



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ... / ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. .../..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .../..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului J18/1096/1991, reprezentată legal de domnul ... și convențional de doamna avocat ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări de supraînălțare a depozitului de zgură și cenușă nr. 2, celula 4, de la cota 127,75 mdMN la cota 130,75 mdMN - ..., cod CPV 45247200-2, cu data-limită de depunere a ofertelor ..., organizată SC ... SA, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - președinte directorat, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii în privința ofertei sale și a celei câștigătoare, precum și obligarea entității contractante la reevaluarea lor.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. .../ ..., depusă de SC ... SA, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - director general și convențional de domnul avocat ..., privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de SC ... SA, contestatoarea a solicitat anularea actelor de evaluare a ofertelor SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SA și SC ... SRL, urmată de constatarea caracterului inacceptabil al lor.

La 15.06.2020, SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - administrator, cu adresa aleasă pentru corespondență în ..., a înaintat Consiliului cererea de intervenție voluntară nr. .../..., prin care solicită respingerea contestațiilor SC ... SRL și SC ... SA.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor și a cererii de intervenție, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, și pentru motive care țin de economie procedurală, Consiliul procedează la conexarea lor, în conformitate cu art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, precum și cu art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care ofertanții SC ... SRL și SC ... SA reclamă clasarea lor pe locuri inferioare și atribuirea contractului către SC ... SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, organizată de SC ... SA.

În prima dintre contestații, SC ... SRL, situată pe locul secund în clasament, invocă modul nelegal și incorect al evaluării propunerii tehnice a câștigătoarei la următoarele articole:

a) „Deviz: Drenaj intermediar, este alcătuit din conducta Dn 250 de polietilena de înaltă densitate cu fante (PEHD) acoperit cu sort 4/80. În cerințe lucrarea este realizată din DN 200 și DN 300.”

b) În propunerea tehnică, SC ... SRL specifică: placare cu steril miner situat la circa 1 km, însă în propunerea financiară transportul este cotate la 4 km.

c) În propunerea tehnică este specificată conductă colectoare diametru 400, dar în lista de cantități lucrări și caiet de sarcini această conductă nu există.

d) „Deviz: Montaj conductă fluid dens, în oferta tehnică face referire la conducta DN 200 (244,5 X 10) în caietul de sarcini este vorba de conducta 219,1 x 10.”

Propunerea tehnică a SC ... SRL nu este în corelare cu lucrarea din caietul de sarcini.

Reclamanta critică și evaluarea propunerii financiare, în ceea ce privește următoarele articole:

- „Articolul de compactare umpl.cu rulou compresor 10-12 excl. udarea pământ necoeziv .grad. compact 95-96% este TSD078B1t”

- „Articolul din Lista de cantități „Strat de material 4-80 mm” Ofertantul ... SRL a folosit material granulat 4-8 și a omis art. TSD16A1, care include manopera, adică pusul în operă.

- „Articolul de compactare folosit de SC ... SRL este TSD07F1.”

Ofertantul folosește pentru aceeași operație (tip lucrare) două încadrări diferite și două prețuri diferite. Corect pentru compactare pământ necoeziv (cenușă) este în normativ TSDQ7B1, nu TSD07F1.

Valoarea articolului de compactare folosit de ofertant în devizul amenajare ampriză este de 455,04 lei, iar la dig contur și acces puțuri este de 285,06/100 mc, unde cantitatea a fost mult mai mare. În acest fel, a obținut un preț mult mai mic decât acela real.

Există diferențe de preț la transport pentru aceeași distanță:

- la 20 km este cota cu 10 lei/km și 12 lei/km;

- la 4 km este mai mic decât transportul la 3 km, ceea ce denotă un calcul superficial și nereal.

SC ... SRL a folosit, la articolul compactare material necoeziv (cenușă), articolul pentru material coeziv (pământ), micșorând numărul de ore.

Entitatea contractantă avea obligația de a solicita ofertantei clarificări cu privire la prețurile propuse, de aproximativ 68% din valoarea estimată. Diferența foarte mare dintre valoarea estimată și valoarea ofertată impunea cercetarea cu atenție a răspunsurilor și verificarea calității lucrărilor oferite în raport de cerințele caietului de sarcini.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii prin ofertarea altor materiale sau cantități. Oferta SC ... SRL a fost declarată câștigătoare în baza unor supoziții ale comisiei de evaluare, fără o fundamentare economică concretă și corectă.

Din analiza dosarului achiziției publice nu reiese ca entitatea contractantă a solicitat clarificări privind prețul neobișnuit de scăzut și a verificat în mod efectiv datele ofertantului. Prețul neobișnuit de scăzut nu poate fi justificat, astfel încât să asigure îndeplinirea contractului sub toate aspectele precizate în caietul de sarcini.

În contestația secundă, SC ... SA susține că atât ofertantul câștigător, cât și ceilalți ofertanți nu dețin laboratoare de încercare grad II autorizate, deși, în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. III.1.3.a – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, s-au prevăzut deținerea sau colaborarea, în conformitate cu art. 14 și 15 din Legea nr. 10/1995, cu un laborator gradul II, care să poată efectua încercările din STAS 1913/13-83 pentru lucrări de geotehnică și fundații, realizarea contractului presupunând efectuarea de verificări cam ar fi:

- umiditate optimă W_{optim} ;
- densitatea uscată maximă din strat $Y_d \max$;
- gradul de compactare realizat.

Ofertanții au precizat că dețin contracte de prestări servicii și/sau de colaborare cu agenți economici/entități juridice independente și distincte care au laboratoare autorizate grad II. În opinia reclamantei, faptul că fiecare dintre ofertanți nu deține activitatea de laborator autorizat grad II (care presupune prestarea de activități de verificări și încercări și către terți) și au apelat la activitatea comercială a altor entități specializate și autorizate pentru execuția de inspecții, verificări și încercări în construcții (laborator grad II) denotă faptul că această activitate este realizată prin subcontractare, indiferent de denumirea pe care o poartă convenția sau legătura juridică dintre ofertant și deținătorul de laborator. Cu alte cuvinte, activitatea ofertată se îndeplinește parțial prin aportul unui terț și nu în totalitate de către ofertant, ceea ce are sau trebuie să aibă consecințe sub aspectul modalității sau al conținutului documentației/ofertei.

Pentru rapoartele de încercare emise în vederea atestării calității lucrărilor de terasamente răspunderea juridică revine exclusiv agenților economici ce dețin și operează laboratoare de grad II și nu se transferă către clientul pentru care se realizează încercările (ofertanții din cadrul procedurii).

Activitatea de laborator prevăzută a se executa în cadrul lucrărilor care fac obiectul prezentei proceduri impune costuri financiare de minim 50.000 lei și deschiderea efectivă a unui punct de lucru în locul de desfășurare a lucrărilor, subcontractantul fiind obligat să dea o declarație pe proprie răspundere din care să rezulte că laboratorul va avea un punct de lucru dotat corespunzător pe șantiere pe toată durata de desfășurare a lucrărilor.

În aceste condiții, colaboratorul/terțul susținător/subcontractantul realizează lucrări distincte, ceea ce determină obligativitatea identificării și nominalizării lui în DUAE, întrucât declarația îl angajează în mod direct în raport cu entitatea contractantă, din moment ce aceasta solicită prezența în mod expres a acelui operator, nu a altuia, neidentificat. Dacă subcontractantul era neesențial îndeplinirii obiectului contractului, atunci nu i s-ar fi solicitat o declarație pe proprie răspundere.

Din modul de concepere al fișei de date a achiziției și al caietului de sarcini, rezultă că activitatea de laborator este esențială efectuării lucrărilor și este o condiție de calificare, ceea ce presupune în mod obligatoriu nominalizarea și identificarea agentului economic care deține laborator de gradul II ca fiind utilizat de către ofertant pentru a satisface criteriile de selecție.

Deținătorul de laborator de grad II, cu excepția cazului când este chiar ofertantul (cum este cazul SC ... SA), este un subcontractant care realizează o activitate de sine stătătoare, ce are ca rezultat un raport de încercări și verificări de calitate a lucrărilor,

independentă de activitatea de construcții. Activitatea ofertantului nu se poate realiza fără activitatea de laborator de grad II, aspect ce rezultă și din faptul că entitatea contractantă a condiționat subcontractantul activității de laborator să-și stabilească, pe toată durata lucrărilor, un punct de lucru dotat corespunzător, în locul de desfășurare a lucrărilor. Fiecare dintre ofertanți avea obligația întocmirii DUAЕ cu indicarea agentului economic care deține laborator de grad II, atât în calitate de participant la procedură împreună cu ofertantul, cât și ca agent economic utilizat pentru satisfacerea criteriilor de selecție prevăzute în partea IV a DUAЕ.

