

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

DECIZIE

Nr. 800/C1/514

Data: 10.04.2023

Prin contestația nr. 625/02.03.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 10765/02.03.2023, formulată de SC SA, în calitate de lider al Asocierii SC SA –, cu sediul social în comuna, ..., ..., având CUI, reprezentată prin, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 747/ 23.02.2023, emisă de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizate în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție «MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL ÎN, JUDEȚUL»,,, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat, anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 747 din 23.02.2023, emisă de către autoritatea contractantă, precum și a tuturor documentelor ce au rezultat în urma analizei documentațiilor de ofertare de către comisia de evaluare și reluarea evaluării ofertelor.

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

În fapt contestatorul susține că prin comunicarea nr. 747/ 23.02.2023, autoritatea contractantă îl informează că în urma evaluării documentațiilor de ofertare depuse, oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă.

Astfel, precizează că motivele invocate pentru respingerea ofertei sale au fost generate de clarificările solicitate de către autoritatea contractantă, prin adresa nr. 545/13.02.2023, publicată în SEAP pe data de 14.02.2023, la care susține că a răspuns prin adresa nr. 1295/ 15.02.2023, răspunsurile fiind apreciate ca neconcludente de către autoritatea contractantă.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a încălcat următoarele prevederi legale: art. 2 alin. (2), art. 50 alin. (2), art. 209

alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 31 alin. (1), art. 134 alin. (7) și alin. (8) și art. 151 din HG nr. 395/2016.

Contestatorul arată în cadrul contestației primul motiv de excludere din procedură, și anume faptul că autoritatea contractantă a considerat neconcludent răspunsul la solicitarea de clarificări, transmisă prin adresa 545/13.02.2023, inclusă în textul comunicării rezultatului procedurii în coloana 1 din tabel.

Referitor la acest aspect, contestatorul susține că s-a transmis autorității contractante că numărul corect de zile necesare asigurării asistenței tehnice din partea proiectantului pe perioada executării lucrărilor este de 294, iar evaluatorul propunerii sale tehnice, nu a ținut cont de faptul că perioada necesară pentru acordarea asistenței tehnice din partea proiectantului nu poate fi ofertată decât corelată cu graficul de execuție a lucrării, considerând răspunsul său ca fiind neconcludent.

Referitor la această decizie, consideră că orice autoritate contractantă are datoria de a analiza cu atenție propunerile ofertanților, inclusiv de a evalua numărul de zile propus pentru execuția contractului, număr care rezultă din graficele de execuție impuse a fi prezentate chiar de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, iar în cazul în care oferta sa tehnică ar fi fost studiată atent, s-ar fi constatat că în graficul de execuție sunt incluse 4 luni de sistare a activității pentru perioada de anotimp rece, perioadă în care normativele interzic executarea lucrărilor de construcție a drumurilor și ca urmare timpul necesar de realizare efectivă a lucrărilor devine 14 luni și nu poate fi 18 luni.

Astfel, în opinia contestatorului rezultă că intervalul de timp necesar pentru asigurarea asistenței tehnice din partea proiectantului este de 14 luni x 21 zile/lună = 294 de zile.

Contestatorul menționează că, prin faptul că autoritatea contractantă consideră că asistența tehnică trebuie asigurată pentru o perioadă de timp de 378 de zile, arată că, în realitate, nu cunoaște conținutul propunerii sale tehnice și consideră normal să oblige participanții la procedură să oferteze această operațiune și în perioada de sistare, când nu se pot executa lucrări și nici nu se aprovizionează șantierul cu materiale.

De asemenea, apreciază că așa cum ofertantul este obligat să cunoască în integralitate conținutul documentației de ofertare, tot așa și cei care evaluează ofertele ar trebui să analizeze cu atenție conținutul documentațiilor de ofertare și să nu impună, prin clarificări, termene/perioade de timp necorelate cu conținutul ofertei, pentru realizarea unor operațiuni.

Contestatorul susține că gradul de detaliere al răspunsului la solicitarea de clarificări, invocat ca motiv de excludere, este datorat și timpului extrem de redus acordat pentru elaborarea acestuia - 1 zi, în condițiile în care se solicitau a fi clarificate nu mai puțin de 10 aspecte

legate de propunerea tehnică, iar în SEAP solicitarea de clarificări a fost depusă după expirarea programului de activitate zilnică a membrilor asocierii și, ca urmare, menționează că a luat cunoștință de ea în ziua în care trebuia trimis și răspunsul.

În legătură cu aspectul referitor la necorelarea conținutului propunerii tehnice cu propunerea financiară, contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă, în comunicarea rezultatului procedurii, nu arată că ar avea cunoștință clară de conținutul propriei solicitări de clarificare și în aceeași măsură și de răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări, nr. 1295/15.02.2023, pentru că atunci ar fi constatat că în cadrul acestuia s-au specificat următoarele aspecte :

- SC SRL (firma din asocierie care va realiza obiectivele aferente activității de proiectare, deci inclusiv asistența tehnică pe timpul execuției lucrărilor) pentru o perioadă de 294 de zile de asistență tehnică a specificat că include în oferta sa financiară o sumă în valoare de 24.499,02 lei;

- în cadrul răspunsului s-a menționat faptul că se atașează, ca anexă la răspuns „în scopul clarificării și nu modificării, fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertat - tabel prestări servicii de proiectare pe faze, precum și fundamentarea economică a modului de formare a prețului corectat incluzând un număr de 294 de zile - tabel prestări servicii de proiectare pe faze”;

- tot în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, ofertantul solicită majorarea prețului calculat (în oferta financiară) pentru asistență tehnică din partea proiectantului cu o valoare de 17.104,77 lei, reprezentând diferența dintre valoarea asistenței tehnice determinată pentru 145 de zile, față de cea necesară de 294 de zile.

Totuși, arată că autoritatea contractantă a considerat că oferta tehnică nu este corelată cu cea financiară și apreciază că pentru această activitate (asistența tehnică din partea proiectantului pe timpul execuției lucrărilor - așa cum a fost solicitată în adresa nr. 545/13.02.2023) ofertantul nu a alocat nicio sumă de bani.

Ca urmare, subliniază faptul că autoritatea contractantă în mod eronat a considerat că oferta sa tehnică nu este corelată cu cea financiară „în sensul că nu este prevăzută nicio sumă alocată pentru acordare de asistență tehnică de specialitate” și detaliază în cadrul contestației răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. 545/13.02.2023.

Contestatorul susține faptul că autoritatea contractantă nu a luat în considerare niciun aspect aferent al argumentației sale privind existența unei erori tehnice minore produsă de o eroare materială nesemnificativă și nu a analizat propunerea tehnică din care rezultă, cât se poate de clar în opinia sa, că termenul de realizare a investiției este de 294 zile (14 luni x 21 zile/luna) preferând să o declare ca fiind inacceptabilă și neconformă, pentru un interval eronat considerat ca fiind de 378 de zile.

Totodată, apreciază că diferența dintre valoarea ofertă având în calcul doar 145 de zile și valoarea corect calculată incluzând în calcul 294 de zile este de doar 17.104,77 lei (0,39% din valoarea ofertată), iar pentru aceasta sumă redusă (acceptată și prin legislația în domeniul achizițiilor publice ca reprezentând o abatere tehnică minoră) autoritatea contractantă a considerat ca fiind normal să excludă din procedură una din cele două oferte existente, în acest fel reducând în mod nejustificat competiția pentru adjudecarea contractului de lucrări, cu încălcarea prevederilor art. 50 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În viziunea contestatorului, decizia luată conduce evident la respingerea celei mai avantajoase oferte, din punct de vedere al posibilităților tehnice de execuție, aspect ce nu poate fi pus în corelare cu interesului autorității contractante de a obține lucrări realizate cu maximă eficiență și, datorită unor omisiuni de numai 17.104,77 lei, poate să ajungă a fi pusă în situația de a plăti în plus, pentru realizarea contractului, o diferență substanțială, situație care ar fi imposibil de conciliat cu principiul „utilizării eficiente a fondurilor”.

Contestatorul prezintă motivele pentru care consideră oferta sa a fi cea mai avantajoasă sub aspectul posibilităților tehnice de realizare:

- dotare tehnică completă - asocierea deținând în proprietate două stații de producere a asfaltului, trei stații de producere a betonului, trei cariere pentru producere de agregate minerale, o balastieră și stație de sortare a balastului brut, stație de producere pavimente și borduri din beton vibropresat; trei truse de așternere a asfaltului; un parc auto de peste treizeci de autobasculante și cca 12 autobetoniere, buldoexcavatoare, buldozere, încărcătoare frontale de toate mărimile, vibrocompactoare pentru toate activitățile și de toate mărimile, excavoare pe șenile și pe pneuri;
- personal tehnic ingineri CFDP și maiștri, personal de execuție - peste 400 de angajați cu calificări și necalificați;
- experiență vastă în realizarea proiectelor de drumuri și poduri, având în portofoliu executate lucrări de la drumuri de toate categoriile, de la cele naționale, până la drumuri comunale și străzi;
- oferta financiară este corelată cu dotările și posibilitățile tehnice și de producție proprii, fiind mult mai avantajoasă în comparație cu cea a concurentului, care prezintă în certificatul constatator un număr de angajați de numai 15 persoane și niciun fel de dotări sau unități de producție.

Totodată, menționează faptul că, în analiza răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 1295/15.02.2023, inclusă în cadrul comunicării rezultatului procedurii, autoritatea contractantă pentru a justifica excluderea contestatorului din procedură, deturbează sensul întrebării incluse în solicitarea de clarificare nr. 545/13.02.2023, care cerea explicit „vă solicităm să clarificați cum sunt respectate prevederile documentației de atribuire privind «e) Urmărirea pe șantier a aplicării

soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului.» ... De asemenea, vă solicităm să clarificați dacă în propunerea financiară ați prevăzut resurse financiare pentru asigurarea realizării acestei activități” (respectiv pentru asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de derulare a contractului) și nu se consemnează niciun aspect legat de faptul că s-ar cere alocarea de fonduri (nici în solicitarea de clarificări nr. 545/2003 și nici în răspunsul 1295/2003 la aceasta) „pentru Acordare asistență tehnică de specialitate pentru toată perioada de garanție acordată lucrării (72 de luni)” - aspect inclus nejustificat în cadrul documentului privind comunicarea rezultatului procedurii în coloana referitoare la „analiză răspuns” la solicitarea de clarificări nr. 1295/2023.

În opinia contestatorului, acest aspect este inclus în scopul eludării faptului că oferta tehnică este corelată cu cea financiară și în consecință, să poată considera ca oportună respingerea ofertei sale.

Totodată, apreciază că această deturnare a semnificației solicitării de clarificare, de la asigurarea asistenței tehnice pe perioada de derulare a execuției lucrărilor, la perioada de acordare a garanției de bună execuție, contrazice în mod evident chiar „Motivele în fapt și în drept care au dus la respingerea ofertei” pe care autoritatea contractantă le invocă în prezentarea comunicării rezultatului procedurii, specificând că acestea sunt reprezentate exclusiv de aspectele solicitate a fi clarificate de către autoritatea contractantă „prin Adresa cu nr. 545 din data 13.02.2023 ... la care ați răspuns prin Adresa nr. 1295 din 15.02.2023. O parte dintre răspunsurile transmise au fost considerate ca fiind neconcludente, așa cum rezultă din coloana 3” din tabelul existent în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii.

Ori, menționează că în solicitarea de clarificări nu este inclusă o cerință de clarificat în legătură cu sume referitoare la „Acordare asistență tehnică de specialitate pentru toată perioada de garanție acordată lucrării (72 de luni)” ci doar sume alocate referitor la urmărirea pe șantier a modului de execuție a investiției pe toată durata de realizare a lucrărilor, cerință clarificată în răspunsul înaintat autorității contractante cu nr. 1295/2023.

Astfel, contestatorul apreciază că acest aspect, referitor la acordarea de asistență tehnică pentru toată perioadă de garanție, nu poate fi considerat ca fiind cerut a fi explicat prin solicitarea de clarificări nr. 545/13.02.2023, așa cum prezintă autoritatea contractantă, în cadrul comunicării rezultatului procedurii (în coloana analiză răspuns) și deci nu poate constitui un motiv de declarare a răspunsului la ofertă ca fiind neconcludent și nici ofertei tehnice ca fiind neconformă.

Contestatorul susține că această modalitate de manevrare a prevederilor conținutului solicitării de clarificare constituie o încălcare gravă a prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/20166, ori prin această acțiune autoritatea contractantă încearcă distorsionarea

conținutului răspunsului la clarificări și prezentarea lui ca fiind neconcludent.

De asemenea, precizează faptul că autoritatea contractantă a pus la dispoziția ofertanților devizul general al investiției, din care nu rezultă că ar fi incluse sume de bani alocate pentru asistență tehnică de specialitate pentru perioada de garanție și ca urmare nu este normal a se solicita ofertanților să includă astfel de sume având în vedere că ofertantul nu poate deturna banii alocați activităților de realizare a investiției pentru o altă activitate, aferentă perioadei de garanție.

În același timp, detaliază în cuprinsul contestației prevederile din caietul de sarcini și din formularul privind oferta tehnică, susținând că nu se menționează obligativitate ofertării unor sume de bani pentru realizarea asistenței tehnice de specialitate pe perioada de garanție acordată lucrărilor (72 de luni).

În consecință, contestatorul subliniază că din cele prezentate anterior se deprind următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă consideră că includerea de către ofertantul Asociera SC SA -, în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 1295/2023, a 294 de zile alocate pentru asistență tehnică din partea proiectantului, ca fiind neconcludent, deși aceasta analizase oferta tehnică din care ar fi trebuit să constate că acest număr de zile, nu reprezintă altceva decât termenul de realizare a lucrării, așa cum rezultă din graficele de execuție solicitate prin documentația de atribuire. Ca urmare ignoră cu bună știință acest aspect și consideră că ar fi trebuit să fi fost ofertate 378 de zile și în consecință decide, complet eronat, încadrarea răspunsului la solicitarea de clarificare ca fiind neconcludent și oferta tehnică ca fiind inacceptabilă;
- ignoră toate explicațiile privind existența unei erori tehnice minore și soluțiile de remediere propuse preferând excluderea sa din procedură în pofida faptului că existau doar doi ofertanți, în acest fel reducând complet nejustificat competiția în cadrul procedurii, renunțând la oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere al posibilităților tehnice de realizare a investiției cât și din cel al competenței în executarea lucrărilor și pentru o diferență de valoare de numai 17.104,77 lei (0,39%) decide eliminarea sa, deși prevederile legale impuneau o cu totul altă decizie, respectiv acceptarea corectării erorii tehnice minore;
- consideră că propunerea financiară și cea tehnică nu se corelează, în baza unei cerințe inexistente în cuprinsul cererii de clarificare, respectiv afirmă că în oferta financiară nu au fost incluse fonduri pentru asistență tehnică de specialitate pentru perioada de garanție acordată lucrărilor, aspect care:

- nu a fost inclus în cuprinsul solicitării de clarificare nr. 545/2023, așa cum pretinde în textul comunicării rezultatului procedurii, în coloana corespunzătoare pentru analiza răspunsului la solicitarea de clarificare;

- necesitatea alocării de fonduri pentru acordarea de asistență tehnică de specialitate pe perioada de garanție acordată lucrărilor nu rezulta din textul documentației de atribuire;

- acest obiectiv nu este inclus ca fiind finanțabil în devizul general al investiției, prezentat în conținutul documentației de atribuire și pentru care nu se specifică de unde pot fi preluate sumele necesare.

