. 11 și 1.5. din Ghid "Prevederile ghidului se aplică la elaborarea devizelor pentru lucrările de construcții. Acestea urmând a fi elaborate în cadrul proiectului tehnic de execuție conf. Anexe 10 la HG nr. 907/2016.

- în altă ordine de idei, chiar Ordinul 1568/ 2002 prevede la cap. 3 pct. 3.3.3. faptul că "*Cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determină prin aplicarea unei cote aferente acestora la valoarea TOTAL - CHELTUIELI DIRECTE. Această cotă se stabilește de către fiecare unitate de execuție pe baza propriilor analize*" în contextul în care se reține expres următoarele "Conținutul cheltuielilor indirecte este foarte divers".

b) Referitor la motivul privind faptul că nu a fost prezentată justificarea costurilor pentru testele și încercările indicate în planul de control calitate și încercări, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a solicitat acest lucru ci "*justificarea prețului din care a rezultat suma de doar 212.50 lei pentru testele și încercările indicate în PCCVI sumă preluată din cadrul unui subcap. al cheltuielilor indirecte*"; în susținere, face trimitere motivarea solicitării de clarificări VI/6205/ 23.03.2020 pct. (2) potrivit căreia se face trimitere la modalitatea de fundamentare a cheltuielilor Indirecte din solicitarea de clarificări precedentă S.C. VI/4907/ 04 03 2020 pct. (5) ("*Având în vedere că: (a) în Adresa cu nr. 1462/ 09.03.2020 ați indicat următoarele cheltuieli la teste, încercări și verificări: (...)* "), unde a fost indicată valoarea de 237,50 lei.

- față de obiectul solicitării, acela de a prezenta justificarea prețului din care a rezultat suma de doar 237,50 lei pentru testele și încercările indicate contestatoarea susține că a răspuns concludent prin adresa 1876 /24.03.2020 înreg. cu nr. VI6286/ 25 03 2020 menționând, contrar susținerii Comisiei de evaluare, că nu toate costurile privind testele și încercările specificate în PCCVI sunt incluse limitativ în subactivitățile detaliate în justificarea cheltuielilor indirecte, concluzia comisiei fiind eronată.

- în răspuns, s-a precizat că acele costuri necesare, evaluate prin estimare globală în lipsa documentației tehnico-economice faza Pth + DTAC + DTE, sau diferența de costuri ce se va dovedi necesară, în executarea contractului pentru realizarea lucrărilor vor fi acoperite din capitolul Cheltuieli privind asigurarea lucrărilor de construcții ..."Alte cheltuieli necesare, diferența cheltuieli alte capitole. Cu o valoare alocată de 569.586.64 lei

- tot în răspunsul la clarificare a precizat că acest format de ofertare, în lipsa unor specificații exprese în documentația de atribuire, a fost adoptat ca fiind pretabil tocmai datorită faptului că se ofertează un contract tip proiectare și execuție iar testele verificările, probele ce vor rezultă sunt la acest moment strict apreciative, ca obiect, număr, cost. Acestea se vor concretiza abia la finalizarea Proiectului tehnic și DTE sau suferi modificări/ completări chiar în cursul execuției lucrărilor. Costurile indirecte sunt costuri care nu sunt sau nu pot fi legate în mod neechivoc de o activitate individuală a proiectului sau pentru care este dificil să se determine cuantumul contribuției la o activitate anume.

- în ce privește modul de exprimare al prețului contractului în cazul contractelor care au ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor - precum celui ce face obiectul prezentei proceduri, acesta are la baza sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării acestuia. Astfel, lista de prețuri/graficul de eșalonare al prețurilor elaborată de autoritatea contractantă nu trebuie să aibă asociate liste de cantități obligatorii pentru ofertanți, lista de prețuri fiind utilizată pentru stabilirea unui mod unitar de întocmire a propunerilor financiare.

- conform art. 1867 Cod civil - Prețul forfetar - (1) Atunci când contractul este încheiat pentru un preț global, beneficiarul trebuie să plătească prețul convenit și nu poate cere o diminuare a acestuia, motivând că lucrarea sau serviciul a necesitat mai puțină muncă ori a costat mai puțin decât s-a prevăzut. (2) Tot astfel, antreprenorul nu poate pretinde o creștere a prețului pentru motive opuse celor menționate la alin. (1). (3) Prețul forfetar rămâne neschimbat, cu toate că s-au adus modificări cu privire la condițiile de executare inițial prevăzute, dacă părțile nu au convenit altfel.

- drept consecință, este evident nelegală o completare a cerințelor documentației inițiale prin solicitarea prezentării unor articole de deviz și a justificării acestora - „conform Ordin 1568/2002 pentru aprobarea reglementării tehnice *"Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice"*, indicativ P 91/1-02"

- prin raportare la reglementarea cap. 4 pct. 4 din Ordinul nr. 1568/2002, contestatoarea subliniază că reglementarea la care face

autoritatea referire statuează expres că plata expertizelor și consultațiilor legate de verificarea și încercarea elementelor de construcții, precum și în probleme de funcționarea utilajului tehnologic se pot cuprinde în cadrul cheltuielilor indirecte "(dacă nu au fost prevăzute în deviz) " adică în cheltuieli directe, cheltuieli cu privire la care autoritatea nu a solicitat nici o clarificare.

- chiar în ipoteza în care o atare abatere ar subzista și făcând abstracție de faptul că ofertarea s-a făcut propunând sume forfetare la nivel de D.A.L.I., costurile necesare, evaluate prin estimare la nivel de stadiu fizic pe cheltuieli directe și alocarea procentuală pe cheltuieli indirecte, în lipsa documentației tehnico economice faza Pth + DTAC + DTE , precum și că s-a procedat la prevederea, în tip forfetar, a unei valori specifice a cheltuielilor indirecte în capitolul Cheltuieli privind asigurarea lucrărilor de construcții: "Alte cheltuieli necesare, diferența cheltuieli alte

Capitole în considerarea valorii costurilor privind testele și încercările, acesta se înscrie în categoria celor ce pot fi clarificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, desigur ca urmare a unei solicitări din partea Comisiei în acest sens", conform prevederilor art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

c) referitor la motivul de respingere privind lipsa cheltuielilor cu indemnizațiile de concediu, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a pornit de la o premisă greșită, în categoria cheltuielilor antementionate, parte a cheltuielilor indirecte, nefiind cuprinse valorile indemnizațiilor de concediu odihnă a personalului, aceste cheltuieli fiind cuprinse în cadrul cheltuielilor directe.

