CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.51386/12.12.2018, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului de pe lângă Tribunalul Bucureşti sub nr...., având CUI R0..., reprezentată legal prin director general ... și convențional de avocat ..., având sediul procesual ales la ..., împotriva rezultatului intermediar al procedurii de atribuire, comunicat cu adresa nr.106748/03.12.2018, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ***„Achiziţie de servicii de mentenanţa si suport tehnic pentru ...)”***, s-a solicitat: anularea deciziei de respingere a ofertei ..., comunicată cu adresa nr.106748/03.12.2018; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de S.C. ..., de la etapa verificării conformității ofertei.

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică rezultatul intermediar al procedurii de atribuire, comunicat cu adresa nr.106748/03.12.2018, emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect

„Achiziţie de servicii de mentenanţa si suport tehnic pentru ...)”, solicitând: anularea deciziei de respingere a ofertei ..., comunicată cu adresa nr.106748/03.12.2018; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de S.C. ..., de la etapa verificării conformității ofertei.

În motivarea contestației, ... prezintă următoarele argumente:

1.Comunicarea intermediară nr.106748/03.12.2018 este lovită de nulitate absolută întrucât comisia de evaluare nu are competența de a efectua actele prevăzute de lege în sarcina autorităţii contractante.

Invocând prevederile art.214, alin.2 din Legea nr.98/2016 și prevederile art.127 din H.G. nr.395/2016, contestatorul susține că, potrivit textelor de lege menționate, comisia de evaluare are atribuţii în evaluarea ofertelor și stabilirea ofertelor admisibile/neconforme/ inacceptabile însă, aprobarea deciziilor se face de către conducătorul autorităţii contractante.

Mai mult, arată contestatorul, autoritatea contractantă este cea care transmite candidaţilor/ofertanţilor rezultatele parţiale, aferente fiecărei etape intermediare a acestui proces, ori în speţa de față, comunicarea intermediară a fost transmisă de comisia de evaluare care, în opinia sa, nu are competențe în elaborarea și comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

2. ... nu a modificat prin răspunsurile transmise conţinutul propunerii tehnice, dispoziţiile art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016, invocate de autoritatea contractantă în susţinerea deciziei de respingere a ofertei nefiind aplicabile.

Contestatorul arată că, textul de lege menționat precizează explicit situația în care intervine măsura de respingere a ofertei ca neconformă, respectiv atunci când ofertantul modifică conținutul propunerii tehnice, ori situația prezentată de comisia de evaluare nu se încadrează în ipoteza prevăzută de textul de lege anterior menționat, sub aspectul motivelor invocate în susținerea deciziei de respingere a ofertei ...

Susține că, prin adresa nr.103102/13.09.2018, comisia de evaluare a transmis un număr de 23 de întrebări, prin care a solicitat lămuriri cu privire la o serie de aspecte de natură tehnică, inclusiv cu privire la calitatea experţilor care au participat la sesiunea demonstrativă, la care ... a răspuns prin adresa nr.5482/19.09.2018, clarificând toate aspectele de natura tehnică.

În ceea ce priveşte întrebarea privind calitatea experților care au participat la sesiunea demonstrativă, contestatorul arată că această clarificare a fost transmisă de același persoane care au participat și la sesiunea demonstrativă și care fac parte din comisia de evaluare, persoane care au semnat procesul-verbal nr.100377/29.06.2018, fără obiecții.

Precizează că decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei ... a fost transmisă după 6 luni de la încheierea procesului-verbal menționat.

Prin răspunsul transmis, arată contestatorul, a precizat faptul că echipa a fost formată din experţi cheie nominalizaţi în cadrul ofertei, respectiv dl. ..., și experţi non-cheie cooptaţi în cadrul echipei, respectiv d-na ... și dl. ..., astfel că, raportat la răspunsul transmis, oferta tehnică nu a fost modificată.

Contestatorul arată că, prin propunerea tehnică, a indicat care sunt experții cheie în conformitate cu cerințele cap.5.5.1 din caietul de sarcini, fiind explicitat faptul că, suplimentar față de experții cheie vor fi alocați în cadrul echipei de proiect și alți experți, denumiți experți non-cheie, conform mențiunilor din Caietul de sarcini de la cap.5.5.2.

Mai mult, susține că a precizat, la pag.114 din propunerea tehnică, faptul că personalul de specialitate este alcătuit din experți cheie și experți non-cheie.

Menționează contestatorul că, prin caietul de sarcini, nu s-a solicitat nominalizarea experților non-cheie la data depunerii ofertei, precum și că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, și-a menținut declarațiile din cadrul propunerii tehnice prin care s-a arătat explicit că prestarea serviciilor se va face prin personal de specialitate format din experți cheie și experți non cheie.

Susţinerea comisiei de evaluare conform căreia prestatorul și nu ofertantul este cel care selectează și angajează experţii non-cheie este cel puţin absurdă, în opinia contestatorului, în condiţiile în care, în cuprinsul caietul de sarcini se face trimitere, în mod exclusiv, la noţiunea de prestator, în cazul experților cheie fiind făcută trimitere tot la „Prestator”.

Precizând că, prin documentația de atribuire, nu s-a solicitat nominalizarea experților non-cheie la data elaborării și depunerii ofertei, contestatorul arată că S.C. ... s-a prezentat la sesiunea demonstrativă, care a reprezentat o simulare a serviciilor care urmează să fie prestate, cu o echipă de specialişti care va fi implicată efectiv în executarea obiectului contractului, chiar dacă nominalizarea și validarea experţilor non-cheie va avea loc după semnarea acordului-cadru, în opinia sa, modalitatea de prestare a serviciilor trebuie stabilită de ofertanţi încă de la data elaborării ofertelor.