Contestatorul detaliază în cuprinsul contestației a doua cauză de excludere a sa din procedura de achiziții, utilizată de autoritatea contractantă pentru a justifica declararea răspunsului la solicitarea de clarificări, transmis prin adresa 545/13.02.2023, ca fiind neconcludent.

Astfel, precizează că persoana/persoanele care a/au evaluat oferta sa tehnică nu deține/dețin cunoștințe elementare legate de modalitățile de acceptare a utilizării materialelor și/sau procedurilor de execuție în construcția drumurilor și nici nu au încercat să-și lămurească aspectele legate de necesitatea deținerii unui agrement tehnic, mulțumindu-se cu o precizare generală și sumară a acestui aspect, existent în Legea nr. 10/1995, în baza căreia, forțat și distorsionat, apreciază că ar fi fost obligatoriu a fi prezentat un agrement tehnic pentru procedura de stabilizare a solurilor cu liant hidraulic, declarând oferta ca fiind inacceptabilă.

Contestatorul menționează faptul că autoritatea contractantă a considerat că simpla prezenta a precizării din Legea nr. 10/1995 care indică în sarcina executantului necesitatea utilizării „în execuția lucrărilor numai a ... procedurilor ..., certificate sau pentru care există acorduri tehnice”, obligă ofertantul să dețină un agrement tehnic pentru tehnologia de execuție privind stabilizarea solului cu lianți hidraulici, această precizare fiind tratată ca obligatorie, fără a se ține cont de faptul că pentru procedurile de eliberare a acordurilor tehnice există acte de reglementare specifice, care detaliază condițiile în care acestea se impun a fi deținute de către executanții lucrărilor.

Arătând în cuprinsul contestației răspunsul său la solicitarea de clarificare, contestatorul apreciază că în condițiile în care evaluarea răspunsului ar fi fost făcută de un specialist în domeniul construcțiilor, acesta ar fi știut că răspunsul este conform și concludent și s-ar fi limitat la verificarea existenței acestui standard, situație în care ar fi constat că ASRO prezintă acest standard ca fiind în vigoare și nu ar mai fi considerat răspunsul ca neconcludent.

De asemenea, susține că cei care analizează ofertele tehnice au obligația de a lua în considerare toate elementele din legislație și nu să le selecteze numai pe cele care dau aparența neconformității, invocând prevederile art. 2 din Regulamentul privind acordul tehnic în construcții din HG nr. 766/1997.

În opinia contestatorului, articolul menționat anterior confirmă în totalitate susținerile anterioare, arătând în mod cât se poate de clar că acordurile tehnice nu sunt necesare în condițiile existenței unui

standard care are ca obiect acel produs sau tehnologie, numai că autoritatea contractantă, deși a citat acest act de reglementare în domeniul calității în construcții și aparent sugerează că ar avea știință despre aspectele legate de situația în care se impune deținerea unui agrement tehnic, a trecut, întâmplător sau intenționat, peste acest articol care susține în totalitate răspunsul său la solicitarea de clarificări și citează, inexplicabil, un fragment inexistent în cuprinsul HG nr. 766/1997 la art. 3 alin. (1), menționat în textul comunicării rezultatului procedurii, arătând care este forma corectă a textului de lege.

Este evident în viziunea contestatorului faptul că autoritatea contractantă are cunoștință de existența HG nr. 766/1997, precum și de prezența în cuprinsul acestuia a Regulamentului privind agrementul tehnic și în acest caz și de existența art. 2, care confirmă justetea răspunsului său la solicitarea de clarificări, dar în baza faptului că celălalt ofertant depune un agrement tehnic pentru acest procedeu, consideră că poate declara răspunsul ca fiind neconcludent.

Contestatorul completează susținerile anterioare cu faptul că toate tehnologiile aplicate în cadrul ofertei tehnice, respectiv așternerea asfaltului, realizarea stratului de balast, realizarea stratului de piatră spartă, s.a.m.d, ar fi trebuit să dețină și ele agremente tehnice, dar nu solicită decât pentru stabilizarea solurilor cu liant hidraulic, motiv pentru care presupune că celălalt concurent deținea un astfel de agrement, acest lucru ar putea reprezenta un avantaj față de propunerea sa tehnică, motivându-și în acest fel decizia de a declara a ofertei sa ca fiind inacceptabilă.

Contestatorul detaliază în cuprinsul contestației al treilea motiv de excludere a sa din procedura de achiziții, utilizată de autoritatea contractantă pentru a justifica motivul pentru care oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În legătură cu cele afirmate, contestatorul precizează următoarele:

- în mod greșit autoritatea contractantă, în momentul în care a evaluat propunerea sa tehnică, consideră calitatea avută în contractul 442/2023 încheiat cu asociatul SC SA, de către firma SC SRL, ca fiind incertă, contractul cu nr. 442/13.01.2023, având titulatura de contract de servicii, situație în care, conform prevederilor legale, această firmă nu putea fi decât prestator de servicii, iar declararea ei ca subcontractant nefiind obligatorie;

- comisia de evaluare uzează într-un mod speculativ de o prevedere din obligațiile prestatorului, incluse în cadrul contractului de prestări servicii, (titulatura prestator indicând încă o dată calitatea deținută de firmă în cadrul contractului) considerând că următoarele specificații, prevăzute în cadrul acestor obligații, sunt caracteristice subcontractanților și nu prestatorilor de servicii;

- „să execute și să finalizeze lucrurile prevăzute în contract, conform standardelor și prescripțiilor tehnice” - este evident că orice

prestator de servicii trebuie să finalizeze lucrările pe care și le asumă prin contract și să respecte prevederile din standard sau cerințele tehnice impuse de către beneficiar, respectiv, utilajele vor trebui astfel reglate încât rezultatul acțiunii lor să fie conform standardului 10473/2:1986 și să satisfacă cerințele proiectului tehnic, sens în care vor trebui să respecte indicațiile beneficiarului (respectiv de Asocierea SC SA – SC SRL – SC MAGHEBO SRL) care coordonează realizarea obiectivelor proiectului;

- „să asigure mâna de lucru, echipamentele, instalațiile de șantier necesare executării lucrărilor contractate” - respectiv în răspunderea prestatorului/furnizorului intră toate aspectele legate de punerea la dispoziție a utilajelor, respectiv încărcare, transportul descărcarea, pregătirea și întreținerea /repararea lor pentru realizarea lucrărilor, pentru aceste operațiuni având responsabilitatea asigurării mâinii de lucru, a echipamentelor pentru încărcare-descărcare și pregătire a utilajelor pentru lucru;

- „să asigure deservenți proprii, autorizați și calificați, care vor manevra echipamentele și/sau utilajele cu care se asigură executarea lucrărilor și punerea în operă a materialelor conform Contract” - este un lucru care ține de normalitate, astfel de utilaje nu pot fi încredințate de prestator unor deservenți ale căror abilități/calificări nu le cunoaște și ca urmare este obligat să pună la dispoziție deservenții proprii (pentru protejarea utilajelor), iar beneficiarul nu poate accepta nici el să ia în considerare o altfel de punere la dispoziție (riscul defectării prin manevrare greșită fiind foarte mare) - însă în această situație, existența deservenților aparținând furnizorului nu schimbă caracterul contractului de prestare de servicii (așa cum încercă să sugereze evaluatorul) și nu poate obliga beneficiarul, având în vedere prevederile legale, să declare prestatorul ca subcontractant;

- așa cum rezultă și din definiția subcontractării, inclusă de autoritatea contractantă în comunicarea privind rezultatul procedurii, contestatorul susține că nu înțelege care este motivul pentru care autoritatea contractantă nu acceptă pentru firma SC SRL statutul de prestator de servicii, mai ales că în răspunsul la solicitarea de clarificări a precizat „SC SRL va pune la dispoziție utilajele necesare realizării stabilizării pământului, menționate la punctul 2, cu deservenți autorizați, precum și echipamentele și materialele necesare. Coordonarea realizării lucrării, restul de personal tehnic și de execuție de la sol, mijloacele de transport pentru materiale altele decât cele furnizate de firma SC SRL, vor fi asigurate de către Asocierea SC SA –(...) Atașăm la prezenta adresa 1801/15.02.2023 a SC SRL”, inclusă în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, din care rezultă că societatea DEMO IDIL SRL va executa parte din lucrarea referitoare la stabilizarea solurilor cu liant hidraulic, respectiv cea legată de prestația utilajelor solicitate a fi folosite

pentru această lucrare, asociată cu cea de furnizare a materialelor speciale (liantul hidraulic în special, s.a).

Contestatorul arată că potrivit notei de bune practici din data de 12.05.2022, existentă pe pagina de internet a ANAP, cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică, se specifică „că furnizorul este entitatea care furnizează produse/prestează servicii către contractant”, iar punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare” - art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, se menționează faptul că „demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului, accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa (ori prestează servicii către contractant, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, pe când în cazul subcontractantului acesta furnizează/prestează/execută în mod direct produse/servicii/lucrări, activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică”.

Din cele prezentate, în opinia contestatorului rezultă cât se poate de clar că asigurarea deservențelor de către furnizorul de servicii, pentru prestarea serviciilor cu utilajele nu se poate realiza altfel și nu poate duce la schimbarea tipului de contract din cel de servicii/furnizare în cel de subcontractare, asigurarea deservențelor nefiind nicăieri menționată ca fiind o clauză care condiționează această schimbare.

Așa cum susține că a arătat, asocierea dispune de toate utilajele și dotările necesare realizării lucrării, cu excepția utilajelor referitoare la execuția stabilizării pământului cu lianți hidraulici și poate asigura cu dotări proprii principalele materiale componente ale lucrării: asfalt, beton, piatră spartă + toate agregatele de cariera, balastul, nisipul și pietrișul de balastieră.

Astfel, apreciază că toate aceste aspecte conferă asocierii posibilitatea realizării unor lucrări la costuri mult mai reduse, comparativ cu alți ofertanți care nu dețin acest gen de facilități.

Contestatorul susține faptul că, potrivit certificatului constatator, SC SRL, executantul lucrării din cadrul Asocierii SC SRL, oficial nu are înregistrat a deține, în afara unui contract de comodat aferent sediului social și a unui număr de 15 persoane angajate, alte filiale/sucursale/subunități, sedii secundare/puncte de lucru în care să-și desfășoare activitățile secundare autorizate și ca urmare, nu poate avea în dotare stații de asfalt, stații de betoane, cariere de piatră, balastiere, incintă destinată organizării activității de construcții și de păstrare a utilajelor, etc și cu toate acestea, conform raportului procedurii și documentelor incluse în DUAЕ, depuse în cadrul ofertei, nu are consemnat a avea încheiat nici un acord de subcontractare.

Din acest fapt rezultă că Asocierea SC SRL, nu își poate asigura resursele necesare decât prin contracte de furnizare și/sau prestare de servicii.

Menționează și faptul că autoritatea contractantă specifică în cadrul comunicării rezultatului procedurii faptul că ofertantul Asocierea SC SRL, deține pentru operațiunea de realizare a stratului de pământ stabilizat cu liant hidraulic agrementele tehnice ale firmei SC SRL și ca urmare, realizarea acestei lucrări poate fi executată decât de către SC SRL, dar nu prezintă un acord de subcontractare cu această firmă.

Contestatorul precizează faptul că la solicitarea autorității contractante, dacă aceasta o consideră necesară, sau la inițiativa sa, dar cu acceptul autorității contractante, firma SC SRL poate fi declarată subcontractant, la semnarea contractului sau după acest moment, sens în care va depune și toate documentele necesare, acest aspect eliminând complet necesitatea excluderii sale din procedură.

În consecință solicită autorității contractante să procedeze la adoptarea măsurilor corectorii aspectelor semnalate, iar în caz contrar solicită Consiliului să dispună anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 747 din 23.02.2023, precum și a tuturor documentelor ce au rezultat în urma analizei documentațiilor de ofertare de către autoritatea contractantă cu reluarea evaluării ofertelor cu respectarea deciziilor CNSC stabilite în urma analizării prezentei contestații.

Prin adresa nr. 943/09.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 12337/09.03.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, prin care solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă arată că motivul 1 pentru care oferta depusă de petent a fost respinsă este faptul că SC SA nu a prezentat în cadrul ofertei, DUAЕ și Acord de subcontractare pentru SC SRL.

Autoritatea susține că comunicarea rezultatului procedurii către Asocierea SC SA - SC PO SRL a fost realizată prin adresa cu nr. 747 din data 23.02.2023.

Conform celor menționate în adresa cu nr. 747 din data 23.02.2023, motivele respingerii ofertei sale au fost următoarele:

Motivul 1:

La punctul 6 din solicitarea de clarificări transmisă ofertantului, prin adresa cu nr. 545 din 13.02.2023, i s-a adresat următoarele:

„(6) în oferta depusă nu este clară calitatea avută în viitorul contract a operatorului SC I SRL care va executa stabilizarea solurilor cu liant hidraulic.

În contractul cu nr. 442 din 13.01.2023 cu SC SRL, prezentat în propunerea tehnică la pag. 1.072 - 1.078, la art. 7.1- Obligațiile Prestatorului se rețin următoarele obligații:

„(a) să execute și să finalizeze lucrurile prevăzute în contract, conform standardelor și prescripțiilor tehnice;

(b) să asigure mâna de lucru, echipamentele, instalațiile de șantier necesare executării lucrărilor contractate;

(c) să asigure deservenți proprii, autorizați și calificați, care vor manevra echipamentele și/sau utilajele cu care se asigură executarea lucrărilor și punerea în operă a materialelor conform Contract”,

ori conform precizărilor de la art. 3 alin. (1) litera (yy) din Legea 98/2016, activitatea de execuție a unei părți din contract se află sub incidența unui subcontractant/subantreprenor și nu sub incidența unui „furnizor de servicii”:

„yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi”;

Prin urmare, vă solicităm să clarificați calitatea avută de SC SRL și unde se regăsesc documentele acestuia solicitate prin fișa de date”.

Autoritatea contractantă precizează că SC SA a răspuns la această solicitare, prin adresa cu nr. 1.295 din data 15.02.2023, după cum urmează:

„SC SRL va pune la dispoziție utilajele necesare realizării stabilizării pământului, menționate la punctul 2, cu deservenți autorizați, precum și echipamentele și materialele necesare. Coordonarea realizării lucrării, restul de personal tehnic și de execuție de la sol, mijloacele de transport, și celelalte materiale vor fi asigurate de către Asocieria SC SA - SRL.

Punerea la dispoziție a utilajelor cu tot cu deservenți, precum și asigurarea materialelor, în contractul 442/13.01.2023 sunt considerate de către SC SRL ca fiind lucrări de realizat și finalizat, ceea ce nu credem că este o problemă chiar atât de gravă, iar ambiguitatea este relativă. Atașăm la prezenta adresa 1801/15.02.2023 a SC SRL”.

Așa cum se poate reține din răspunsul dat supra, autoritatea consideră că în cadrul acestuia, SC SA nu a clarificat calitatea operatorului economic în prezenta procedură, în sensul că este fie „subcontractant” fie un „furnizor”

Mai mult decât atât, arată că inclusiv operatorul SC SRL califică acest contract ca fiind unul de „lucrări” și nu unul de „servicii” (de închiriere).

Tot în aceeași ordine de idei, din contractul cu nr. 442/13.01.2023 (pag. 1072 - 1084 din propunerea tehnică) încheiat cu

SC SRL autoritatea susține că se rețin o serie de aspecte relevante pentru speța de față pe care le redă în continuare.

Totodată susține că la pag. 1085 din propunerea tehnică se regăsește oferta fără număr din 12.01.2023 transmisă de SC SRL din care rezultă următoarele:

„Subiect: ofertă de preț – lucrări de stabilizare”;

„Descriere lucrări – stabilizare pământ in situ 20cm, 4% liant hidraulic”;

„Prețul conține:

Costurile cu materialul (liant) și manopera pentru realizarea lucrărilor specificate în lista de cantități”.