- tabelul intitulat "*justificarea valorică și fundamentarea economică a cheltuielilor indirecte*" din cadrul adresei nr. 1462/09.03.2020, se poate observa, la pct. 9, la care face referire autoritatea contractantă, că au fost înscrise retribuițiile suplimentare ale muncitorilor direct productivi, indemnizațiile de concediu și alte drepturi ce se plătesc din fondul de retribuire. Indemnizația de concediu nu este retribuire suplimentară, așa cum eronat o califică autoritatea și nu se achită din fondul de retribuire.

- este greșit raționamentul de imputare a unei valori reprezentând "costul concediilor" pentru tot personalul pentru care s-a calculat cost manoperă conform C7 asupra cheltuielilor indirecte, astfel cum au fost prezentate în justificarea tabelară pct. 9 privind retribuițiile suplimentare.

Conform Ghidului, secțiunea 4 pct. 3.4.6, prin totalizarea pe coloane a valorilor înscrise la cheltuieli directe și la alte cheltuieli directe se obține TOTAL CHELTUIELI DIRECTE ale devizului pe categorii de lucrări

pe elemente de cheltuieli (material, manoperă, utilaj, transport și total), iar conform pct. 3.4.7. Valoarea cheltuielilor indirecte, se determină prin aplicarea cotei de cheltuieli indirecte, specifică fiecărei unități de execuție la valoarea TOTAL CHELTUIELI DIRECTE din coloana 9. Astfel, pct. 9 privind retribuirea suplimentară a personalului este în aceeași categorie, în cadrul cheltuielilor indirecte, cu retribuirea pt. evenimente de familie (căsătorii, nașteri, decese etc.), pentru donatorii de sânge (două zile lucrătoare plătite), concedii de studii plătite, indemnizații de vacanță, etc.

- întreaga analiză pe acest aspect este bazată pe preluarea (deficitară) unor informații din "fundamentarea modului de calcul a procentului de cheltuieli indirecte", așa cum reiese din solicitarea de clarificări nr. VI/4907/04.03.2020 pct. 5, Tabelul intitulat "justificarea valorică și fundamentarea economică a cheltuielilor indirecte", fără ca autoritatea să formuleze clarificări privind valoarea manoperei sau costul alocat personalului, în măsura în care le aprecia concludente și utile.

d) Referitor la motivul de respingere privind lipsa cheltuielilor legate de costurile cu Șeful punctului de lucru, contestatoarea precizează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări ce a vizat acest aspect, a învederat autorității contractante că solicitarea autorității excede condițiilor și cerințelor documentației de atribuire, neexistând o astfel de cerință în documentația de atribuire sau în legislația incidentă care să prevadă bugetarea, în costul ofertei, pentru «*Șef punct lucru*», solicitarea fiind un nou exemplu concludent prin care autoritatea își depășește atribuțiile privind analizarea ofertelor, în mod nelegal și disproporționat, raportat la cerințe.

- în raport de incidența dispozițiilor art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, așa cum arătam prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asigurăm Autoritatea, că oferta depusă cuprinde și asumă toate costurile privind prețul forfetar ofertat. Acest « Șef punct lucru » care va fi alocat șantierului după semnarea contractului, și care organizează și urmărește desfășurarea în bune condiții a șantierului nu are o calitate singulară/exclusivă atribuită în executarea contractului putând fi inginer, maistru sau alt personal calificat, etc. Astfel cheltuielile salariale aferente se regăsesc în resursele de manoperă ofertata în cadrul cheltuielilor directe.

- în referire la Costurile cu « Șef punct lucru » cuprinse în cheltuielile indirecte - specificate în Tabelul intitulat "justificarea valorică și fundamentarea economică a cheltuielilor indirecte" și

reprezentând Retribuții ale personalului de conducere, tehnic, economic, acestea sunt cuprinse la următoarele poziții:

• Retribuția maistrilor care participă alături de personalul de execuție la procesul de producție, inclusiv impozitul la contribuția asigurărilor sociale și la fondul de șomaj	22,575.00
• Retribuțiile personalului gospodăresc de tot felul (manipulanți, recepționeri. Încărcători și descărcători mori din cadrul depozitelor centrale, laboranților, telefonistelor, conducătorilor de autoturisme, auto-speciale, microbuze, îngrijitoarelor, personalului de întreținere și mici reparații la instalațiile sanitare, de apă, încălzire, iluminat.) inclusiv sporul de vechime; și alte drepturi legale din fondul de retribuire (exclusiv retribuțiile personalului unităților de producție	4,515.00
• Cheltuieli pentru executarea măsurătorilor și de verificare la lucrările de construcții care ulterior nu se vor verifica	4,515.00

- interpretarea în sensul alocării, în calcul, a unui program cu normă întreagă a timpului de muncă este fără temei. Referirea la conținutul Planului calității și la responsabilitățile atribuite în sensul «organizării și urmăririi în permanentă a desfășurării proceselor tehnologice» este evident greșită și tendențios reținută, paragraful fiind preluat în realitate din procedura tehnică de execuție pentru îmbrăcăminți bituminoase. Ori, activitatea menționată nu se desfășoară pe durata integrală de execuție a contractului - conf. grafic, iar pentru toate celelalte sarcini, specificate în cadrul celorlalte proceduri tehnice de execuție (ex. fundații rutiere, fasonarea și montarea oțelului beton, montarea elementelor prefabricate, etc.), nu s-a specificat necesitatea permanenței în desfășurarea activității.

- pe de altă parte, specificația din procedura tehnică de execuție nu echivalează cu atribuirea, pentru această persoană, a calității de angajat cu normă întreagă a ofertantului. Spre exemplu, acesta poate presta activitate în calitate de colaborator, persoană fizică autorizată, în temeiul unui contract cu un tarif negociat sau poate avea efectiv normă de lucru cu timp parțial, aspect ce nicidecum nu e incompatibil, în opinia contestatoarei, cu obligația urmăririi în permanentă a desfășurării proceselor tehnologice așa cum nu este nici în cazul RTE, CQ sau responsabilului SSM.

