

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 455/C5/239,241

Data: 28.02.2023

Prin contestația nr. 51/30.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4712 din 31.01.2023 (obiect al dosarului nr. 239), înaintată de SRL (lider al asocierii SRL - SRL), cu sediul în municipiul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de și convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în municipiul..... formulată împotriva rezultatului licitației deschise, organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în municipiul, în vederea atribuirii contractului de „Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții «Reabilitare și consolidare DJ 191 G: Crasna (DJ 108 G) - Marin - Valcău de Jos (DJ 191 D), km 0+000 - 11+615»”, ce a fost inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1044489 din 03.07.2022, s-a solicitat:

- „ anularea deciziei autorității contractante prin care a fost declarată admisibilă, conformă și câștigătoare oferta asocierii SRL - SRL - această ofertă fiind în realitate inacceptabilă și neconformă;

- anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 1258/20.01.2023, în ceea ce privește:

- o declararea ofertei asocierii SRL - SRL ca inacceptabilă și excluderea din procedură;

- o declararea ofertei asocierii SRL - SRL ca admisibilă, conformă și câștigătoare;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, respectiv la reevaluarea ofertelor înaintate, în conformitate cu și în limitele motivării deciziei ce urmează a fi pronunțată”.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată din 30.01.2023 (obiect al dosarului nr. 241), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4721 din 31.01.2023, înaintată de SRL (lider al asocierii SRL - SRL), cu sediul în

municipiul, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., CUI, reprezentată legal de, administrator, și convențional de SCPA, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în municipiul, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, solicitând:

- „anularea raportului procedurii nr. 1258/20.01.2023, a proceselor-verbale de evaluare, care au stat la baza emiterii acestuia (precum, de exemplu, procesul-verbal nr. 18453/18.10.2020 și procesul-verbal nr. 23646/28.12.2022) și a rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 1264/20.01.2023 , prin care oferta depusă de asocieria SRL - SRL a fost declarată drept inacceptabilă și neconformă, iar oferta asocierii SRL - SRL a fost declarată drept admisibilă și câștigătoare, a tuturor și oricăror acte, care au stat la baza emiterii acestora, precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente și/sau conexe;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocieria SRL - SRL;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocieria SRL - SRL, în privința caracterului admisibil al acesteia și al punctajului obținut, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale invocate prin prezenta contestație;

- obligarea autorității contractante la reluarea și continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor, aplicarea în mod corespunzător a criteriului de atribuire ofertelor admisibile depuse în procedura de atribuire, precum și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii;

- în subsidiar, solicităm anularea procedurii de atribuire sau obligarea autorității contractante la anularea acesteia;

- acordarea cheltuielilor ocazionate de prezenta procedură”.

Prin adresele transmise prin mijloace electronice (e-mail), înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., respectiv sub nr. din 13.02.2023, ... SRL (lider al asocierii SRL - SRL), cu sediul în localitatea, ... înmatriculată în registrul comerțului cu nr. J06/278/1999, CUI, reprezentată legal de, administrator, și convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în municipiul, ... a înaintat două cereri de intervenție accesorie în interesul Județului, solicitând respingerea contestațiilor formulate de SRL și de SRL, ca neîntemeiate.

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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

(1) Prin contestația nr. 51/30.01.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliul sub nr. 4712, ... SRL atacă adresa de comunicare a rezultatul procedurii nr. 1270/20.01.2023, potrivit căreia „(...) în urma evaluării ofertei depuse la procedura mai sus menționată, oferta dumneavoastră a fost declarată inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016”, motivat de faptul că nu ar fi îndeplinit cerința privind modalitatea de constituire a garanției de participare, așa cum se preciza în fișa de date a achiziției.

În susținerea contestației, autoarea ei arată, pe de-o parte, că decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă, este nelegală, iar, pe de altă parte, susține că oferta depusă de SRL este, în realitate, inacceptabilă și neconformă.

Privitor la respingerea ofertei sale, contestatorul menționează că, la data publicării documentației de atribuire în SEAP (03.07.2022), în fișa de date a achiziției, la cap. III. 1.6. a) Garanția de participare, au fost transpuse dispozițiile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

La data de 21.07.2022 a fost publicată, în Monitorul Oficial al României, Legea nr. 225/2022 pentru aprobarea OUG nr. 19/2022, lege ce a intrat în vigoare la data de 24.07.2022.

Potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (5) din OUG nr. 19/2022, „Pentru contractele de achiziție publică/contractele sectoriale aflate în procedura de achiziție publică sau pentru care urmează a fi organizată o procedură de achiziție publică, garanția de participare se constituie prin virament bancar sau instrument de garantare emis, în condițiile legii, de orice instituție financiară sau societate de asigurări”, iar potrivit dispozițiilor art. 4 din OUG nr. 19/2022, „Prevederile prezentei ordonanțe de urgență se aplică contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale aflate în derulare, aflate în procedura de achiziție publică sau pentru care urmează a fi organizată o procedură de achiziție publică la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență și care se află în situația prevăzută la art. 1 alin. (2) la aceeași dată”.

Contestatorul subliniază faptul că, potrivit art. 115 din Constituția României, „ordonanțele de urgență” au caracterul unor acte normative emise de Guvern în situații extraordinare, a căror reglementare nu poate fi amânată, având aplicabilitate directă.

Așadar, în ceea ce privește garanțiile de participare pentru procedurile de atribuire aflate în curs de derulare la data de 24.07.2022, începând cu această dată, sunt aplicabile dispozițiile art. 2 alin. (5) din OUG nr. 19/2022, fără ca legea să impună alte condiții suplimentare.

Astfel, având în vedere că ofertele au fost depuse după data de 24.07.2022, contestatorul a făcut dovada constituirii garanției de participare prin *Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. 202208034WIZ* din 09 august 2022, emisă de WIZ COVER IFN SA - o instituție financiară nebancară (IFN), aprobată de Banca Națională a

României, aceasta fiind inclusă în Registrul General al Instituțiilor Financiare Nebancare Active, conduită în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (5) din OUG nr. 19/2022.

În acest sens a fost formulat și răspunsul la solicitările de clarificări nr. 1277/16.08.2022, și anume că *Scrisoarea de garanție de participare la licitație nr. 202208034WIZ* din 09 august 2022, emisă de WIZ COVER IFN SA, îndeplinește toate condițiile legale, în vigoare, la data depunerii ofertei.

Pe de altă parte, contestatorul arată că, la data de 24.07.2022 - data intrării în vigoare a dispozițiilor art. 2 alin. (5) din OUG nr. 19/2022, expirase atât termenul de contestare a documentației de atribuire, cât și termenul pentru solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri, sens în care nu ar fi putut apela la niciuna dintre aceste remedii indicate de autoritatea contractantă.

Însă, prin respectarea dispozițiilor unui act normativ cu aplicabilitate imediată, nu se poate afirma, nicidecum, că s-ar încălca principiile transparenței, nediscriminării și al tratamentului egal, cum susține autoritatea contractantă. Din contră, refuzul nejustificat al autorității contractante de a lua în considerare dispozițiile OUG nr. 19/2022, afectează aceste principii.

