

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 52040/05.10.2021, formulată de ..., cu sediul în comuna T...și cu adresa de corespondență în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ... reprezentată legal de ... – administrator, împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în .. str. ... în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractantului având ca obiect „*lucrări de supraînălțare depozit de zgură și cenușă nr. 2, celula 4 de 3 la cota 130,75 mdMN la cota 133,75 mdMN – SE Turceni*”, s-a solicitat anularea procedurii și obligarea entității contractante la refacerea documentației de atribuire, în conformitate cu prevederile legale.

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

Prin contestația formulată, ... critică documentația de atribuire elaborată de entitatea contractantă precizând că aceasta nu respectă prevederile legale, conținând cerințe minime de calificare restrictive, că acestea sunt menționate în caietul de sarcini și nu în anunțul de participare, așa cum prevede legea, acestea din urmă fiind și contrare principiilor transparenței și proporționalității.

Potrivit contestatoarei:

- nu au fost publicate Instrucțiuni pentru Ofertanți - contrar art. 2, alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016;
- în fișa de date a achiziției cerințele minime de calificare (capacitate tehnico - profesională) sunt detaliate minimal, se rezumă la experiența similară și subcontractare. Nu sunt formulate cerințe referitoare la personal și utilaje (resurse umane și resurse tehnice) în timp ce în caietul de sarcini și în secțiunea Formulare au fost impuse Cerințe de calificare: tehnico - profesionale, privind personalul de specialitate și conducere, privind personalul de execuție și calificările acestora; privind numărul de utilaje obligatorii și capacitățile acestor utilaje;
- cerințele minime de calificare se regăsesc de fapt în caietul de sarcini și în secțiunea formulare, respectiv cerințe referitoare la personal și la utilaje;
- pentru personal este cerută dovada unor studii de specialitate (prin prezentarea studiilor, pregătirii profesionale, pentru personal de specialitate și pentru personal de conducere. Este restrictivă și limitativă cerința privind prezentarea unor documente de calificare pentru

personalul de conducere al societății. Pentru personalul de specialitate și conducere este impusă prezentarea de documente care să ateste că sunt angajați sau au contract de colaborare. Limitarea este excesivă și restrictivă. Mai mult decât atât, există o limitare restrictivă asupra modului de acces la personal și utilaje: deținere (proprietate) și contracte de colaborare, fără echivalență;

- în ceea ce privește utilajele, pentru Laboratorul autorizat sunt impuse cerințe și pentru persoanele neparticipante la licitație. De la colaboratori, care dețin Laboratoarele, se solicită *"o declarație pe proprie răspundere, din care să rezulte că laboratorul va avea un punct de lucru dotat corespunzător pe șantier pe toata durata desfășurării lucrărilor"*;

- este impusă o listă cu utilajele obligatorii 15 utilaje pentru care ofertanții trebuie să facă dovada că le au în proprietate sau închiriere - cerința limitativă, restrictivă: nu este admis o altă formă de acces la utilaje (alte contracte echivalente prevăzute de legislația civilă) și nici echivalență pentru utilaje;

- în fișa de date se precizează că oferta tehnică va include formularul "Propunere tehnică"; acest formular are un puternic caracter limitativ și restrictiv, iar cerințele sunt disproporționate: a) include cerințe pentru personal - prezentare obligatorie date personale: număr de telefon, adresa de contact, date privind contractul de muncă/colaborare între părți, date financiare referitoare la plăți (valoare contract) date referitoare la managementul societății. Potrivit formularului se solicita "experți" - calitate limitativă și restrictivă care nu poate fi obținută decât în anumite condiții;

- Caietul de sarcini are incluse aspecte ambigue care vor genera o interpretare subiectivă:

- (1) durata de execuție - 5 luni. Durata contract 12 luni. Acest termen creează posibilitatea de tergiversare a plăților în cadrul contractului. Nu este corelată durata de execuție cu durata contractului;

- (2) pentru materiale este impusa cerința: "Materialele trebuie să dețină marcaj CE conform Hotărâre 668/2017 - Guvernul României. "În execuție se utilizează materiale de construcții - agregate și alte materiale de balastieră. Nu este posibilă marcare CE;