Ori, dacă extrasele din contract nu au fost convingătoare că obiectul contractului este în fapt execuția de lucrări în calitate de subcontractant/subantreprenor, autoritatea consideră că din oferta depusă în cadrul procedurii, rezultă fără urmă de tăgadă că obiectul ofertei este „Execuția de lucrări de stabilizare” fapt confirmat din „Subiectul ofertei” cât și din precizarea că „Prețul conține: costurile cu materialul (liant) și manopera pentru realizarea lucrărilor specificat în lista de cantități”.

În concluzie, susține că din această detaliere rezultă nu numai faptul că se vor pune la dispoziție niște utilaje cu deservenți ci și faptul că intră în acest preț și costurile cu materialele (liantul), costuri care nu ar trebui să apară într-un simplu contract de închiriere.

Tot în aceeași ordine de idei, arată că unitatea de măsură este m.p. (metru pătrat) și nu „ore” așa cum se obișnuiește la contractele de închiriere de utilaje.

Având în vedere cele redate mai sus, arată că comisia de evaluare a calificat că operatorul economic SC SRL va executa în viitorul contract, „lucrări de stabilizare” fiind realizate de un subcontractant/subantreprenor, așa cum însuși acesta s-a calificat în mod expres la art. 9.4 din contractul nr. 442 din 13.01.2023 cât și la art. 24 din Anexa 1 la contract: „24. Accidentele produse din vina SUBANTREPRENORULUI, se raportează și înregistrează de către acesta, la organele abilitate ITM”.

Având în vedere această calificare, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu și-a îndeplinit obligația de a prezenta în ofertă documentele pentru subcontractant așa cum este solicitat la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională (pag. 8-9) din Fișa de date.

Având în vedere aceste constatări ale comisei de evaluare, autoritatea susține că SC SA a prezentat la punctul 3 din contestația sa, argumentele sale referitoare la situația constatată (le reia prin punctul de vedere).

Astfel arată că din justificările prezentate de SC SA în contestația primită, rezultă că inclusiv acesta este de acord că firma

SC SRL trebuia declarată ca subcontractant:”(...) la solicitarea Autorității contractante, dacă acesta o consideră necesară, sau la inițiativa Asocierii, dar cu acceptul Autorității contractante, firma SC SRL poate fi declarată subcontractant, la semnarea contractului sau după aceea, sens în care va depune și toate documentele necesare, acest din urmă aspect eliminând complet necesitatea excluderii noastre din procedură”.

În continuare autoritatea contractantă reiterează cerințele din fișa de date de la pagina 8-9.

În același timp autoritatea contractantă redă aspectele relevante din Notificarea cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică /sectorial emisă de ANAP în data de 12.05.2022.

Ori, așa cum rezultă din textul redat mai sus din contractul cu SC SRL, acesta va executa în mod direct lucrări de stabilizare în cadrul viitorului contract. În aceeași ordine de idei, la „Subiectul ofertei” care a stat la baza încheierii contractului se precizează că pe lângă manopera pentru realizarea lucrărilor sunt incluse și costurile cu materialul (liantul) necesar pentru stabilizarea lucrărilor: „Prețul conține: costurile cu materialul (liant) și manopera pentru realizarea lucrărilor specificat în lista de cantități”.

În concluzie, consideră că nu se confirmă că SC SRL doar va pune la dispoziția ofertantului SC SA utilaje, ci va executa lucrări de stabilizare intrând în sarcina acestuia atât materialul ce urmează a fi pus în operă cât și manopera necesară pentru executarea acestor lucrări.

Într-o altă ordine de idei, arată că serviciile de închiriere a utilajelor fără deservenți se regăsesc la codul CAEN 7732 - Activități de închiriere și leasing cu mașini și echipamente pentru construcții. Ori, conform Nomenclatorului „Clasa CAEN 7732 exclude: • închirierea de mașini sau echipamente de construcții, cu operator, vezi CAEN 43”.

În concluzie arată că închirierea de mașini sau echipamente de construcții, cu operator, se regăsește la codul CAEN 4399 - Alte lucrări speciale de construcții n.c.a.:

„Aceasta clasa include:

- închirierea macaralelor și echipamentelor de construcții, de utilizare generală, cu operatori

Clasa CAEN 4399 exclude:

- închirierea utilajelor și echipamentelor de construcții fără operatori, vezi CAEN 7732”.

Prin urmare, arată că și legiuitorul a stabilit că închirierea echipamentelor de construcții „fără operator” este un serviciu, dar închiriere a echipamentelor de construcții „cu operator” este „o lucrare” motiv pentru care nu poate fi reținut că operatorul SC SRL este un simplu „furnizor”, ci acesta are calitatea de

„subcontractant/subantreprenor” așa cum este aceasta definit la art. 3 alin. 1 litera (yy) din Legea 98:2016.

Ori așa cum precizează și ANAP în Notificarea cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial există obligația ca ofertantul să declare până la ora și data limită de depunere a ofertelor, faptul că o parte din lucrări vor fi realizate de către subcontractantul SC SRL precum și obligația de a prezenta un DUAE completat separat de acesta precum și un Acord de subcontractare, obligații care se regăsesc și în fișa de date, și care nu au fost îndeplinite de ofertantul SC SA.

În concluzie, consideră că sunt incidente atât prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 pentru faptul că răspunsul ofertantului a fost neconcludent, raportat la clarificarea calității avute de SC SRL în prezenta procedură, cât și prevederile tezei finale de la articolul 137 aliniatul (2) litera b) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă consideră că legislația în vigoare incumbă o obligație ofertanților, de a declara în ofertă subcontractanții și lucrările subcontractate acestora, obligație care nu a fost îndeplinită în cazul de față de către SC SA, și prin urmare nu este de acord cu precizările lui că se vor prezenta documentele subcontractantului SC SRL, ulterior semnării contractului de achiziție publică.

Motivul 2 pentru care oferta depusă de petent a fost respinsă - SC SA nu a prezentat agreementul tehnic aferent procedurii tehnice de execuție a stabilizării solurilor cu liant hidraulic pentru operatorul economic SC SRL așa cum i-a fost solicitat la punctul (5) din Adresa cu nr. 545 din 13.02.2023.

Autoritatea contractantă arată că la punctul (5) din adresa cu nr. 545 din 13.02.2023 i s-au solicitat ofertantului SC SA următoarele:

„(5) În oferta dumneavoastră nu s-a regăsit agreementul tehnic aferent procedurii tehnice de execuție a stabilizării solurilor cu liant hidraulic pentru operatorul economic SC SRL.

Conform Legii 10, obligativitatea deținerii unui agreement tehnic pentru procedeu/procedură este prevăzută de următoarele dispoziții:

- Art. 25 lit. f) din Legea nr. 10/1995: „Executantul lucrărilor de construcții are următoarele obligații principale: (...)f) utilizarea în execuția lucrărilor numai a produselor și a procedeelor prevăzute în proiect, certificate sau pentru care există agreemente tehnice, care conduc la realizarea cerințelor, precum și gestionarea probelor martor (...)”;

- Art. 3 alin. (1) din HG nr. 766/1997: „Existența agreementului tehnic, elaborat conform prevederilor prezentului regulament, constituie o condiție obligatorie pentru furnizarea și utilizarea produselor noi pentru construcții”.

Prin urmare, vă solicităm să ne prezentați agrementului tehnic aferent procedurii tehnice de execuție a stabilizării solurilor cu liant hidraulic pentru operatorul economic SC SRL”.

La această solicitare, ofertantul SC SA a răspuns prin adresa cu nr. 1295 din 15.02.2023 astfel:

„Solicitarea dvs. referitoare la prezentarea unui Agrement tehnic pentru procedura tehnică de execuție referitoare la stabilizarea solului cu liant hidraulic nu poate fi onorată deoarece Agrementele tehnice se eliberează pentru materiale care nu sunt incluse în standarde de produs și ca urmare ele nu pot beneficia de Certificări de conformitate. Referitor la procedura de stabilizare a solului nu poate fi agrementată deoarece acest procedeu este reglementat prin standardul de metodă 10473/2 - Lucrări de drumuri. Straturi rutiere din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu lianți hidraulici sau puzzolanici”.

Autoritatea contractantă dorește să consemneze în primul rând că ofertantul SC SA nu a contestat conținutul solicitării, prin urmare, conform prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 acesta avea obligația de a prezenta documentele/completările solicitate de către comisia de evaluare, în caz contrar intervenind sancțiunea declarării ca inacceptabile a ofertei.

În cazul în care SC SA considera că această solicitare, depășește cadrul legal, sau se considera vătămată de această solicitare, avea dreptul să conteste conținutul acestei solicitări. Prin necontestarea acestei solicitări s-a întărit obligația legală, de a se supune voinței Comisiei de evaluare, și de a prezenta documentul/completarea solicitată (agrementul tehnic pentru lianți).

Autoritatea contractantă consideră contestarea acestei solicitări, la acest moment ca fiind tardivă.

Într-o altă ordine de idei arată că ofertantul, motivează că nu poate prezenta acest agrement, deoarece acest procedeu este reglementat prin standardul de metoda 10473/2 - Lucrări de drumuri. Straturi rutiere din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu lianți hidraulici sau puzzolanici. Ori STAS-ul 10473/2-86 reglementează Metodele de determinare și încercare (ulterior execuției lucrărilor) și NU metodele de execuție. Prin urmare, și în acest caz s-a constatat neconcludența răspunsului.

În continuare autoritatea contractantă reia aspectele prezentate de contestator prin contestație cu privire la acest aspect.

Față de aceste precizări prezentate de SC SA autoritatea reține că argumentele sale se bazează pe următoarele 2 aspecte:

- existența standardului 10473/2:1986 - Lucrări de drumuri. Straturi rutiere din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu lianți hidraulici sau puzzolanici;

- agrementele tehnice nu sunt necesare în condițiile existenței unui standard care are ca obiect acel produs sau tehnologie;

Ori, Standardul 10473/2:1986 - Lucrări de drumuri. Straturi rutiere din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu lianți hidraulici sau puzzolanici pe care îl prezintă în ANEXĂ, se referă la Metodele de determinare și încercare (ulterior execuției lucrărilor) și NU metodele de execuție a lucrărilor de stabilizare cu lianți hidraulici, respectiv:

„1.1. Obiect

Prezentul standard stabilește metodele de determinare și încercare a agregatelor naturale sau a pământurilor stabilizate cu lianți hidraulici (ciment) sau cu lianți puzzolanici (zgură granulată de furnal înalt, cenușă de termocentrală sau tuf vulcanic măcinat, activate) pentru următoarele caracteristici:

(a) compoziția granulometrică a amestecului de agregate naturale sau pământuri și liant;

(b) umiditatea amestecului de agregate naturale sau pământuri, liant și apă;

(c) caracteristicile de compactare;

(d) caracteristicile mecanice și de comportare la imersie în apă și la îngheț, astfel:

- rezistența la compresiune;

- stabilitatea la apă (scăderea rezistenței la compresiune, umflarea volumică și absorbția de apă);

- pierderea, de masă prin saturare-uscare sau îngheț-dezghet;

(e) densitatea straturilor rutiere din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu hidraulici sau puzzolanici;

(f) gradul de fărâmițare a pământurilor coezive stabilizate cu lianți hidraulici sau puzzolanici”.

Prin urmare, susține că nu poate fi considerat concludent răspunsul prezentat de ofertantul SC SA în adresa s-a cu nr. 1295 din 15.02.2023.

Faptul că există un agreement pentru stabilizare sol cu liant hydraulic se poate constata chiar prin verificarea site-ului INSTITUTULUI DE CERCETĂRI IN TRANSPORTURI - INCERTRANS SA, (care deține Certificat de recunoaștere nr. 41 din 14.02.2008, de la Comisia de recunoaștere în domeniul reglementat Produse pentru construcții pentru atestarea conformității familiilor de produse pentru construcția drumurilor, membrane, placi de ipsos, pardoseli și altele, și NOTIFICARE LA COMISIA EUROPEANA de la BRUXELLES pentru evaluarea conformității produselor, cu nr. de identificare NB 1833, în conformitate cu Regulamentul UE Nr.305/2011 al Parlamentului European și Consiliului European) respectiv

<http://incertrans.ro/lista-de-agremente-tehnice/> unde la GRUPA SPECIALIZATA NR. 7 - Drumuri, Poduri, Porturi și Aeroporturi 2014-2020

se regăsește Agreement 004-07/1609-2019 și 004-07/1658-2020 pentru Procedeu de stabilizare în situ a pământurilor.

Ori, dacă nu ar fi nevoie de un asemenea agreement, se întreabă autoritatea de ce totuși există?

Într-o altă ordine de idei, arată că în contestația depusă, ofertantul omite să facă referire la execuția stratului de formă, ceea ce reprezintă stratul de pământ stabilizat în prezentul proiect, în conformitate cu prevederile STAS 12253/84, care precizează în mod explicit la punctul 2.3 modalitatea de stabilire a dozajelor de liant utilizate în execuția straturilor de formă.

Astfel arată că în cazul proiectului de față, fiind vorba despre o stabilizare cu lianți hidraulici a stratului de formă, aceasta se realizează în conformitate cu STAS 10473/1:86 și STAS 12253/84.

La punctul 2.3.1 din STAS 10473/1:86 se precizează că dozajele / compoziția amestecului de bază se stabilește pe bază de încercări preliminare.

În aceeași ordine de idei, standardul STAS 10473/1:86, precizează la punctul 3 „prescripțiile generale de execuție a straturilor stabilizate”, dar NU precizează și modalitatea cum se realizează stabilizarea „pe loc”/”în situ” a acestora.

În logica prezentată de contestatar, pe piața produselor de construcții s-ar găsi produse de pământ stabilizat, pentru toate tipurile de pământ, așa cum de exemplu se regăsește balastul sau piatra spartă. Or acest lucru este practic imposibil, deoarece stabilizarea terenurilor diferă de la un proiect la altul, aceasta fiind în funcție de natura terenului de fundare, și în anumite situații diferă chiar de la un sector la altul în cadrul aceluiași proiect, deoarece există „necunoscuta” numită natură teren fundare, și care, așa cum s-a arătat mai sus, stabilizarea acestora se poate determina numai pe baza de încercări preliminare, după care se stabilește compoziția finală a amestecului.

Autoritatea susține că cu voită intenție și pentru a ascunde faptul că a greșit, SC SA face trimitere la standardul STAS10473/2, standard care precizează metodele de determinare și încercările care se efectuează pe straturile îmbunătățite prin stabilizare.

Consideră că prin precizările aduse, acesta încearcă să inducă în eroare Consiliul, precizând că „toate tehnologiile aplicate în cadrul ofertei tehnice, respectiv așternerea asfaltului, realizarea stratului de balast, realizarea stratului de piatră spartă, s.a.m.d, ar fi trebuit să dețină și ele, la rândul lor, agreemente tehnice”, dar tehnologiile la care face referire sunt bine stabilite prin standardele în vigoare, cum ar fi: STAS 6400/84, AND605/2016, NE012/2007, etc, deoarece se utilizează produse finite. Ori, pământul stabilizat, așa cum s-a arătat mai sus, nu are cum să fie un produs finit, acesta fiind diferit de la loc la loc, și în unele cazuri chiar și în cadrul aceluiași sector de drum.

Având în vedere cele menționate mai sus, precum și faptul că ofertantul NU a prezentat agrementului tehnic aferent procedurii tehnice de execuție a stabilizării solurilor cu liant hidraulic pentru operatorul economic SC SRL, rezultă că răspunsul ofertantului a fost neconcludent, fiind aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Motivul 3 pentru care oferta depusă de petent a fost respinsă: Propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, respectiv cu cerințele caietului de sarcini referitoare la activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului.