Pe de altă parte, contestatorul arată că oferta asocierii SRL – SRL (denumită, în continuare asocierea) este inacceptabilă în sensul dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, întrucât ofertantul și-a modificat, practic, propunerea tehnică prin răspunsurile la solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă. O serie de documente esențiale, impuse prin caietul de sarcini, pe care ofertanții aveau obligația de a le prezenta în cadrul propunerilor tehnice, au lipsit din propunerea tehnică depusă, în termen, de asocierea Acestea au fost depuse abia ulterior, ca urmare a solicitărilor de clarificări transmise de autoritatea contractantă.

Numai atunci asocierea a prezentat, pentru prima dată, „Declarația pe proprie răspundere privind responsabilii tehnici cu execuția care vor lucra strict pentru acest obiectiv, din cadrul companiei”, nominalizând abia prin această declarație persoanele care sunt angajate sau urmează a fi angajate în cadrul societății SRL și funcțiile pe care acestea le vor îndeplini în cadrul proiectului.

La fel a fost depusă, pentru prima dată, și Declarația pe proprie răspundere a dlui., nominalizat în funcția de șef de șantier.

Atașat răspunsurilor la solicitările de clarificări, asocierea a depus cu totul alt angajament, cel înaintat împreună cu oferta fiind aferent unei alte proceduri de atribuire și nu prezentei proceduri.

Mai mult, documentele justificative privind dovedirea experienței similare pentru șeful de șantier, nominalizat odată cu propunerea tehnică, au fost înaintate numai ca urmare a solicitărilor de clarificări transmise de autoritatea contractantă.

Remedierea lipsei totale a acestor documente, esențiale din punct de vedere tehnic, potrivit caietului de sarcini, numai ca urmare a solicitărilor de clarificări transmise de autoritatea contractantă, nu poate echivala cu remedierea „unor vicii de formă” sau cu „corectarea unor abateri tehnice minore”, în sensul dispozițiilor art. 134 alin. (7) și (8) din HG nr. 395/2016.

Totodată, deși aceste modificări nu au condus la o eventuală modificare a prețului total al ofertei aparținând societății SRL, acestea au fost apte a conduce, în mod evident, la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire, atât timp cât criteriul de atribuire aplicat este „cel mai bun raport calitate – preț”, iar, conform punctului II.2.5 din fișa de date a achiziției, componenta tehnică reprezintă un factor decisiv în calculul punctajului final.

Nu în ultimul rând, contestatorul reclamă faptul că valoarea ofertei depuse de asocieria (de 53.425.000 lei) depășește cu 10% valoarea estimată a contractului de achiziție publică (de 49.014.204,06 lei). Prin urmare, oferta asocierii trebuia declarată inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Însă, deși valoarea ofertei asocierii s-ar încadra în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului, conducerea autorității contractante confirmând, prin adresa nr. 2085/22.11.2022, că ar dispune de fonduri suplimentare pentru acest obiect de investiție, în cuantum de 63.631.150,00 lei (inclusiv TVA) - 51.541.231,50 lei, fără TVA, respectiv că valoarea ofertei asocierii nu depășește procentele de la art. 221 alin. (1) lit. f) pct. ii) din lege, contestatorul apreciază, totuși, că această disponibilitate financiară suplimentară se impune a fi și dovedită, nu doar confirmată de către autoritatea contractantă, în virtutea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice.

Prin adresa nr. 2275/06.02.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 6330/08.02.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația înaintată de SRL, precum și copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

În referire la evaluarea ofertei asocierii SRL- SRL (asocieria), autoritatea contractantă arată că, prin fișa de date a achiziției, nu s-a permis ofertanților să constituie garanția de participare prin polițe emise de instituții financiare nebancare, prevedere ce a rămas definitivă prin neatacarea sa în termenul legal.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă subliniază faptul că dispozițiile OUG. nr. 19/2022, invocate de petent, se referă la modul de constituire a garanției de bună execuție și nu la modul de constituire a garanției de participare, așa cum rezultă inclusiv din denumirea actului normativ: „Ordonanța de urgență nr. 19/2022 privind unele măsuri referitoare la garanțiile de bună execuție constituite în cadrul contractelor de achiziție publică și al contractelor sectoriale”.

Acest lucru mai rezultă inclusiv din Nota de fundamentare a ordonanței. Prin această ordonanță, legiuitorul a dorit să reglementeze constituirea noilor garanții de bună execuție în contextul falimentului asiguratorului CITY INSURANCE, nu să reglementeze și constituirea garanțiilor de participare.

În acest sens este și punctul de vedere emis de ANAP prin adresa nr. 19180/21.09.2022, prin care această instituție, cu atribuții în interpretarea legislației din domeniul achizițiilor publice, precizează că „nu sunt îndeplinite condițiile de aplicabilitate a prevederilor OUG nr. 19/2022”.

În cazul în care Consiliul constată că respingerea ofertei asocierii a fost legală, autoritatea contractantă consideră că acesta nu este o persoană vătămată în condițiile Legii nr. 101/2016 și, prin urmare, ar trebui respins capătul de cerere ce privește evaluarea ofertei depuse de SRL, ca fiind introdusă de o persoană lipsită de interes în a contesta ofertele rămase ca admise.

De asemenea, autoritatea contractantă prezumă că oferta depusă de SC SRL are o propunere financiară mai scăzută decât cea depusă de ofertantul Asocierea SC SRL (Lider) - SC SRL, și, prin urmare, în cazul acceptării capătului de cerere privind admisibilitatea garanției de participare a acestuia, la refacerea clasamentului, oferta depusă de SC SRL ar avea un punctaj mai mare decât cea depusă de Asocierea SC SRL (Lider) - SC SRL, și, în consecință, ar putea fi declarată câștigătoare, fără respingerea ofertei acestuia. Motiv pentru care, și în acest caz, pentru acest capăt de cerere, contestația ar trebui respinsă ca lipsită de interes.

Pe de altă parte, solicitările de respingere a ofertei depuse de asocierea, doar pentru că acesta a prezentat, în completare, niște declarații sau documente de confirmare a unor informații aflate deja în ofertă este, în opinia autorității contractante, în mod evident, neîntemeiată și nelegală, mai ales că nici contestatorul nu are, în cadrul propunerii tehnice, aceste declarații.

Privitor la valoarea ofertei declarate câștigătoare, autoritatea contractantă susține că s-a confirmat posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, precizând că valoarea suplimentării este de 9% din valoarea estimată, încadrându-se în pragul de 15 % menționat la art. 221 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, pentru a fi încadrată ca o modificare nesubstanțială.

În încheiere, autoritatea contractantă solicită, în cazul respingerii contestației, reținerea cauțiunii constituite de SRL (în cadrul dosarului 239/2023).

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail) în 10.02.2023, înregistrată la Consiliul sub nr. din 13.02.2023, ... SRL a înaintat cererea de intervenție accesorie în interesul

Județului, solicitând respingerea contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

Demonstrându-și interesul în formularea cererii de intervenție, autoarea acesteia consideră că SRL nu poate invoca propria culpă pentru a obține anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale, pe motiv că nu respectă prevederile fișei de date a achiziției, câtă vreme nu a exercitat mijloacele puse la dispoziție de lege pentru remedierea documentației de atribuire pretins necorelate cu prevederile Legii nr. 225/2022.