Experții non-cheie ... și ..., după cum se arată, au fost cooptați pentru a susține activitatea experților cheie, rolurile pentru care au fost desemnați aceștia regăsindu-se în lista de roluri de experți non-cheie, prezentată în propunerea tehnică (pag.114).

Astfel, societatea sa a acționat în mod diligent, susține contestatorul, cooptând încă de la data elaborării ofertei întreaga echipă care va fi implicată în executarea contractului.

Dacă s-ar accepta raţionamentul comisiei de evaluare în sensul că selectarea și angajarea experţilor non-cheie poate avea loc doar după semnarea acordului-cadru, deşi acest fapt nu este menţionat în caietul de sarcini, autoritatea contractantă neputând impune limitări privind momentul la care ofertanţii pot coopta experţii non-cheie, acest fapt ar

putea genera, în opinia contestatorului, întârzieri în executarea contractului și deficiențe în prestarea serviciilor.

De asemenea, un astfel de raționament este lipsit de aplicare practică, în opinia contestatorului, de vreme ce este evident că la etapa de elaborare a propunerii tehnice şi financiare orice ofertant ia în considerare și categoria de experţi non cheie de care ar avea nevoie în executarea contractului raportat la cerinţele și termenele impuse în caietul de sarcini.

Față de cele menționate, contestatorul susține că nu și-a modificat oferta tehnică prin răspunsurile transmise la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, respectând întocmai toate cerinţele prevăzute in caietul de sarcini.

3. Evaluarea ofertei tehnice s-a făcut cu încălcarea atât a dispoziţiilor art.123 alin.1 din H.G. nr.395/2016, cât și a dispoziţiilor art.154 și art.155 din Legea nr.98/2016, cerinţa pe care comisia de evaluare a reținut-o în comunicarea intermediară, respectiv *„(...) nu a fost respectată cerinţa ca, la sesiunea demonstrativă să nu participe decât acei experţi care, în prealabil, fuseseră declaraţi ca membri ai echipei acelui ofertant, deci nominalizaţi ca persoane fizice, experţi, în cadrul propunerii tehnice depuse până la data și ora limită precizate în anunţul de participare*", nefăcând obiectul documentaţiei de atribuire.

Astfel, arată contestatorul, cerinţele privind sesiunea demonstrativă sunt prevăzute la Cap.5.6 din Caietul de sarcini, unde nu se face nicio referire cu privire la calitatea experţilor care pot participa la această etapă demonstrativă.

Învederând întrebarea și răspunsul din cadrul clarificării nr.5/03.04.2018, legată de participanții la sesiunea demonstrativă, contestatorul arată că autoritatea contractată a completată această clarificare, susținând faptul că nu a fost respectată „cerința” ca la sesiunea demonstrativă să nu participe decât acei experți care, în prealabil, fuseseră declarați ca membri ai echipei acelui ofertant, deci nominalizați ca persoane fizice, experți, în cadrul propunerii tehnice.

Redând dispozițiile art.154 din Legea nr.98/2016, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu poate invoca la acest moment cerințe are nu au făcut obiectul documentației de atribuire, că, prin clarificarea transmisă, a făcut trimitere doar la experții propuși de fiecare ofertant, de unde rezultă că nu a limitat participarea la sesiunea demonstrativă doar la experții cheie nominalizați în cadrul ofertei.

Daca ar fi pretins îndeplinirea unei astfel de cerinţe, autoritatea contractată avea obligaţia, în opinia contestatorului, să informeze ofertanţii în mod complet, corect și precis.

Noţiunea de „experţi propuşi" include, după cum susține contestatorul, experţi cheie, experţi non-cheie și orice alţi specialişti propuşi de ofertant pentru a lua parte la sesiunea demonstrativă.

De altfel, ar fi abuzivă, în opinia contestatorului, cerinţa de a impune participarea la sesiunea demonstrativă doar a unui tip de experţi, respectiv experţi cheie, în condiţiile în care chiar autoritatea

contractantă a permis posibilitatea ofertanţilor de a coopta și alt tip de experţi în prestarea serviciilor.

Contestatorul precizează că cerinţa tehnică în discuţie se referă la sesiunea demonstrativă prevăzută la Cap.5.6 din caietul de sarcini, iar societatea sa a îndeplinit cerinţa prezentându-se la sediul autorităţii contractante conform programării stabilite de către aceasta.

De asemenea, se arată că, potrivit clarificării nr.5/03.04.2018, ... a propus o echipă de experţi pentru prezentarea demo-ului solicitat, cerinţa de natură tehnică din documentaţia de atribuire privind sesiunea demonstrativă fiind îndeplinită.

Faptul că, comisia de evaluare a fost nemulţumită de calitatea experţilor prezenţi la sesiunea demonstrativă, putea fi clarificată, după cum susține contestatorul, încă de la data la care a avut loc prezentarea.

În concluzie, contestatorul susține că este abuzivă decizia comisiei de evaluare care nu are niciun temei legal, care nu poate fi asimilată unei neîndepliniri a cerinţelor caietului de sarcini, si cu atât mai puţin, nu se poate susţine că ... și-a modificat oferta tehnică prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

4. Comisia de evaluare a încălcat principiile ce guvernează materia achiziţiilor publice, în aces sens contestatorul invocând atât practica Consiliului, cât și a instanțelor de judecată, apreciind totodată că decizia de respingere a ofertei sale după o perioadă de 6 luni reprezintă, în mod evident, un abuz de drept, o încălcare a principiului bunei-credinţe și a principiului încrederii legitime, în condiţiile în care comisia de evaluare nu a ridicat obiecţiuni cu privire la echipa de experți propusă și a fost prezentate împuternicirile cu ocazia sesiunii demonstrative.