Cu alte cuvinte, în situația în care pentru satisfacerea criteriilor de selecție se utilizează capacitățile altui agent economic, acesta trebuia să fie indicat în mod obligatoriu în DUAЕ, mai ales că se face trimitere la partea a IV-a din DUAЕ în care trebuia menționată inclusiv proporția de subcontractare, fiind inadmisibil a se susține că realizarea activității de laborator nu este o activitate subcontractată, din moment ce ofertantul nu deține el însuși o astfel de capacitate tehnică (echipamente, personal și autorizație de laborator de grad II) și în condițiile în care pentru o astfel de activitate se achită sume de bani.

Ofertantul, asociatul, subcontractantul și terțul susținător nu trebuie să se încadreze în situațiile de la art. 72, 73, 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016, scop în care vor completa cerința corespunzătoare în DUAЕ. Dacă nu s-ar cunoaște datele entității ce desfășoară activitatea de laborator de grad II atunci este posibil ca această activitate să fie realizată de o entitate care se găsește în situație de excludere.

Atât timp cât în fișa de date a achiziției s-a prevăzut expres că ofertanții, subcontractanții, asociații și terții susținători trebuie să nu se afle în situațiile de excludere prevăzute de art. 72, 73, 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016, iar pentru aceasta se va completa DUAЕ, neîndeplinirea acestei condiții echivalează cu nerespectarea întocmirii documentației în acord cu fișa de date, ceea ce atrage considerarea ofertei ca inacceptabilă, în condițiile art. 228 alin. (4) din lege.

Potrivit art. 138 din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016, în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. V secțiunea a 6-a paragraful 2 din lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ, iar potrivit art. 139, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse,

cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Rezultă că, în momentul în care entitatea contractantă a verificat și a analizat documentația, respectiv DUAЕ și propunerea tehnică, și a observat că în DUAЕ ofertanții au indicat că nu se folosesc de capacitățile altor entități, dar au prevăzut în propunerea tehnică că pentru activitatea de laborator de grad II există încheiate acorduri cu agenți economici distincți, atunci trebuia să constate că ofertele sunt inacceptabile.

SC ... SRL nu a completat DUAЕ nici la rubrica participării împreună cu o altă entitate și nici la rubrica utilizării capacității unei alte entități, deși are încheiat contractul de prestări servicii de laborator cu SC ... SRL care, în declarația sa, menționează „sunt de acord să particip în calitate de laborator subcontractant pentru compania SC ... SRL”.

De altfel, din DUAЕ întocmit de către SC ... SRL nu rezultă nici îndeplinirea de către aceasta a cerințelor minimale de calificare privind capacitatea tehnică.

În ceea ce îi privește pe SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SA, societatea contestatoare arată că aceștia au menționat în cadrul DUAЕ, la partea IV - *Criterii de selecție*, capitolul C: *Capacitatea tehnică și profesională*, că dețin laborator de încercări gradul II, ceea ce, în lipsa indicării atât a participării la procedură cu alte entități, cât și a utilizării capacității altor entități, ar însemna că ei înșiși dețin laborator de încercări de gradul II, aspect care nu este conform realității, din moment ce anexate propunerii tehnice au fost depuse contracte de colaborare sau de prestări servicii cu alte entități economice. La cap. C din partea II - *Informații privind utilizarea capacității altor entități*, se solicită indicarea în mod obligatoriu a situației utilizării capacității altor entități pentru a satisface criteriile de selecție prevăzute în partea IV, or niciunul dintre ofertanții indicați, deși au menționat că dețin laborator de încercări de grad II, nu l-au menționat pe contractantul lor și care desfășoară această activitate.

Neindicarea în DUAЕ a faptului că activitatea licitată se realizează parțial prin utilizarea capacității tehnice a altei entități și a faptului că se participă la procedură împreună cu o altă entitate determină completarea în mod defectuos a DUAЕ, prin raportare la cerințele legale și la cerințele din fișa de date a achiziției, ceea ce atrage caracterul inacceptabil al ofertelor. Entitatea contractantă trebuia să procedeze în conformitate cu dispozițiile art. 138 alin. (1), art. 139 și 143 alin (1)lit. b) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016.

În cererea sa de intervenție voluntară, SC ... SRL afirmă că întreaga motivare a contestației SC ... SA se bazează pe

interpretarea subiectivă și părtinitoare a cerinței din fișa de date a achiziției privind capacitatea tehnică: „Utilaje, instalații și echipament tehnic prezentarea declarației pe propria răspundere care să conțină informații privind posibilitatea asigurării mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului și deținerea sau colaborarea, în conformitate cu prevederile art. 14 și art. 15 din Legea nr. 10/1995, cu laborator gradul II care să poată efectua încercările precizate în STAS 1913/13-83, pentru lucrări GTF (geotehnică și fundații) aprobat de Institutul Român de Standardizare, realizarea contractului presupune efectuarea de verificări cum ar fi:

- umiditatea optimă Woptim;
- densitatea uscată maximă din strat Yd max;
- gradul de compactare realizat.

Modalitatea de îndeplinire: lista care să conțină informații privind posibilitatea asigurării mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice, necesare execuției lucrării deținerea sau colaborarea, cu laborator gradul II.”

După cum rezultă din text, entitatea contractantă a aplicat corect prevederile documentației de atribuire. Cerința a fost formulată clar și a inclus două posibilități de îndeplinire: *deținerea sau colaborarea*. Atât SC ... SRL, cât și societățile clasate pe locurile II, III și IV au făcut în mod corect dovada îndeplinirii cerinței, prin prezentarea de contracte de colaborare/prestări servicii, cum s-a solicitat.

Interpretarea dată de contestatoare încearcă să inducă în eroare și să atragă atenția asupra faptului că doar SC ... SA, prin deținerea laboratorului autorizat, avea dreptul de a participa și de a fi declarata oferta admisibilă. Verificarea de laborator (partea de analize calitative realizate de laborator autorizat) nu poate fi asimilată cu subcontractarea (*subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*). Laboratorul autorizat răspunde de acuratețea și corectitudinea analizelor probelor, nu de calitatea lucrărilor executate de contractant. Laboratorul face analize la probe/părți din lucrare, nu execută și nu livrează părți din lucrare, interpretarea contestatoarei fiind greșită. Nu poate fi vorba de o subcontractare a unei părți din lucrare.

Referitor la contestația SC ... SRL, intervenienta afirmă că elemente propunerii sale tehnice au fost verificate și clarificate

anterior declarării admisibile a ofertei. În elaborarea propunerii tehnice, a ținut seama atât de prevederile documentației de atribuire, cât și de Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, aprobat de ministrul lucrărilor publice, transporturilor și locuinței prin Ordinul nr. 1568/2002, care prevede, la art. 1, pct. 1.4, că: *„Devizele se întocmesc pe categorii de lucrări, utilizându-se indicatoarele de norme de deviz recunoscute de organisme cu atribuții în domeniu sau propriile consumuri de resurse corespunzătoare tehnologiilor de execuție ale unităților de construcții, cu condiția respectării cerințelor cantitative și calitative prevăzute în proiectele tehnice, în caietele de sarcini și în concordanță cu actele normative și reglementările în vigoare.”*

Articolele la care se face referință în contestație: drenaj intermediar, montaj conductă fluid dens, amenajare ampriză dig contur (...) dig contur și acces puțuri sunt oferate corect și complet. Ele includ toate elementele componente: material, manoperă, utilaj, transport. A fost formulată oferta pe baza resurselor și tehnologiilor proprii, cu respectarea cantitativă și calitativă a cerințelor din caietul de sarcini. A demonstrat, prin răspunsul la clarificări, că a oferat conform caietului de sarcini. Din extrasele de resurse anexate răspunsului la solicitarea de clarificări a entității contractante rezultă în mod cert că a respectat cantitativ și calitativ caietul de sarcini.

Legat de articolele de transport, diferențele de preț pe aceeași distanță sunt justificate, întrucât transportul nu se face constant cu același tip de mijloc de transport; diferența vine din consumurile pentru asigurarea transportului cu diverse mijloace de transport (de exemplu, TRA01A20 reprezintă transport semifabricate la 20 km efectuat cu autobasculanta, în timp ce TRA02A20 reprezintă transport semifabricate cu autocamionul). Costurile cu transporturile țin seama nu numai de distanța de transport, ci și de costurile cu mijloacele de transport.

SC ... SRL susține că oferta are un preț neobișnuit de scăzut, dar nu aduce argumente în acest sens. Simpla afirmație că oferta reprezintă 68% din valoarea estimată nu justifică presupunerea contestatoarei că oferta are un preț neobișnuit de scăzut. Comisia de evaluare nu a identificat aspecte de preț neobișnuit de scăzut, fapt pentru care, în mod corect a apreciat că oferta nu se regăsește în situația descrisă la art. 222 din Legea nr. 99/2016. Nu se face trimitere concretă la prețurile care ar diferi de valorile pieței și nici la buletinele statistice sau alte documente care conțin valori mai mari materialele oferate de aceasta.