Prin punctul de vedere nr. VI/9601/12.05.2020, referitor la contestația formulată de, înregistrat la Consiliu cu nr. 19532/20.05.2020, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, ca nefondată. În susținere, a precizat următoarele:

a) prin solicitarea de clarificări, contestatoarei i s-a solicitat tocmai analiza care a stat la baza stabilirii valorii de 1.216.492,33 lei alocate pentru cheltuielile indirecte, răspunsul transmis de contestatoare nefiind concludent; nu a fost solicitată o analiză parțială a cheltuielilor indirecte, ci o analiză totală a acestora; în situația în

care ofertantul nu ar fi înțeles solicitarea ar fi putut să o conteste sau să solicite formularea mai clară a acesteia, lucru care nu s-a întâmplat.

- atât timp cât s-a solicitat justificarea cazurilor pentru care ofertantul nu prezintă costuri pentru anumite tipuri de cheltuieli indirecte, cu atât mai mult exista obligația de a prezenta justificarea/analiza de cost a acestora; practic, pentru aproximativ jumătate din costul prevăzut pentru cheltuielile indirecte, ofertantul nu a prezentat analiza de preț solicitată, răspunsul fiind apreciat ca neconcludent.

- justificarea prețului ar fi trebuit să însemne prezentarea de elemente concrete de formare a acestuia și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză;

- referitor la justificarea costurilor cu testele și încercările indicate în planul de control, ofertantul a clarificat suma corectă pentru aceste teste ca fiind de 237,50 lei, dar nu a prezentat și o justificare a acesteia; chiar dacă aceste costuri s-ar putea regăsi și în alte părți ale ofertei, în cadrul răspunsului, ofertantul nu a justificat, în primul rând, costul care ar rezulta pentru verificarea costurilor cu testele și încercările indicate în planul de control ; având în vedere că testele și verificările sunt descrise, în mod clar, în propunerea tehnică, atât în PCCVI, cât și în graficele de execuție, ofertantul avea obligația de a prevedea sumele aferente acestor costuri și de a le cuprinde în cadrul propunerii financiare, având obligația de a le justifica atunci când comisia de evaluare o solicită.

- nici în răspunsul la solicitarea de clarificări și nici măcar în cadrul contestației de față nu au fost prezentate explicații cu privire la costurile cu indemnizațiile de concediu, din care să rezulte că ofertantul le-a prevăzut; chiar dacă, prin absurd, s-ar accepta că indemnizațiile de concediu se regăsesc în cadrul costului direct al unei ore de manoperă, având în vedere că ofertantul a justificat un cost de 17,93 lei/oră, acesta fiind tariful minim orar prevăzut pentru acest domeniu de activitate, acest cost nu ar putea acoperi și costul cu indemnizațiile de concediu, care ar fi în valoare de 1,71 % din valoarea ofertei, respectiv de 827.385,33 lei;

- de asemenea, în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, ofertantul nu a prezentat justificări cu privire la costurile cu șeful punctului de lucru și cu privire la locul unde au fost prevăzute aceste costuri în cadrul propunerii financiare; într-adevăr, în documentația de atribuire nu există cerința ca ofertanții să aibă ca personal și un șef de punct de lucru; totuși, în oferta contestatoarei, pe lângă șeful de șantier este prevăzut și un șef de punct de lucru, persoană cu alte atribuții decât cele prevăzute pentru șeful de șantier;

- astfel, comisia de evaluare avea obligația de a verifica conformitatea propunerii tehnice cu cea financiară, respectiv dacă costurile cu șeful de punct de lucru au fost cuprinse în cea din urmă; ofertantul nu a clarificat care este costul cu șeful de punct de lucru, precizând că acest cost s-ar regăsi, exemplificativ, în cadrul a 4 puncte de lucru, rezultând o sumă de 46.655 lei.

- date fiind atribuțiile șefului de punct de lucru prevăzute în planul calității, pentru cele 15 luni de execuție ar rezulta o sumă de 49.080 lei, valoare care depășește valoarea indicată de ofertant în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări; mai mult, în cadrul acestor puncte de lucru, se regăsesc și costurile cu alt personal necesar pentru îndeplinirea contractului și verificarea calității, pentru care ofertantul nu a demonstrat că va mai avea fonduri să le suporte.

Prin Concluziile scrise nr. 4060/27.05.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 20678/27.05.2020, contestatoarea a răspuns punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, precizând, în esență, următoarele:

- este incontestabil dreptul autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la elementele de preț din cadrul ofertei, criticabil fiind însă modul de evaluare a răspunsului la solicitarea de clarificări, fără să se țină seama de modalitatea forfetară de ofertare financiară, de documentația tehnico-economică față de care s-a ofertat și reglementările ce își găsesc sau nu incidența în cauză.

- în cazul contractelor care au ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor, modul de exprimare a prețului contractului are la bază sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării acestuia; astfel, dacă contractantul este de acord ca pentru un preț forfetar să realizeze toate operațiunile/lucrările necesare la nivelul de calitate și performanță impus, riscul de cantități este preluat de contractant; autoritatea contractantă este de acord să plătească acest preț, prin contract fiind stabilite mai multe tranșe în corelare cu progresul fizic al lucrărilor; în acest context, lista de prețuri/graficul de eșalonare al prețurilor elaborată de autoritatea contractantă nu trebuie să aibă asociate liste de cantități obligatorii pentru ofertanți, lista de prețuri fiind utilizată, în primul rând, pentru stabilirea unui mod unitar de întocmire a propunerilor financiare.

- aplicând exemplul în speța de față, în cazul cheltuielilor privind teste și încercări, atât timp cât propunerea tehnică prevede testele și încercările specifice și necesare execuției lucrărilor, verificarea câtimii prețului acestora este nejustificată.