Autoritatea contractantă susține că în caietul de sarcini al procedurii, în Tabelul 8 la pag. 34/108 se precizează:

„Următoarele activități trebuie realizate obligatoriu de Contractant (proiectant) în cadrul Contractului ce rezultă din această procedură:

Activitate: Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor.

Detaliere activități:

Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului.

Proiectantul va avea obligația să urmărească defectele investiției pe toată durata garanției oferite. În acest scop, săptămânal va avea obligația de a investiga la locul lucrărilor eventualele defecte”.

Autoritatea contractantă precizează că la punctul (1) din adresa cu nr. 545 din 13.02.2023 i s-a solicitat ofertantului SC SA următoarea clarificare:

„(1) La pagina 145 din propunerea tehnică proiectare, pentru activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului este indicat un număr de 145 de zile. Având în vedere că perioada de execuție este de 18 luni, rezultând un număr de 378 de zile lucrătoare (18 luni x 21 zile/lună) vă solicităm să clarificați cum sunt respectate prevederile documentației de atribuire privind „e) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului”, solicitată în Caietul de sarcini la activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului. De asemenea, vă solicităm să clarificați dacă în propunerea financiară ați prevăzut resurse financiare pentru asigurarea realizării acestei activități”.

La această solicitare, ofertantul SC SA a răspuns prin adresa cu nr. 1295 din 15.02.2023 astfel:

„În conformitate cu prevederile HG 395/2006 , art. 134, alin (7), lit. b), care prevede că: „Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste

corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.”

Ca urmare, referitor la solicitarea dvs. privind clarificare celor incluse la punctul 01, va precizăm următoarele:

Dintr-o abatere tehnică minoră produsă de o eroare materială nesemnificativă a fost inclus un număr 145 de zile alocate pentru etapa de asistență tehnică din cadrul serviciilor de proiectare, în loc de 294 de zile.

Este evident faptul, că situația de față este încadrabilă în noțiunea definită de legislație ca fiind o eroare materială nesubstanțială (minoră), respectiv o eroare care apare în aplicarea normelor privind achizițiile publice și care nu poate afecta în niciun fel rezultatul procedurii, respectiv a câștigătorului ei. Astfel conform modului de fundamentare a prețului pentru lucrările de proiectare, în oferta depusă în cadrul documentației de ofertare, prin utilizarea unui număr de 145 de zile de asistență tehnică a rezultat pentru serviciile de proiectare ale SC SRL o valoare de 122.750,00 lei. Incluzând în fundamentarea prețului de ofertare pentru servicii de proiectare a numărului corect, de zile de asistență tehnică zile respectiv 294 de zile, oferta, pentru servicii a SC SRL, devine 139.854, 77 lei, apărând o diferență față de prețul ofertat de numai 17.104,77 lei, reprezentând 0,39 % din valoarea ofertată de către Asocieria SC SA - SC SRL pentru întreaga lucrare (proiectare + execuție).

Atașăm la prezenta, în scopul clarificării și nu modificării, Fundamentarea economică a modului de formare al prețului ofertat - Tabel prestări servicii de proiectare pe faze, precum și Fundamentarea economică a modului de formare al prețului corectat incluzând un număr de 294 de zile - Tabel 1 prestări servicii de proiectare pe faze

Din cele prezentate mai sus rezultă următoarele aspecte:

- prin eroarea comisă, Asocieria SC SA - SRL, nu a urmărit obținerea unui avantaj în fața celorlalți ofertanți, rezultatul includerii cuantumului erorii în valoarea ofertei financiare fiind diminuarea cuantumului acesteia cu 17.104,77 lei, ceea ce evident nu poate fi o valoare ce poate duce la o poziție superioară în clasament;

- valoarea acestei erori reprezintă doar 0,39 % din cuantumul ofertei financiare depusă, ceea ce evident reprezintă urmarea producerii unei erori materiale nesubstanțiale/minore și ca urmare posibil a fi corectată.

- cotarea suplimentară a acestei poziții nu are nicio influență asupra calității contractului și conformității lucrărilor, după cum nu poate influența negativ posibilitatea ofertantului de a executa contractul, conținutul de lucrări neofertat putând fi executat fără probleme în valoarea numărului de ore greșit inclus în ofertă.

- neconformitatea este evident minoră raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta ca

urmare considerăm că includerea greșită a numărului de ore de asistență tehnică din partea proiectantului constituie o simplă eroare materială sau, cel mult o ambiguitate, care poate fi explicată în mod simplu și poate fi ușor corectată.

Având în vedere și prevederile art. 134, alin (8), din HG 395/2016, care specifica faptul că: „(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte”. Precum și a alin. (9) din același Articol al HG 395/2016:

(.....)

Ca urmare solicităm autorității contractante să accepte considerentele prezentate anterior și să solicite corectarea unei erori materiale I abaterii tehnice minore, nesemnificativă, prin mărirea numărului de zile de asistență tehnică din partea proiectantului de la 145 zile la 294 de zile, și ulterior la deschiderea ofertei financiare, de a ne cere modificarea Ofertei financiare cu quantumul diferenței dintre valoarea pentru zilele de asistență tehnică incorect incluse în oferta depusă (145 zile) și valoarea modificată, corect calculată, aferentă zilelor (294 zile) de asistență tehnică din partea proiectantului.

În situația în care Autoritatea contractanta va considera solicitarea noastră ca fiind corectă și legală, și va invoca necesitatea corectării erorii, vom prezenta o nouă ofertă financiară corectată în termenul stabilit de către Comisia de evaluare, rămânând în sarcina autorității contractante să verifice dacă în urma aplicării acestor corecții se aduc modificări în ierarhia clasamentului și eventual schimbarea câștigătorului procedurii, iar în cazul în care acest din urmă aspect se produce, să respingă oferta Asocierii noastre. Ofertantul a atașat:

- Fundamentarea economică corectată a modului de formare a prețului ofertat”.

Prin urmare autoritatea arată că așa cum rezultă și din solicitarea de clarificări transmisă, ofertantul SC SA trebuia să cuprindă 378 de zile de asistență tehnică (18 luni x 21 zile/lună), doar pentru perioada de execuție a lucrărilor.

Dar, în cadrul răspunsului, ofertantul precizează că în fapt trebuiau doar 294 de zile asistență tehnică, fără a justifica diferența dintre cantitatea de zile ofertată și cantitatea de zile calculată de către comisia de evaluare (378 zile).

Prin urmare, consideră că SC SA nu a clarificat /justificat în răspunsul transmis prin adresa cu nr. 1295 din 15.02.2023, care este numărul corect de zile pentru care se asigură asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor;

Prin ofertarea unui număr de doar 294 de zile de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor nu este îndeplinită cerința caietului de sarcini „e) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării

în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului". 378 de zile lucrătoare (18 luni x 21 zile/lună).

Într-o altă ordine de idei, ofertantul a specificat că eroarea identificată reprezintă doar 0,39% din valoarea ofertată, și ar putea fi încadrată ca o abatere tehnică minoră. Totuși, din justificarea financiară prezentată, comisia de evaluare a constatat că Propunerea financiară nu conține toate activitățile caietului de sarcini, în sensul că nu este prevăzută nici o sumă pentru acordare asistență tehnică de specialitatea pentru toată perioada de garanție acordată lucrării (72 de luni), unde avea obligația de a verifica săptămânal eventualele defecte de construcții (72 de luni x 4 săptămâni = 288 de deplasări în șantier).

În continuare autoritatea contractantă redă susținerile SC SA din contestație cu privire la primul motiv de respingere a ofertei acestuia.

Față de cele prezentate, autoritatea susține că rezultă că abia în cadrul contestației SC SA clarifică faptul că numărul de zile de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor este de 294.

Atât timp cât comisia de evaluare i-a indicat în solicitarea de clarificări că ar fi trebuit alocate un număr de 378 de zile de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor, trebuia ca, în răspunsul dat, SC SA să clarifice cum a ajuns la cantitatea de 294 de zile. Ori în cadrul răspunsului dat, ofertantul a venit cu un răspuns sec: „Dintr-o abatere tehnică minoră produsă de o eroare materială nesemnificativă a fost inclus un număr 145 de zile alocate pentru etapa de asistență tehnică din cadrul serviciilor de proiectare, în loc de 294 de zile”, fără a detalia /clarifica de ce este necesar să se alocă doar 294 de zile și nu 378 de zile așa cum era menționat în solicitarea de clarificări, unde autoritatea contractantă a prezentat și modul de calcul cum a ajuns la această cantitate: „Având în vedere că perioada de execuție este de 18 luni, rezultând un număr de 378 de zile lucrătoare (18 luni x 21 zile/lună)”.

Autoritatea contractantă precizează că într-adevăr, obligația comisiei de evaluare este să analizeze propunerile tehnice, dar, în cazul în care comisia de evaluare nu înțelege anumite aspecte ale ofertei, și solicită clarificarea acestora, îi revine obligația ofertantului de a clarifica în mod concludent aspectele neclare sau înțelese greșit de către comisia de evaluare, obligație rezultată prin interpretarea per a contrario a prevederilor de la art. 134, alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În opinia sa, a fi concludent, înseamnă a clarifica în totalitate aspectele supuse clarificării, și nu parțial.

Prin urmare, arată că oferta depusă de SC SA nu a fost respinsă pentru abaterea tehnică de 0,36% din valoarea ofertată, ci pentru faptul că ofertantul NU a prezentat un răspuns concludent la solicitarea de clarificări.

Atât timp cât solicitarea de clarificări a respectat prevederile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, respectiv a fost clară și a definit în mod explicit și detaliat în ce constă solicitarea Comisiei, în sensul că i s-a explicat ofertantului cum a calculat autoritatea contractantă numărul de zile de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor, în cadrul răspunsului, i se incumba și acestuia obligația de a răspunde concludent și de a prezenta printre altele, modalitatea de calcul a zilelor de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor așa cum a făcut în fapt în cadrul contestației: „Ca urmare intervalul de timp necesar pentru asigurarea asistenței tehnice din partea proiectantului este de 14 luni x 21 zile/lună - 294 de zile”.

Motivul invocat de SC SA pentru răspunsul neconcludent, este pentru faptul că i s-a acordat un „timp extrem de redus acordat pentru elaborarea acestuia - 1 zi” nu poate fi primit la acest moment, deoarece acesta avea dreptul să conteste inclusiv termenul de răspuns. Invocarea acestui termen, la momentul prezent, nu poate fi considerat decât tardiv.

Într-o altă ordine de idei, conform art. 214 alin. (3) litera (b) din Legea 98/2016, „Autoritatea contractantă întocmește raportul procedurii într-un termen care să nu depășească 20 de zile lucrătoare” de la data-limită de depunere a ofertelor pentru procedurile simplificate. Având în vedere că termenul de depunere a fost data de 16.01.2023, acest termen se împlinea fix în data de 15.02.2023 când i s-a transmis solicitarea de clarificări. Conform art. 214 alin. (5) litera (b) din Legea nr. 98/2016 acest termen se mai putea prelungi doar o singură dată cu 15 zile lucrătoare, termen care se împlinea în data de 08.03.2023. Prin urmare, Comisia de evaluare nu a făcut decât să respecte Legea în vigoare. În aceeași ordine de idei, susține că s-a respectat principiul tratamentului egal, în sensul că și celuilalt participant i s-a acordat același termen de răspuns: 1 zi lucrătoare.

Autoritatea contractantă arată că într-o altă ordine de idei, în contestația depusă, SC SA susține că motivul respingerii ofertei sale, ar fi că, comisia de evaluare a considerat în mod eronat, că ofertantul

SC SA „nu a alocat nicio sumă de bani” pentru activitatea de „asistență tehnică din partea proiectantului pe timpul execuției lucrărilor - așa cum a fost solicitată în adresa 545/13.02.2023” iar mai departe aduce argumente pentru costul 17.104,77 lei, reprezentând 0.39% din valoarea ofertată pentru „asistență tehnică din partea proiectantului pe timpul execuției lucrărilor”.

Ori, ceea ce i s-a comunicat ofertantului, ca și motiv de respingere, printre altele, este faptul că nu și-a prevăzut nici un cost pentru îndeplinirea activității de „asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de garanție lucrărilor” (nu pe perioada de execuție a lucrărilor), respectiv nu a prevăzut nici un cost pentru îndeplinirea următoarei

obligații de la pagina 34 din caietul de sarcini: „Proiectantul va avea obligația să urmărească defectele investiției pe toată durata garanției oferite. În acest scop, săptămânal va avea obligația de a investiga la locul lucrărilor eventualele defecte”.

Așa cum s-a precizat mai sus, având în vedere că ofertantul a prevăzut în oferta sa o garanție de 72 de luni, rezulta obligația corelativă, respectiv obligația de a verifica săptămânal eventualele defecte de construcții (72 de luni x 4 săptămâni) = 288 de deplasări în șantier cu toate costurile conexe.

În concluzie, precizează că în urma studierii justificării financiare, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nici nu a luat în calcul această obligație, și acesta este motivul pentru care oferta sa este neconformă iar justificările prezentate neconcludente.

Într-o altă ordine de idei, arată că SC SA invocă faptul că în solicitarea de clarificări nu s-a făcut referire nominal și la „asistența tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor”. Față de aceste susțineri precizează că autoritatea contractantă nu a avut acces la propunerea financiară la etapa tehnică, iar în momentul în care, prin răspunsul dat, ofertantul a prezentat justificarea în totalitate a costurilor pentru activitatea de asistență tehnică (care include cele 2 momente distincte: pe perioada de execuție a lucrărilor și, pe perioada de garanție a lucrărilor) a observat că în fapt ofertantul nu a prevăzut nici un cost pentru asistența tehnică pe perioada de garanție a lucrărilor.

SC SA mai susține în contestația depusă că „Autoritatea contractantă a pus la dispoziția ofertanților Devizul general al investiției, din care nu rezultă că în acesta ar fi incluse sume de bani alocate pentru asistența tehnică de specialitate pentru perioada de garanție și ca urmare nu este normal a se solicita ofertanților să includă astfel de sume având în vedere că Ofertantul nu poate deturna banii alocați activităților de realizare a investiției pentru o altă activitate, aferentă perioadei de garanție”. Față de aceste precizări face trimitere la următoarele prevederi de la cap. 11.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/ achizițiilor din Fișa de date:

**) „Nu există limitări între capitole sau subcapitole de cheltuieli, ofertanții având dreptul cât și obligația de a prevedea toate costurile rezultate din listele de cantități și din oferta sa. Pentru capitolul 5.1 fiecare ofertant are libertatea de a propune propriile costuri în funcție de organizarea proprie și cerințele Documentației de atribuire.

***) Se permite ofertanților să utilizeze propriile distanțe de transport pentru resursele materiale de la furnizori la locul lucrării. În cadrul propunerii tehnice ofertanții trebuie să indice principalii furnizori precum și distanța de transport de la aceștia.

****) La întocmirea ofertei sunt aplicabile prevederile Ordonanței 1568/2002, în sensul în care normele din articolele de deviz sunt orientative, respectiv „Ofertanții au deplină libertate de a-și prevedea în

ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în proiectul tehnic, în Caietul de sarcini și în alte acte normative în vigoare care reglementează execuția lucrărilor” - conf. Art. 2.2.2”,

cât și de la cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare:

„Propunerea financiară va îndeplini/acoperi toate cerințele și costurile solicitate prin caietul de sarcini/SF/DALI/obligații din avize/autorizații, și se va elabora respectând:

- Metodologia privind elaborarea devizului general și a devizului pe obiect din 29.11.2016, parte integrantă din Hotărâre 907/2016;

- Structura centralizatoarelor și cheltuielilor conform prevederilor HG 907/2016”;

Autoritatea contractantă precizează că SC SA mai susține în contestația depusă că: „Asistența tehnică de specialitate pe perioada garanției de execuție, nu a fost inclusă de către Autoritatea contractantă ca activitate obligatoriu a fi executată”, reluată ulterior mai jos ca și concluzie: „Asistența tehnică de specialitate pe perioada garanției de execuție, rezultă cât se poate de clar, din cele prezentate anterior, că nu a fost inclusă ca activitate obligatoriu a fi executată și nici nu este impusă cerința privind corelarea acesteia, cu oferta financiară, prin reflectarea costurilor aferente în oferta de preț”.