Contestația nu este temeinică și legală, se bazează pe o interpretare subiectivă și părtinitoare.

În punctul său de vedere nr. 10373/22.06.2020 asupra contestației SC ... SRL, înregistrat la Consiliu cu nr. 24437/22.06.2020, entitatea contractantă susține în apărare că, prin comisia de evaluare, a verificat îndeplinirea condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate. Următorii ofertanți le-au îndeplinit:

- SC ... SRL,
- SC ... SA,
- SC ... SRL,
- SC ... SA,
- SC ... SRL,

inclusiv cerințele din caietul de sarcini.

În urma evaluării propunerilor financiare, aceste oferte au fost declarate admisibile, clasamentul în ordinea prețurilor fiind:

Ofertant	Prețul oferat	Clasament
SC ... SRL	...	I
SC ... SRL	...	II
SC ... SA	...	III
SC ... SA	...	IV
SC ... SRL	...	V

Comisia de evaluare a solicitat SC ... SRL să prezinte documentele-suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAE, iar ofertantul a încărcat în SEAP documentele la De asemenea, au fost solicitate clarificări și asupra următoarelor aspecte:

a) garanții:

- 5 ani de la recepția la terminarea lucrărilor;
- modul de tratare al neconformităților în perioada de garanție;

b) inspecții:

- profile topo după execuția digurilor;
- modul de tratare al neconformităților identificate în timpul inspecțiilor;
- să se specifice durata contractului.

SC ... SRL a răspuns:

Garanția lucrării este de 5 ani de la recepția lucrărilor, așa cum reiese și din propunerea tehnică și modelul de contract propus de dvs și însoșit de societatea noastră;

Modul de tratare al neconformităților în perioada de garanție este conform caietului de sarcini capitolul garanții și inspecții și planului calității din propunerea tehnică, iar perioada medie de remediere a defectelor este de 2 zile calendaristice de la comunicare, așa cum se regăsește în anexa la Formularul de ofertă;

Pofilele topo se vor face în timpul execuției de la preluarea amplasamentului și până la cota finală a digului de către topograful autorizat al societății noastre. În acest sens anexam un exemplu de ridicare topo de la o lucrare similară ;

Modul de tratare a neconformităților identificate în timpul inspecțiilor se va face în conformitate cu procedurile aferente sistemului calității implementat de societatea noastră, certificat cu standardul ISO 9001;

Durata contractului este de 12 luni, conform model de contract propus de dvs și însoțit de societatea noastră, cu specificația că durata de execuție a lucrărilor este de 4 luni, durata care se regăsește menționată la pag. 1 din Propunerea Tehnică.

Și la etapa de evaluare financiară i-au fost cerute clarificări:

- la devizul amenajare ampriză dig contur, de acces la puțuri și groapa de împrumut, poziția 008 se folosește încadrarea TSD07B1 - compactare pământ necoeziv grad compactare 95%, cantitate 211,00 x 100 mc;

- devizul rampe de acces pe diguri, poziția 004 se folosește încadrarea TSD07F1 - compactare pământ coeziv grad compactare 95%, cantitate 14,00 x 100 mc;

- la devizul dig de contur și de acces la puțuri poziția 011 se folosește încadrarea TSD07F1 - compactare pământ coeziv grad compactare 95%, cantitate 1116,00 x 100 mc;

(Nota: în listele de cantități în denumirea articolelor de deviz se face mențiunea „compactare pământ necoeziv grad compactare 95%, unde încadrarea este TSD07B1”);

respectiv, de ce au fost încadrate diferit următoarele articolele de deviz:

- la devizul drenaj intermediar poziția 001 se ofertează material granular sort 4-8 mm la prețul de ... lei/mc fără a fi pus în lucrare (manopera, utilaj și transport), în lista de cantități se solicită material granular sort 4-80 mm;

- la devizul organizare de șantier poziția 001 se ofertează balast la prețul de material 4,70 lei/mc, în extrasul de materiale, (material granular sort 4-8 mm, balast nespălat de râu 0-70 mm și nisip nespălat de râu și lacuri 0-3 mm, au prețul unitar de ... lei/mc);

și de ce diferă prețul ofertat la cele două poziții prezentate dacă prețul este declarat identic:

- la devizul montaj conducte fluid dens poziția 004, aprovizionare material se ofertează ... lei/ml pentru țeava DN 200, iar la poziția 005 coturi la 27 grade gata confecționate se ofertează ca material 117,22 lei;

fiind solicitată și o justificare pentru diferența de preț la material la articolele menționate.

SC ... SRL a răspuns prin adresa nr. .../ ..., prin care justifică că listele de cantități de lucrări (anexe la caietul de sarcini) nu au fost încadrate pe articole de deviz în documentația de atribuire și, în conformitate cu legislația în vigoare, poate să își întocmească

propriile norme de deviz, cu respectarea cerințelor din caietul de sarcini.

Comisia a considerat răspunsul corespunzător și, drept urmare, oferta a fost declarată admisibilă.

Comisia și-a îndeplinit obligația de a analiza și verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică, fiind respectate inclusiv dispozițiile art. 222 din Legea nr. 99/2016, criticile contestatoarei fiind netemeinice.

Entitatea contractantă solicită respingerea contestației SC ... SRL ca nefondată.

În punctul său de vedere nr. .../... asupra contestației SC ... SA, înregistrat la Consiliu cu nr. .../..., autoritatea contractantă reia expunerea de ordin general adusă în combaterea primei contestații și, în final, adaugă faptul că propunerile tehnice au fost întocmite cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire, fiind respectate și dispozițiile art. 191, 192 și 195 din Legea nr. 99/2016.

Solicitarea de atribuire a contractului către contestatoarea SC ... SA, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, este inadmisibilă întrucât oferta acesteia nu a fost declarată câștigătoare, iar la momentul actual nu au fost solicitate documentele suport, contestatoarea fiind clasată pe locul III.

Criticile sunt neîntemeiate, context în care entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

SC ... SA a solicitat Consiliului să îi permită consultarea documentelor dosarului cauzei, consultare ce a avut loc la data de ..., prilej cu care societatea a remarcat că entitatea contractantă nu a depus întregul dosar al achiziției publice. Ulterior, la ..., au fost primite la Consiliu restul documentelor de la entitatea contractantă (nouă volume).

Cu adresa nr. .../..., contestatoarea aduce critici noi, privind costurile activității de laborator.

Ambele societăți contestatoare au furnizat Consiliului recipisele de consemnare a cauțiunilor, în cuantumul legal de ... lei, fiecare.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor alăturate, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., entitatea contractantă SC ... SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de supraînălțare a depozitului de zgură și cenușă nr. 2, celula 4, ..., de la cota 127,75 mdMN la cota 130,75 mdMN, estimate valoric la 4.023.973,44 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a

fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură au fost primite șase oferte, dintre care a fost desemnată câștigătoare aceea aparținând SC ... SRL. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC ... SRL și SC ... SA au reacționat învestind Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestațiilor care formează obiectul prezentelor cauze conexate.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, listele de cantități, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, asupra cărora nu au existat solicitări de clarificare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. ... din ... a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. ... din ... că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei

pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității. Acest principiu 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 (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, *Spinosa Costruzioni Generali și Melfi*, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, *Ingsteel și Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549), că „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, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație 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 normal 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 (Hotărârea din 2 iunie 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți

(Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie 2018, Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punctul 78).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate (în cuprinsul prezentei decizii, orice referire la *autoritate* o include pe aceea la *entitate*) în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice/sectoriale, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de ... organizator prin raportul procedurii de atribuire nr. .../..., rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La ... și ..., SC ... SRL și SC ... SA au formulat contestații la Consiliu și la entitatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare, calculat potrivit art. 5 din legea remediilor:

Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

În prima dintre contestații, aparținând SC ... SRL, clasată pe locul secund, aceasta se plânge, în esență, că oferta câștigătoare, depusă de SC ... SRL, nu a fost verificată cu atenție de către entitatea investitoare, atât prin prisma conformității tehnice, cât și a prețului, considerat neobișnuit de scăzut. Așadar, forul jurisdicțional observă și notează că fondul divergenței din prezenta cauză este dat și de prețul neobișnuit de scăzut al ofertei câștigătoare, respectiv de ... lei (fără TVA), reprezentând aproximativ 68,77% din valoarea estimată a contractului, de ... lei. Într-adevăr, diferența între estimare și ofertare este flagrantă, context în care trebuia să existe o justificare a ei, analizată cu maximă atenție de către unitatea achizitoare. Trebuie remarcată diferența semnificativă dintre prețul ofertei și valoarea estimată de autoritate, de natură a ridica suspiciuni asupra sustenabilității prețului și îndeplinirii

corespunzătoare a contractului, incidente devenind dispozițiile art. 222 din legea achizițiilor sectoriale:

(1) În cazul unei oferte care are un preț sau cost aparent neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului sectorial/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, entitatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costul propus.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 64 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 232;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Entitatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele prevăzute la alin. (2).