- în ceea ce privește fundamentarea modului de calcul a procentului de cheltuieli indirecte și prezentarea analizei care a stat la baza stabilirii valorii ofertei, se arată că, deși aceste cheltuieli nu sunt rezerve, acestea reprezintă totuși acele cheltuieli care nu se pot

identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul său; este nefondat argumentul autorității contractante conform căruia justificarea valorică și fundamentarea economică a cheltuielilor indirecte este neconcludentă în raport de gradul de detaliere a unei subcategorii deoarece nu s-a specificat un anumit grad de detaliere sau o metodologie de întocmire;

- operatorii economici au libertatea de a-și stabili în mod individual categoriile de cheltuieli încorporate în cadrul cheltuielilor indirecte iar modul de distribuire a acestora este reglementat prin proceduri proprii;

- în ceea ce privește justificarea costurilor pentru teste și încercările indicate în Planul de control de calitate, verificări și încercări, autoritatea contractantă a transmis o solicitare de clarificări tendențios și interpretabil adresată, plecând de la concluzia că aceste cheltuieli sunt exclusiv indirecte și incluse în categoria Cheltuieli pentru proiectare, agrementări, studii, încercări experimentări, creații invenții și inovații; prin urmare, răspunsul nu a avut în vedere raționamentul autorității contractante de a prezenta mai departe costul prevăzut pentru teste și încercări, la alte capitole și cu atât mai mult în cadrul cheltuielilor indirecte, ci s-au specificat în cuprinsul propunerii tehnice sarcinile asumate privind efectuarea testelor, încercărilor și verificărilor, iar în propunerea financiară a prevăzut aceste costuri asumând îndeplinirea contractului în prețul forfetar ofertat;

- referitor la cheltuielile legate de indemnizațiile de concediu, este incorectă determinarea valorii procentuale sau nominale efectuată de comisia de evaluare a costului concediilor strict prin raportare la numărul orelor cu manopera și valoarea acestora fără a cunoaște și include în calcul numărul angajaților implicați în execuția contractului și timpul de muncă aferent fiecăruia pe perioada de execuție a contractului, din care se scad perioadele de timp friguros; indemnizația de concediu nu este retribuție suplimentară și nu se achită din fondul de retribuire, fiind o cheltuială salarială.

- de asemenea este eronat raționamentul de imputare a unei valori reprezentând costul concediilor pentru tot personalul pentru care s-a calculat cost manoperă conform C7 asupra cheltuielilor indirecte

- solicitarea de justificare a cheltuielilor legate de costurile cu șeful punctului de lucru excede cerințelor documentației de atribuire și legislației incidente; cheltuielile salariale ale acestuia se regăsesc în resursele de manoperă oferite în cadrul cheltuielilor directe, în cadrul cheltuielilor cu manopera fiind cuprinse toate cheltuielile în lei efectuate cu forța de muncă necesară.

- în ceea ce privește costurile cu șeful punctului de lucru cuprinse în cheltuielile indirecte, apreciate de autoritatea contractantă la

valoarea de 49.080 lei, acestea sunt eronate, autoritatea contractantă plecând de la premisa greșită a unui program cu normă întreagă. Pe de altă parte, specificația din procedura tehnică de execuție nu echivalează cu atribuirea, pentru această persoană, a calității de angajat cu normă întreagă al ofertantului.

Prin punctul de vedere nr. VI/11185/04.06.2020, înregistrat la Consiliu cu nr. 22030/04.06.2020, autoritatea contractantă a reiterat, în esență, argumentele din punctul de vedere formulat inițial.

III. Prin contestația depusă, ... critică decizia autorității contractante de a-i respinge, ca inacceptabilă, oferta depusă în cadrul procedurii, apreciind ca nelegale motivele invocate pentru aceasta.

Potrivit contestatoarei, autoritatea contractantă i-a transmis o solicitare de clarificări, în legătură cu Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, după cum urmează: *Vă solicităm să: Clarificați dacă există o Decizie de suspendare a respectivei decizii; Clarificați dacă există o Decizie de anulare a respectivei decizii; Justificați dacă Decizia mai sus menționată se încadrează sau nu în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) litera (c) din Legea 98/2016 coroborate cu prevederile art. 167 alin. (3) din Legea 98/2016, respectiv să ne furnizați dovezi care să arate că măsurile luate de dvs. sunt suficiente pentru a vă demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) litera (c), solicitare la care a răspuns, în sensul că:*

„Nu exista decizie de suspendare a efectelor Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, decizia Consiliului Concurenței a fost atacata cu acțiune în contencios administrativ, formându-se în acest sens dosarul 6855/2/2019 pe rolul Curții de Apel București. În vederea justificării stadiului dosarului, am depus dovada înregistrării acțiunii și extras de pe portalul instanței. Am argumentat lipsei incidenței motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. din Legea 98/2016 coroborate cu prevederile art. 167 alin. (3) din Legea 98/2016, raportat la incidența prevederilor art. 172 alin (5) lit. b din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 NU se aplică dacă, în cazul situațiilor, faptelor prevăzute la art. 167 a expirat o perioadă de 3 ani de la data săvârșirii faptei. În vederea justificării expirării perioadei de 3 ani de la săvârșirea faptei am depus extras din Decizia nr. 48/2019, pag. 131 în care la paragraful 588, Consiliul confirmă ca pretinsa fapta imputabilă subscrisei s-a Încheiat/finalizat în data de 31.03.2015”.

Potrivit contestatoarei, decizia de excludere a fost pronunțată cu încălcarea dispozițiilor art. 171 alin (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016. În susținere, precizează că:

- potrivit art. 167 alin .(1) lit. c) din Legea nr 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a

contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care (...) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

- alin (3) al aceluiași articol prevede că, în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartei care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.

- această regulă care conferă autorității contractante posibilitatea de a exclude un operator economic aflat în situațiile expres prevăzute de art. 167, comportă o excepție reglementată de art. 171 alin. 5 lit. b din Lege.

- astfel, potrivit art. 171 alin. (5) lit. b din Legea nr. 98/2016, în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică dacă, în cazul situațiilor, faptelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

- astfel, pentru a fi incidentă ipoteza de excepție sunt necesare două condiții cumulative; 1) operatorului nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică; 2) a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

- în speță, ambele condiții prevăzute de acest text legal sunt îndeplinite astfel: Nici prin decizia emisă de Consiliul Concurenței și nici prin vreo hotărâre judecătorească contestatoarei nu i-a fost aplicată măsura interzicerii participării la proceduri de achiziție publică, iar, de la momentul săvârșirii faptei reținute în Decizia Consiliului Concurenței au trecut mai mult de 3 ani.