Față de cele menționate, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei în condiţii de legalitate, de la etapa verificării conformităţii acesteia.

Ca temei de drept, se invocă Legea nr.101/2016, Legea nr.98/2016, Legea nr.395/2016.

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

Prin punctul de vedere nr.107719/18.12.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.52267/18.12.2018, ... a solicitat respingerea contestației formulată de ... ca neîntemeiată și menţinerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă.

În prealabil, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii, subliniind importanța prezentei achiziții, care vizează sistemul informatic integrat prin intermediul căruia ... va asigura gestionarea domeniului de agricultură ecologică, în conformitate cu legislaţia naţională şi comunitară în vigoare.

În motivare, în ceea ce privește nulitatea comunicării intermediare nr.106748/03.12.2018, invocată de contestator, autoritatea contractantă susține, raportat la prevederile art.65 din H.G. nr.395/2016, că ... face o gravă confuzie între fazele de verificare ale unei proceduri de atribuire şi procedurile cu mai multe etape, procedura de licitaţia deschisă având, ca

orice altă procedură de atribuire, mai multe faze de verificare (DUAE, tehnic, financiar), nefiind o procedură cu mai multe etape.

Prin urmare, apreciază autoritatea contractantă, acest capăt de cerere este neîntemeiat.

2. În ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora nu a modificat, prin răspunsurile transmise, conținutul propunerii tehnice, iar comisia de evaluare a evaluat oferta cu încălcarea principiilor care guvernează materia achizițiilor publice, raportat la criticile contestatorului referitoare la transmiterea deciziei după 6 luni de la data încheierii procesului-verbal nr.100377/29.06.2018 și semnarea acestuia fără obiecțiuni, autoritatea contractantă precizează următoarele:

Conform art.65 din HG nr. 95/2016, comunicarea deciziei de respingere a ofertei şi a motivelor pentru care ofertantul a fost respins, se face la finalizarea fiecăreia dintre fazele de verificare, în cazul acesta verificarea propunerii tehnice, comisia de evaluare având obligația de a comunica fiecărui ofertant motivele care au stat la baza acestei decizii, precum şi de a introduce în SEAP rezultatul admis/respins, ceea ce reprezintă exact modul de acţiune în prezentul caz.

Mai mult decât atât, aşa cum recunoaşte şi contestatorul, comisia de evaluare a transmis ..., la jumătatea acestei perioade, mai precis, la data de 13.09.2018, o adresă prin care solicita, la punctul 23, clarificări cu privire la calitatea în care au participat la sesiunea demonstrativă cele două persoane, dna ... şi dl ..., având în vedere Clarificarea nr.5/95925 din 03.04.2018 şi cerinţele caietului de sarcini.

Astfel, deşi nu avea o obligaţie legală în acest sens, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a uzat de dreptul prevăzut la art. 209 din Legea nr.98/2016 de a solicita clarificări operatorului economic, dându-i acestuia posibilitatea de a oferi explicaţii cu privire la situaţia respectivă. Faptul că, răspunsul dat de ... nu a corespuns prevederilor documentaţiei de atribuire şi răspunsurilor autorităţii contractante la solicitările de clarificare nu este un aspect imputabil autorităţii contractante.

Prin urmare, susține autoritatea contractantă, prin intermediul comisiei de evaluare, a dat dovadă de bună-credinţă, a respectat întocmai şi a dat deplin efect principiului proporționalității, având un rol activ în determinarea conformităţii ofertei ..., chiar dacă legislaţia îi permitea să respingă oferta fără a mai solicita clarificări.

În ceea ce priveşte abuzul de drept, autoritatea contractantă susține că, acesta a fost, într-adevăr, comis, în această speţă, însă nu de către comisia de evaluare, ci tocmai de către contestator.

Totodată, în aceeaşi linie de raţionament, faptul că răspunsul operatorului economic a fost considerat neconform la o singură întrebare din cele 23 adresate, nu reprezintă, în opinia autorității contractante, sub nicio formă, încălcarea principiului proporţionalităţii.

După cum susține autoritatea contractantă, nu există niciun text normativ care să prevadă că, neîndeplinirea cerinţelor documentaţiei de atribuire sau răspunsul neconform la întrebările comisiei de evaluare ar fi

permis într-un anumit procent şi ar putea conduce la admisibilitatea respectivei oferte.

De altfel, arată autoritatea contractantă, contestatorul este în eroare şi cu privire la respectarea principiului încrederii legitime prin raportare la efectele procesului-verbal nr.100377 din 29.06.2018, documentaţia de atribuire nu cuprinde nicio menţiune referitoare la efectele semnării unui proces-verbal fără obiecţiuni, iar faptul că acest proces-verbal a fost semnat (cu sau fără obiecţiuni) la acel moment de către comisia de evaluare nu invalidează solicitarea de clarificări ulterioară şi nici respingerea ofertei contestatorului.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, ... a luat cunoştinţă de faptul că, în privinţa calităţii celor două personae nominalizate, autoritatea contractantă nu a fost edificată încă din momentul solicitării de clarificări care i-a fost adresată şi la care a răspuns fără să invoce o presupusă încredere legitimă pe care s-ar fi bazat în temeiul acestui proces-verbal şi fără să conteste respectiva solicitare de clarificări, conform Legii nr.101/2016.