(4) Entitatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 64 alin. (1).

(5) Atunci când entitatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de entitatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

(6) În cazul în care entitatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței.

Incidente sunt și următoarele dispoziții din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 324/2016:

Art. 133. - (1) În raport cu sarcinile și responsabilitățile stabilite, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții: [...]

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 222 din Lege;

Art. 142. - (1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 222 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, respectiv de documente privind, după caz și fără a se limita, prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă.

Art. 143. - (3) În condițiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: [...]

g) în urma verificărilor prevăzute la art. 222 din Lege se constată că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Aceste dispoziții, în contextul reținut din situația faptică, nu au fost invocate în solicitările transmise de entitate SC ... SRL (nr. .../... și nr. .../...) și, în consecință, nici aplicate de către societatea debitoare a răspunsurilor.

Art. 222 din Legea nr. 99/2016 urmărește să prevină situațiile în care entitatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea entităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează), iar nu ca armă în mână acelorași entități sau a ofertanților concurenți de a exclude sau pretinde excluderea de la licitații a anumitor ofertanți. În sprijinul acestui raționament vine chiar norma de aplicare a legii de la art. 143 alin. (3) lit. g) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – oferta este neconformă dacă, în urma verificărilor, se constată că are un preț neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/ prestat/executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. Cu alte cuvinte, chiar dacă o ofertă are costuri/tarife deosebit de scăzute, ea nu poate fi respinsă decât dacă se probează *dincolo de orice îndoială rezonabilă* că, din cauza acelor prețuri, nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Relativ la suspiciunile reclamantei privind cuantificarea și fundamentarea economică a ofertei în discuție, prețul ei fiind apreciat drept neobișnuit, organul administrativ-jurisdicțional reține că membrilor comisiei le revenea obligația de verificare a propunerii financiare prezentată de ofertanta în discuție, inclusiv prin prisma încadrării acesteia în situația prevăzută la art. 222 din Legea nr. 99/2016, și de a solicita clarificările și/sau completările necesare în vederea evaluării ofertei. În lumina art. 139 alin. (3) din normele metodologice de aplicare a legii, propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 222 din lege, *în caz contrar oferta sa va fi considerată neconformă*.

De asemenea, în situația în care comisia de evaluare constată că *elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute*, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri, *comisia de evaluare va solicita ofertantului care*

a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire. Explicațiile aduse de ofertant vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 222 alin. (2) din lege, precum și, după caz, respectiv de documente privind, după caz și fără a se limita, prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

Aceste dispoziții urmează a fi citite și, dacă este cazul, aplicate împreună cu cele ale art. 143 alin. (2) lit. g) și alin. (3) lit. c) din norme.

Într-adevăr, există o divergență întemeiată asupra caracterului insuficient al fondurilor prognozate de ofertant pentru executarea lucrărilor, câtă vreme prețul ofertat este de doar 68,77% din valoarea estimată de compania cumpărătoare, situație în care comisia evaluatorie trebuia să se intereseze asupra realității prețurilor oferite de societate, înainte de a hotărî admiterea și declararea câștigătoare a ofertei acesteia. Nici în cuprinsul procesului-verbal nr. .../... (filele 203-206), nici în raportul procedurii și nici în succintele explicații în cuprinsul întâmpinării sale, achizitoarea nu prezintă Consiliului vreo explicație relativă la prețul foarte scăzut al ofertei în comparație cu acela estimat.

Autorităților contractante le este atribuit un rol activ în aplicarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo Ltd împotriva Priešgaisrinės apsaugos ir

gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, C-538/13,

ECLI:EU:C:2015:166, punctul 42).

Dincolo de absența unui prag procentual al prețului neobișnuit de scăzut, la aprecierea întinderii acestui aspect, există o corelație inevitabilă între gradul în care entitatea joacă un rol activ în cadrul oricărei proceduri, spre deosebire de un simplu rol pasiv. Prin urmare, compania beneficiară trebuia să ceară explicații justificative SC ... SRL în legătură cu prețurile propuse.

Tribunalul Uniunii Europene a statuat că obligația autorității contractante de verificare a caracterului serios al unei oferte rezultă din existența prealabilă a îndoielilor referitoare la fiabilitatea acesteia, obiectivul fiind de a nu permite respingerea unui ofertant din cadrul procedurii fără să i se fi acordat posibilitatea să justifice conținutul ofertei sale care ar părea anormal de mică. Prin urmare,

numai atunci când există asemenea îndoieli, comitetul de evaluare este obligat să solicite informații pertinente privind compoziția ofertei înainte să o respingă, dacă este cazul. Astfel de îndoieli pot exista, printre altele, atunci când pare incert, pe de o parte, că o ofertă respectă legislația țării în care serviciile ar trebui să fie prestate, în materie de remunerare a personalului, de contribuție la sistemul de securitate socială, de respectare a normelor de securitate și de sănătate la locul de muncă, de vânzare în pierdere, și, pe de altă parte, că prețul propus include toate costurile pe care le presupun aspectele tehnice ale ofertei (Hotărârea din 8 octombrie

2015, Secolux/Comisia, T-90/14, nepublicată, EU:T:2015:772,

punctul 62).

Tribunalul a avut deja ocazia să se pronunțe cu privire la obligația de motivare care îi revine autorității contractante atunci când, în cadrul etapei de evaluare a ofertelor, a avut îndoieli în ceea ce privește caracterul anormal de mic al unei oferte depuse și a considerat, după ascultarea ofertantului în discuție și efectuarea unei analize mai aprofundate, fie că această ofertă nu era anormal de mică (a se vedea Hotărârea din 15 octombrie 2013, European

Dynamics Belgium și alții/EMA, T-638/11, nepublicată,

EU:T:2013:530, punctele 64 și 65), fie că era anormal de mică [Hotărârea din 5 noiembrie 2014, Computer Resources International

(Luxembourg)/ Comisia, T-422/11, EU:T:2014:927, punctele 39 și

40]. În special, s-a considerat că, pentru a furniza o motivare

suficientă pentru faptul că oferta selectată nu era anormal de mică, autoritatea contractantă trebuia să expună raționamentul în temeiul căruia, pe de o parte, concluzionase că, datorită caracteristicilor sale, în principal financiare, o asemenea ofertă respecta printre altele legislația țării în care serviciile trebuiau să fie prestate, în materia remunerării personalului, a contribuției la sistemul de securitate socială și a respectării normelor de securitate și de

sănătate la locul de muncă, și, pe de altă parte, verificase că prețul propus includea toate costurile pe care le presupuneau aspectele tehnice ale ofertei selectate (Hotărârea din 15 octombrie 2013,

European Dynamics Belgium și alții/EMA, T-638/11, nepublicată,

EU:T:2013:530, punctul 68).

Astfel fiind, Consiliul determină că în mod nelegal ... a considerat că oferta în discuție nu ar fi aparent neobișnuit de scăzută ca preț și că nu se impune justificarea lui, declarând-o admisibilă și câștigătoare fără clarificarea prealabilă a prețului, cele reținute mai sus ducând la infirmarea acestei măsuri, la anularea procesului-verbal nr. .../..., prin care a fost stabilit rezultatul evaluării financiare a ofertelor, și la obligarea entității contractante la reevaluarea acestora, cu stabilirea corectă și legală a clasamentului.

O clarificare se impune și față de deficiențele pe care SC ... SRL le-a remarcat în privința articolelor de lucrări din devizele ofertantei SC ... SRL, întrucât datele actuale pot duce la concluzia existenței unor neconformități sau contradicții. În consecință, clarificări erau obligatorii și în această privință, pentru stabilirea sustenabilității prețului și, mai ales, a acurateții conformității ofertei. Posibilitatea autorității de a cere clarificări ofertanților urmărește să permită evaluarea temeinică a acestora și să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă. Prin aceste dispoziții, legiuitorul admite faptul că ofertele pot conține erori, abateri sau vicii ce pot fi corectate la inițiativa autorității contractante. Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine orice ofertă care conține erori, abateri sau vicii, textele legale menționate nu își mai găseau locul în hotărârea Guvernului evocată.