- astfel, așa cum rezultă din Ordinul nr. 324/2017 emis de Președintele Consiliului Concurenței, anexat prezentei și depus în susținerea răspunsului, investigația declanșată cu privire la care s-a emis Decizia nr. 48/2019 a vizat perioada 2013-2015, prin urmare la momentul inițierii prezentei proceduri de achiziție publică, termenul de 3 ani indicat la art. 172 alin. 5 lit. (b) din Legea nr 98/2016 expirase.

- Decizia Consiliului Concurenței, la pag. 131 paragraf 588, anexată răspunsului la clarificări și contestației în analiză, prevede că pretinsa fapta imputabilă subscrisei ar fi început în data de 27.09.2012 și s-ar fi încheiat în data de 31.03.2015; astfel fiind, termenul de 3 ani de la săvârșirea pretinsei fapte anticoncurențiale, prevăzut de art. 172 alin (5) lit. (b) din Legea nr. 98/2016 a expirat în data de 31.03.2018

- contrar susținerilor autorității contractante, termenul de 3 ani nu curge de la momentul deciziei Consiliului Concurenței, iar considerentele Hotărârii pronunțate de CJUE în cauza C-124/17 nu sunt aplicabile în prezenta speță. Pentru a demonstra acest lucru contestatoarea face o analiză comparativă a textului art. 57 din Directiva 2014/24 și a art. 171 alin 5 litera b din Legea 98/2016 care transpune în dreptul românesc directiva europeană.

- directiva europeană stabilește: (1) Atributul de stabilire a modalității de aplicare a sancțiunii excluderii aparține statelor membre, deci dreptului intern. (2) Perioada de excludere la care se refera Directiva este una maximă, ceea ce înseamnă că prin normele interne statele membre pot stabili perioade de excludere mai scurte (inclusiv prin modificarea modului de calcul al termenului). (3) Sancțiunea excluderii se aplica doar acelor operatori economici care nu au luat măsuri pentru a-și demonstra fiabilitatea. (4) Ca și moment de la care curge termenul de trei ani textul directivei se refera doar la data evenimentului relevant.

- în schimb, textul de lege din dreptul intern se referă deopotrivă la "data apariției situației" și, foarte important, "data săvârșirii faptei". Mai mult, din folosirea conjuncției "sau" între cele 3 posibile momente de la care curge termenul de 3 ani se înțelege că expirarea duratei de 3 ani de la oricare dintre aceste 3 momente atrage imposibilitatea aplicării sancțiunii excluderii. Cu alte cuvinte, chiar dacă, în speță, nu au trecut încă 3 ani de la data "evenimentului relevant" reprezentat de decizia Consiliului, dat fiind faptul că au expirat 3 ani de la data săvârșirii faptei, sancțiunea excluderii nu mai poate fi aplicată.

- așadar, contrar susținerilor intervenientei, considerentele hotărârii pronunțate de instanța europeană în speța citată nu sunt aplicabile în prezenta speță, întrucât, pe de o parte textul legal din dreptul românesc este diferit de cel din directivă, precum și de articolul corespunzător din dreptul german analizat în respectiva decizie de speță; pe de altă parte, spre deosebire de operatorul economic din respectiva speță, contestatoarea a implementat măsuri efective de conformare cu regulile de concurență, aspect reținut în mod nemijlocit în Decizia Consiliului Concurenței.

- potrivit contestatoarei, autoritatea contractantă nu a valorificat corespunzător prezumția de legalitate de care se bucura decizia Consiliului Concurenței întrucât, sub incidența prezumției de legalitate

nu intră doar fapta în sine și relevanța ei sub aspectul concurenței ci și data săvârșirii faptei, dată care este consemnată fără echivoc în cuprinsul deciziei, și pe care autoritatea contractantă nu trebuia să o "ghicească" așa cum afirmă în punctul de vedere, ci trebuia doar să o constate, lecturând, cu buna credință, decizia Consiliului.

- prin excluderea ofertei în baza unei decizii nedefinitive a Consiliului Concurenței (și care nu conține sancțiuni referitoare la îngrădirea dreptului subscrisei de a participa la proceduri de atribuire) autoritatea contractantă a încălcat prezumția de nevinovăție;

- dincolo de aspectele care țin de expirarea termenului de 3 ani, în speța nu se poate face abstracție de faptul că Decizia nr. 48/19.07.2019 nu este definitivă și, ca atare, nu poate sta la baza luării de alte măsuri restrictive, cum ar fi respingerea ofertei contestatoarei din procedură. Astfel, la fel ca și actele adoptate de autoritățile contractante în procedurile de achiziție publică, deciziile emise de Consiliul Concurenței sunt acte administrative care pot fi atacate în condițiile legii în anumite termene. Or, acestea nu rămân definitive decât, fie prin neatacare în termen, fie prin hotărâre judecătorească definitivă pronunțată de o instanță de contencios administrativ.

- singura entitate competentă în acest moment să se pronunțe asupra existenței, legalității și gravității preinsei fapte anticoncurențiale reținute în Decizia Consiliului Concurenței este instanța de judecată investită cu acțiunea în contencios administrativ promovată împotriva acesteia

- ca urmare, orice decizie de respingere a ofertei adoptată anterior tranșării judiciare a acestei probleme prin hotărâre judecătorească este de plano nelegală fiind contrară principiului prezumției de nevinovăție. În caz contrar se poate ajunge în situația în care după o perioadă lungă de timp în care accesul la proceduri de achiziție publică să fie îngrădit, instanța de judecată să dispună anularea, în tot sau în parte a Deciziei Consiliului Concurenței.