În ceea ce privește motivul pentru care comisia de evaluare a permis intrarea celor două persoane în incinta sediului ..., în afara faptului că acesta este un aspect administrativ-procedural intern care nu prezintă relevanţă în contextul prezentei speţe, autoritatea contractantă învederează că cei doi experţi au prezentat împuterniciri din partea ... pentru a participa la respectiva sesiune demonstrativă, deci aveau acte care, în aparenţă, îi îndreptăţeau să intre în sediul autorităţii contractante, respectiv să le fie permis accesul la sesiunea demonstrativă.

Mai mult, afirmația contestatorului potrivit căreia expertul-cheie prezent ar fi putut să susţină sesiunea demonstrativă, iar nu cei doi experţi non-cheie, este, în opinia autorității contractante, un aspect care ţine în mod direct şi exclusiv de decizia operatorului economic şi, în niciun caz, de cea a autorităţii contractante.

Faptul că membrii comisiei de evaluare au fost nemulţumiți de calitatea experţilor prezenţi la sesiunea demonstrativă, putea fi clarificată, după cum susține autoritatea contractantă, încă de la data la care a avut loc prezentarea.

Susţinerile contestatorului potrivit cărora printre experţii desemnaţi s-a aflat și un expert cheie care putea să susţină sesiunea demonstrativă sunt lipsite nu numai de orice bază legală, dar contravin şi realităţii faptice.

Concret, comisia de evaluare nu avea obligația de clarifica calitatea persoanelor desemnate, prin raportare la documentaţia de atribuire şi la oferta depusă la data la care a avut loc prezentarea, această operaţiune fiind faptic imposibilă la acel moment, întrucât ar fi presupus o acţiune de durată, cu un volum mare de documente de verificat.

Autoritatea contractantă susține că ofertantul contestator induce din nou confuzie între aparenţa creată de o împuternicire emanând de la

ofertant şi conformitatea ofertei depuse cu documentele achiziţiei, acest lucru fiind constatat ulterior, iar, la momentul respectiv, autoritatea contractantă a decis să uzeze de dreptul conferit de lege de a-i solicita clarificări operatorului economic.

II. În ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora nu a modificat, prin răspunsurile transmise, conținutul propunerii tehnice, iar comisia de evaluare a evaluat oferta cu încălcarea principiilor care guvernează material achizițiilor publice, autoritatea contractantă afirmă că ... prezintă, în mod trunchiat, motivarea comisiei de evaluare din cadrul comunicării rezultatului intermediar.

Astfel, precizează autoritatea contractantă, ... elimină din cadrul raţionamentului care a dus la considerarea ofertei sale drept neconformă exact elementele-cheie prezentate pe larg, cu bună-credinţă şi deplină transparenţă, de către comisia de evaluare, în concret, ignoră interpretarea sistematică şi cu bună-credinţă a documentelor achiziţiei şi, mai ales, aspectele referitoare la conflictual de interese şi faptul că unicul mod în care poate fi acesta apreciat este *in concreto*.

Ori, apreciază autoritatea, dacă s-ar permite unui operator economic utilizarea unor experţi, alţii decât cei propuşi în ofertă, s-ar încălca, în opinia sa, principiul tratamentului egal faţă de ceilalţi operatori economici, acordându-i-se un avantaj nepermis de legislaţie operatorului economic în cauză. Pe acest raţionament, ar trebui să se permită oricărui operator economic care nu a depus o ofertă completă şi conformă prin raportare la momentul depunerii ofertelor, să o completeze ulterior, întrucât a reuşit, în timpul scurs de la depunerea ofertelor şi până la momentul sesiunii demonstrative, să identifice în concret experţii cu care urmează să lucreze.

O astfel de conduită a autorităţii contractante ar încălca principiul tratamentului egal și ar duce la nerespectarea flagrantă a scopului achiziţiilor publice, şi anume asigurarea unei concurenţe nedenaturate, libere şi loiale pe piaţă.

Pe de altă parte, susține autoritatea contractantă, nimic nu împiedică contestatorul să participe la sesiunea demonstrativă cu experţi cheie, propuşi în ofertă, în modalitatea solicitată de documentele achiziţiei, sau să propună experţii non-cheie în acelaşi mod, adică individualizându-i.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează că, în cadrul împuternicirii FN/27.06.2018, d-na ... şi d-l ... sunt menţionaţi cu titulaturi diferite faţă de cele ale experţilor non-cheie din contestaţie, mai precis: ...-... Responsabil de calitate - toate nivelele, monitorizarea serviciilor, ...-Programator de Sistem Informatic Expert analist de business - Suport Tehnic nivelul 1 şi 2.

Prin urmare, susține autoritatea contractantă există o neconcordanţă vădită între calitatea acestor persoane conform împuternicirii care le-a permis accesul la sesiunea demonstrativă şi menţiunile ..., în aceste circumstanţe, reaua-credinţă şi neconformitatea

ofertei, precum şi a răspunsului la solicitarea de clarificări fiind evidente şi nu pot fi tăgăduite.

În plus, autoritatea contractantă învederează faptul că, sesiunea demonstrativă face parte integrantă din oferta depusă de ofertant, în acest sens, fiind relevantă Clarificarea nr.6 - nr.95926 din 03.04.2018.

În continuare, autoritatea contractantă redă, în mod complet și netrunchiat, argumentele autorităţii contractante pentru respingerea ofertei depusă de ..., precizând următoarele:

Conform punctul 5.5.2 din caietului de sarcini, experţii non-cheie pot fi selectaţi şi angajaţi de către Prestator doar „pe lângă" experţii cheie, deci în plus faţă de experţii cheie solicitaţi de autoritatea contractantă.