În ceea ce privește oferta imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, este de reținut de către autoritate și interpretarea dată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Hotărârea din 29 martie 2012, cauza C-599/10, SAG ELV Slovensko as, FELA Management AG, ASCOM AG, Asseco Central Europe as, TESLA Stropokov as, Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA/Urad, care la pct. 40 a statuat că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca, în mod excepțional, datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente, cu condiția ca această modificare să nu determine propunerea, în realitate, a unei noi oferte.

Jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că orice decizie a autorității/entității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple presupuneri care ar favoriza ori defavoriza ofertanții, cum sunt și cei aflați în prezentul litigiu. Entitatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea și conformitatea ofertei. Solicitățile entității trebuie să răspundă și dispozițiilor imperative ale art. 140 alin. (3) – *„Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.”* Clarificarea este necesară pentru ca entitatea beneficiară să nu fie nevoită să deducă ea însăși elemente esențiale ale ofertei, pe baza unor informații insuficiente.

Potrivit art. 72 alin. (2) și art. 139 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 133 alin. (1) lit. g), comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Pentru a fi imparțială, evaluarea trebuie să fie completă și temeinică, iar nu să lase loc supozițiilor de favorizare a unei anumite oferte sau, dimpotrivă, de dezavantajare a ei. Prin urmare, în contextul înfățișat și în virtutea normelor evocate mai sus, o evaluare imparțială și argumentată a propunerilor tehnice și financiară ale SC ... SRL era și este necesară, mai cu seamă că entitatea nu este îndrituită să deducă elemente esențiale ale propunerii tehnice pe baza unor informații insuficiente sau inexistente în propunerile aflate în discuție. Entitatea nu și-a îndeplinit obligația de a verifica propunerile potrivit normelor legale, coroborând toate informațiile cuprinse în aceasta, cu atenția cuvenită, context în care Consiliul determină că evaluarea ofertei este eronată și se impune o evaluare reală a ei. Doar după îndeplinirea acestei obligații legale, Consiliul se va putea pronunța asupra legalității și temeiniciei viitoarei decizii a autorității, prin care oferta asocierii va fi considerată admisibilă sau inadmisibilă, în mod fundamentat. Decizia civilă nr. ... din ... a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, este în sensul că ofertele nu trebuie examinate formal.

Față de ansamblul considerentelor expuse, se reține că evaluarea ofertei SC ... SRL s-a realizat în mod superficial și cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare în privința verificării atente de către entitate a îndeplinirii cerințelor caietului de sarcini și, pe cale de consecință, criticile societății contestatoare sunt fondate. Astfel stând lucrurile, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. .../..., în contradictoriu cu SC ... SA, va anula procesul-verbal nr. .../... și actele ulterioare lui, inclusiv raportul procedurii nr. .../... și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, în partea care privește oferta SC ... SRL, și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou proces-verbal și a unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației licitației și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale.

Entitatea achizitoare trebuie să conștientizeze răspunderea care îi revine în privința desemnării ofertei câștigătoare, asupra căreia nu poate exista nicio îndoială legată de îndeplinirea întocmai a tuturor cerințelor tehnice sau de includerea tuturor elementelor de cost în absența cărora s-ar aduce atingere concurenței loiale între ofertanți. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 statuează că entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului sectorial, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic și financiar.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației SC ... SRL, Consiliul va respinge, ca nefondată, în partea ținând de această contestație, cererea de intervenție nr. .../... formulată de SC ... SRL, admisibilă în principiu cu titlu de cerere de intervenție voluntară accesorie în favoarea entității contractante. Consiliul ia act că SC ... SRL are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP (...) a contestației SC ... SRL în cadrul secțiunii specifice a anunțului de participare nr. .../ ..., motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul a încuviințat în principiu cererea de intervenție. Cererea este accesorie, de intervenție în favoarea autorității contractante, și se circumscrie art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 – *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit*

prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației."

Trecând la cercetarea contestației secunde, Consiliul ia act că aceasta este construită plecând de la premisa că, exceptând SC ... SA, societățile ofertante nu au îndeplinit cerința de calificare din cadrul fișei de date a achiziției, pct. III.1.3.a) – „*Capacitatea tehnică și/sau profesională*”, de deținere a unui laborator gradul II, respectiv de subcontractare a unui asemenea laborator.

Cerința, care figurează și în anunțul de participare, are următorul cuprins:

III.1.3) Capacitatea tehnica si profesionala:

[...] 4.) Utilaje, instalatii si echipament tehnic **prezentarea declarației pe propria răspundere** care să conțină informații privind posibilitatea asigurării mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului și **deținerea sau colaborarea**, în conformitate cu prevederile art. 14 și art. 15 din L 10/1995, cu **laborator gradul II** care să poată efectua încercările precizate în STAS 1913/13-83, pentru lucrări GTF (geotehnică și fundații) aprobat de Institutul Român de Standardizare, realizarea contractului presupune efectuarea de verificări cum ar fi: - umiditatea optimă Woptim, - densitatea uscată maximă din strat Yd max, - gradul de compactare realizat. - lista care să conțină informații privind posibilitatea asigurării mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice, necesare executiei lucrarii **deținerea sau colaborarea**, cu laborator gradul II [...]

Caietul de sarcini conține o prevedere similară: „*Ofertantul trebuie să facă dovada că deține un laborator autorizat gradul II pentru lucrări de geotehnică și fundații, în dotare proprie sau prin contract de colaborare.*”

După cum a fost subliniat în paginile de mai sus, cerința reprodușă nu doar că nu a fost contestată de vreun operator economic, dar nici nu a făcut obiectul vreunei solicitări de clarificare, de genul lămuririi dacă se impune sau nu subcontractarea activității de analize de laborator. Nici prevederile art. 14 și 15 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, la care trimite entitatea, nu aduc lumină vizavi de necesitatea subcontractării:

Art. 14. - (1) Managementul calității în construcții implică strategii și măsuri specifice pentru asigurarea respectării cerințelor fundamentale aplicabile construcțiilor și constituie obligația tuturor factorilor care participă la etapele prevăzute la art. 2.

(2) Operatorii economici care execută lucrări de construcții asigură nivelul de calitate corespunzător cerințelor fundamentale, prin personal propriu și responsabili tehnici cu execuția autorizați, precum și printr-un sistem propriu conceput și realizat.

Art. 15. - Autorizarea și acreditarea laboratoarelor de analize și încercări în construcții se fac în conformitate cu prevederile legale.

Potrivit Procedurii privind evaluarea laboratoarelor de analiză și încercări în activitatea de construcții în vederea autorizării, aprobată prin Ordinul ministrului dezvoltării regionale și turismului nr. 1.497/2011, laboratorul gradul II este laborator de secundă parte, imparțial și nesupus niciunei presiuni în măsură să poată influența rezultatele încercărilor – de natură comercială, financiară ori de altă natură – care efectuează încercări și emite rapoarte de încercări, în

conformitate cu profilurile autorizate, atât pentru operatorul economic de care aparține, cât și pe bază contractuală pentru alte organizații. Laboratoarele de gradul I și II pot desfășura activități și în afara sediului, prin laboratoare mobile, de șantier, create pentru un contract/proiect și pentru care își asumă întreaga responsabilitate.

În speță, SC ... SRL are încheiat și a prezentat contractul de prestări servicii nr. 321/1/14.08.2019 cu SC ... SRL, pentru efectuarea determinărilor și lucrărilor de laborator, pentru care laboratorul gradul II al SC ... SRL a fost autorizat de către Inspectoratul de Stat în Construcții (la dosarul cauzei a fost depusă copia autorizației nr. .../..., cu anexa cuprinzând încercările autorizate).

Problema verificării admisibilității ofertei prin prisma altei cerințe de ordin tehnic, desprinsă din reformularea celei exprese din caietul de sarcini, este tranșată în sensul că autoritatea contractantă nu își poate întemeia decizia de admitere sau respingere a ofertei pentru eventuala lipsă a unor documente de natură tehnică ce nu au fost cerute în caiet sau față de care ofertantul avea un drept de opțiune ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație, afirmație valabilă și pentru ipoteza controlului jurisdicțional. Evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele de conformitate din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate/majorate ori ameliorate/agravate). Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, de pildă, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007: 337, punctul 54 – principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă

întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și

care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte). Evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele de conformitate din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate/majorate ori ameliorate/agravate). Concluzia este valabilă

și pentru cerințele de calificare, precum aceea de la pct. III.1.3 – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, subpct. 4). Câtă vreme SC ... SA a permis expres colaborarea cu un laborator gradul II înseamnă că activitățile de încercare se pot realiza în baza unui contract de colaborare dintre ofertant și laborator, nefiind necesară cooptarea laboratorului la licitație ca ofertant asociat sau ca subcontractant, cum pretinde SC ... SA.