Ori, dacă se analizează Tabelul 8 de la pag. 34/108, se poate constata că la activitatea „4. Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor” se regăsește descris ca activitate „Proiectantul va avea obligația să urmărească defectele investiției pe toată durata garanției oferite. În acest scop, săptămânal va avea obligația de a investiga la locul lucrărilor eventualele defecte”.

cât și la finalul paginii 52 din 108:

„Durata prestării serviciilor se prelungește până la momentul finalizării obiectivului de investiții, în condițiile Legii 98/2016 și a actelor normative ce derivă din aceasta, în baza condițiilor contractuale. Proiectantul va avea obligația să urmărească defectele investiției pe toată durata garanției oferite. În acest scop, săptămânal va avea obligația de a investiga la locul lucrărilor eventualele defecte”.

Într-o altă ordine de idei, autoritatea arată că ofertantul a specificat că eroarea identificată reprezintă doar 0,39% din valoarea oferită, și ar putea fi încadrată ca o abatere tehnică minoră. Totuși, din justificarea financiară prezentată, comisia de evaluare a constatat că propunerea financiară nu conține toate activitățile caietului de sarcini, în sensul că nu este prevăzută nici o sumă pentru acordare asistență tehnică de specialitate pentru toată perioada de garanție acordată lucrării (72 de luni) , unde avea obligația de a verifica săptămânal eventualele defecte de construcții (72 de luni x 4 săptămâni = 288 de deplasări în șantier).

Așa cum este menționat la punctul (80) din prezentul document, pentru activitatea de Asistență tehnică din partea proiectantului, pe lângă alte activități obligatorii, au fost prevăzute în caietul de sarcini și următoarele activități:

„a) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului.

b) Pe toată durata garanției oferite, proiectantul, săptămânal va avea obligația de a investiga la locul lucrărilor eventualele defecte”.

Autoritatea contractantă arată că în cadrul justificării costului privind activitatea de asistență tehnică, se poate constata că nu există prevăzută nici o sumă pentru activitatea de a investiga săptămânal la locul lucrărilor eventualele defecte, pe toată perioada de garanție oferită.

Având în vedere explicațiile prezentate mai sus, precum și dosarul achiziției pe care îl prezintă, autoritatea contractantă consideră ca fiind nefondată contestația SC SA, și solicită Consiliului să respingă contestația acestuia.

În conformitate cu prevederile art. 611, alin. (51) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă solicită ca în cazul respingerii contestației, reținerea cauțiunii constituite de SC SA.

Prin adresa nr.764/16.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 14238/16.03.2023 SC SA transmite precizări cu privire la punctul de vedere al autorității contractante.

Referitor la cap. II Aspecte prealabile privind contestația depusă din punctul de vedere, contestatorul precizează că autoritatea contractantă are dreptate, cu excepția situației în care documentația de atribuire excede prevederilor legale sau evidențelor de normalitate, respectiv în cazul în care cele susținute prin (DA) sunt evident greșite, evident neaplicabile și/sau elementele incluse ca motive de excludere nu se regăsesc ca cerințe ale documentației de atribuire, așa cum prevede legislația în vigoare.

Referitor la cap. III din punctul de vedere: Motivul 1 pentru care oferta depusă de petent a fost respinsă - SC SA nu a prezentat în cadrul ofertei, DUAЕ și Acord de subcontractare pentru SC SRL, contestatorul precizează următoarele:

Referitor la toate aceste 23 de puncte (care în majoritate repetă în linii mari cam aceleași afirmații) invocate de către autoritatea contractantă în punctul său de vedere, contestatorul precizează următoarele:

Aspectul solicitat a fi lămurit prin solicitarea de clarificări, respectiv calitatea deținută de către firma SC SRL în cadrul ofertei sale, este complet de neînțeles, contractul nr. 442/2023 având titlul de contract de prestări servicii, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări

s-a comunicat că: «conform prevederilor legale, această firmă nu putea fi decât prestator de servicii».

Ca urmare, având în vedere calitatea firmei SC SRL rezultată din contract, și faptul ca documente privind prestatorii de servicii nu au fost solicitate prin Fișa de date, a precizat că acestea nu sunt incluse în ofertă;

Nu a înțeles de unde apare răspunsul său ca fiind neconcludent și de ce comisia de evaluare consideră oferta sa ca fiind inacceptabilă.

Consideră că decizia de încadrare a răspunsului său ca fiind neconcludent este abuzivă, în cadrul solicitării de clarificare nefiind inclusă o cerință legată de demonstrarea calității de subcontractant a firmei SC SRL.

Precizează faptul că prestația valorică a SC SRL, conform ofertei depusă în documentația de ofertare, în cadrul lucrării de realizare a stratului de pământ stabilizat hidraulic reprezintă doar 83.723,89 lei, respectiv 18,8% din totalul sumei alocate pentru această lucrare (463.005,59 lei), această valoare reprezentând doar prestația utilajelor. În acest fel, afirmația comisiei de evaluare, care consideră că SC SRL ar avea în execuție întreaga lucrare de stabilizare, susține că este demonstrat că nu este corectă.

Ține să mai menționeze că oferta a fost evaluată în condițiile existenței unor date de ofertare rezultate dintr-un DALI și ca urmare acestea sunt estimative și nu pot impune ca certe tehnologii de acest gen, pentru că nu beneficiază de surse care să-i ofere indicii dacă aceasta stabilizare este necesar a fi realizată, execuția ei fiind numai presupusă. Ca urmare, după întocmirea Proiectului tehnic, care va avea la bază toate datele necesare, s-ar putea să constate că această stabilizare cu liant hidraulic nu va fi necesară, sau va fi necesară numai parțial, sau poate se va dispune o stabilizare cu balast sau alt material, iar decizia de excludere din procedură a unuia din cei doi ofertanți, având ca motiv neprezentarea unui subcontractant în realizarea unei lucrări care stă sub semnul incertitudinii, a fost inutilă și neproductivă, ea ducând, în final, la atribuirea contractului unui concurent cu ofertă financiară superioară.

Totodată, respingerea ofertei Asocierii SA - Dru- Po SRL - Maghebo SRL, pe motiv că nu a declarat încă din faza de ofertare, un subcontractant ce urmează să execute lucrări a căror realizare este incertă și de o valoare nesemnificativă (83.723,89 lei din întreaga valoare a ofertei de 4.376.906,62 lei), în opinia sa conduce la încălcarea principiului proporționalității, prevăzut la art. 2 din Legea nr. 98/2016, cu atât mai mult cu cât legiuitorul a prevăzut o rezolvare favorabilă a acestei situații prin dispozițiile art. 151 litera b) din HG nr. 395/2016.

Referitor la cap. IV din punctul de vedere: Motivul 2 pentru care oferta depusă de petent a fost respinsă - SC SA nu a prezentat agreementul tehnic aferent procedurii tehnice de execuție a stabilizării

solurilor cu liant hidraulic pentru operatorul economic SC SRL așa cum i-a fost solicitat la punctul (5) din Adresa cu nr. 545 din 13.02.2023, contestatorul precizează următoarele:

Referitor la toate aceste 22 de puncte precizează următoarele considerente ce rezultă din analiza lor:

Aspectul cerut a fi lămurit prin solicitarea de clarificări, respectiv faptul că în propunerea tehnică nu a inclus un Agreement tehnic deținut de firma SC SRL privind tehnologia de așternere a stratului de pământ stabilizat cu un liant hidraulic, document pe care autoritatea contractantă îl invocă nu în baza prevederilor documentației de atribuire, ci invocând două articole din legislația aferentă calității în construcții, care, consideră ea că ar justifica cerința.

Contestatorul susține că prin răspunsul la solicitarea de clarificare a arătat autorității contractante că în conformitate cu prevederile art. 2, alin. (1) și (2), din HG nr. 766/1997, având ca obiect aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții se precizează că „(1) Agreementul tehnic în construcții... reprezintă evaluarea tehnică favorabilă, concretizată într-un document scris, asupra aptitudinii de utilizare..., a unor... produse pentru construcții, care nu fac obiectul unei specificații tehnice.”

Referitor la ceea ce se consideră a fi în „obiectul unei specificații tehnice”, în același articol, la aliniatul (2), lit. b, află că acesta se referă la „ specificații tehnice nearmonizate, care cuprind standardele și documente de standardizare internaționale, standardele și documente de standardizare europene nearmonizate adoptate de Asociația de Standardizare din România la nivel național, precum și standardele române originale”.

Ca urmare, precizează că în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, s-a arătat că nu poate fi pus la dispoziția autorității contractante un astfel de agreement deoarece, conform articolului menționat anterior el nu este obligatoriu a fi deținut, procedura de stabilizare cu liant hidraulic a pământurilor făcând obiectul STAS 10473/2:1986 (Straturi din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu ciment), care reprezintă un standard român original și ca urmare face parte din categoria specificațiilor tehnice care exclud necesitatea deținerii unui agreement tehnic.

Totodată arată că, este adevărat că, în cazul metodologiei de execuție a straturilor de pământ stabilizate cu lianți hidraulici, procedura este acoperită de un set de standarde (două la număr) care se intitulează «Straturi din agregate naturale sau pământuri stabilizate cu ciment» și din neglijență (sau grabă) a fost menționat doar STAS-ul 10472/2 (respectiv STAS 10472 - parte a doua), care tratează în conținut metodele de determinare și încercare, care stabilesc modalitatea de control a componentelor straturilor de pământ, precum și modalitatea de verificare a rezultatului stabilizării după așternere - aspecte care sunt

intrinseci metodologiei de realizare a straturilor stabilizate hidraulic și ca urmare obligatoriu sunt incluse și într-un agrement tehnic, deoarece o metodologie nu poate fi completă dacă nu deține în conținutul ei și metodele de verificare necesare.

În același timp arată că în punctul ei de vedere, comisia de evaluare se întreabă « dacă nu ar fi nevoie de un asemenea agrement, de ce totuși există? ». Susține că există pentru că de foarte multe ori comisiile de evaluare procedează precum cea de la și pentru a scăpa de contestații și procese în instanțe, firmele preferă să-și elaboreze astfel de Acorduri, iar instituțiile care le eliberează, o fac, pentru că, tu ca firmă, ești dispus să plătești pentru propriul confort procedural și pentru că legislația spune numai că nu este necesară deținerea acordului, nu și interzisă, (probabil, după aceasta contestație și firma SC SRL va face demersuri pentru obținerea unui agrement, pentru că utilajele folosite înseamnă mulți bani investiți și nu își pot permite să rateze lucrări deoarece o comisie de evaluare nu pricepe sau nu vrea să o facă, faptul că deținerea unui agrement nu este necesară).

În plus față de toate cele menționate anterior, prezentarea acordului la care se face referire prin solicitarea de clarificare transmisă cu adresa nr. 545/13.02.2023, în opinia sa nu reprezintă un document solicitat în mod explicit de autoritatea contractantă și ca urmare nu poate constitui un criteriu de atribuire. Din cuprinsul documentației de atribuire, nu se poate identifica o informare completă, corectă, precisă și explicită din care să rezulte că ofertanții ar trebui să probeze la momentul ofertării că ar dispune de un Acord tehnic privind tehnologia de realizare a stratului de pământ stabilizat cu liant hidraulic.

În opinia sa, excluderea de la procedură a unui ofertant pentru neîndeplinirea unei cerințe care nu a fost formulată într-o manieră completă, corectă, precisă și explicită este un abuz din partea autorității contractante.

Referitor la cap. V din punctul de vedere: Motivul 3 pentru care oferta depusă de petent a fost respinsă: Propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, respectiv cu cerințele Caietului de sarcini referitoare la activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului, contestatorul precizează următoarele:

Referitor la toate aceste 28 de puncte precizează următoarele considerente ce rezultă din analiza efectuată de el:

Contestatorul arată că conform cerinței autorității contractante ar fi trebuit să justifice ofertarea unui număr de 145 zile alocate în propunerea tehnică pentru activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului pentru urmărirea lucrărilor pe toată perioada de execuție a acestora. Ori, conform propunerii tehnice, Asocieria SA - SRL a oferit ca perioadă de execuție un număr de 14

luni, ceea ce corelat cu cerințele documentației de ofertare legată de asistență tehnică a proiectantului pe perioada lucrărilor reprezenta un număr de 294 de zile.

Contestatorul susține că a constatat cu stupoare că autoritatea contractantă consideră neconcludent răspunsul său, precizând că nu înțelege de unde rezultă cele 294 de zile și în baza acestui fapt declară oferta sa ca fiind inacceptabilă.

În situația în care autoritatea contractantă considera că pentru activitatea de asigurare a asistenței tehnice de specialitate pentru perioada de garanție de bună execuție valoarea «trebuie reflectată în Propunerea financiară sub aspect valoric» de ce nu a inclus-o în aceste prevederi ale caietului de sarcini care specifică expres acțiunile ce trebuie cotate valoric de către Proiectant în oferta financiară ?

Referitor la acest ultim aspect, arată că autoritatea contractantă invocă în cadrul punctului 80, pag. 35 din 37, din Punctul său de vedere, faptul că a inclus în cadrul tabelului 8 activitățile ca lucrări care trebuie realizate obligatoriu de contractant.

Crede că acest exemplu, inclus în punctul de vedere al autorității contractante, nu este unul care să dovedească faptul că proiectantul trebuia să coteze valoarea asistenței tehnice pe perioada de acordare a garanției, ci un exemplu de cum nu trebuie redactată o cerință adresată ofertanților. Respectiv în coloana corespunzătoare activităților care trebuie realizate obligatoriu de contractant asistența pe perioada garanției nu figurează. Ea apare ascunsă, ca fiind un detaliu de realizare al activității de asistență pe perioada de execuție a lucrărilor - aspect ce nu poate fi luat în considerare ca fiind aplicabil.

Prin adresa nr. 1051/15.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 14655/20.03.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, în copie.

Atașat contestației în original nr. 625/02.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 11755/07.03.2023, SC SA depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208942073/1, tranzacția nr. 1310807007/20456241, din data de 03.03.2023, emisă de CEC Bank: Unitatea: Sucursala, în cuantum de 88.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii de proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuția lucrărilor pentru realizarea obiectivului de investiție « MODERNIZARE DRUMURI DE INTERES LOCAL ÎN, JUDEȚUL »”, cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat SCN1119007/30.12.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 4.759.243,69 lei. Conform cap. II.2.5 din

anunț, criteriul de atribuire al contractului este „Cel mai bun raport calitate – pret”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SA în calitate de lider al Asocierii SC SA –, este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta în etapa de verificare a propunerii tehnice cu specificațiile din caietul de sarcini deoarece nu ar fi răspuns concludent la 3 dintre solicitările de clarificări formulate de către comisia de evaluare.

Având în vedere criticile SC SA, Consiliul reține că, potrivit mențiunilor de la secțiunea II.1.3 din anunțul de participare simplificat, contractul care urmează a se atribui prin prezenta procedură de atribuire are ca obiect atât proiectarea cât și executarea unor lucrări de execuție de drumuri, în baza soluției descrisă în documentația de avizare a lucrărilor de intervenție anexată în SEAP anunțului de participare simplificat.