Prestatorul, iar nu ofertantul, este cel care selectează şi angajează experţii non-cheie, ceea ce înseamnă că experţii non-cheie participă în executarea contractului, acest aspect este susţinut şi de termenii „selectează şi angajează" - nefiind solicitat, prin prezentul caiet de sarcini, ca experţii să fie angajaţi de ofertant la momentul depunerii ofertei, precum şi de faptul că selectarea şi angajarea experţilor se face de către prestator „în acord cu specificul activităţilor din contract".

„Experţii nu trebuie să fie în conflict de interese cu responsabilităţile ce le-au fost atribuite", ceea ce presupune următoarele:

- Pentru a aprecia existenţa sau inexistenţa conflictului de interese prin raportare la o anumită persoană (expert non-cheie, în acest caz), respectivul expert non-cheie trebuie să fie nominalizat, în sens de precizare, cu date de identificare, a identităţii sale, precum şi comunicarea oricăror alte aspecte pe baza cărora se poate determina, in concreto, existenţa sau inexistenţa conflictului de interese.
- Responsabilităţile experţilor trebuie să fie atribuite, prin urmare, trebuie să fie desemnat un anumit expert, nu doar la nivel de rol, ci la nivel de persoană fizică (tocmai pentru a putea să se aprecieze existenţa sau inexistenţa conflictului de interese) şi să i se atribuie responsabilităţi concrete.

Aşadar, alegaţia contestatorului, referitoare la faptul că documentaţia de atribuire nu ar cuprinde şi cerinţa individualizării experţilor, nu este susţinută, după cum se arată, de realitate, documentaţia de atribuire, împreună cu răspunsurile la solicitările de clarificări respecând prevederile art.154 din Legea nr.98/2016.

Conform Clarificării nr. 5 - nr. 95925 din 03.04.2018 potrivit căreia *„în cadrul sesiunii demonstrative nu există o limitare cu privire la numărul de participanţi, aceştia făcând parte din echipa experţilor propuşi din partea fiecărui ofertant*", autoritatea contractantă precizează că *„participanţii fac parte din echipa experţilor propuşi din partea fiecărui ofertant*", în cadrul sesiunii demonstrative putând participa numai experţii *„propuşi din partea fiecărui ofertant*", iar *„propunerea*" putea

viza exclusiv persoanele fizice, experţii, iar nu echipa ca întreg sau o categorie de experţi (experţii non-cheie).

Prin urmare, arată autoritatea contractantă, pentru a putea participa la sesiunea demonstrativă, participanţii, în sens de persoane fizice, trebuiau să facă parte din echipa experţilor propuşi din partea fiecărui ofertat.

Aşadar, pentru a putea participa la sesiunea demonstrativă, participanţii persoane fizice trebuiau să fie nominalizaţi în oferta depusă, ceea ce, în cazul ..., nu s-a întâmplat.

Prin urmare, susține autoritatea contractantă, ... nu a respectat cerinţa ca, la sesiunea demonstrativă să nu participe decât acei experţi care, în prealabil, fuseseră „propuşi", adică declaraţi ca membri ai echipei acelui ofertant, deci nominalizaţi ca persoane fizice, experţi, în cadrul propunerii tehnice depuse până la data şi ora-limită precizate în anunţul de participare.

Conform mențiunilor de la pagina 152 din cadrul ofertei, ... se raportează la ofertant, iar nu la prestator, ceea ce reprezintă, în opinia autorității contractante, o modificare faţă de caietul de sarcini, deși precizează că experţii non-cheie pot fi alocaţi doar „suplimentar" faţă de experţii cheie, deci numai dacă va constata că nu poate îndeplini contractul în condiţiile ofertate doar cu aceştia din urmă, ceea ce, din punct de vedere temporal, face trimitere la executarea unui contract semnat cu autoritatea contractantă.

Chiar dacă nu se face trimitere la momentul executării contractului, ci la momentul depunerii ofertei, experţii non-cheie ar fi trebui să fie nominalizaţi la nivel de persoană fizică, întrucât, potrivit ofertei, ... dacă ar fi înţeles să utilizeze acest tip de experţi în cadrul sesiunii demonstrative, atunci ofertatul ar fi trebuit să îi „aloce", iar alocarea nu se poate face decât prin nominalizare.

În plus, se arată că menţiunea ulterioară din cadrul ofertei: *„Experţii nu vor fi în conflict de interese cu responsabilităţile ce le-au fost atribuite*" nu poate produce efecte decât dacă experţii respectivi sunt nominalizaţi și identificaţi *in concreto*.

În concluzie, mențiunea contestorului *„echipa a fost formată din [...] experţi non-cheie cooptaţi în cadrul echipei [...] ce este propusă pentru a derula proiectul în cazul în care oferta ... va fi cea câştigătoare*", contravine, în opinia autorității contractante, prevederilor caietului de sarcini, răspunsului la întrebarea nr.4 din cadrul Clarificării nr.5/95925 din 03.04.2018 şi chiar ofertei depuse de ..., întrucât nu echipa, ca întreg sau categorie ori subcategorie abstractă, trebuia propusă, ci experţii, ca persoane fizice, ceea ce nu s-a întâmplat, doamna ... şi domnul ... nefiind menţionaţi în oferta depusă de ...

Având în vedere cele menționate, prin raportare la răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă apreciază incidente dispoziţiile art.134, alin.6 din H.G. nr.395/2016, motiv pentru care se impune respingerea ofertei depuse de ...