- (3) include o prevedere nelegală care obligă la costuri pentru documentațiile de execuție: *"Procurarea tuturor datelor, informațiilor și documentațiilor; (altele decât cele puse la dispoziția ofertantului de către beneficiar și precizate mai jos), necesare execuției lucrării întră în sarcina ofertantului, toate costurile legate de obținerea acestora fiind incluse în propunerea financiară"*;

- formularul "Propunere Tehnică" adaugă cerințe care nu se regăsesc în Caietul de Sarcini, cerințe restrictive și limitative:

- (a) Memoriu descriptiv cu abordare propusă - Atât timp cât se execută pe baza unui proiect tehnic, abordarea nu poate fi în afara proiectului tehnic. Listele de cantități sunt obligatorii, activitățile

contractului sunt cele din listele de cantități. Nu sunt admise oferte alternative. Orice altă abordare decât cea din proiectul tehnic ar putea fi interpretată ca ofertă alternativă;

(b) Planul pentru executarea lucrării - în concordanță cu abordarea. Atât timp cât se execută pe baza unui proiect tehnic, abordarea nu poate fi în afara proiectului tehnic. Listele de cantități sunt obligatorii, activitățile contractului sunt cele din listele de cantități. Nu sunt admise oferte alternative. Orice altă abordare decât cea din proiectul tehnic ar putea fi interpretată ca ofertă alternativă;

(c) Dovezi - documente din care să rezulte că ofertanții dețin (limitare deținere) utilaje și documente detaliate pentru fiecare utilaj: activitate, ore lucrate;

(d) Dovezi și documente pentru personal de execuție - ore lucrate pe fiecare activitate;

(e) plan de lucru - subiectiv, limitativ și restrictiv: care să prezinte corelație între informațiile din propunerea tehnică și cea financiară "efortul reprezentat ca și durată în programul de lucru pentru derularea contractului trebuie să corespundă cu numărul executanților și duratei în perioada respectivă";

(f) cerințe stabilite cu încălcarea principiului proporționalității, care nu au legătură cu execuția lucrărilor și cu contractul supus licitației;

- prezentare strategie pentru prevenire Conflict de Interese, prin raportare la Clauze Contractuale, document care nu face decât să îngreuneze și să limiteze ofertarea. Va fi imposibilă compararea acestui document cu cerințe minime tehnice, financiare și cu documentele celorlalți ofertanți. De asemenea, va fi posibilă o abordare subiectivă în scopul descalificării ofertei și limitării accesului la contract;

- prezentare strategie anti-corupție ce va fi implementată de Ofertant, document care nu face decât să îngreuneze și să limiteze ofertarea. Va fi imposibilă compararea acestui document cu cerințe minime tehnice, financiare și cu documentele celorlalți ofertanți;

- prezentarea modului de realizare a înregistrărilor pentru activitățile realizate în contract. Această prevedere este contrară contractului din documentația de atribuire.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 53327/12.10.2021, entitatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației ..., motivat de faptul că documentația de atribuire respectă prevederile legale, iar cerințele minime de calificare nu sunt restrictive.

Potrivit entității contractante, în data de 04.10.2021, contestatoarea a solicitat prin SICAP clarificări la documentația de atribuire, formulând prezenta contestație fără a aștepta răspunsul

consolidat încărcat în SICAP, care a atins o parte din criticile din cuprinsul contestației.

Critica contestatoarei privind nepreluarea prin fișa de date a achiziție a cerințelor minime de calificare stabilite prin caietul de sarcini nu poate fi calificată ca o încălcare a legislației achizițiilor sectoriale de către entitatea contractantă, întrucât viitoarea comisie de evaluare are obligația de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere a cerințelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le aplică, în conformitate cu toate documentele ce formează documentația de atribuire, art. 139 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016.

Toate cerințele din caietul de sarcini și restul documentelor ce fac parte din documentația de atribuire au drept scop alegerea câștigătoare a ofertantei care va asigura încheierea unui contract care va fi dus la îndeplinire în termenul precizat și în conformitate cu cerințele tehnice impuse prin caietul de sarcini. În plus, în conformitate cu Ordinul nr. 1568/2002 ofertanții au deplină libertate de a-și prevede în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în propunerea tehnică, caietul de sarcini și normativele aflate în vigoare care reglementează executarea lucrărilor.