În documentația de avizare a lucrărilor de intervenție, înscris care, potrivit art. 9 coroborat cu art. 7 din HG nr. 907/2016, este documentația tehnico-economică similară studiului de fezabilitate care, la rândul său, fundamentează și propune minimum două scenarii/opțiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat și documentat, scenariul/ opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiții, autoritatea contractantă a menționat, la pag. 19-20 că ambele variante constructive analizate prevăd, printre altele, execuția unui **strat de formă din pământ stabilizat cu lianți hidraulici (4%) pe 20 cm.**

În acest sens, asocierea SC SA – a inclus în propunerea sa tehnică următoarele înscrisuri:

- Contract de prestări servicii nr. 442/13.01.2023 încheiat cu SC SRL, în calitate de prestator, în care acesta din urmă se obligă să presteze servicii (pag. 1072-1078 din propunerea tehnică, vol. 6);

- anexa 1 la contract, conținând convenție SSM (pag. 1079-1081);
- anexa 3 la contract, conținând informare privind protecția datelor cu caracter personal (pag. 1082-1084);
- ofertă de preț pentru lucrări de stabilizare (pag. 1085).

Pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr. 545/13.02.2023 (pag. 557-558, vol. 3 al dosarului cauzei) prin care a solicitat acestuia, la punctul 6, următoarele clarificări:

„În oferta depusă nu este clară calitatea avută în viitorul contract a operatorului SC DEMO – IDIL CONSTRUCT SRL care va executa stabilizarea solurilor cu liant hidraulic.

În contractul cu nr. 442 din 13.01.2023 cu SC DEMO – IDIL CONSTRUCT SRL, prezentat în propunerea tehnică la pag. 1.072 – 1.078, la art. 7.1- Obligațiile Prestatorului se rețin următoarele obligații:

„(a) să execute și să finalizeze lucrările prevăzute în contract, conform standardelor și prescripțiilor tehnice;

(b) să asigure mâna de lucru, echipamentele, instalațiile de șantier necesare executării lucrărilor contractate;

(c) să asigure deservenți proprii, autorizați și calificați, care vor manevra echipamentele și/sau utilajele cu care se asigură executarea lucrărilor și punerea în operă a materialelor conform Contract;”

ori conform precizărilor de la art. 3 alin. (1) litera (yy) din Legea 98/2016, activitatea de execuție a unei părți din contract se află sub incidența unui subcontractant/subantreprenor și nu sub incidența unui „furnizor de servicii”:

„yy) subcontractant/ subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi;”

Prin urmare, vă solicităm să clarificați calitatea avută de SC SRL și unde se regăsesc documentele acestuia solicitate prin fișa de date”.

SC SA a răspuns autorității contractante prin adresa nr. 1295/15.02.2023 (pag. 560-563, vol. 3 al dosarului cauzei) astfel:

„SC SRL va pune la dispoziție utilajele necesare realizării stabilizării pământului, menționate la punctul 2, cu deservenți autorizați, precum și echipamentele și materialele necesare.

Coordonarea realizării lucrării, restul de personal tehnic și de execuție de la sol, mijloacele de transport, și celelalte materiale vor fi asigurate de către asocieria SA - SRL. Punerea la dispoziție a utilajelor cu tot cu deservenți, precum și asigurarea materialelor, în contractul nr. 442/13.01.2023 sunt considerate de către SC DEMO LDIL SRL ca fiind lucrări de realizat și finalizat, ceea ce nu credem ca este o problema chiar atât de gravă, iar ambiguitatea este relativă. Atașăm la prezenta adresa nr. 1801/15.02.2023 a SC DEMO IDIL SRL”.

Ulterior, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 747/23.02.2023, autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului, consemnând printre motivele de respingere următoarele aspecte:

„Răspunsul nu este concludent

Punerea la dispoziție a utilajelor cu tot cu deservenți, asigurarea materialelor și executarea acestor lucrări din cadrul viitorului contract sunt definiți de legiuitor ca fiind lucrări executate de subcontractant/antreprenor:

«yy) subcontractant/ subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi»

În fapt:

(01) Ofertantul NU a prezentat în cadrul ofertei documentele subcontractantului așa cum este solicitat în fișa de date:

«Informații privind partea/părțile din contract pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze

Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:

a) categoriile de servicii/lucrări din contract pe care intenționează să le subcontracteze, precum și valoarea activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți; și

b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

DUAЕ completat de ofertant în care va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare (model orientativ Formular nr. 3)».

În drept:

Sunt aplicabile următoarele prevederi legale:

(1) Art. 134 alin. (5) din HG nr. 394/2016: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

(2) Art. 137 alin. (2) lit. (b) din HG nr. 394/2016: „În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (b) (...) sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”.

Verificând, la rândul său, contractul nr. 442/13.01.2023 inclus de contestator în propunerea sa tehnică, Consiliul reține că, deși titlul și clauzele 1.2 și 4.1 în care sunt identificate părțile și este indicat obiectul contractului conțin sintagmele „prestator” și „prestări servicii stabilizare”, creând aparența unui contract de prestări servicii, toate celelalte clauze contractuale se referă la executarea unor lucrări de stabilizare a pământului.

Astfel, cu titlu de exemplu, se reține că la definițiile de la punctul 2.1 este asociată calitatea de „prestator/executant” operatorului economic SC SRL și este definită sintagma „*situații de lucrări*”.

Totodată, se reține că la punctul 4.3 din contract se menționează că **„toate lucrările ce fac obiectul prezentului contract vor fi executate de executant (...)**”, la punctul 4.4 se menționează **„lucrările care fac obiectul prezentului contract vor fi executate de executant** numai după predarea de către beneficiar a amplasamentului (...)”, la punctul 5.3 **„lucrările se vor executa în termenii prevăzuți în prezentul contract și anexele aferente, în condițiile asigurării unui front zilnic minim de lucru de 5000 mp**”, la punctul 5.4 **„Execuția lucrărilor începe în maximum 3 zile de la predarea materialelor și a amplasamentului liber de orice sarcini și **corespunzător executării lucrărilor ce au fost contractate**, pe baza de proces-verbal de predare-primire**”, la punctul 5.5. **„Beneficiarul va efectua împreună cu Executantul măsurători zilnice ale lucrărilor executate, consemnând cantitățile executate și/sau cantitățile de materiale folosite în executarea lucrărilor**”, la punctul 5.6. **„La finalizarea lucrărilor, EXECUTANTUL va notifica BENEFICIARUL că sunt îndeplinite condițiile de recepție, solicitând acestuia convocarea comisiei de recepție pentru întocmirea procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor”**, la punctul 5.7. **„Beneficiarul are obligația ca în termen de 3 zile lucrătoare de la primirea notificării emise de către Executant privind recepția la terminarea lucrărilor să efectueze recepția, necondiționat de finalizarea altor lucrări executate de terți**”, la punctul 6.3. **„Valoarea finală totală a contractului va rezulta din însumarea tuturor lucrărilor executate, facturate Beneficiarului**”, la punctul 6.4 **„Cantitățile de lucrări ce vor fi plătite vor fi cele **real executate**, conform situațiilor zilnice de lucrări semnate de reprezentanții celor două părți contractante, în maxim 3 zile de la data primirii din partea Beneficiarului a situației de lucrări. În caz contrar situația de lucrări se consideră acceptată și se va emite factura aferentă**”, la punctul 6.5. **„Părțile convin ca eventualele lucrări neprevăzute și/sau eventualele variante ce ar putea să apară în perioada de execuție, vor fi executate de Executant în condițiile prezentului contract și la prețurile stabilite de comun acord, de părți**”.

Consiliul reține că toate clauzele anterior reproduse reglementează, în fapt, relațiile contractuale necesare executării unor lucrări, aspect care rezultă și din clauzele aferente obligațiilor celor 2 părți, din contractul nr. 442/13.01.2023, astfel:

„7.1. PRESTATORUL de servicii se obligă:

a. **să execute și să finalizeze lucrările prevăzute în contract, conform standardelor și prescripțiilor tehnice;**

b. să asigure mâna de lucru, echipamentele, instalațiile de șantier **necesare executării lucrărilor contractate:**

c. să asigure deservenți proprii, autorizați și calificați, care vor manevra echipamentele și/sau utilajele **cu care se asigură executarea lucrărilor și punerea în operă a materialelor** conform Contract;

d. **să întocmească situația de lucrări a lucrărilor executate** prin care să se poată verifica stadiul și evoluția **lucrărilor executate:**

e. să notifice prompt beneficiarul despre eventualele erori, omisiuni sau vicii **descoperite în proiect** ne durata îndeplinirii contractului;

f. să comunice beneficiarului **finalizarea lucrărilor contractate** în vederea recepției acestora;

g. să remedieze **deficiențele constatate la lucrări** cu ocazia recepției în condițiile prezentului Contract;

h. **să desemneze un reprezentant în șantier** care să asigure reprezentarea Executantului în raporturile cu reprezentantul Beneficiarului;

i. **să înainteze situația de lucrări** către beneficiar prin responsabilul sau de șantier. Situația de lucrări **va detalia lucrările executate** (manopera) și vor constitui baza întocmirii facturii fiscale

(...)

7.2. BENEFICIARUL serviciilor se obligă

(...)

e. să pună **la dispoziția Executantului**, fără plată, amplasamentul în condiții corespunzătoare **executării lucrărilor ce fac obiectul prezentului contract**, precum și toate autorizațiile și avizele impuse de lege - se va semna un PV de predare-primire amplasament în condiții optime, intrând în sarcina Beneficiarului predarea amplasamentului liber de sarcini și **corespunzător derulării lucrărilor:**

f. neasigurarea frontului de lucru în condiții corespunzătoare nu generează Executantului obligația de a demara lucrările contractate, și nu determină curgerea **termenului de execuție** în condiții de inactivitate în șantier, care nu sunt cauzate de Executant sau condiții meteo nefavorabile sau din motive ce nu țin de activitatea sau utilajele Executantului, acesta va fi îndreptățit să perceapă un tarif de 1500 euro pentru fiecare zi de inactivitate în șantier datorată Beneficiarului;

(...)

l. să semneze - prin responsabilul sau de șantier - **situația de lucrări** înaintată de către executant Situația de lucrări **va detalia lucrările executate (manopera)** și vor constitui baza întocmirii facturii fiscale de **către executant**".

Totodată, se reține că și clauzele de la punctul VIII din contract, cu privire la recepția lucrărilor sunt caracteristice unor lucrări, fiind similare prevederilor Regulamentului privind recepția construcțiilor aprobat prin HG nr. 273/1994 cu modificările și completările ulterioare, regăsindu-se noțiuni precum notificarea beneficiarului cu privire la terminarea

lucrărilor, proces verbal de recepție cu obiecțiuni sau observații, lucrări de remediat etc.

În ceea ce privește anexa 1 la contractul anterior menționat, referitoare la convenția SSM privind securitatea și sănătatea în muncă, apărarea împotriva incendiilor și protecția mediului, Consiliul reține că aceasta conține precizări explicite cu privire la executarea de lucrări, cum ar fi cele de la punctul 7 privind prezentarea planului propriu de securitate și sănătate în muncă înaintea începerii lucrărilor, cele de la punctul privind numele persoanei desemnată pe linie de SSM, comunicat înaintea începerii lucrărilor, cele de la punctul 9 privind executarea lucrărilor în condiții de siguranță astfel încât să se evite producerea de accidente de muncă, punctul 13 privind verificarea stării echipamentelor tehnice proprii (instalații, utilaje, scule) utilizate în execuția lucrărilor și cele de la punctul 24 în care este utilizat explicit termenul de subantreprenor.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că prin contractul nr. 442/13.01.2023, SC SRL s-a obligat față de contestator la executarea unor lucrări de construcție, situație caracteristică subcontractării, nu doar la simpla prestare a unor servicii.

Acest aspect este confirmat prin oferta de preț aflată la pag. 1085 în care se menționează în subiect „*oferta de preț – **lucrări de stabilizare***”, în textul ofertei, pe coloana „*descriere **lucrări – stabilizare pământ in situ, 20 cm, 4% liant hidraulic***” iar în detaliile din josul paginii faptul că „*prețul conține: Costurile cu materialul (liant) și manopera pentru **realizarea lucrărilor specificate în lista de cantități***”.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 este definită **noțiunea de subcontractant** ca fiind: „*orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi;*”

Consiliul reține că, în condițiile în care prestațiile din contractul nr. 442/13.01.2023 încheiat între contestator și SC SRL reprezintă lucrări pe care contestatorul nu poate să execute el însuși, acesta avea posibilitatea de a uza de prevederile legale în domeniu, respectiv de dispozițiile art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care dispune în mod expres și imperativ faptul că orice operator economic, astfel cum este definit art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant.

Din interpretarea normei juridice anterior iterate rezultă că, pentru a fi considerat subcontractant, este necesar ca activitățile executate de un operator economic nominalizat în cadrul ofertei să facă parte din

obiectul contractului care urmează a fi atribuit, **spre deosebire** de noțiunea de furnizor definită la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 ca fiind „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”.

Comparând definiția dată subcontractantului potrivit prevederilor legale anterior iterate cu activitățile/lucrările care urmează a fi efectuate respectiv execuția lucrărilor de stabilizare „in situ” a pământului, Consiliul reține că aceste activități nu doar că fac parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit fiind evidențiate în mod expres în cadrul documentației de atribuire dar reprezintă și o cerință importantă a cărei execuție nu poate fi făcută decât de persoane juridice care dispun de anumite echipamente, nerespectarea acestor condiții fiind de natură a periclita întreaga execuție a contractului ce urmează a se atribui.

După cum a fost reținut anterior, diferența dintre noțiunea de subcontractant și cea de furnizor îl constituie măsura în care lucrările/serviciile asigurate de acest operator economic fac parte sau nu din obiectul contractului. Astfel, cu titlu de exemplu (a se vedea în acest sens Instrucțiunea ANAP nr. 3/2017), Consiliu reține că eventualul prestator al unor activități care sprijină îndeplinirea obiectivelor principale ale contractului, respectiv servicii / operațiuni auxiliare și / sau care țin de logistică, cum ar fi, fără a se limita la:

- cheltuieli necesare serviciilor de pază șantier;
- cheltuielile de traduceri și interpretare;
- transport intern/internațional și cheltuieli de cazare în scopul contractului (de exemplu, pentru organizarea unor ateliere de lucru, ședințe de monitorizare, vizite la fața locului);
- cheltuieli administrative (de exemplu, pentru papetărie, fotocopiere și alte cheltuieli necesare pentru operaționalizarea activității de implementare a contractului, cum ar fi cele de închiriere a autovehiculelor necesare pentru realizarea vizitelor pe teren etc.),

nu

ar putea fi considerat în cadrul prezentei proceduri drept subcontractant deoarece aceste servicii **nu fac parte** din obiectul contractului, spre deosebire de execuția lucrărilor de stabilizare „in situ”, care sunt precizate în mod expres în cadrul documentației de atribuire și a căror realizare contribuie la buna execuție a contractului în cauză.

Totodată, nu poate fi reținut nici argumentul contestatorului potrivit căruia contribuția SC SRL la lucrări ar fi doar de a-i pune la dispoziție utilajele necesare stabilizării deoarece din analiza contractului și ofertei anterior menționate, aflate în propunerea tehnică a contestatorului, se constată că utilajele vor fi puse la dispoziția contestatorului împreună cu deservenți iar, potrivit clauzelor contractuale analizate anterior, SC SRL va executa efectiv lucrările de

stabilizare, după ce i se va pune la dispoziție amplasamentul de către contestator, acționând ca un veritabil subcontractant al acestuia din urmă.