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei depusă de ...

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.101/2016.

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

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ... a depus, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr.53203/27.12.2018, Concluzii scrise, apreciind că motivele reținute de comisia de evaluare, în susținerea deciziei de respingere a ofertei sale, sunt contradictorii, autoritatea contractantă încercând modificarea, la acest moment, a cerințelor documentației de atribuire. Potrivit contestatorului, autoritatea contractantă avea obligația legală de a solicita clarificări, precum și de a clarifica calitatea experților propuși de societatea sa la data la care a avut loc sesiunea demonstrativă. Apreciind că autoritatea contractantă s-a raportat în evaluarea ofertei sale, la cerințe care nu au făcut obiectul caietului de sarcini, contestatorul solicită admiterea contestației sale cu consecința anulării actelor nelegale emise de comisia de evaluare.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ***„Achiziţie de servicii de mentenanţa si suport tehnic pentru ...)"*,** prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participre nr.....

Au fost depuse două oferte, care au fost vizualizate, în SEAP, la data de 11.04.2018, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.96165.

Ulterior ședinței de desfășurare a sesiunii demonstrative, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.100377/29.06.2018, prin procesul-verbal nr.4, înregistrat sub nr.106747/03.12.2018, oferta depusă de ... a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, despre care a luat cunoștință din comunicarea intermediară nr.106748/03.12.2018, ... a depus, în termenul legal, contestația de față.

Cauțiunea a fost constituită în cuantumul prevăzut de lege, prin recipisa de consemnare nr.205098564/1 din 10.12.2018, emisă de CEC Bank – Sucursala ....

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

Oferta depusă de ..., după cum rezultă din procesul-verbal nr.4, înregistrat sub nr.106747/03.12.2018, a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016, deoarece, prin răspunsul la clarificări, contestatorul ar fi modificat propunerea tehnică, în sensul în care, la sesiunea demonstrativă organizată, au participat două persoane,

respectiv ... și ..., care nu făceau parte din echipa experților propuși de ofertant.

Analizând pretinsul considerent de nelegalitate a deciziei de respingere a ofertei sale, invocat de contestator, constând în faptul că adresa reprezentând comunicarea intermediară nr.106748/03.12.2018 este lovită de nulitate absolută, întrucât comisia de evaluare nu are competența necesară de a efectua actele prevăzute de lege în sarcina autorității contractante, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale, în forma avută la data inițierii procedurii de atribuire:

- art.214 alin.2 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care:

*„Pe durata procesului de evaluare, **autoritatea contractantă are obligația de a transmite candidaților/ofertanților rezultate parțiale**, aferente fiecărei etape intermediare a acestui proces, respectiv rezultatul verificării candidaturilor/DUAE și rezultatul evaluării ofertelor, în conformitate cu condițiile specifice prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi.”;*

- art.142 alin.2 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care:

*„**Autoritatea contractantă are obligația de a efectua și comunicările** prevăzute la secțiunea a 13 –a a cap.IV din Lege.”;*

- art.127 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care:

„(1) În raport cu sarcinile şi responsabilităţile, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuţii:

a) deschiderea ofertelor şi, după caz, a altor documente care însoţesc oferta;

b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanţi/candidaţi;

c) realizarea selecţiei candidaţilor, dacă este cazul;

d) desfăşurarea dialogului cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv;

e) desfăşurarea negocierilor cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurilor de negociere;

f) verificarea conformităţii propunerilor tehnice ale ofertanţilor cu prevederile caietului de sarcini;

g) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanţilor în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanţi, inclusiv verificarea conformităţii cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv, precum şi, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situaţia prevăzută la art. 210 din Lege;

i) elaborarea solicitărilor de clarificări şi/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare şi/sau ofertelor;

j) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile şi/sau neconforme, precum şi a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile;

l) aplicarea criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare, astfel cum a fost prevăzut în anunţul de participare/simplificat/de concurs;

m) stabilirea ofertei/ofertelor câştigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii;

n) elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei şedinţe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape şi a raportului procedurii de atribuire.

(2) Rapoartele intermediare şi raportul procedurii de atribuire se înaintează de către preşedintele comisiei de evaluare conducătorului autorității contractante spre aprobare."

Din economia dispozițiilor legale enunțate, rezultă că obligația de a comunica ofertanților rezultatele parțiale aferente fiecărei etape intermediare din cadrul procedurii de atribuire, revine autorității contractante, iar nu comisiei de evaluare, a cărei ultimă atribuție constă în elaborarea raportului procedurii și înaintarea lui către conducătorul autorității contractante.

Verificând comunicarea intermediară nr.106748/03.12.2018, emisă în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, se observă că aceasta este semnată de membrii comisiei de evaluare, iar nu de reprezentantul legal al autorității contractante.

Față de împrejurarea că, prin punctul de vedere referitor la contestație, purtând semnătura reprezentantului legal al autorității contractante, sunt combătute argumentele prezentate prin contestație, Consiliul reține că autoritatea contractantă și-a însușit întocmai decizia de respingere a ofertei contestatorului, astfel cum a fost emisă de comisia de evaluare.

Astfel fiind, critica contestatorului va fi respinsă, anularea înscrisului arătat în contextul dat fiind un demers pur formal, de natură a prelungi în mod nejustificat atribuirea contractului.