Redând în integralitate solicitările de clarificări și răspunsurile aferente la care a făcut referire anterior, entitatea contractantă concluzionează că autoarea contestației vrea să inducă în mod intenționat și eronat Consiliului convingerea că entitatea contractantă nu a respectat prevederile legale referitoare la elaborarea documentației de atribuire. De altfel, contestatoarea nu precizează în mod clar și neechivoc dispoziția încălcată de entitatea contractantă, ci face o înșiruire a ceea ce vrea a fi eliminat din documentația de atribuire.

Răspunzând punctului de vedere al entității contractante, ... a transmis la dosarul cauzei concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 54075/15.10.2021, prin care precizează, în esență, că entitatea contractantă nu a motivat în niciun fel lipsa secțiunii Instrucțiuni pentru ofertanți, introducerea de cerințe de calificare suplimentare și cerințe tehnice în secțiunea formulare. De asemenea, arată că punctul de vedere nu răspunde criticilor din contestație ci se raportează la solicitarea de clarificări anterioară contestației.

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

Procedura de licitație deschisă a fost inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„lucrări de supraînălțare depozit de zgură și cenușă nr. 2, celula 4 de 3 la cota 130,75 mdMN la cota 133,75 mdMN – SE Turceni”*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Potrivit anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit fiind de 4.009.763 lei, fără TVA.

Preliminar, Consiliul constată că ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., în valoare de 35.000 lei.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, ... a formulat prezenta contestație solicitând anularea procedurii întrucât, în opinia sa, ar conține cerințe restrictive, respectiv: „nu au fost publicate Instrucțiuni pentru Ofertanți; în fișa de date a achiziției nu sunt formulate cerințe referitoare la personal și utilaje (resurse umane și resurse tehnice) în timp ce în caietul de sarcini și în secțiunea Formulare au fost impuse Cerințe de calificare; (...) caietul de sarcini are incluse aspecte ambigue care vor genera o interpretare subiectivă; formularul "Propunere Tehnică" adaugă cerințe care nu se regăsesc în Caietul de Sarcini; (...)”.

Consiliul constată că, anterior formulării contestației, ... a solicitat clarificarea/modificarea documentației de atribuire la care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 2824/07.10.2021, postată în SEAP, în sensul clarificării/eliminării anumitor cerințe, respectiv: „durata contractului rămâne 12 luni în conformitate cu proiectul de contract și caietul de sarcini (entitatea contractantă a luat în calcul și perioadele de întrerupere a execuției lucrărilor din cauza intemperiilor (...) se acceptă utilaje echivalente care să satisfacă numărul minim de utilaje solicitat în caietul de sarcini și să poată fi executată lucrarea contractată (...) prin punct de lucru în incinta șantierului s-a solicitat un laborator mobil în care să se analizeze probele extrase din incinta digului pentru a nu fi expuse alterării, prin scoaterea din incinta șantierului și transportarea lor pe distanțe lungi către laboratorul de analize gradul II care poate fi oriunde în țară (...) personalul responsabil de execuția lucrării este: RTE, Topograf, Coordonator lucrare, Responsabil SSM, Responsabil calitate (...)”.

Prin urmare, Consiliul constată că aceste clarificări/lămuriri sunt disponibile spre consultare oricărui operator economic interesat de participarea la prezenta procedură.

Totodată, Consiliul constată că, potrivit informațiilor aflate în SEAP, la data de 14.10.2021, au fost depuse 3 oferte de către: ... în asociere cu ...

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația entității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, entitatea contractantă nu are

vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat întrebări/sau contestație.

Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al entității contractante, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa entitatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor criticate ale documentației de atribuire, în condițiile în care contestatoarea nu probează caracterul restrictiv și nelegal al acestora.

Astfel, Consiliul nu va lua în considerare simpla afirmație a contestatoarei, potrivit căreia cerințele criticate ar fi restrictive în condițiile în care aceasta din urmă nu a prezentat nici un argument sau probă din care să rezulte că, pe piață, ar fi un număr limitat de operatori economici care ar îndeplini cerințele în cauză, fiind astfel limitată participarea la procedură afectând implicit principiul concurenței, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 cod procedură civilă potrivit căreia *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat”*.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestatoare și entitatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) cod procedură civilă, poate cere administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcină a probei ar cădea asupra Consiliului sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să dovedească că cerințele criticate au caracter restrictiv și nu corespund necesității entității contractante. Or, contestatoarea s-a limitat doar la precizarea cerințelor fără însă a indica vreun argument sau produce vreo probă care să demonstreze caracterul restrictiv al acestora.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...

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

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.