A nu se omite că, în dezbatere este îndeplinirea unei cerințe de calificare, iar nu a unei specificații tehnice, cerință care se vedește a fi îndeplinită întocmai de către SC ... SRL.

Astfel cum judicios a remarcat și intervenienta, nemulțumirile contestatoarei își au originea în modalitatea de exprimare a cerinței de calificare de către organizatoare, iar orice critică vizavi de această exprimare este tardivă. Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că entitatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. În concret, dacă ... a acceptat, pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, colaborarea ofertantului cu laboratoare gradul II, nu i se poate impune acum ofertantului să fie asociat ori să declare subcontractant laboratorul care va efectua analizele de specialitate (laborator inclus în categoria „mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului”). Pe cale de consecință, câtă vreme îi era permisă colaborarea, inclusiv prin contract de prestare de servicii, ofertantul nu avea obligația să își completeze DUAE cu un subcontractant laborator și nici ca acesta din urmă să depună DUAE propriu la licitație. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Laboratorul poate fi asimilat unui furnizor care nu are calitatea de participant la achiziție și nu intră în relație contractuală cu entitatea beneficiară, ci doar ofertantul SC ... SRL. Din această cauză, el nu trebuia declarat asociat/subcontractant. Categoria furnizorilor este recunoscută expres de art. 3 alin. (1) lit. y) din Legea nr. 99/2016: „furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, sau care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”.

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că „unde legea nu

distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede. *Mutatis mutandis*, teoria aparenței (*error communis facit jus*) poate fi aplicată în cazul de față, deoarece absența circumstanțierii determină orice interpret să aprecieze că organizatorul licitației, prin modul de redactare al cerinței precitate, a dorit să se refere la acceptarea colaborării cu un laborator de încercări gradul II indiferent dacă aceasta aparține ofertantului sau unei alte persoane cu care are contract de colaborare (furnizorului acestuia), cum este în speța analizată.

De altminteri, valoarea determinărilor de laborator este extrem de redusă, sub 5% din valoarea estimată a lucrărilor, mergând pe exemplul dat de contestatoare în notele nr. 185/29.06.2020. „[P]osibilitatea asigurării mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului”, în viziunea reclamantei, înseamnă excluderea variantei permise expres de entitate, a colaborării, și recurgerea la subcontractare pentru orice mijloc, instalație și echipament tehnic, cum ar fi un banal aparat de sudură, un generator de curent, o perie mecanică, un compresor de aer, o motopompă, un polizor, un rotopercutor și așa mai departe. Pot fi necesare sute de echipamente tehnice, în una sau mai multe bucăți, iar dacă ofertantul nu le deține, ci apelează la contracte de colaborare, prin care îi sunt puse la dispoziție, ar însemna că oferta lui trebuie respinsă doar pentru că nu a implicat în licitație sute de subcontractanți, ceea ce atinge sfera absurdului.

Pe de altă parte, obiectul principal al contractului de achiziție sectorială îl formează execuția de lucrări de supraînălțare a unui depozit de zgură și cenușă, iar nu efectuarea de verificări/analize de laborator, aceste verificări/analize (servicii) fiind doar conexe, adiacente lucrărilor, nefăcând parte din ele. „În esență, în cazul unui contract de execuție de lucrări, subcontractantul, spre deosebire de furnizor, este implicat în procesul de execuție a lucrării, efectuează anumite lucrări specifice pentru realizarea obiectivului de investiții, lucrări care îl ajută pe contractant să îndeplinească obiectul contractului, spre deosebire de furnizor care doar pune la dispoziția contractantului principal produse sau servicii, după care rolul său s-a încheiat, fără a interveni în desfășurarea unor etape ale contractului.” (Curtea de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. ... din ...)

În atari circumstanțe, concluzia la care s-au oprit specialiștii ... SA este îmbrățișată de către organul administrativ-jurisdicțional, fiind suficient că, în cadrul documentelor de calificare, asumate și

prezentate de către SC ... SRL, se regăsesc lista de utilaje din care face parte și laboratorul de încercări, declarația de disponibilitate dată de SC ... SRL, contractul de prestări servicii nr. 321/1/14.08.2019, autorizația laborator de gradul II nr. .../..., cu anexa cuprinzând încercările autorizate.

Deopotrivă de neîntemeiate sunt și criticile contestatoarei în privința ofertantei de pe locul II – SC ... SRL –, întrucât există în ofertă acordul de colaborare nr. .../..., încheiat cu SC ... SRL, pentru determinări de laborator, inclusiv copia autorizației laborator de gradul II nr. .../..., cu anexa cuprinzând încercările autorizate.

Obiecțiunile la adresa evaluării ofertelor SC ... SA și SC ... SRL sunt lipsite de interes, din moment ce aceste oferte s-au clasat pe locuri inferioare aceleia pe care se găsește SC ... SA. Contestația acesteia din urmă are drept scop eliminarea din competiție a tuturor concurenților, astfel încât SC ... SA să rămână singura ofertă admisibilă.

În legătură cu motivele de contestare noi (neregulile nou-invocate), pe care contestatoarea le formulează cu adresa nr. .../ ..., ele se văd a fi inadmisibile, nefiind supuse în prealabil discuției cu entitatea contractantă prin intermediul contestației. În același sens este și art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia. Cu toate acestea, în procesul de reevaluare a ofertei SC ... SRL, complexul energetic va putea ține seama de și trata criticile formulate de contestatoare în adresa nr. .../..., astfel încât să prevină depunerea unei noi contestații împotriva rezultatului reevaluării.

Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ... SA nr. .../..., în contradictoriu cu SC ... SA.

Relativ la cererea de intervenție voluntară aparținând SC ... SRL, formulată în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP (...) a contestației secunde, încuviințată în principiu mai sus, față de cele stabilite, Consiliul o apreciază ca fiind fondată, motiv pentru care o va admite și pe fond, în ceea ce privește contestația SC ... SA.

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

Admite contestația SC ... SRL nr. .../..., în contradictoriu cu SC ... SA, și anulează procesul-verbal nr. .../... și actele ulterioare lui,

inclusiv raportul procedurii nr. .../... și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, în partea care privește oferta SC ... SRL. Obligă entitatea contractantă la reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou proces-verbal și a unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, entitatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Respinge, ca nefondată, contestația SC ... SA nr. .../..., în contradictoriu cu SC ... SA.

Încuviințează, în principiu, și respinge, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. .../..., depusă de SC ... SRL, în partea privind respingerea contestației SC ... SRL. Admite respectiva cerere de intervenție în partea privind respingerea contestației SC ... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului și motivarea acesteia în ceea ce privește contestația depusă de SC ... SRL (dosar nr. .../...), încuviințarea în principiu și respingerea cererii de intervenție depusă de SC ... SRL, în partea privind contestația SC ... SRL, opinia mea separată purtând asupra contestației depusă de SC ... SA (dosar nr. .../...), în contradictoriu cu SC ... SA, și asupra cererii de intervenție formulată de SC ... SRL, în partea privind contestația SC ... SA.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, rețin cele ce urmează referitor la contestația depusă de SC ... SA:

Decizia privind rezultatul aplicării procedurii a fost comunicat SC ... SA prin adresa nr. ... din ..., în care se arată că oferta acesteia nu a fost declarată câștigătoare, clasându-se pe locul al treilea în urma aplicării criteriului de atribuire. Totodată, în adresă este menționat că a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL, cu prețul de ... lei, fără TVA.

Împotriva deciziei autorității contractante de a declara admisibile ofertele depuse în procedură, SC ... SA a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând: anularea actelor de evaluare a ofertelor SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SA și SC ... SRL, urmată de constatarea caracterului inacceptabil al lor; anularea raportului procedurii prin care oferta SC ... SRL a fost desemnată câștigătoare; anularea comunicării rezultatului procedurii; dispunerea atribuirii contractului către contestatoare.

Analizând contestația supusă soluționării, constat că, referitor la ofertele clasate pe locurile 1 și 2, aparținând SC ... SRL și SC ... SRL, se susține că nu puteau fi declarate admisibile, deoarece nu îndeplinesc cerința de calificare vizând *„deținerea sau colaborarea, în conformitate cu prevederile art. 14 și art. 15 din L 10/1995, cu laborator gradul II care să poată efectua încercările precizate în STAS 1913/13-83, pentru lucrări GTF (geotehnică și fundații) aprobat de Institutul Român de Standardizare”*, modalitatea în care acestea au înțeles să răspundă cerinței neputând fi primită în lipsa declarării ca subcontractanți a societăților care dețin laboratorul respectiv și autorizațiile necesare.