Documentația de atribuire este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile documentației de atribuire [art. 129 alin. (1) din HG nr. 395/2016], cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de atribuire, să respecte prevederile documentației de atribuire pe care a publicat-o, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procedurii de atribuire.

În ceea ce privește oferta sa, intervenientul susține că aceasta este conformă, propunerea sa tehnică nefiind modificată prin răspunsurile la solicitările de clarificări.

Totodată, intervenientul arată că oferta sa este admisibilă, deoarece respectă prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și pe cele ale art. 137 alin. (2) lit. e) și f) din HG nr. 395/2016, coroborate cu cele ale art. 221 alin. (1) lit. f) pct. (ii) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

- autoritatea contractantă poate suplimenta valoarea estimată a achiziției;

- prețul ofertat nu depășește 15% din valoarea estimată a achiziției, prag limită stabilit pentru procedurile de atribuire a unor contracte de lucrări;

- prezenta procedură de atribuire are ca obiect atribuirea unui contract de lucrări în conformitate cu prevederile art. 35 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece obiectul principal al contractului este execuția lucrărilor, inclusiv din perspectiva contravalorii acestora, prin comparație cu cele ale serviciilor, a resurselor (tehnice, umane, financiare), pe care le implică execuția lucrărilor și a obligațiilor și răspunderilor asumate în calitate de antreprenor.

În replică, prin adresa nr. 102/17.02.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 8297/17.02.2023, ...SRL a înaintat răspunsul la cererea de intervenție formulată de SRL, prin care reia aspectele esențiale ce se impun a fi avute în vedere în soluționarea cauzei.

Ulterior, prin corespondența electronică (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 9297/23.02.2023, ...SRL a făcut dovada comunicării concluziilor scrise către intervenient.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 9884/27.02.2023, ... SRL reiterează solicitarea de respingere a contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

(2) În cadrul aceleiași proceduri, ... SRL atacă, prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată din 30.01.2023, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 4721 din 31.01.2023 (obiect al dosarului nr. 241/2023), comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 1264/20.01.2023, potrivit căreia oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul susține că, în opinia autorității contractante: SRL ar fi răspuns neconcludent solicitării de clarificări și oferta sa nu ar respecta cerința documentației de atribuire de a se asigura paza șantierului pe toată durata de execuție a lucrărilor.

Astfel, răspunsul la clarificări ar fi neconcludent, întrucât nu s-ar fi prezentat planul de pază solicitat, iar în paginile din propunerea tehnică indicate în răspuns nu s-ar regăsi informațiile minime solicitate la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003. Totodată, transmiterea unei noi solicitări de prezentare a planului de pază ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal și a prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, autoritatea contractantă a considerat că propunerea tehnică aparținând asocierii nu ar respecta cerința documentației de atribuire de a se asigura paza șantierului pe toată durata de execuție a lucrărilor, deoarece s-ar fi precizat că se va asigura paza doar 8 ore/zi, iar în restul timpului se va face doar monitorizare prin camere de luat vederi.

În acest context, contestatorul arată, pe de o parte, că documentația de atribuire nu impune exigența prezentării unui plan de pază în conformitate cu prevederile Legii nr. 333/2003, stabilind, în mod expres, că planul de pază trebuie întocmit și depus în etapa pregătitoare a execuției lucrărilor, ulterior semnării contractului.

Contestatorul arată că a elaborat propunerea tehnică în conformitate cu cerințele documentației de atribuire referitoare la pază, care lasă la latitudinea ofertanților maniera de întocmire a planului de pază și modalitatea de asigurare a acesteia. Mai mult, au fost furnizate răspunsuri concludente la toate întrebările autorității contractante, cu indicarea inclusiv a secțiunilor relevante din propunerea tehnică.

De altfel, singurul organism abilitat în vederea aprecierii caracterului adecvat al planului de pază este structura de poliție, organizată la nivelul unității administrativ-teritoriale pe raza căreia se află obiectivul, astfel cum reiese din dispozițiile art. 5 alin. (3) din HG nr. 301/2012 privind aprobarea Normelor metodologice de aprobare a Legii nr. 333/2003.

Autoritatea contractantă putea observa doar formal dacă sunt propuse măsuri de pază de către ofertant și, ulterior contractării, planul

trebuia dedus analizei organelor de politie competente, singurele care au competențe legale de a se pronunța asupra măsurilor propuse.

În continuare, având în vedere dispozițiile Legii nr. 333/2003, contestatorul arată că teza autorității contractante, potrivit căreia este necesară asigurarea de personal uman, în mod continuu, este, *de plano*, exclusă.

Or, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a respins oferta în baza unei chestiuni asupra căreia nu avea competența de a se pronunța - anume, conformitatea și caracterul adecvat a măsurilor de pază propuse, rezultă că aceasta și-a exercitat prerogativele cu încălcarea limitelor trasate de lege [inclusiv art. 2 alin. (2) lit. e) referitor la principiul proporționalității], emițând în acest sens acte nelegale și netemeinice.

În ceea ce privește oferta depusă de SRL, contestatorul arată că aceasta este, în fapt, inacceptabilă, pentru depășirea valorii estimate a contractului, și neconformă, prin raportare la cerința referitoare la servicii de proiectare și execuție rețele de telecomunicații și servicii de proiectare și execuție rețele de gaze naturale, în condițiile în care nu poate realiza personal aceste servicii și nici nu a declarat subcontractanți în acest sens.

Prin adresa nr. 2290/06.02.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 6332/08.02.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația înaintată de SRL, precum și copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Făcând trimitere la prevederile documentației de atribuire (Fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, pct. 16; cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare; Formularul de propunere tehnică – pag. 34 din secțiunea formulare; caietul de sarcini – pag. 38), precum și la solicitările de clarificări ce vizau serviciile de pază, autoritatea contractantă precizează că asocierea- SRL și asocierea SRL - SRL și-au asumat asigurarea serviciilor de pază pe toată perioadă de execuție a lucrărilor (inclusiv în zilele libere, în weekend, sărbători legale etc.), prin agenți de pază în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, a Legii nr. 333/2003 și cu „Declarația prin care ofertantul se angajează să asigure paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului”. În schimb, asocierea SRL - SRL a precizat că paza șantierului va fi asigurată doar 8 ore în fiecare zi lucrătoare, printr-un agent de pază, iar, pe timp de noapte și în perioada zilelor libere, paza șantierului va fi asigurată prin supraveghere video.

Această diferență de asumare are impact și asupra propunerii financiare. În acest sens, autoritatea contractantă arată că asocierea- SRL a fost respinsă la etapa financiară, deoarece nu și-a corelat propunerea financiară cu propunerea tehnică, neprevăzând fonduri pentru plata agenților de pază pe toată perioada de

execuție a lucrărilor, respectiv asigurarea unui salariu orar de minim 17,829 lei/oră.