În acest sens, se rețin drept pertinente susținerile autorității contractante privind distincția din punct de vedere al codificării CAEN dintre activitatea de punere la dispoziție a echipamentelor fără deservent (activitate catalogată la codul CAEN 7732 drept închiriere respectiv prestare de servicii) și activitatea de punere la dispoziție a echipamentelor cu deservent (activitate catalogată la codul 4399 drept execuție de lucrări).

Referitor la acest aspect, se rețin prevederile art. 2 din HG nr. 656/1997, „**CAEN** constituie cadrul unitar de interes general, a cărei **utilizare** este **obligatorie** pentru ordonarea informațiilor referitoare la activitățile economice și sociale” iar potrivit art. 3 al aceleiași norme juridice, „**CAEN se aplică în toate domeniile de activitate economică și socială și este obligatorie pentru toate organele administrației publice centrale și locale, unități bugetare, agenți economici, indiferent de forma de proprietate, organizații patronale, sindicale, profesionale și politice, fundații, asociații și alte persoane fizice și juridice, la completarea documentelor oficiale ori de câte ori se cere precizarea activității**”.

Conform art. 5 din Hotărârea anterior menționată, „(1) Comisia Națională pentru Statistică va asigura **actualizarea acestei clasificări** în concordanță cu modificările care se vor produce în structura economiei naționale și în Nomenclatorul de activități economice din Comunitatea Europeană. (2) Punerea în aplicare a modificărilor efectuate se va face prin ordin al președintelui Comisiei Naționale pentru Statistică, care se va publica în Monitorul Oficial al României”.

Astfel, conform notelor explicative privind clasificarea activităților din economia națională - CAEN Rev. 2 la Ordinul președintelui Institutului Național de Statistică nr. 337/2007 privind actualizarea Clasificării activităților din economia națională – CAEN (înscriș disponibil pe pagina web oficială a Oficiului Național al Registrului Comerțului la adresa internet <https://www.onrc.ro/index.php/ro/caen>), activitățile prevăzute la codul CAEN 7732 intitulat „Activități de închiriere și leasing cu mașini și echipamente pentru construcții” **inclus** servicii de închiriere și leasing operațional de mașini și echipamente pentru construcții și lucrări de geniu civil **fără operator** și **exclud** închirierea de mașini sau echipamente de construcții, cu operator, cu mențiunea „**vezi 43**”.

Diviziunea 43 este intitulată „Lucrări speciale de construcții” și include în descriere, printre altele, mențiunea „Această diviziune include lucrările speciale de construcții, adică de realizare a unor părți din clădirile și lucrările de geniu civil sau de pregătire a acestora. De obicei, este vorba de specializarea într-un singur domeniu comun diferitelor structuri, necesitând calificare sau echipament specializat. Sunt incluse

activități ca: fixarea pilonilor, lucrări de fundații, lucrări de armare, lucrări de betonare, zidării, schelărie, fixarea acoperișului etc".

Tot în descrierea diviziunii 43 se menționează *„Lucrările speciale de construcții sunt executate cel mai adesea în regim de subcontractare (...)"*, astfel cum a procedat, în fapt, contestatorul în cazul lucrărilor de stabilizare din prezenta procedură.

Totodată, se reține că la codul CAEN 4399 intitulat *„Alte lucrări speciale de construcții n.c.a"* se menționează că această clasă include *„activități de construcții specializate într-un domeniu comun diferitelor tipuri de structuri, necesitând calificare sau echipament specializat" și „închirierea macaralelor și echipamentelor de construcții, de utilizare generală, cu operatori"*, situație întâlnită în prezenta speță și exclude *„închirierea utilajelor și echipamentelor de construcții fără operatori, vezi 7732"*.

Prin urmare, prestațiile SC SRL în viitorul contract nu s-ar rezuma la simpla punere la dispoziție a unui/unor utilaj/e astfel încât să fie incidentă situația de excepție prevăzută la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia *„punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi"* ci reprezintă execuția efectivă a unei părți din lucrările de drumuri (execuția stratului de pământ stabilizat), situație definită ca subcontractare la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 astfel: *„subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop"*.

Prin urmare, susținerile contestatorului, care, deși recunoaște în răspunsul la solicitarea de clarificări că execuția lucrărilor de stabilizare reprezintă lucrări iar aceste lucrări fac parte din obiectul contractului, apreciază că această lucrare poate fi prestat și de un furnizor de servicii (în baza unei convenții de prestări servicii) fără a fi nevoie de subcontractant și declarație DUAЕ nu poate fi reținută ca întemeiată de Consiliu, deoarece definiția dată de legiuitor noțiunii de subcontractant este condiționată de specificul/natura activității (parte din obiectul contractului de achiziție publică) și nu poate fi suplinită de existența/sau nu a unui contract de prestări servicii.

Câtă vreme ofertantul nu este în măsură să execute părți din contract cu resurse proprii, folosirea unor resurse obținute *„prin externalizare"* reprezintă o subcontractare, cu toate consecințele legale care decurg din această situație, conform art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia *„În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare."*

Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)”, și cum a solicitat autoritatea contractantă prin anunțul de participare simplificat potrivit căruia „Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr.98/2016 (...) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:

a) categoriile de servicii/lucrări din contract pe care intenționează să le subcontracteze, precum și valoarea activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți; și

b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

DUAЕ completat de ofertant în care va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare (model orientativ Formular nr. 3).

(...)

Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAЕ doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere”

Ca urmare a omisiunii completării DUAЕ cu datele subcontractantului pentru activitatea de stabilizare a pământului și a lipsei unui DUAЕ pentru acesta, comisia de evaluare nu a putut verifica inexistența unei situații de excludere prevăzută la **art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016** în legătură cu acest subcontractant, astfel cum avea obligația potrivit art. 170 din Lege și nici eventuala incidență a prevederilor art. **59 – 60** din același act normativ.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

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

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de

transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

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

Prin urmare, declararea unui subcontractant nu este lăsată la latitudinea ofertantului deoarece obligația aceasta se regăsește și în cuprinsul anunțului de participare simplificat, la secțiunea, unde sunt enumerate în mod expres care sunt documentele solicitate în cadrul ofertei, respectiv:

„(...) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:

a) categoriile de servicii/lucrări din contract pe care intenționează să le subcontracteze, precum și valoarea activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți; și

b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

DUAЕ completat de ofertant în care va include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare (model orientativ Formular nr. 3).

(...)

Dacă prin subcontractant nu se îndeplinește o cerință de calificare, atunci acesta va prezenta DUAЕ doar în scopul demonstrării neîncadrării în motivele de excludere”.

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

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind

obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) nu au fost impuse participanților anumite cerințe, aparține autorității contractante. Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii necorespunzătoare a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

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

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

Concluzionând, Consiliul reține că prin nedeclararea de ofertantul contestator ca subcontractant pe SC SRL și depunerea DUAЕ, nu s-au respectat cerințele documentației de atribuire și a legislației specifice în materie iar autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta acestuia în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 potrivit căroră „*În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă*”.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă a constatat în mod corect și lipsa de concludență a răspunsului transmis de contestator deoarece acesta nu a lămurit calitatea operatorului economic SC SRL, limitându-se la exprimarea generică „*Punerea la dispoziție a utilajelor cu tot cu deservenți, precum și asigurarea materialelor, în contractul 442/13.01.2023 sunt considerate de către SC DEMO LDIL SRL ca fiind lucrări de realizat și finalizat, ceea ce nu credem ca este o problema chiar atât de grava, iar ambiguitatea este relativă*”,

aspect sancționat conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ofertei.

Consiliul reține că motivul solicitării de clarificări nr. 545/13.02.2023 a fost unul real, autoritatea contractantă având dificultăți în evaluarea ofertei Asocierii SC SA - datorită contradicției dintre natura prestațiilor asumate de SC SRL, constând în lucrări de stabilizare a pământului care fac parte din obiectul contractului și lipsa DUAE din partea acestuia în calitate de subcontractant iar prin răspunsul formulat, respectiva asociere nu a demonstrat respectarea cerințelor din documentația de atribuire, limitându-se la formularea superficială reprodușă anterior.

În ceea ce privește adresa 180/15.02.2023 a SC SRL, atașată de contestator răspunsului la solicitarea de clarificări, în care se menționează că „SC SRL își asumă punerea la dispoziție a tuturor echipamentelor, cu deservenți autorizați și calificați iar răspunderea pentru execuția lucrărilor realizate revine în sarcina Asocierii SC SA -”, aceasta nu schimbă natura contractului dintre contestator și SC SRL, în condițiile în care obligațiile acestuia în calitate de executant și cele ale SC SA în calitate de beneficiar, stipulate la capitolul VII din contractul nr. 442/13.01.2023 descriu amănunțit modalitatea de executare a lucrărilor, caracteristică unui contract de subcontractare/subantrepriză.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile contestatorului cu privire la respingerea propriei sale oferte din perspectiva omisiunii declarării subcontractantului SC SRL.

În ceea ce privește motivul de respingere referitor la asigurarea asistenței tehnice, se reține că în cadrul caietului de sarcini (înscris care, potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 conține specificațiile tehnice prin intermediul cărora autoritatea contractantă a descris produsele pentru a căror achiziționare a fost organizată prezenta procedură de atribuire), autoritatea contractantă a enumerat la pag. 16 serviciile de proiectare solicitate necesare pentru derularea investiției, relevantă pentru soluționarea contestației care face obiectul prezentei fiind cerința *„Ofertantul declarat câștigător va asigura asistența tehnică din partea proiectantului pe parcursul desfășurării lucrărilor”*.

Cerința privind asigurarea asistenței tehnice din partea proiectantului se regăsește menționată în mod repetat atât la pag. 16 cât și la pag. 20, 27, 33 și 34 din caietul de sarcini (la paginile 33 și 34 din caietul de sarcini fiind enumerate activitățile aferente etapei de asistență tehnică din partea proiectantului).

La pag. 39 din caietul de sarcini se menționează ca activitate ce trebuie realizată de contractant *„Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului”*.

Potrivit mențiunilor de la secțiunea II.1.4) Descriere succintă din anunțul de participare simplificat, durata contractului este de maxim 24 luni iar, potrivit mențiunilor de la poziția 8 din tabelul cu eşalonarea în timp a serviciilor de proiectare, aflat la pag. 51-52 din caietul de sarcini, activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor se va desfășura „Pe toată perioada de execuție a lucrărilor – 18 luni”.

Pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa nr. 545/13.02.2023 (pag. 557-558, vol. 3 al dosarului cauzei) prin care a solicitat acestuia, la punctul 1, următoarele clarificări:

„La pagina 145 din propunerea tehnică proiectare, pentru activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului este indicat un număr de 145 de zile. Având în vedere că perioada de execuție este de 18 luni, rezultând un număr de 378 de zile lucrătoare (18 luni x 21 zile/lună) vă solicităm să clarificați cum sunt respectate prevederile documentației de atribuire privind „e) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului” solicitată în Caietul de sarcini la activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului. De asemenea, vă solicităm să clarificați dacă în propunerea financiară ați prevăzut resurse financiare pentru asigurarea realizării acestei activități”.

SC SA a răspuns autorității contractante prin adresa nr. 1295/15.02.2023 (pag. 560-563, vol. 3 al dosarului cauzei) astfel:

„În conformitate cu prevederile HG 395/2006, art. 134, alin (7), lit. b), care prevede că: „Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos: (...) b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.”

Ca urmare, referitor la solicitarea dvs. privind clarificare celor incluse la punctul 01, vă precizăm următoarele: Dintr-o abatere tehnică minoră produsă de o eroare materială nesemnificativă a fost inclus un număr 145 de zile alocate pentru etapa de asistentă tehnică din cadrul serviciilor de proiectare, în loc de 294 de zile.

Este evident faptul, că situația de față este încadrabilă în noțiunea definită de legislație ca fiind o eroare materială nesubstanțială (minoră), respectiv o eroare care apare în aplicarea normelor privind achizițiile publice și care nu poate afecta în niciun fel rezultatul procedurii, respectiv a câștigătorului ei. Astfel conform modului de fundamentare a prețului pentru lucrările de proiectare, în oferta depusă în cadrul documentației de ofertare, prin utilizarea unui număr de 145 de zile de

asistența tehnică a rezultat pentru serviciile de proiectare ale SC SRL o valoare de 122.750,00 lei.

Incluzând în fundamentarea prețului de ofertare pentru servicii de proiectare a numărului corect, de zile de asistență tehnică zile respectiv 294 de zile, oferta, pentru servicii a SC SRL, devine 139.854,77 lei, apărând o diferență față de prețul ofertat de numai 17.104,77 lei, reprezentând 0,39% din valoarea ofertată de către Asocieria SC SA - pentru întreaga lucrare (proiectare+execuție).

Atașăm la prezenta, în scopul clarificării și nu modificării, fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertat – Tabel prestări servicii de proiectare pe faze, precum și fundamentarea economică a modului de formare a prețului corectat incluzând un număr de 294 de zile – Tabel 1 prestări servicii de proiectare pe faze.

Din cele prezentate mai sus rezultă următoarele aspecte:

- prin eroarea comisă, Asocieria SC SA - SRL - MAGHEBO SRL, nu a urmărit obținerea unui avantaj în fața celorlalți ofertanți, rezultatul includerii cuantumului erorii în valoarea ofertei financiare fiind diminuarea cuantumului acesteia cu 17.104,77 lei, ceea ce evident nu poate fi o valoare ce poate duce la o poziție superioară în clasament;

- valoarea acestei erori reprezintă doar 0,39 % din cuantumul ofertei financiare depusă, ceea ce evident reprezintă urmarea producerii unei erori materiale nesubstanțiale/minore și ca urmare posibil a fi corectată;

- cotarea suplimentară a acestei poziții nu are nicio influență asupra calității contractului și conformității lucrărilor, după cum nu poate influența negativ posibilitatea ofertantului de a executa contractul, conținutul de lucrări neofertat putând fi executat fără probleme în valoarea numărului de ore greșit inclus în oferta.

- neconformitatea este evident minoră raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta ca urmare considerăm că includerea greșită a numărului de ore de asistență tehnică din partea proiectantului constituie o simplă eroare materială sau, cel mult o ambiguitate, care poate fi explicată în mod simplu și poate fi ușor corectată.

Având în vedere și prevederile art. 134, alin (8), din HG 395/2016, care specifica faptul că:

„(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte”,

precum și a alin. (9) din același articol al HG 395/2016:

„(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1 % din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe”; cerințe care evident nu se aplica situației existente în cazul aplicării greșite a numărului de zile de asistență tehnică a proiectantului, din oferta noastră.

Ca urmare solicităm autorității contractante să accepte considerentele prezentate anterior și să solicite corectarea unei erori materiale/abaterii tehnice minore, ne semnificativă, prin mărirea numărului de zile de asistență tehnică din partea proiectantului de la 145 zile la 294 de zile, și ulterior la deschiderea ofertei financiare, de a ne cere modificarea ofertei financiare cu quantumul diferenței dintre valoarea pentru zilele de asistență tehnică incorect incluse în oferta depusă (145 zile) și valoarea modificată, corect calculată, aferentă zilelor (294 zile) de asistență tehnică din partea proiectantului.

În situația în care autoritatea contractantă va considera solicitarea noastră ca fiind corectă și legală, și va invoca necesitatea corectării erorii, vom prezenta o nouă ofertă financiară corectată în termenul stabilit de către comisia de evaluare, rămânând în sarcina autorității contractante să verifice dacă în urma aplicării acestor corecții se aduc modificări în ierarhia clasamentului și eventual schimbarea câștigătorului procedurii, iar în cazul în care acest din urma aspect se produce, să respingă oferta Asocierii noastre”.