Verificând, rețin următoarele cerințe ale documentației de atribuire:

- fișa de date a achiziției, punctul III.1.3) „Capacitatea tehnică și profesională”

„4.) Utilaje, instalatii și echipament tehnic

prezentarea declarației pe propria răspundere care să conțină informații privind posibilitatea asigurării mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului și deținerea sau colaborarea, în conformitate cu prevederile art. 14 și art. 15 din L 10/1995, cu laborator gradul II care să poată efectua încercările precizate în STAS 1913/13-83, pentru lucrări GTF (geotehnică și fundații) aprobat de Institutul Român de Standardizare, realizarea contractului presupune efectuarea de verificări cum ar fi:

- *umiditatea optimă Woptim,*
- *densitatea uscată maximă din strat Yd max,*
- *gradul de compactare realizat.*

- lista care să conțină informații privind posibilitatea asigurării mijloacelor, instalațiilor și echipamentelor tehnice, necesare executiei lucrarii deținerea sau colaborarea, cu laborator gradul II.”

- caietul de sarcini, punctul VI.1 „Cerințe privind prezentarea propunerii tehnice”

„Ofertantul va face dovada ca are personal de specialitate și dotare tehnica necesara, pentru executia lucrarii

- *în cadrul propunerii tehnice, va fi prezentata o lista cu echipamentele, utilajele, mijloacele de transport, laboratoarele, bazele de productie, alte mijloace fixe și dotari [utilajele precizate în caietul de sarcini, instrumente topografice pentru masurare; laborator de santier autorizat grad II și dotat cu aparatura necesara efectuării determinarilor geotehnice ale pamanturilor (metoda Proctor) care sa permita și determinarea gradului de compactare, de care dispune ofertantul (in dotare proprie, prin contracte sau conventii de inchiriere etc)].*

Ofertantul trebuie sa faca dovada ca detine un laborator autorizat gradul II pentru lucrari de geotehnica și fundatii, în dotare proprie sau prin contract de colaborare. Ofertantul, dupa caz societatea cu care are incheiat contract de colaborare, va prezenta o declaratie pe proprie raspundere, din care sa rezulte ca laboratorul va avea un punct de lucru dotat corespunzator pe santier pe toata durata desfasurarii lucrarilor.”

Din aceste prevederi citate ale documentației de atribuire rezultă, în mod clar, că *„efectuarea determinarilor geotehnice ale pamanturilor (metoda Proctor) și determinarea gradului de compactare”* reprezintă parte a obiectului achiziției, respectiv o activitate ce va fi desfășurată de operatorul/ii economic/i cu care se va încheia contractul.

În oferta prezentată de SC ... SRL se regăsesc următoarele acte:

- DUAЕ în care este menționat: *„Operatorul economic utilizeaza capacitatile altor entitati pentru a satisface criteriile de selectie prevazute în partea IV, precum și (daca este cazul) criteriile și regulile mentionate în partea V de mai jos? – Raspuns: NU.”*

- declarația împuternicitului SC ... SRL privind utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care dispune. Între acestea este menționat și laboratorul de încercări grad II;

- contractul de prestări servicii nr. .../... din ... încheiat între SC ... SRL, în calitate de executant, și SC ... SRL, în calitate de beneficiar, având ca obiect *„efectuarea determinărilor și lucrărilor de laborator, pentru care Laboratorul de gradul II al SC ... SRL a fost autorizat de către Inspectoratul de Stat în Construcții, cu certificatul nr. ... din ..., conform comenzilor și solicitărilor primite de la beneficiar.”;*

- declarația de disponibilitate a SC ... SRL, prin reprezentantul său, în care se arată că *„declar ca sunt de acord sa particip în calitate de laborator subcontractant pentru compania SC ... SRL, în*

od exclusiv [...]. De asemenea, în cazul în care oferta companiei va fi desemnată câștigătoare, declar că în calitate de laborator subcontractant suntem capabili și disponibili să avem un punct de lucru dotat corespunzător pe șantier pe parcursul execuției lucrării.”

- autorizație laborator de gradul II nr. ... din ..., aparținând SC ... SRL.

În oferta prezentată de SC ... SRL se regăsesc următoarele acte:

- DUAE în care este menționat: *„Operatorul economic utilizeaza capacitatile altor entitati pentru a satisface criteriile de selectie prevazute în partea IV, precum și (daca este cazul) criteriile și regulile mentionate în partea V de mai jos? – Raspuns: NU.”;*

- acord de colaborare nr. 090 din 17.03.2020 încheiat între SC ... SRL, în calitate de beneficiar, și SC ... SRL, în calitate de prestator, având ca obiect „ocuparea, de către prestator, a poziției de responsabil cu prelevări de probe și determinări Proctor compactare teren, pentru îndeplinirea contractului «Supraînălțare depozit de zgură și cenușă nr. 2, celula 4, de la cota 127,75 mdMN la cota 130,75 mdMN» din cadrul”;

- certificat de înregistrare al SC ... SRL, emis de Oficiul Registrului Comerțului;

-certificat constatator emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului pentru SC ... SRL;

- certificări privind standarde de calitate pentru SC ... SRL;

- autorizație laborator de gradul II nr. ... din ..., aparținând SC SRL;

- declarație a SC ... SRL privind punctul de lucru în șantier pe durata desfășurării lucrărilor.

Din contextul de fapt înfățișat, observ că autoritatea contractantă a înțeles să impună ofertanților să utilizeze un laborator gradul II care să poată efectua încercările precizate în STAS 1913/13-83, pentru lucrări GTF (geotehnică și fundații) aprobat de Institutul Român de Standardizare, laborator pe care îl puteau deține chiar ofertanții sau colaboratori ai acestora. Este de menționat, în acest punct al analizei, faptul că laboratorul de gradul II este necesar a fi autorizat în acest sens. De reținut este și că activitatea pe care o implică utilizarea acestui laborator este parte a obiectului achiziției, mențiunea autorității contractante privind necesitatea ca deținătorul laboratorului (ofertantul însuși sau un colaborator al acestuia) să declare pe proprie răspundere că laboratorul va avea un punct de lucru dotat corespunzător pe șantier pe toată durata desfășurării lucrărilor, fiind edificatoare din acest punct de vedere. Este de subliniat și că, prin această cerință a caietului de sarcini, colaboratorul ofertantului (pentru cazul în care acesta nu deține laboratorul necesar) se angajează direct față de

autoritatea contractantă, creându-și față de aceasta obligația de a avea un punct de lucru al laboratorului, dotat corespunzător, pe șantier pe toata durata desfășurării lucrărilor.

Din actele depuse de cele două ofertante criticate, rezultă că nu acestea vor realiza activitățile ce țin de utilizarea laboratorului de gradul II, ci societățile cu care au încheiat contractele arătate mai înainte, acestea din urmă fiind și autorizate pentru laboratoarele deținute și pentru activitățile realizate prin intermediul acestora. Implicit, dovada îndeplinirii cerinței de calificare, impusă de autoritate prin fișa de date a achiziției, se realizează prin resursele deținute de SC ... SRL (pentru SC ... SRL) și de SC ... SRL (pentru SC ... SRL).

Ceea ce este de verificat în prezenta speță este calitatea de subcontractanți ori de furnizori a celor două entități amintite, SC ... SRL și SC ... SRL.

În acest context, rețin dispozițiile art. 58 din HG nr. 394/2016, care stabilesc următoarele:

*„(1) În situația în care entitatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau **cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice**, cerința se consideră **îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.***

*(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire **subcontractează o parte din contractul sectorial, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.***”

Așa cum am menționat anterior, nu ofertantele vor realiza activitățile prin intermediul laboratorului de gradul II, ci SC ... SRL și SC ... SRL, declarați colaboratori ai acestora. Tot aceste societăți au autorizările necesare deținerii și funcționării laboratorului de gradul II, însă nefiind declarate subcontractanți, cerința de calificare nu poate fi considerată îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor lor.

Rezultă, așadar, că societățile ofertante criticate nu fac dovada îndeplinirii cerinței de calificare prin propriile resurse, caz în care,

potrivit legii, terții la resursele cărora au apelat, devin, conform art. 58 alin. (2) din HG nr. 394/2016, subcontractanți.

În acest context, rețin definiția noțiunii de subcontractant, regăsită la art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016: „*subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.*”

Este evident, date fiind prescripțiile caietului de sarcini referitoare la utilizarea laboratorului de gradul II, indicarea în fișa de date a cerinței deținerii acestui tip de laborator, precum și obiectul contractelor încheiate de ofertante cu cele două societăți amintite, faptul că, în realitate, SC ... SRL și SC ... SRL vor realiza această parte a activității contractului, urmând a răspunde în fața SC ... SRL, respectiv SC ... SRL pentru activitățile lor.

Interesant de reținut este că, potrivit caietului de sarcini și fișei de date a achiziției, utilizarea laboratorului implică deținerea de autorizații pentru acesta.