Revenind asupra ofertei depuse de SRL, autoritatea contractantă subliniază faptul că paza se realizează doar prin agenți de pază calificați, respectiv persoane ce dețin atestat de pază conform prevederilor art. 12 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 36 lit. d) din Legea nr. 333/2003.

Totodată, supravegherea video este un mijloc de pază, așa cum este definit la art. 27 alin. (5) din Legea nr. 333/2003, și nu înlocuiește personalul calificat atestat profesional.

Mai mult, deși i-a solicitat petentului să prezinte „Planul de pază”, acesta nu a prezentat documentul solicitat, precizând doar că planul se regăsește în propunerea tehnica la paginile: 283; 299; 305; 324; 341; 358; 377; 394; 405; 418; 429; 442; 449; 460; 475; 489; 493; 494; 505; 517; 534; 554; 568; 576; 592; 604; 616; 634.

Or, în urma verificării acestor pagini, s-a constatat că, de fapt, se regăsește o precizare cu caracter general: „Acestea vor fi depozitate în cadrul organizării de șantier, care va fi păzită de personal, cât și cu camere video pentru înregistrare eventualele evenimente”, fără a se regăsi, în fapt, informațiile minime solicitate la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor.

Chiar dacă în cadrul documentației de atribuire sau în cadrul solicitării de clarificări, nu s-a cerut ca planul de pază să fie prezentat într-un fel anume, nimeni nu poate invoca, drept cauză justificativă, necunoașterea legislației în vigoare. Tot în aceeași ordine de idei, motivul respingerii ofertei nu a fost că planul de pază nu a fost întocmit „conform Legii nr. 333/2003”, ci pentru motivul că nu conținea, într-o formă sau alta (în sensul că nu s-a solicitat „forma”, ci „conținutul”, element distinct), cu informațiile minime solicitate la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor.

Faptul că, planul de pază urmează să fie depus și în original, după semnarea contractului, are o logică, în sensul că, potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea nr. 333/2003, planul de pază trebuie avizat de către poliție. Or, în cadrul ofertei, autoritatea contractantă nu a solicitat ca planul de pază să se prezinte avizat de poliție, ci doar ulterior, doar de către ofertantul câștigător. De altfel, prin avizul poliției, s-ar putea să se impună și alte măsuri decât cele asumate inițial de ofertant.

În ceea ce privește criticile contestatorului ce vizează oferta declarată câștigătoare, autoritatea contractantă apreciază că, în cazul în care Consiliul constată că respingerea ofertei SRL a fost legală, aceasta nu este o persoană vătămată în condițiile Legii nr. 101/2016 și, prin urmare, ar trebui respins capătul de cerere ce vizează evaluarea

ofertei depuse de SRL, ca fiind introdusă de o persoană lipsită de interes în a contesta ofertele rămase ca admise.

De asemenea, autoritatea contractantă prezumă că oferta depusă de asocierea are o propunere financiară mai scăzută decât cea depusă de ofertantul Asocierea SC SRL (Lider) - SC SRL, și, prin urmare, în cazul acceptării capătului de cerere privind admisibilitatea ofertei asocierii, cu refacerea clasamentului, oferta depusă de asocierii ar avea un punctaj mai mare decât cea depusă de Asocierea SC SRL (Lider) - SC SRL, și, prin urmare ar putea fi declarată câștigătoare, fără respingerea ofertei acestuia. Motiv pentru care, și în acest caz, pentru acest capăt de cerere, contestația ar trebui respinsă ca lipsită de interes.

Privitor la valoarea ofertei declarate câștigătoare, autoritatea contractantă susține că s-a confirmat posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, precizând că valoarea suplimentării este de 9 % din valoarea estimată, încadrându-se în pragul de 15 % menționat la art. 221 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, pentru a fi încadrată ca o modificare nesubstanțială.

Față de afirmația contestatorului, potrivit căreia oferta depusă de asocierea este neconformă, prin raportare la cerința referitoare la servicii de proiectare și execuție rețele de telecomunicații și servicii de proiectare și execuție rețele de gaze naturale, autoritatea contractantă precizează că, dintr-o eroare, s-a consemnat în răspunsul consolidat că trebuie relocate utilități de rețele de gaze naturale. În fapt, prin răspunsul consolidat s-a dorit să se spună că în certificatul de urbanism sunt solicitate avize pentru următoarele utilități: gaze naturale, alimentare cu energie electrică și telefonie.

Or, din avizul de la distribuitorul de gaze naturale, rezultă în mod clar, fără urmă de tăgadă, că nu există rețea de distribuție gaze naturale în zona lucrărilor, nefiind necesară autorizarea antreprenorului în proiectarea și execuția de relocări de conducte de distribuție de gaze naturale.

În încheiere, autoritatea contractantă solicită, în cazul respingerii contestației, reținerea cauțiunii constituite de SRL (în cadrul dosarului nr. 241/2023).

Prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliul sub nr. din 13.02.2023, ... SRL a înaintat cererea de intervenție accesorie în interesul Județului (în cadrul dosarului nr. 239/2023), solicitând respingerea contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

Astfel, intervenientul arată că, deși documentația de atribuire prevedea obligația ofertantului de a prezenta, în cadrul propunerii tehnice, un plan de pază pentru a asigura servicii de pază a șantierului, pe întreaga durată de execuție, contestatorul a omis să prezinte acest plan atât în cadrul ofertei, cât și în răspunsul la solicitarea autorității

contractante de a prezenta respectivul plan, din care să reiasă personalul alocat per tură, organizarea turelor și să confirme că serviciile de pază vor fi asigurate pe toată perioada de execuție a lucrărilor (inclusiv în zilele libere, weekend, sărbători legale, etc.), nu a prezentat documentul solicitat.

Paginile indicate de contestator conțin precizări cu caracter general privind prestarea serviciilor de pază, motiv pentru care autoritatea contractantă a reținut, în mod întemeiat, că ofertantul nu a prezentat, în realitate, un plan de pază, care cuprinde informațiile minime solicitate la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333 /2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor și că a răspuns neconcludent la solicitarea de completare a ofertei.

În ceea ce privește oferta sa, intervenientul susține că aceasta este admisibilă, deoarece respectă prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și pe cele ale art. 137 alin. (2) lit. e) și f) din HG nr. 395/2016, coroborate cu cele ale art. 221 alin. (1) lit. f) pct. (ii) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

- autoritatea contractantă poate suplimenta valoarea estimată a achiziției;

- prețul ofertat nu depășește 15% din valoarea estimată a achiziției, prag limită stabilit pentru procedurile de atribuire a unor contracte de lucrări;

- prezenta procedură de atribuire are ca obiect atribuirea unui contract de lucrări în conformitate cu prevederile art. 35 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece obiectul principal al contractului este execuția lucrărilor, inclusiv din perspectiva contravalorii acestora prin comparație cu cele ale serviciilor, a resurselor (tehnice, umane, financiare), pe care le implică execuția lucrărilor și a obligațiilor și răspunderilor asumate în calitate de antreprenor.