Procedând la analiza temeiniciei motivului de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține, în esență, că ceea ce reproșează autoritatea contractantă contestatorului, constă în faptul că acesta ar fi modificat propunerea tehnică deoarece, la sesiunea demonstrativă organizată la sediul autorității contractante, au participat două persoane, respectiv dna. ... și dl. ..., care nu făceau parte din echipa experților propuși de ofertant.

În soluționare, relevante se reține a fi următoarele prevederi ale caietului de sarcini:

„5.5 Cerințe privind personalul proiectului

5.5.1 ***Experți cheie***

Toți experții care vor avea un rol important în implementarea contractului vor fi denumiți experți cheie*. Cerințele legate de calificarea experților (informațiile privind calificările și experiența profesională a experților) sunt precizate în cele ce urmează. Exclusivitatea experților cheie este considerată doar pentru timpul*

efectiv de lucru în care aceștia desfășoară activități în cadrul proiectului, în numele Prestatorului.

Responsabilitățile și calificările experților cheie:

1. *Manager de proiect (…)*
2. *Dezvoltator software – minim 2 specialiști (…)*
3. *Arhitect de soluție (…)*
4. *Analist de Business (…)*
5. *Coordonator testare (…)*
6. *Administrator bază de date (…)*
7. *Expert Securitate informațională (…)*

5.5.2 ***Experți non-cheie***

Pe lângă experții cheie solicitați prin cerințele de calificare, Prestatorul poate să selecteze și să angajeze alți experți în acord cu specificul activităților din contract, denumiți experți non-cheie*. Experții nu trebuie să fie în conflict de interese cu responsabilitățile ce le-au fost atribuite. În cazul în care experții nu au abilități de conversație în limba română, necesare pentru comunicarea acestora cu personalul ..., prestatorul poate utiliza ca experți non-cheie traducători de limba română.*

5.6 ***Cerințe sesiune demonstrativă***

Achizitorul solicită o sesiune demonstrativă cu rol de proof of concept în care trebuie să fie realizată o prezentare a următorului flux de înregistrare a operatorilor de agricultură ecologică la nivel de DAJ-uri. (...)"

În legătură cu desfășurarea sesiunii demonstrative, prin clarificarea nr.5, vizand documentatia de atribuire, înregistrată sub nr.95925/03.04.2018, la întrebarea nr.4, având conținutul:

„4. În legătură cu cerințele menționate în caietul de sarcini, la cap.5.6 – Cerințe sesiune demonstrativă, vă rugăm să ne oferiți următoarele informații cu privire la sesiunea demonstrativă: (...)

-numărul maxim și calitatea participanților din partea Prestatorului, înțelegând aici raportul juridic avut cu acesta (de muncă etc); (...)",

autoritatea contractantă a formulat răspunsul:

„(...) ***În cadrul sesiunii demonstrative nu există o limitare cu privire la numărul de participanți, aceștia făcând parte din echipa experților propuși din partea fiecărui ofertant****. (...)"*

După cum rezultă din actele dosarului, autoritatea contractantă a organizat sesiunea demonstrativă la data de 29.06.2018, ocazie cu care a încheiat procesul-verbal nr.100377/29.06.2018, din partea ... participând, conform aceluiași înscris, ..., Mihai Angheloiu și ..., care au prezentat împuternicirea f.n./27.06.2018.

Prin adresa de clarificări nr.103102/13.09.2018, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, printre altele, și următoarele:

„23. *Vă rugăm să prezentați clarificări cu privire la echipa de experți care a fost prezentă din partea ofertantului la sesiunea demonstrativă din data de 29.06.2018, astfel:*

- ***să prezentați clarificări cu privire la calitatea în care au participat la sesiunea demonstrative din data de 29.06.2018, dna … și dl…., având în vedere Clarificarea nr.5/95925 din 03.04.2018 și cerințele caietului de sarcini**.",*

răspunsul contestatorului din adresa nr.5482/19.09.2018, fiind următorul:

*„**Referitor la echipa de experți care a fost prezentă din partea SIVECO România la sesiunea demonstrativă din data de 29.06.2018, dorim să clarificăm că echipa a fost formată din experți cheie nominalizați în cadrul ofertei (dl Mihai Angheloiu) și experți non cheie cooptați în cadrul echipei (dna … și dl …) ce este propusă pentru a derula proiectul în cazul în care oferta … va fi cea câștigătoare**."*

Acest răspuns, după cum s-a arătat, a fost considerat, de către autoritatea contractantă, ca fiind unul prin care contestatorul ar fi modificat propunerea tehnică, astfel că s-a reținut incidența dispozițiilor art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016.

Consiliul constată că, în raport cu cerințele de la cap.5.5.1 – „*Experți cheie*" și 5.5.2 – „*Experți non-cheie*" din caietul de sarcini, contestatorul a inclus în propunerea tehnică următoarele informații:

- la pag.114 din propunerea tehnică:

*„Personalul de specialitate, **experti cheie si non-cheie**, care va trata solicitarile Achizitorului conform SLA este format din diversi specialisti, cum ar fi:*

- *Expert analist de business– Suport Tehnic nivelul 1 si 2*
- *Consultant implementare si suport tehnic– Suport Tehnic nivelul 1 si 2*
- *Expert dezvoltare software senior – Suport Tehnic nivelul 3*
- *Expert dezvoltare software junior – Suport Tehnic nivelul 3*
- *Expert testare*
- *Expert programator și optimizare baze de date – Suport Tehnic nivelul 3*
- *Expert GIS/LPIS – Suport tehnic nivel 2 si 3*
- *Responsabil de calitate – toate nivelele, monitorizarea serviciilor*
- *Expert administrare baze de date – Suport tehnic nivelele 2 si 3*
- *Expert administrare aplicatii – Suport tehnic nivelele 2 si 3*
- *Expert securitate informationala*

In acest sens, în livrabilul Acord Nivel Servicii (SLA) Prestatorul va prezenta informații despre lista persoanelor din echipa de intervenție, care vor asigura serviciile de mentenanță și suport tehnic."