În condițiile în care un operator economic depune ofertă individuală, este ținut ca, prin aceasta, să îndeplinească în integralitate condițiile documentației de atribuire. Același lucru se întâmplă și în cazul prezentării unei oferte de către o asocierie de doi sau mai mulți ofertanți, unul dintre aceștia sau toți trebuind să dețină capacitatea de a îndeplini cerințele de calificare impuse de autoritate și de a realiza activitatea descrisă în caietul de sarcini și indicată, în mod expres, în fișa de date a achiziției, ca făcând parte a obiectului achiziției.

În speța examinată, cele două ofertante criticate, SC ... SRL și SC ... SRL ar trebui să dețină toate capacitățile materiale, umane, de certificare, cerute prin documentația de atribuire și implicate de activitatea vizând efectuarea determinărilor geotehnice ale pământurilor (metoda Proctor) și determinarea gradului de compactare. Or, așa cum reiese din probele cauzei, îndeplinirea acestei activități va fi realizată de către SC ... SRL și SC ... SRL, prin resursele lor.

Constat ca situația examinată în prezenta speță se circumscrie celei reglementată de legiuitor la art. 58 alin. (2) din HG nr. 394/2016, respectiv niciunul dintre ofertanți nu deține laboratorul amintit pentru efectuarea determinărilor geotehnice ale pământurilor (metoda Proctor) și determinarea gradului de compactare, această activitate urmând a fi realizată de către SC ... SRL și de către SC ... SRL, pentru care s-a făcut dovada îndeplinirii

condițiilor de realizare a activității, concluzia legală fiind că aceste societăți dețin, în realitate, calitatea de subcontractant, calitate pe care atât autoritatea contractantă, cât și ofertantele contestate o ignoră.

Cât despre exprimarea autorității contractante, respectiv acceptarea unui „*contract de colaborare*” în dovedirea deținerii unui laborator autorizat gradul II pentru lucrări de geotehnică și fundații, în cazul în care ofertantul nu îl are în dotare proprie, apreciez că subcontractarea unei părți a obiectului achiziției și calitatea de subcontractant a unei entități derivă din efectul legii, așa cum textele de lege au fost indicate în prezenta opinie separată, subcontractarea nefiind o cerință pe care autoritatea o poate impune sau nu, în funcție de specificul procedurii și în funcție de dorințele acesteia. Subcontractarea se califică astfel în baza legii, raportat la conținutul unei oferte și nu poate fi ignorată, pe considerente care nu se regăsesc în legislația privind achizițiile sectoriale.

Alegerea unor termeni sau ai altora ai limbii române nu este de natură să conducă la înlăturarea aplicării unor prevederi exprese ale legii, așa cum este cazul celor ce reglementează instituția subcontractării în achizițiile sectoriale. Pe de altă parte, și subcontractarea este o formă de colaborare, pe care însă legea a și reglementat-o expres, imprecizia termenului de „colaborare”, ales de autoritatea contractantă, neconducând la calificarea juridică relaxată propusă în cauză. De altfel, chiar autoritatea contractantă, în diverse puncte ale fișei de date a achiziției, menționează posibilitatea implicării în procedură a subcontractantului.

Relevantă pentru speța analizată este decizia civilă a Curții de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, nr. 464 din 30.08.2019, din care citez următoarele considerente:

«Totodată, Curtea apreciază că aplicarea disp. art. 3 alin. (1) lit. yy) și art. 55 din Legea nr. 98/2016 revine atât autorității contractante (aceasta impunând prin intermediul fișei de date a achiziției executarea contractului prin ofertant și/sau subcontractant sau terț susținător), cât și ofertantului în cauză, în condițiile în care a fost indicat obiectul contractului de achiziție publică, neavând relevanță că în cadrul cerințelor menționate în cuprinsul caietului de sarcini autoritatea contractantă a solicitat și depunerea unor înțelegeri între ofertant și deținătorul unităților de service, fără a le „denumi” (sub aspectul obligativității încheierii și depunerii în cadrul ofertei, în măsura în care membrii asocierii nu ar fi în măsură să dovedească îndeplinirea acestei cerințe în mod direct), drept contracte de subcontractare sau convenții încheiate cu terți susținători, o astfel de cerință urmând a fi aplicată în cadrul

procedurii de evaluare a admisibilității ofertei din perspectiva menționată anterior tocmai în considerarea obiectului contractului.»

Concluzia se impune și prin prisma dispozițiilor art. 219 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care stabilesc că *„Entitatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația la o procedură concurențială de ofertare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:*

a) oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin invitația la o procedură concurențială de ofertare și documentele achiziției, având în vedere, dacă este cazul, dispozițiile [art. 174](#);

b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care nu se încadrează în motivele de excludere, îndeplinește criteriile privind capacitatea și, dacă este cazul, criteriile de selecție.”

Or, așa cum rezultă din actele cauzei și din considerentele de mai înainte, nici SC ... SRL și nici SC ... SRL nu dețin prin propriile resurse sau, conform legii, laboratorul de gradul II cerut prin fișa de date a achiziției, astfel încât îi era interzis autorității contractante să conchidă asupra atribuirii contractului către prima și în sensul admisibilității celei de a doua.

Nu este de prisos a menționa și că în declarația de disponibilitate a SC ... SRL, chiar societatea se autodefineste ca fiind subcontractant, calitate pe care autoritatea contractantă o ignoră. De asemenea, SC ... SRL a depus documente care excedă nevoii pentru un simplu furnizor (așa cum este definit la art. 3 alin. 1 lit. y din Legea nr. 99/2016).

De reținut este și inadvertența privind numărul autorizației laboratorului de gradul II, din actele depuse pentru SC ... SRL, de către SC ... SRL (nr. ... din ..., menționat în contractul de prestări servicii nr. .../... din ..., și nr. ... din ..., înscris pe autorizația laboratorului de gradul II), aspect care ar fi trebuit să conducă autoritatea cel puțin către clarificarea aspectului.

Un alt aspect neconform solicitărilor autorității contractante este și faptul că declarația SC ... SRL privind punctul de lucru în șantier pe durata desfășurării lucrărilor, în fapt, reprezintă o preluare a mențiunilor caietului de sarcini, nicidecum asumarea unei obligații față de autoritate. Mai mult, potrivit caietului de sarcini, societatea care trebuia să depună declarație pe proprie răspundere, din care să rezulte că laboratorul va avea un punct de lucru dotat corespunzător pe șantier pe toata durata desfășurării lucrărilor trebuia să fie SC ... SRL, deoarece aceasta este entitatea care realizează activitățile prin intermediul laboratorului pe care tot ea îl deține.

În acest context, subliniez că ofertantele contestate nu au respectat cerințele documentației de atribuire, știut fiind că, potrivit art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016, „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire...”. Însă, este necesar a sublinia faptul că documentația de atribuire, conținând *„orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”* (potrivit art. 22 alin. 2 din HG nr. 394/2016), are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut, și fără calificarea unor oferte care nu răspund tuturor exigențelor cunoscute ale procedurii.

Astfel, apreciez că îi era interzis autorității contractante să stabilească asupra caracterului acceptabil al ofertelor depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL, în ceea ce privește subiectul analizat.

În ceea ce privește critica similară referitoare la ofertantele SC ... SA și SC ... SRL, îmbrățișez opinia majoritară în sensul lipsei de interes în contestarea acestora, dat fiind faptul că ofertele acestor societăți se situează pe locuri inferioare celui deținut de contestatoare în clasamentul ofertelor declarate de autoritate admisibile.

Si cu respingerea ca inadmisibile a motivelor de contestare noi, formulate de contestatoare prin adresa nr. 185 din 29.06.2020, sunt de acord, caracterul inadmisibil al acestora derivând în mod expres din dispoziția de la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 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, consider că ar trebui admisă în parte contestația depusă de SC ... SA și ar trebui anulate actele autorității contractante privind evaluarea ofertelor depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL, precum și comunicările rezultatului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, consider ca autoritatea contractantă ar trebui obligată ca, în termen de 20 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze ofertele depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în opinia separată.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ar trebui respinse ca lipsite de interes capetele de cerere referitoare la ofertele depuse de SC ... SA și SC ... SRL, și ca inadmisibil capătul de cerere din contestație vizând dispunerea atribuirii contractului către contestatoare, date fiind prevederile art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.”*, precum și faptul că stabilirea ofertei câștigătoare este în atribuția comisiei de evaluare, conform art. 133 alin. (1) lit. m) din HG nr. 394/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise într-o procedură de atribuire și atacate prin contestație.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia analizării fondului contestației SC ... SA, stabilesc că cele evocate în cererea de intervenție depusă de SC ... SRL sunt neîntemeiate în ceea ce o privește, astfel încât aceasta ar trebui respinsă.