Totodată, intervenientul arată că oferta sa este conformă și cuprinde serviciile de proiectare și execuția lucrărilor de relocare utilități, astfel cum s-a solicitat prin documentația de atribuire.

Mai mult, potrivit documentației de atribuire, contractul nu include servicii de proiectare ori execuția de lucrări de relocare rețele de gaze naturale.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 7416/14.02.2023, ... SRL a înaintat răspuns la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, solicitând respingerea apărărilor acesteia.

În susținerea cererii sale, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a precizat, în niciun document, că în faza de ofertare ar fi aplicabilă Legea nr. 333/2003 - nici în cadrul *secțiunii III.1.9 - Legislația aplicabilă*, din Instrucțiunile pentru ofertanți (pg. 20-21) și nici în caietul de sarcini.

În egală măsură, autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția ofertanților niciun formular-tip care să înglobeze planul de pază și a precizat expres în caietul de sarcini (pg. 37) că acesta trebuie întocmit și depus în etapa pregătitoare a execuției lucrărilor, ulterior semnării contractului.

Mai mult, niciunde în cuprinsul solicitării de clarificări autoritatea contractantă nu a făcut trimitere la prevederile Legii nr. 333/2003 și/sau nu a menționat că ar fi necesară transmiterea unui plan de pază întocmit în conformitate cu acest act normativ și care sunt mențiunile pe care ar fi trebuit să le cuprindă, potrivit dispozițiilor art. 5 din Legea nr. 333/2003 (caracteristicile obiectivului păzit în zona respectivă, instalațiile și mijloacele tehnice de pază și de alarmare, consemnul posturilor etc.).

Nu în ultimul rând, contestatorul își justifică interesul în criticarea ofertei depuse de SRL atât timp cât demersul său mai poate face obiectul unei căi de atac. În mod cert, soluția pronunțată de Consiliu este susceptibilă de plângere, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Referitor la solicitarea autorității contractante de a-i reține cauțiunea, ... SRL precizează că aceasta nu poate fi reținută de Consiliu, în procedura de soluționare a contestației, ci de către instanță, în baza unui demers distinct. Pe cale de consecință, solicitarea autorității contractante este străină prezentului cadru procesual.

În al doilea rând, cauțiunea ar putea fi reținută doar în situația în care s-ar proba incidența în speță a condițiilor răspunderii ofertantului. Or, în mod cert, nu se verifică niciuna dintre aceste condiții, întrucât societatea a acționat cu bună-credință, în exercitarea unui drept legitim.

Ulterior, prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 7877/16.02.2023, ... SRL a înaintat note scrise, prin care înțelege să justifice caracterul confidențial al elementelor enumerate în declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial.

Notele scrise au fost înaintate și intervenientului, dovada fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 9066/22.02.2023.

La rândul său, entitatea contractantă a transmis răspuns la concluziile scrise ale contestatorului din 14.02.2023, reiterând aspectele precizate în punctul de vedere (adresa nr. 3666/27.02.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 9878/27.02.2023).

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 9879/27.02.2023, ... SRL reiterează solicitarea de respingere a contestației formulate de SRL, ca neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 10106/28.02.2023, ... SRL a înaintat concluzii scrise, prin care reiterează criticile din contestația sa.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Având în vedere solicitarea adresată Consiliului de intervenientul SRL, de a studia dosarele conexe nr. 239/2023 și nr. 241/2023, la sediul CNSC, și luând în considerare „Declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial (Formularul nr. 8)”, datată la 01.08.2022, depusă de asocieria SRL - SRL (contestator în cauza nr. 241/2023), Consiliul are în vedere, pentru stabilirea documentelor ce vor fi puse la dispoziția intervenientului, dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 precum și notele scrise transmise de către SRL prin mijloace electronice (e-mail), înregistrate la Consiliu sub nr. 7877/16.02.2023.

Prin intermediul acestor note, contestatorul demonstrează îndeplinirea condițiilor care să nu permită părți litigioase accesul la documentele declarate confidențiale, și anume faptul că (i) documentele declarate confidențiale cuprind secrete tehnice și/sau comerciale, iar (ii) dezvăluirea lor ar prejudicia interesele legitime ale societății.

În susținere, contestatorul invocă jurisprudența Tribunalului UE (Hotărârea TUE din 21 septembrie 2016, T- 363/14 Secolux vs. Comisia par. 49.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 19 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv pe cele ale art. 1¹ lit. e) din Legea nr. 11/1991.

În raport de prevederile legale în vigoare și argumentele prezentate de ofertantul asocieria SRL - SRL, Consiliul apreciază că, în stabilirea caracterului confidențial al unei oferte, este relevantă Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții de Justiție a Uniunii Europene, Cauza C-450/06, Varec SA împotriva État Belge, în considerentele căreia s-a statuat:

“43 (...) în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

49 (...) protecția secretelor comerciale constituie un principiu general.
(...)

51 (...) în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora. (...)

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul

menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora.

55 (...) organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.”

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să pună la dispoziția intervenientului, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, dosarul achiziției publice (al cărui conținut este prevăzut de art. 148 din HG nr. 395/2016), cu excepția anexei 3 la contestația înaintată de SRL, precum și a anexei 4 la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, a filelor 41-56 și 71-87 din vol. 5/11, a filelor 1-6 și 105-149 din vol. 6/11, integral, și a volumelor 10/11 și 11/11 integral, care cuprind propunerea tehnică, răspunsuri la solicitările de clarificări, ce conțin informații din propunerea tehnică depusă de asocieria

Pentru a decide astfel, Consiliul a aplicat principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, nepermițând intervenientului, care a invocat caracterul confidențial al propunerilor sale tehnice și a celei financiare, accesul la documentele similare ale contestatorului SRL, în această manieră fiind protejate drepturile ofertanților care au prezentat declarații privind confidențialitatea ofertelor.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 03.07.2022, o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de „Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiectivul de investiții «Reabilitare și consolidare DJ 191 G: Crasna (DJ 108 G) - Marin - Valcău de Jos (DJ 191 D), km 0+000 - 11+615»”, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1044489.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a le respinge ofertele și de a declara drept câștigătoare oferta depusă de asocieria SRL – SRL, ... SRL și SRL au depus contestațiile de față, solicitând anularea comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestora, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor lor, precum și a celei depuse de asocieria În subsidiar, contestatorul SRL solicită anularea procedurii de atribuire în cauză.

Consiliul reține și că societatea SRL a formulat două cereri de intervenție accesorie în interesul Județului, față de contestațiile formulate de SRL și de SRL, solicitând respingerea acestora, ca neîntemeiate. Cererile de intervenție au fost depuse, la Consiliu și comunicate contestatoarelor și autorității contractante în data

de 10.02.2023, cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat contestația, în SEAP, la data de 01.02.2023.

La analiza condițiilor de formulare a cererilor, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea lor, analiza acestora continuând în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208854905/1, în valoare de 980.284,08 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, la data de 02.02.2023 (cauza nr. 239/2023), iar contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208854501/1, în valoare de 980.285 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Oradea, la data de 02.02.2023 (cauza nr. 241/2023).

Recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Relativ la excepția invocată de autoritatea contractantă, privind lipsa de interes a fiecărui contestator, Consiliul o va respinge, ca nefondată, având în vedere dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și faptul că SRL și SRL au criticat atât respingerea ofertelor proprii, cât și modul de evaluare a ofertei declarate câștigătoare (solicitând respingerea acesteia), nu o situație a ei pe un loc inferior ofertelor contestatorilor.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că are incidență cauza Archus and Gama, C-131/16, fiind pe deplin aplicabilă interpretarea CJUE în materia Directivei 92/13/CE a Consiliului [„59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea «un anumit contract» în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice], atât timp cât, în speță, ... SRL și SRL au formulat o cale de atac împotriva deciziei de respingere a ofertelor lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan. Prin urmare, ... SRL

și SRL nu pot fi considerați excluși definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice.

Astfel, în conformitate cu hotărârea CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, cei doi contestatori, în calitatea lor de ofertanți respinși, care au formulat o cale de atac împotriva respingerii ofertelor lor și a raportului procedurii, au interesul să solicite excluderea ofertei câștigătoare, deoarece noțiunea „un anumit contract”, în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13, poate viza eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice. În acest context, Consiliul constată că unul din capetele de cerere formulate de contestatorul SRL vizează anularea procedurii de atribuire.

Înainte de a trece la analiza pe fond a contestațiilor, Consiliul reține că în procedura de atribuire au fost depuse 6 oferte, de către:

1. Asocierea- SC SRL;
2. Asocierea SC SRL -;
3. Asocierea SC SRL - SC SRL;
4. Asocierea SC SRL (Lider) - SC SRL;
5. Asocierea SC SRL (Lider) - SC SRL;
6. Asocierea SC SRL [Lider) - SC SRL - SC

Oferta asocierii a fost respinsă pentru nedepunerea garanției de participare conform fișei de date a achiziției.

În etapa de evaluare a propunerilor tehnice au fost admise 3 oferte, oferta asocierii fiind respinsă ca neconformă.

În etapa de evaluare a propunerilor financiare au fost admise 2 oferte, oferta asocierii fiind respinsă, ca neconformă.

Câștigătoare a fost declarată oferta asocierii, pentru valoarea de 53.425.000 lei (mai mare cu 8,26% față de valoarea estimată de 49.014.204,06 lei).

Având în vedere că dosarul 239 și dosarul 241 cuprind o critică similară, referitoare la modul de evaluare a propunerii financiare depuse de SRL, Consiliul o va analiza, mai întâi, pe aceasta.

Contestatorii reclamă faptul că achizitorul a declarat admisibilă oferta asocierii, în valoare de 53.425.000,00 lei, deși aceasta depășește valoarea estimată, fără TVA, de 49.014.204,06 lei, cu 8,26%.

Consiliul reține că, în fișa de date a achiziției, la secțiunea *IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare*, autoritatea contractantă a precizat/a atras atenția că „Ofertele care depășesc bugetul maxim disponibil pentru contract vor fi respinse”.

Ca urmare a evaluării propunerilor financiare, comisia de evaluare a consemnat, în procesul-verbal nr. 20835/22.11.2022, faptul că singura ofertă admisibilă este cea depusă de asocierea, cu valoarea de 53.425.000 lei.

Prin adresa nr. 20850/22.11.2022, comisia de evaluare a solicitat conducerii autorității contractante un punct de vedere privind

posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului:

„În acest moment, Comisia de evaluare se află în etapa de evaluare a propunerilor financiare, etapă în care au intrat 2 ofertanți. Menționăm că, având în vedere prevederile Legii 98/2016, până la data publicării Raportului procedurii, informațiile privind denumirile celor 2 ofertanți sunt confidențiale, motiv pentru care nu le putem preciza în mod distinct.

Revenind la situația de fapt s-a constatat că dintre cele 2 oferte:

- una dintre ele, se încadrează în valoarea estimată, dar în urma justificărilor primite, oferta a fost respinsă ca neconformă;

- cea de a doua ofertă, depășește cu suma de 4.410.795,94 lei, fără TVA valoarea estimată a contractului.

Având în vedere:

- situația în fapt, conform căreia doar oferta care depășește valoarea estimată ar putea fi teoretic declarată admisibilă;

- prevederile art. 137 alin, (2) litera (e) din HG nr. 395/2016: «(2) în condițiile art. 215 alin, (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (e) prețul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică»;

- prevederile art. 221 alin. (2) litera (f) din Legea 98/2016 care prevede faptul că o modificare a contractului de lucrări de până în 15 % este o modificare nesubstanțială;

- oferta teoretic admisibilă, depășește cu doar 9% valoare estimată comunicată prin anunțul de participare, încadrându-se în procentul de maxim 15 %;

- faptul că în Fișa de date s-a menționat că «Ofertele care depășesc bugetul maxim disponibil pentru contract vor fi respinse»;

- adresa. ANAP nr. 25230 din data de 21.11.2022, anexata prezentei adrese, vă rugăm să ne informați dacă Autoritatea Contractantă are posibilitatea aprobării măririi bugetului contractului având ca obiect REABILITARE ȘI CONSOLIDARE DJ 191 G; CRASNA (DJ 108G) - MARIN - VALCÂU DE JOS (DJ 191B), KM 0+000 - 11+615", cu suma de 4.410.795,94 Lei fără TVA.

În situația:

- aprobării solicitării mai sus menționate, comisia de evaluare va continua evaluarea ofertei depuse de acest ofertant, în vederea stabilirii admisibilității/inadmisibilității acesteia;

- neaprobării solicitării procedura de achiziție va fi anulată, având în vedere că ofertele depuse sunt neconforme sau inacceptabile."

Prin adresa nr. 21755/06.12.2022, președintele Consiliului Județean a răspuns solicitării comisiei de evaluare, astfel: „(...) pentru realizarea acestui obiectiv a fost alocată suma de 63.631.150 lei, inclusiv TVA, respectiv 53.471.554 lei, fără TVA, conform anexei 17 la Hotărârea nr. 7 din 28 ianuarie 2022 privind aprobarea bugetului propriu al județului (...) pe anul 2022, și estimării pentru anul 2023-2025, capitolul 84.02. poziția A-17".

În procesul-verbal nr. 22813/19.12.2022, comisia de evaluare a menționat următoarele: „Având în vedere adresa nr. 21755/06.12.2022 prin care Consiliului Județean a răspuns că «pentru realizarea acestui obiectiv a fost alocată suma de 63.631.150 lei, inclusiv TVA, respectiv 53.471.554 lei, fără TVA, conform anexei 17 la Hotărârea nr. 7 din 28 ianuarie 2022» rezultă că (...) autoritatea contractantă dispune de posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică (...).”. Drept urmare, prin raportul procedurii nr. 1258/20.01.2023, s-a aprobat atribuirea contractului către asocierea, pentru valoarea de 53.425.000 lei, fără TVA.

Consiliul constată că, prin conduita sa, autoritatea contractantă s-a abătut, în primul rând, de la prevederile documentației de atribuire în care s-a arătat, explicit, că „Ofertele care depășesc bugetul maxim disponibil pentru contract vor fi respinse”.