- o astfel de interpretare nu poate fi acceptată. În realitate, ceea ce beneficiază de prezumție de legalitate din Decizia Consiliului Concurenței este doar sancțiunea aplicată de această entitate, anume amenda contravențională, (amenda pe care subscrisa am achitat-o și care este supusa restituirii în cazul în care instanța va anula decizia Consiliului Concurenței

- decizia Consiliului nu produce, ca efect direct, excluderea din procedură, prin urmare, autoritatea contractantă nu se poate prevala de prezumția de legalitate a acesteia pentru a aplica ea însăși o atare sancțiune, întrucât, procedând astfel, încalcă competența exclusivă a instanței de contencios administrativ de a se pronunța asupra legalității Deciziei Consiliului Concurenței. Acesta este de altfel și

sensul reglementării situația de excepție de la art. 171 alin 5 litera b, adică în absența existenței unei decizii definitive pronunțată de vreo instanță de judecată prin care să se fi interzis participarea la proceduri de achiziție publică, motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin 1 lit. c) din lege nu se aplică în ipoteza în care de la săvârșirea faptei au trecut mai mult de 3 ani.

- contrar susținerilor autorității contractante, fapta reținută în decizia Consiliului Concurenței nu este o faptă "gravă" de natură să atragă incidența motivului de excludere prevăzute de art. 167 alin. 1 litera c) din Legea 98/2016

- fapta reținută de Consiliul Concurenței constă într-o pretinsă participare la o practica concertată al cărei efect ar fi fost restrângerea concurenței în cadrul unor proceduri de achiziție publică, nicidecum trucarea unor licitații publice. Din contră, în cuprinsul deciziei se reține că, distinct de comportamentul părților, restrângerea concurenței în procedurile analizate (proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare) a fost determinată și de contextul și modul în care aceste proceduri de achiziție publică au fost organizate de către autoritatea contractantă;

- chiar dacă, la nivel teoretic, faptele care constituie încălcări ale prevederilor art. 5 din Legea nr. 21/1996 privind concurența, sunt apreciate ca "încălcări grave", în concret, pretinsa faptă anticoncurențială prezintă un grad redus de pericolozitate. Or, din economia dispozițiilor art. 167 din Legea nr. 98/2016, rezultă că aprecierea gravității așa ziselor abateri care pot atrage excluderea din procedură trebuie să fie una eminamente concretă și nu una abstractă.

- în speță, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale citate mai sus, făcând o apreciere pur abstractă a faptei reținute în Decizia Consiliului Concurenței. Astfel, aprecierea pretinsei gravități a faptei pleacă exclusiv de la încadrarea sa juridică și nu are deloc în vedere circumstanțele concrete reținute de către Consiliul Concurenței în favoarea societăților investigate.

- or, în ceea ce privește situația ..., Consiliul Concurenței a reținut, cu titlu de circumstanță atenuantă, existența și implementarea efectivă a unui program de conformare cu regulile de concurență, ... fiind singura societate dintre cele investigate care a implementat un astfel de sistem. Simpla existență a acestei circumstanțe atenuante ridică îndoieli cu privire la legalitatea excluderii ofertei din procedură, sistemul fiind implementat tocmai pentru reducerea riscului producerii în viitor a unor situații apte să restrângă concurența, pentru a nu periclita participarea ulterioară la proceduri de achiziție publică.

Prin punctul de vedere nr. VI/9602/12.05.2020, înregistrat la Consiliu cu nr. 19633/20.05.2020, referitor la contestația formulată de

..., autoritatea contractantă a solicitat respingerea acesteia ca nefondată, motivat astfel:

- din simpla citire a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale alin. (3) ale aceluiași articol, rezultă faptul că decizia Consiliului Concurenței nr. 48/2019, prin care s-a constatat încălcarea de către ... a legilor concurenței prin realizarea de practici concertate de împărțire a pieței serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea Direcției Regionale de Drumuri și Poduri Cluj, se poate reține că aceasta este una din situațiile de excludere a unui ofertant dintr-o procedură de achiziție publică. Decizia în cauză a privit tocmai o faptă de tip cartel care a vizat trucarea unor proceduri de achiziție publică, este definitivă și a rămas în vigoare prin respingerea cererii de suspendare a acesteia.

- în mod eronat susține ofertantul că doar o decizie a unei instanțe de judecată ar fi de natură a face decizia Consiliului Concurenței definitivă și ar atrage sancțiunea excluderii de la procedurile de achiziție publică, deoarece, principiul legalității prezumă că orice act administrativ legal emis, este în vigoare și produce efecte din momentul emiterii lui.

- nu este atribuția comisiei de evaluare să intre pe fondul cauzei care a dus la emiterea deciziei Consiliului Concurenței, rolul său fiind să se rezume la constatarea existenței unei astfel de decizii și de aplicare în consecință a prevederilor legale

- termenul de 3 ani de la data săvârșirii faptei anticoncurențiale în care se prescrie răspunderea, trebuie calculat de la data emiterii deciziei, acesta fiind singurul element pe care autoritățile contractante trebuie să îl aibă în vedere la verificarea condițiilor de excludere prevăzute de legea nr. 98/2016;

- ofertantului ... i s-a solicitat să prezinte dovezi privind faptul că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016; răspunzând solicitării comisiei de evaluare, ofertantul s-a mărginit la a preciza că decizia Consiliului Concurenței este neaplicabilă.

Răspunzând punctului de vedere al autorității contractante, contestatoarea a transmis Răspunsul înregistrat la Consiliu cu nr. 21097/29.05.2020, prin care a precizat în esență, următoarele:

- Consiliul Concurenței nu a dispus nicio sancțiune prin care să fi fost îngrădit dreptul de participare în viitor la proceduri de achiziție publică, astfel încât motivul de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 nu poate fi aplicat;

- raportat la faptul că decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă, se poate ajunge în situația în care instanța investită cu

acțiunea în anulare a aceste decizii să admită acțiunea și să anuleze actul emis de Consiliu, caz în care se va pune problema cine va suporta prejudiciul înregistrat;

- referitor la termenul de 3 ani prevăzut de art. 175 alin. (5) lit. b), acesta trebuie calculat în conformitate cu dreptul interne, directiva europeană, odată transpusă în dreptul intern, nemaiaivând niciun efect direct

- din conținutul deciziei Consiliului nr. 781/C1/462,478,471/14.05.2020, rezultă dovada clară a implementării măsurilor, motiv pentru care nu se impunea prezentarea de dovezi suplimentare în acest sens.