Ulterior, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 747/23.02.2023, autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului, consemnând ca prim motiv de respingere următoarele aspecte:

„Răspunsul ofertantului este neconcludent. Așa cum rezultă și din solicitarea de clarificări transmisă, ofertantul trebuia să cuprindă 378 de zile de asistență tehnică (18 luni x 21 zile/lună), doar pentru perioada de execuție a lucrărilor.

Dar, în cadrul răspunsului, ofertantul precizează că în fapt trebuiau doar 294 de zile asistență tehnică, fără a justifica diferența dintre cantitatea de zile ofertată și cantitatea de zile calculată de către Comisia de evaluare (378 zile).

De asemenea, prin ofertarea unui număr de doar 294 de zile de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor nu este îndeplinită cerința Caietului de sarcini e) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului.”

378 de zile lucrătoare (18 luni x 21 zile/lună)

În fapt:

(01) Ofertantul nu a clarificat /justificat în răspunsul transmis prin adresa cu nr. 1295 din 15.02.2023, care este numărul corect de zile pentru care se asigură asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor;

(02) Prin ofertarea unui număr de doar 294 de zile de asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor nu este îndeplinită cerința Caietului de sarcini e) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului.”

378 de zile lucrătoare (18 luni x 21 zile/lună)

(03) Propunerea financiară nu este corelată cu propunerea tehnică, în sensul că nu este prevăzută nici o sumă pentru acordare asistență tehnică de specialitate pentru toată perioada de garanție acordată lucrării (72 de luni)

În drept:

Sunt aplicabile următoarele prevederi legale:

(1) art. 134 alin. (5) din HG 394/2016: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

(2) art. 137 alin. (3) litera (a) din HG 394/2016: „În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;”

(3) art. 137 alin. (3) litera (d) din HG 394/2016:

„În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: (d) propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului”.

Având în vedere prevederile art. 123 din HG nr. 395/2016 potrivit căroră „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)” precum și prevederile art. 147 alin. (1) din același act normativ, conform căroră oferta (atât propunerea tehnică cât și cea financiară) devin parte integrantă a contractului, Consiliul

reține faptul că propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini; prin urmare, contractul urmează să fie executat în conformitate cu cerințele și regulile stabilite în caietul de sarcini, parte a documentației de atribuire.

Potrivit art. 3 lit. l) din Legea nr. 98/2016 *„contract de achiziție publică”* este un *„contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii”* de unde rezultă că este un contract încheiat în formă scrisă, cu titlu oneros, cu obiect determinat, cu subiecte determinate, sinalagmatic și comutativ.

Referitor la caracterul comutativ al contractului de achiziție publică, aceasta semnifică faptul că la încheierea contractului, părțile cunosc întinderea prestațiilor la care se obligă și pot aprecia valoarea acestora ca fiind echivalentă, prestația fiecărei părți reprezentând echivalentul contraprestației celeilalte părți.

Prin urmare, contractul de achiziție publică nu poate fi interpretat în nicio situație ca fiind un contract *aleatoriu* care conferă părților șanse de câștig și pierdere. Potrivit art. 1660 c. civ prețul ofertat este ferm, determinat sau determinabil. Prețul contractului poate fi determinat cu precizie încă din etapa de semnare sau poate fi determinat pe parcursul execuției prin raportarea unor tarife/ onorarii/prețuri la cantitățile efectiv predate autorității contractante. Cu toate acestea, doar în situații de excepție părțile vor putea conveni modificări ale prețului contractului ofertat inițial, în cadrul unor mecanisme juridice precise.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă a trebuit să se asigure încă din faza de evaluare a ofertelor de faptul că ofertanții au prevăzut în ofertă costurile necesare tuturor prestațiilor, inclusiv cele de natura asistenței tehnice pe perioada de garanție (câte 1 vizită pentru fiecare săptămână din cele 72 de luni de garanție, conform mențiunilor de la linia 4 din tabelul 8, pag. 34 din caietul de sarcini).

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că solicitarea contestatorului de a fi reintrodus în procedura de atribuire în condițiile în care înscrisul intitulat *„fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertat (...) tabel 1: tarifarea aferentă prestării serviciilor de proiectare de faze”* (pag. 0564 din dosarul achiziției, vol. 3 al dosarului cauzei) relevă faptul că acesta nu a prevăzut fondurile necesare asistenței tehnice pe perioada de garanție este neîntemeiată, urmând a fi respinsă ca atare.

Ofertele depuse, reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul (calculat în baza unor prestații care nu acoperă toate specificațiile din caietul de sarcini) nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un

element esențial al propunerii tehnice și financiare a cărui realitate și sustenabilitate trebuie verificată de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante.

Prin urmare este eronată și nelegală ofertarea unui preț pentru un contract care se va implementa în viitor - având la bază prestații al căror cost nu se regăsește în valoarea ofertată.

În cadrul Hotărârii din data de 10 septembrie 2020 CJUE s-a

pronunțat în cauza C-367/19

*„25. Potrivit jurisprudenței Curții, din sensul juridic obișnuit al termenilor **„cu titlu oneros”** reiese că aceștia desemnează un contract prin care fiecare parte se angajează să efectueze o prestație în schimbul unei contraprestații (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2018,*

IBA Molecular Italy, C- 606/17, EU:C:2018:843, punctul 28). Caracterul

sinalagmatic al contractului este, așadar, o caracteristică esențială a unui contract de achiziții publice (a se vedea în acest sens Hotărârea din 21

decembrie 2016, Remondis, C- 51/15, EU:C:2016:985, punctul 43, Hotărârea

din 28 mai 2020, Informatikgesellschaft für Software- Entwicklung, C- 796/18,

EU:C:2020:395, punctul 40, și Hotărârea din 18 iunie 2020, Porin kaupunki,

C- 328/19, EU:C:2020:483, punctul 47).

26 Astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 47 din concluzii, chiar dacă această contraprestație nu trebuie să constea în mod necesar în plata unei sume de bani, astfel încât prestația poate fi retribuită prin alte forme de contraprestații, precum rambursarea cheltuielilor suportate pentru furnizarea serviciului convenit (a se vedea printre altele Hotărârea din 19 decembrie 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* și alții,

C- 159/11, EU:C:2012:817, punctul 29, Hotărârea din 13 iunie 2013,

Piepenbrock, C- 386/11, EU:C:2013:385, punctul 31, precum și Hotărârea din

18 octombrie 2018, IBA Molecular Italy, C- 606/17, EU:C:2018:843, punctul

29), caracterul sinalagmatic al unui contract de achiziții publice se traduce totuși în mod obligatoriu prin crearea unor obligații coercitive din punct de vedere juridic pentru fiecare dintre părțile la contract, a căror executare trebuie să poată fi invocată în justiție (a se vedea în acest sens Hotărârea din

25 martie 2010, Helmut Müller, C- 451/08, EU:C:2010:168, punctele 60-62).

27 Rezultă că un contract prin care o autoritate contractantă nu este obligată din punct de vedere juridic să furnizeze nicio prestație în schimbul

celeia pe care cocontractantul său s-a angajat să o realizeze nu intră în sfera

noțiunii de „contract cu titlu oneros”, în sensul articolului 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24.

28 Împrejurarea, evocată de instanța de trimitere și inerentă oricărei proceduri de achiziții publice, **că obținerea acestui contract ar putea avea**

o valoare economică pentru ofertant, întrucât i-ar oferi accesul la o

nouă piață sau i-ar permite să obțină referințe, este prea aleatorie și,

în consecință, astfel cum a arătat în esență domnul avocat general la punctele 63-66 din concluzii, **nu poate fi suficientă pentru a califica acest contract drept „contract cu titlu oneros”.**

29 Trebuie să se constate însă că articolul 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24 se limitează la a **defini noțiunea de „contracte de achiziții publice” în scopul de a stabili aplicabilitatea acestei directive.**

Astfel, după cum reiese din articolul 1 alineatul (1) din directiva menționată, ea se aplică numai „contractelor de achiziții publice”, în sensul articolului 2 alineatul (1) punctul 5 din directiva respectivă, a căror valoare estimată atinge sau depășește pragurile prevăzute la articolul 4 din aceasta.

30 Rezultă că articolul 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24 nu poate constitui un temei juridic care să poată sta la baza respingerii unei oferte prin care se propune un preț de 0 euro. Prin urmare, această dispoziție nu permite înlăturarea automată a unei oferte depuse în cadrul unui contract de achiziții publice, precum o ofertă la prețul de 0 euro, prin care un operator propune să furnizeze autorității contractante lucrările, bunurile sau serviciile pe care aceasta dorește să le achiziționeze fără să solicite o contraprestație.

31 **În aceste condiții, întrucât o ofertă la prețul de 0 euro poate fi calificată drept ofertă anormal de scăzută, în sensul articolului 69 din Directiva 2014/24, atunci când o autoritate contractantă se confruntă cu o asemenea ofertă, ea trebuie să urmeze procedura prevăzută în această dispoziție, solicitând ofertantului explicații cu privire la valoarea ofertei.** Astfel, din logica pe care se bazează articolul 69 din Directiva 2014/24 rezultă că o ofertă nu poate fi respinsă în mod automat doar pentru motivul că prețul propus este de 0 euro.

32 Astfel, de la alineatul (1) al acestui articol reiese că, în cazul în care o ofertă pare anormal de scăzută, autoritățile contractante solicită ofertantului să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, **aceste explicații putând, printre altele, să privească elementele prevăzute la alineatul (2) al articolului menționat. Explicațiile respective contribuie astfel la evaluarea fiabilității ofertei și ar permite să se demonstreze că, deși ofertantul propune un preț de 0 euro, oferta în cauză nu va afecta executarea corectă a contractului.**

33 Astfel, în conformitate cu alineatul (3) al aceluiași articol, autoritatea contractantă trebuie să evalueze informațiile furnizate consultând ofertantul și nu poate respinge o asemenea ofertă decât dacă elementele de probă furnizate nu explică în mod satisfăcător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.

34 Evaluarea acestor informații trebuie, **în plus, să fie efectuată cu respectarea principiilor egalității și nediscriminării între ofertanți, precum și ale transparenței și proporționalității**, care se impun autorității contractante în conformitate cu articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24.

35 Prin urmare, **argumentul unui ofertant care a depus o ofertă la prețul de 0 euro potrivit căruia prețul propus în oferta sa se explică prin faptul că urmărește să obțină accesul la o nouă piață sau la referințe dacă această ofertă este acceptată trebuie apreciat în contextul unei eventuale aplicări a articolului 69 din Directiva 2014/24”.**

În cadrul Hotărârii din data de 28 mai 2020 CJUE s-a pronunțat în

cauza C-796/18 astfel:

„39 În sensul dispoziției menționate, „contractele de achiziții publice” sunt contracte cu titlu oneros, încheiate în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante și care au ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii.

40 În consecință, **pentru a fi calificat drept „contract de achiziții publice”, în sensul dispoziției menționate, un contract trebuie să fi fost încheiat cu titlu oneros** și, prin urmare, să implice ca autoritatea contractantă care încheie un contract de achiziții publice să primească în temeiul acestui contract, în schimbul unei contraprestații, o prestație care trebuie să prezinte un interes economic direct pentru autoritatea contractantă menționată. În plus, acest contract trebuie să prezinte un caracter sinalagmatic, această trăsătură constituind o caracteristică esențială a unui contract de achiziții publice (a se vedea prin analogie Hotărârea din 21

decembrie 2016, Remondis, C- 51/15, EU:C:2016:985, punctul 43)”.

Mai mult, se reține că societatea contestatoare nici nu neagă în cuprinsul contestației că a omis să prevadă în ofertă costul aferent serviciilor de asistență tehnică în perioada de garanție însă se limitează la critici cu privire la modul în care a fost formulată cerința din caietul de sarcini, critici care, la momentul formulării în contestația cu privire la rezultatul procedurii de atribuire sunt tardive prin raportare la termenele prevăzute la art. 8 din Legea nr. 101/2016 și la data luării la cunoștință a documentației de atribuire, din anexa anunțului de participare simplificat publicat în SEAP în data 30.12.2022 și la critici cu privire la faptul că nu i s-au solicitat clarificări privind asistența tehnică pe perioada de garanție, aspect din care deduce că autoritatea nu ar fi avut dreptul să-i respingă oferta.

Cu privire la acest din urmă aspect, Consiliul reține că potrivit art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (...)” sintagmă din care reiese explicit faptul că autoritatea contractantă nu are obligația să solicite clarificări privind întregul conținut al ofertelor depuse ci doar cu privire la aspectele neclare, care nu permit evaluarea corespunzătoare a ofertei.

Or, din fundamentarea prețului pentru serviciile de proiectare transmis de contestator autorității contractante în anexa răspunsului la solicitarea de clarificări anterior menționat rezultă explicit faptul că acesta nu a luat în considerare niciun fel de costuri pentru asigurarea deplasărilor și efectuării verificărilor săptămânale obligatorii conform caietului de sarcini, motiv pentru care autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta acestuia fără a mai solicita alte clarificări.

În ceea ce privește neconcludența răspunsului sancționată de către autoritatea contractantă conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, se reține că aceasta este justificată de faptul că Asocieria SC SA - a transmis autorității contractante explicații privind diferența dintre numărul de zile de asistență tehnică oferite (145 de zile) și cel corectat/remediat prin răspunsul la solicitarea de clarificări (294 de zile) fără să explice de ce ar fi necesare doar 294 de zile de asistență tehnică și nu 378 cum a precizat autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificări.

Consiliul reține că explicațiile privind modalitatea exactă/matematică în care a fost determinat numărul de 294 de zile de asistență tehnică (14 luni x 21 zile, cele 14 luni fiind rezultate prin diminuarea perioadei de execuție a lucrărilor de 18 luni cu perioada friguroasă) nu se regăsește în răspunsul la solicitarea de clarificări și a fost menționată de către SC SA doar în contestația formulată ca urmare a respingerii ofertei datorită unor motive printre care se regăsește și lipsa unor astfel de informații.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile contestatorului privind respingerea ofertei sale datorită modalității în care a prevăzut în ofertă activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului.

În ceea ce privește cel de-al treilea motiv de respingere, respectiv omisiunea prezentării acordului tehnic aferent procedurii tehnice de execuție a stabilizării solului cu liant hidraulic, Consiliul reține că prin documentația de atribuire nu s-a solicitat prezentarea unui astfel de acord iar textul art. 3 alin. (1) din anexa nr. 5 la HG nr. 766/1997 reprodus de autoritate în solicitarea de clarificări nu este de actualitate, fiind înlocuit la data 11.10.2017 prin HG nr. 750/2017 pentru modificarea anexei nr. 5 - Regulamentul privind acordul tehnic pentru produse, procedee și echipamente noi în construcții - la Hotărârea Guvernului nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții.

Totodată, Consiliul reține că simpla invocare a art. 25 lit. f) din Legea nr. 10/1995 nu putea constitui temei de respingere a ofertei contestatorului pe motivul lipsei acordului tehnic câtă vreme prin documentația de atribuire nu a fost solicitată explicit depunerea respectivului înscris iar prevederile legislației aplicabile nu completează de drept regulile și cerințele privind elaborarea și conținutul ofertelor, astfel cum ar fost acestea formulate prin documentația de atribuire.

Pe de altă parte, în condițiile în care nu pot fi înlăturate celelalte motive de respingere a ofertei Asocierii SC SA -, Consiliul reține că eventuala obligare a autorității contractante la reevaluarea ofertei acestuia doar pentru eliminarea motivului de respingere referitor la lipsa acordurilor ar fi lipsit de orice finalitate,

oferta acestuia rămânând respinsă din perspectiva celorlalte motive analizate anterior.

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

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practica deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 50 (cincizeci) pagini