În al doilea rând, se observă o nerespectare a principiului tratamentului egal și a principiului transparenței, statuate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016. Posibilitatea de suplimentare a fondurilor ar fi trebuit adusă la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire, până la termenul limită de depunere a ofertelor, pentru ca aceștia să beneficieze de șanse egale în întocmirea propunerilor tehnice și financiare.

Decizia de „suplimentare” a fondurilor a intervenit abia după momentul în care, în competiție, a rămas doar asocierea, respectiv la data de 22.11.2022, la o distanță de 10 luni de la aprobarea HCJ nr. 7/28.01.2022. Or, până în 22.11.2022, autoritatea contractantă a parcurs procesul de stabilire a valorii estimate, de publicare a documentației de atribuire, de analiză a propunerilor tehnice, propunerilor financiare, a corelării ofertei financiare cu cea de tehnică.

Trebuie remarcat faptul că, în procesul de evaluare a propunerii financiare a asocierii, nu se regăsește nicio analiză comparativă a ei cu valoarea estimată, sub aspectul tuturor capitole/subcapitole de cheltuieli, care să conducă la concluzia subdimensionării valorii estimate, prin strategia de contractare. Solicitarea de suplimentare a fondurilor s-a bazat doar pe valoarea financiară propusă de asocierea, nu pe o analiză obiectivă a necesității de suplimentare.

Conform informațiilor din strategia de contractare, valoarea estimată a procedurii a fost determinată pe baza devizului general al lucrării, realizat de proiectantul SRL.

Eventuala suplimentare a valorii contractului trebuia adusă și la cunoștința proiectantului, pentru a decide implicațiile noilor valori asupra capitolelor de cheltuieli din devizul general.

Lipsind astfel de informații din procesul de analiză a propunerii financiare, Consiliul constată o evaluare eronată a ofertei asocierii

De asemenea, trebuie reținut faptul că mențiunea comisiei de evaluare, din procesul-verbal nr. 22813/19.12.2022, că „autoritatea contractantă dispune de posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică”, nu concordă cu răspunsul președintelui consiliului județean, care a arătat doar că „(...) pentru realizarea acestui obiectiv a fost **alocată suma de 53.471.554 lei, fără TVA**”.

Nicăieri în adresa emisă de președintele instituției **nu se face referire la alocarea unor fonduri suplimentare** pentru îndeplinirea contractului, ci doar de nivelul fondurilor destinate acestui obiectiv de investiții. În fapt, președintele Consiliului Județean **doar arată suma alocată obiectivului**, în niciun caz **nu confirmă că vor fi suplimentate fondurile** necesare procedurii de achiziție publică, respectiv pentru îndeplinirea contractului.

„Contractul” privește doar activitățile din documentația de atribuire aferente prezentei licitații deschise contestate, pentru care s-a estimat valoarea de 49.014.204,06 lei, fără TVA, iar „obiectivul de investiții” este cel definit în HCJ nr. 148 din 15 octombrie 2021, respectiv în anexele 1 și 2 ale acestei hotărâri.

În consecință, Consiliul nu poate valida nici punctul de vedere al autorității contractante față de contestație, potrivit căruia „*s-a confirmat posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare*”.

Suma alocată obiectivului de investiții se regăsește în Anexa nr. 1 a HCJ nr. 148 /2021, prin care au fost aprobați principalii indicatorii tehnico-economici pentru obiectivul de investiție și Anexa nr. 2-Deviz general.

Din devizul general, Consiliul reține că valoarea totală a obiectivului este de 53.969.421,39 lei, fără TVA (mai mare cu 497.867,39 lei față de cea din adresa președintelui CJ).

Valoarea estimată a prezentei proceduri de atribuire, de 49.014.204,06 lei, fără TVA, se compune din valorile înscrise la următoarele capitole/subcapitole din deviz:

- „- 1.2. Amenajarea terenului - 623.370,00
- 1.3. Amenajări pentru protecția mediului și aducerea terenului la starea inițiată - 111.254,40
- 1.4. Cheltuieli pentru relocarea/protecția utilităților - 300.000,00
- 3.5.4. Documentații tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor/ autorizațiilor - 250.000,00
- 3.5.6. Proiect tehnic și detalii de execuție - 1.100.000,00
- 3.8.1. Asistență tehnică din partea proiectantului - 400.000,00
- 4.1. Construcții și instalații - 46.079.579,66
- 5.1. Organizare de șantier - 150.000,00”.

Toate aceste valori ale capitolelor/subcapitolelor de cheltuieli au fost preluate, întocmai, în anunțul de participare, la secțiunea, II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor.

Diferența, de 4.955.217,33 lei, dintre valoarea estimată și total general din deviz, se compune din sume alocate subcapitolelor:

- 3.1, 3.2, 3.3 (total 40.000 lei);
- 3.5.3, 3.5.5, 3.7, 3.8 (398.000 lei);
- 5.2 (total 307.217,33 lei);
- 5.3 Cheltuieli diverse și neprevăzute (4.200.000 lei);
- 5.4 (10.000 lei).

O suplimentare a fondurilor cu 4.410.795,94 lei (cât a solicitat comisia de evaluare), ar fi însemnat ca valoarea estimată să devină 53.425.000 lei (49.014.204,06 + 4.410.795,94), fără TVA.

Însă, pentru finalizarea lucrării, ar trebuie alocate (în afara celorlalte cheltuieli arătate mai sus), cel puțin, și cheltuieli diverse și neprevăzute CDN - 4.200.000 lei, ceea ce, în execuție, ar ridica valoarea totală a contractului la 57.625.000 lei (53.425.000 valoarea contractului la atribuire + 4.200.000 CDN în execuție), cu depășirea valorii aprobate prin HCJ nr. 148/2021, de 53.969.421,39 lei, fără TVA.

De altfel, valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute a fost comunicată operatorilor economici prin răspunsul consolidat nr. 13078/26.07.2022:

„(Solicitarea de clarificări 17) Având în vedere prevederile art. 5.3. alin. 2 din Acordul Contractual vă solicităm să ne comunicați care este valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute în limita căreia se pot aplica clauzele de revizuire.

Răspuns: Conform Devizului general, valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute este de 4.200.000,00 lei fără TVA”.

Așadar, suplimentarea fondurilor pentru derularea contractului supus atribuirii prin această procedură nu este susținută de documentele mai sus arătate.

O eventuală suplimentare a fondurilor alocate acestui contract, ar fi condus implicit la suplimentarea fondurilor alocate întregului obiectiv de investiții, ceea ce ar fi însemnat emiterea unei noi hotărâri de către Consiliul Județean, pentru modificarea anexelor 1 și 2, în vederea modificării indicatorilor tehnico-economici pentru obiectivul de investiții și și emiterea unui nou deviz general.

Însă, o astfel de dovadă a suplimentării fondurilor nu a fost prezentată comisiei de evaluare. Admisibilitatea financiară a ofertei asocierii s-a realizat strict prin interpretarea eronată a răspunsului transmis de președintele consiliului județean, care se referă la valoarea alocată obiectivului, nu la suplimentarea fondurilor pentru contractul supus atribuirii.