Prin Concluziile nr. VI/11230/05.06.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 22104/05.06.2020, autoritatea contractantă precizează, în esență, că:

- și-a îndeplinit obligația ca, înainte de excludere, să solicite ofertantului prezentarea de dovezi privind măsurile luate pentru demonstrarea în concret a credibilității prin raportare la motivul de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. c), intrând în sarcina ofertantului de a furniza aceste dovezi

- răspunsul ofertantului nu cuprinde nicio dovadă privind măsurile luate și care să dovedească faptul că acestea sunt suficiente pentru demonstrarea credibilității;

- în ceea ce privește interpretarea termenului de decădere de 3 ani, relevantă este situația definită de legiuitor la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016; astfel, termenul de 3 ani este dat de data deciziei Consiliului Concurenței, acesta începând la data de 19.07.2019 și expirând la data de 18.07.2022.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*PROIECTARE, ASISTENȚĂ TEHNICĂ ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU REALIZAREA OBIECTIVULUI – MODERNIZARE DJ 173, KM 25+309 – 39+842, ȘIEU TEACA, KM 42+968 – 54+100, TEACA – OCNIȚA, ...*”, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1013873, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”.

Consiliul constată că și au înaintat Consiliului contestațiile de față, depunând în original recipisele de consemnare a cauțiunii în sumă totală de 880.000 lei și anume recipisele nr. 1/06.05.2020, emisă de Raiffeisen Bank, nr. 206253167/1 din data de 07.05.2020, emisă de CEC Bank și nr. 206257718/1 din data de 11.05.2020 emisă de CEC Bank, prevăzute de art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. VI/8167 din data de 22.04.2020, au fost depuse 5 oferte, declarată admisibilă din punct de vedere tehnic și financiar fiind oferta asocierii ..., cele aparținând contestatoarelor fiind respinse, după cum urmează:

- Oferta ..., ofertă inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (2) lit. b), prima teză din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare;
- Oferta ..., ofertă neconformă și inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a), art. 135 alin. (5), art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016;
- Oferta asocierii ..., ofertă neconformă și inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (1), alin. (2) și alin. (3) lit. a), art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, art. 210 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Nemulțumite de rezultatul procedurii comunicat, ..., ... au depus contestațiile în analiză, solicitând anularea raportului procedurii nr. VI/8167 din data de 22.04.2020, precum și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. VI/8494, VI/8495, VI/8500 datate 27.04.2020 și reevaluarea ofertelor acestora.

În ceea ce privește criticile formulate de ..., Consiliul le va respinge, ca nefondate, pentru motivele ce vor fi detaliate în continuare.

Astfel, Consiliul reține că, potrivit raportului procedurii nr. de atribuire nr. VI/8167 din data de 22.04.2020, oferta ..., a fost respinsă, ca inacceptabilă, pentru neîndeplinirea cerinței privind deținerea certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor și netransmiterea atestatelor profesionale pentru persoanele propuse a presta activitățile de pază și protecție.

Cu privire la primul motiv de respingere invocat de autoritatea contractantă, respectiv neîndeplinirea cerinței privind deținerea certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, Consiliul reține că, potrivit Certificatului de urbanism nr. 18/din 19.06.2018, la pct. d.3 - Avize/acorduri specifice administrației publice centrale și/sau ale serviciilor descentralizate, se solicită, printre altele și aviz/acord de la SGA Bistrița Năsăud, pentru a cărui obținere operatorul economic trebuie să elaboreze o documentație ce presupune deținerea certificatului de atestare emis în temeiul Ordinului Ministerului Apelor și Pădurilor nr. 584/2017.

Întrucât, în documentele inițiale ale ofertei depuse de contestatoare, nu se regăsește certificatul de atestare emis în temeiul Ordinului Ministerului Apelor și Pădurilor nr. 584/2017, autoritatea contractantă, prin adresa nr. VI/ 636/ 13.01.2020, a solicitat, ca acesta să depună respectivul document.

În răspunsul oferit, contestatoarea confirmă că în oferta depusă nu se regăsește certificat de atestare pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, deoarece, în documentația de atribuire nu a existat o cerință expresă privind necesitatea deținerii unui astfel de certificat în vederea îndeplinirii serviciilor de proiectare, iar, din informațiile existente în documentația de atribuire la momentul depunerii ofertei și în conformitate cu legislația în vigoare, nu a rezultat necesitatea deținerii unui astfel de certificat și, de asemenea, că prin certificatul de urbanism nr. 18/19.06.2018 nu s-a solicitat obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor.

Consiliul reține ca fiind incidente, în speță, dispozițiile art. 3 alin. 1 lit. jj) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia operatorul economic are obligația de a oferi, în mod licit, pe piață, executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii. Împrejurarea că documentația de atribuire nu a prevăzut, în mod explicit, deținerea certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentației pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, nu echivalează cu exonerarea ofertanților de a deține acest atestat, ca dovadă a deținerii certificărilor cerute de lege pentru a putea îndeplini obiectul contractului, pentru că în lipsa respectivei certificări nu va putea elabora documentația aferentă, deci nu va putea obține autorizația de construire și nu va putea executa lucrările.

În concluzie, Consiliul apreciază că ofertanții au obligația de a deține certificatul în discuție pentru întocmirea documentațiilor pentru obținerea avizului Sistemului de Gospodărire a Apelor solicitat prin Certificatul de urbanism nr. 18/2018, astfel încât, va respinge, ca nefondată, critica ... în acest sens.

Având în vedere caracterul inacceptabil al ofertei ..., care nu poate fi îndepărtat, Consiliul nu se va mai pronunța asupra celorlalte critici din contestația formulată în contradictoriu cu

Referitor la critica privind modul de evaluare al ofertei asocierii pentru răspuns neconcludent oferit solicitării autorității contractante de a justifica formarea cotei de cheltuieli indirecte ofertată de operatorul economic, Consiliul are în vedere, pe de o parte, faptul că Ordinul MLPTL nr. 1568/2000 –Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice - are ca obiect întocmirea

devizelor si este destinat proiectanților si nu operatorilor economici care execută lucrările, ca atare nu este opozabil contestatoarei în prezentul contract pentru partea de execuție, iar, pe de altă parte, că obiectul contractului include și proiectare, ceea ce presupune că partea de execuție va suferi modificări semnificative ca urmare a proiectului tehnic ce urmează a fi realizat, atât cantitative cât și valorice.