- la pag.152 din propunerea tehnică:

*„**7.3.2 Echipa de proiect a prestatorului***

Manager de proiect (…)
Dezvoltator software – minim 2 specialiști (…)
Arhitect de soluție (…)

Analist de Business (…)
Coordonator testare (…)
Administrator bază de date (…)
Expert Securitate informațională (…)

Suplimentar fata de experții cheie, Ofertantul poate să aloce in cadrul echipei de proiect si alți experți denumiti experti non-cheie în acord cu specificul activităților din contract, *cum ar fi : analisti, dezvoltatori, instructori, ingineri de suport tehnic, consultanti implementare, testeri. Experții nu vor fi în conflict de interese cu responsabilitățile ce le-au fost atribuite. În cazul în care experții nu au abilități de conversație în limba română, necesare pentru comunicarea acestora cu personalul ..., prestatorul va utiliza ca experți non-cheie traducători de limba română.*

Exclusivitatea experților cheie este considerată doar pentru timpul efectiv de lucru în care aceștia desfășoară activități în cadrul proiectului, în numele Prestatorului".

Analizând aceste informații, Consiliul constată că ... a întocmit propunerea tehnică cu respectarea cerințelor caietului de sarcini în sensul în care, în cadrul echipei de proiect, a oferit echipa de experți cheie solicitați de autoritatea contractantă, iar în ceea ce privește experții non-cheie și-a prezervat dreptul, în acord cu prevederile cap.5.5.2 din caietul de sarcini, de a aloca în cadrul echipei de proiect și alți experți, denumiți experți non-cheie.

Față de prevederile cap.5.5.2 – „*Experți non-cheie*" din caietul de sarcini, se observă că autoritatea contractantă nu a solicitat nominalizarea experților non-cheie, ci, după cum s-a arătat, a acordat ofertantului libertatea de a selecta și astfel de experți în acord cu specificul activităților din contract.

Verificând cerințele legate de derularea sesiunii demonstrative, astfel cum au fost clarificate prin adresa de clarificări nr.5/03.04.2018, Consiliul constată că acestea nu prevăd vreo obligație în sarcina ofertanților de a nominaliza experții non-cheie, fiind comunicat doar că, în cadrul sesiunii demonstrative, nu există o limitare cu privire la numărul de participanți, aceștia făcând parte din echipa experților propuși din partea fiecărui ofertant.

Așadar, în cadrul sesiunii demonstrative puteau participa persoane din cadrul echipei de experți propuși, adică atât experți cheie, cât și experți non-cheie, aceștia din urmă fiind, de asemenea, experți propuși.

Consiliul nu poate primi în soluționare susținerea autorității contractante conform căreia în aria noțiunii de „*experți propuși*" se regăsesc doar cei care erau nominalizați (ca persoane fizice) în propunerea tehnică, deoarece, după cum s-a arătat, autoritatea contractantă a lăsat libertatea ofertanților de a selecta și angaja și experți non-cheie, astfel că, deși nu au fost nominalizați în sensul dorit de autoritatea contractantă, aceștia au devenit unii ce se încadrează în categoria experților propuși.

De asemenea, nu poate fi primită în soluționare susținerea autorității contractante conform căreia, din utilizarea termenului de *„Prestator”* în cadrul cerințelor din caietul de sarcini se înțelege că experții non-cheie se vor aloca doar suplimentar față de experții cheie și numai dacă nu se poate îndeplini contractul de aceștia în condițiile ofertate, deci experții non-cheie se vor selecta și angaja doar în perioada de executare a contractului. Aceasta deoarece, potrivit art.154 din Legea nr.98/2016, îi revenea autorității contractante obligația de a include în documentația de atribuire toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, orice deducție în sensul invocat de aceasta nerezultând din textul citat al caietului de sarcini.

Nu lipsit de importanță este și faptul că autoritatea contractantă nu a refuzat participarea persoanelor în discuție la sesiunea demonstrativă, comportament ce concordă cu prevederile documentației de atribuire așa cum a fost clarificată, pentru ca, ulterior, să adopte o conduită ce nu s-a impus prin regulile documentației de atribuire.

Prin urmare, interpretarea autorității contractante în sensul în care, prin răspunsul la clarificări nr.5482/19.09.2018, contestatorul ar fi modificat propunerea tehnică este contrară celor reieșite din documentatia de atribuire, propunerea tehnică a societății și clarificarea adusă, răspunsul în discuție lămurind calitatea în care dna ... și dl ... au participat la sesiunea demonstrativă, așa cum s-a cerut prin solicitarea de clarificări.

Astfel fiind, motivul de respingere a ofertei contestatorului este unul neîntemeiat, iar decizia de respingere nelegală, rezultat al unei interpretări eronate a prevederilor documentației de atribuire așa cum a fost clarificată.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul admite contestația, anulează procesul-verbal nr.4, înregistrat sub nr.106747/03.12.2018, în partea referitoare la evaluarea ofertei depusă de ..., precum și actele subsecvente părții anulate, autoritatea contractantă urmând să procedeze la reevaluarea acestei oferte, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează procesul-verbal nr.4, înregistrat sub nr.106747/03.12.2018, în partea

referitoare la evaluarea ofertei depusă de ..., precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertei menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.