Consiliul apreciază că solicitarea detalierei cotei de cheltuieli indirecte în cazul unui contract de proiectare și execuție reprezintă o interpretare excesivă a prevederilor legale care permit autorității contractante solicitarea de clarificări în cazul unei oferte reprezentând 89,24%, mai ales în condițiile în care nu există obligația legală pentru ofertant de a așeza predeterminat fiecare cheltuială, relevant fiind prețul total, nu modul de repartizare a cheltuielilor, reținut fiind și faptul că jurisprudența invocată de autoritatea contractantă se referă la cazul în care există suspiciunea de preț neobișnuit de scăzut.

Consiliul reține că stabilirea procentului de cheltuielile indirecte este un drept al ofertantului, bazat pe propriile analize și interese economice, ce nu poate fi cenzurat de autoritatea contractantă, în lipsa unei motivații concrete, procentul din valoarea estimat nu poate constitui un argument, prețul final fiind stabilit de ofertanți și în funcție de interesele economice proprii, nu numai în funcție de necesarul valoric pentru a acoperi cheltuielile necesare execuției lucrărilor în condițiile de calitate impuse prin caietul de sarcini.

Consiliul stabilește că neconformitățile constatate de autoritatea contractantă în răspunsurile la solicitările de clarificări nu pot constitui motive de respingere a ofertei, deoarece, pe de o parte, nu este afectată valoarea totală a ofertei, iar, pe de altă parte, elementele considerate lipsă de către autoritatea contractantă pot fi acoperite și din alte valori, de exemplu, concediile de odihnă pot fi acoperite din eventualul surplus de ore de manoperă.

Consiliul apreciază că autorității contractante a dat dovadă de un comportament excesiv, încălcând principiul proporționalității și al tratamentului egal, în evaluarea ofertei asocierii ..., mai ales că ofertantul declarat câștigător a utilizat pentru cheltuielile indirecte tot un coeficient de 3% și va admite contestația formulată de aceasta în contradictoriu cu ...

În referire la criticile formulate de ..., Consiliul le va admite, pentru motivele care vor fi prezentate mai jos.

Consiliul apreciază ca fiind incidente, în speță, următoarele dispoziții legale:

- art. 167 alin. (1), lit. c) din Legea nr. 98/2016: *(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) c) a comis o abatere*

profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

-Art. 167 alin. (3) din același act normativ: (3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă.

-Art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016: (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Astfel, din documentele depuse la dosarul cauzei, prin raportare la textele legale arătate mai sus, Consiliul constată că, prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 324 din 31.09.2017 - întrucât Consiliul Concurenței a identificat indicii privind o posibilă înțelegere practică concertată, săvârșită de către pe piața comercializării serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea DRDP Cluj, pentru perioada 2013-2015, constând în împărțirea contractelor în cadrul procesului de achiziție organizat de CNADNR, ceea ce este similar cu împărțirea pieței – s-a dispus declanșarea unei investigații având ca obiect posibila încălcare a art. 5 alin. (1) din Legea Concurenței, de către ..., pe piața comercializării serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea, pentru perioada 2013-2015.

Investigația dispusă potrivit celor consemnate mai sus, s-a finalizat cu decizia Consiliului Concurenței nr. 48/2019, prin care s-a reținut încălcarea, de către ..., a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea Concurenței nr. 21/1996, pe piața comercializării serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea DRDP Cluj, pentru perioada 2013-2015.

Din cele arătate mai sus, rezultă că data săvârșirii, de către ..., a faptei prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, a fost cea cuprinzând perioada anilor 2013-2015, ceea ce denotă că

perioada de 3 ani de la data săvârșirii faptei, prevăzută de art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 s-a împlinit la sfârșitul anului 2018.

Nu se va reține, în soluționare, punctul de vedere al autorității contractante, potrivit căruia termenul de 3 ani de la data săvârșirii faptei trebuie calculat de la data emiterii deciziei, acesta fiind singurul element pe care autoritățile contractante trebuie să îl aibă în vedere la verificarea condițiilor de excludere prevăzute de legea nr. 98/2016, întrucât, decizia Consiliului Concurenței s-a emis la data de 19.07.2019, în urma unor analize anterioare, cu privire la fapte săvârșite în perioada 2013-2015.

În concluzie, la data depunerii ofertei pentru procedura în analiză, *situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, nu se aplică*, atitudinea autorității contractante față de acest operator economic, fiind excesivă, din acest punct de vedere.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (5) 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 urmează să admită contestațiile formulate de ... și ..., în calitate de lider al asocierii ... în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii nr. VI/8167 din data de 22.04.2020, adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. VI/8494, și nr. VI/8500, datate 27.04.2020, precum și actele subsecvente. Va obliga autoritatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, la reevaluarea ofertelor contestatoarelor ... și ..., în calitate de lider al asocierii, de la etapa evaluării propunerilor financiare și la emiterea unui nou raport al procedurii.

În referire la cererea contestatoarei .. vizând obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, aceasta va fi respinsă, ca nedovedită, întrucât cuantumul, detalierea și documentele doveditoare

ale cheltuielilor efectuate nu au fost prezentate înainte de pronunțarea prezentei decizii.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, potrivit prevederilor art. 29 și art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Admite contestațiile formulate de ... și ..., în calitate de lider al asocierii ... în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii nr. VI/8167 din data de 22.04.2020, în partea care privește ofertele sus menționate, adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. VI/8494 și VI/8500 datate 27.04.2020, precum și actele subsecvente acestora.

Obligă autoritatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei, la reevaluarea ofertelor contestatoarelor ... și ..., în calitate de lider al asocierii ..., de la etapa evaluării propunerilor financiare și la emiterea unui nou raport al procedurii.

Respinge cererea contestatoarei ... vizând obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, ca nedovedită.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 6 (șase) exemplare, conține 32 (treizecișidouă) pagini.