Astfel, acceptarea ofertei asocierii, a cărei propunere financiară depășește valoarea estimată, constituie o abatere de la prevederile documentației de atribuire, precum și de la dispozițiile art. 137 alin. (1) lit. e) din HG nr. 395/2016 [(...) oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) prețul, fără TVA, inclus în

propunerea financiară depășește valoarea estimată comunicată prin anunțul de participare și nu există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv] , dar și o încălcare a principiului transparenței și a principiului tratamentului egal, fiind adăugate condiții noi documentației de atribuire, după depunerea ofertelor.

A se vedea, în acest sens:

- Hotărârea CJUE, în cauza C368/10: „55 Astfel, deși, după cum a arătat avocatul general la punctul 71 din concluziile prezentate, informațiile suplimentare privind caietul de sarcini și documentele suplimentare vizate de această dispoziție pot clarifica anumite aspecte sau pot furniza anumite informații, ele nu pot modifica nici măcar prin efectuarea unor rectificări, conținutul condițiilor esențiale ale contractului, printre care figurează specificațiile tehnice și criteriile de atribuire, astfel cum aceste condiții au fost formulate în caietul de sarcini, condiții pe care sau întemeiat în mod legitim operatorii economici interesați pentru a adopta decizia de pregătire a prezentării unei oferte sau, dimpotrivă, pentru a renunța la participarea la procedura de atribuire a contractului în cauză. Aceasta rezultă atât din utilizarea însăși, la articolul 39 alineatul (2), a termenilor „informații suplimentare”, cât și din termenul scurt de șase zile care poate exista, potrivit acestei dispoziții, între comunicarea unor astfel de informații și data limită a primirii ofertelor.”;

- Hotărârea CJUE, în cauza C278/14: „ 25. În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C 376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32). 26 Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată). 27. Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși le a stabilit. Astfel, acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice. (...) 29. Autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență”.

În concluzie, întrucât asocierea nu a contestat prevederile documentației de atribuire, în termenul legal avut la dispoziție, acestea

și-au dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea/admisibilitatea ofertelor depuse prin raportare la cerințele expres stabilite în documentația de atribuire.

Din considerentele anterior menționate, rezultă că, la termenul limită pentru depunerea ofertelor, respectiv data de 09.08.2022, autoritatea contractantă nu cunoștea și nu comunicase operatorilor economici interesați de procedură dacă există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, decizia de „suplimentare” a fondurilor fiind luată în procesul de evaluare ofertelor, în 22.11.2022. Astfel, decizia comisiei de evaluare cu privire la oferta asocierea a fost luată pe baza unor informații apătute ulterior datei limită de depunere a ofertelor.

Consiliul apreciază ca fiind relevantă în soluționarea cauzei, Decizia civilă nr. 5367/15.10.2018 pronunțată de Curtea de Apel - Secția A VIII-A Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. 6223/2/2018, în care sunt precizate următoarele:

«(...) Așadar, depunerea unei oferte a cărei valoare depășește valoarea estimată a contractului de achiziție publică nu poate atrage în mod automat sancțiunea respingerii ca inacceptabilă a respectivei oferte. Pentru a determina acceptabilitatea sau inacceptabilitatea ofertei, autoritatea contractantă este obligată să verifice dacă există posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică și dacă acceptarea unei asemenea oferte nu conduce la incidența vreunuia dintre cazurile prev. de art. 227 alin. 7 din Legea nr. 98/2016.

Curtea constată astfel că în procedura de atribuire inițială, **documentația nu a prevăzut** posibilitatea alocării de fonduri suplimentare, această ipoteză apărând abia la data de 05.02.2018, odată cu emiterea de către comisia de evaluare a adresei nr. 12B/1428/05.02.2018 către Compartimentului intern /.../ (Direcția Generală Economică și Financiară) pentru emiterea unui punct de vedere specializat cu privire la posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare față de valoarea estimată a contractului /.../, în răspunsul primit prin adresa nr. 14A/1646/08.02.2018 făcându-se referire la prevederile art. 19 alin. (3) din Legea bugetului de stat, Legea nr. 500/2002, fără a se indica că ar exista această posibilitate, doar cu recomandarea de a se adresa compartimentului de specialitate /.../ care ar avea competențe în acest sens.

Așadar, autoritatea contractantă nu a avut și nici nu are, din punctul de vedere al Curții, dovada că există fonduri suplimentare care se pot disponibiliza, reținând în acest sens și argumentul petentei în sensul că și valoarea acestora este important de știut, deoarece, prin absurd,

sumele suplimentate nu ar acoperi valoarea ofertei intimitei declarate câștigătoare a procedurii.

Chiar dacă am trece peste aceste argumente și am aprecia că ar exista posibilitatea disponibilizării de fonduri suplimentare, Curtea nu poate ignora principiul transparenței și al egalității de tratament între ofertanți care a fost încălcat, deoarece ofertanții nu au fost anunțați în mod transparent de această posibilitate, pentru conceperea ofertelor din punct de vedere tehnic și ulterior financiar corespunzător. Curtea îmbrățișează argumentul petentei, în sensul că, dacă ar fi cunoscut în mod transparent această posibilitate, ar fi gândit oferta tehnică în alt mod, ar fi avut propuneri tehnice superioare, cu consecința creșterii ofertei financiare, dar și a șansei reale de obținere a contractului.

În același sens este atât jurisprudența europeană, cât și cea națională [Hotărârea Curții Europene de Justiție din 18 octombrie 2001, SIAC Constructiona C 19/00, rec, p. 1-1775, Hotărârea Tribunalului (Camera a patra) în cauza T-299/11, pct. 44, Decizia CNSC nr. 845/C6/693/762 din 03.03.2011], fiind esențial într-o procedură de achiziție publică ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor /.../».

Prin urmare, Curtea a apreciat că informația referitoare la posibilitatea majorării valorii estimate trebuie să fie adusă la cunoștința tuturor ofertanților, în mod transparent, încă din conținutul documentației de atribuire, în caz contrar încălcându-se principiul transparenței și egalității de tratament. În cazul de față, nu exista, la termenul limită de depunere a ofertelor, vreo informație/dovadă că autoritatea contractantă dispune de fonduri suplimentare, care să poată fi utilizate în cazul în care este depășită valoarea estimată, astfel încât nu au fost aduse la cunoștința potențialilor ofertanți aceste informații. De altfel, din cele mai sus arătate, chiar autoritatea contractantă a dovedit că nu deține fonduri suplimentare pentru îndeplinirea contractului.

Tot Curtea de Apel s-a pronunțat, în același sens, în dosarul nr. 8206/2/2022, prin Hotărârea nr. 75/2023 din 18.01.2023.

Astfel, se dovedește a fi întemeiată critica adusă propunerii financiare din oferta depusă de asocierii SRL - SRL, critică formulată similar de SRL (dosar nr. 239/2023) și de SRL (dosar nr. 241/2023).

Pe cale de consecință, revine comisiei de evaluare obligația de reevaluare a acestei oferte, prin respingerea ei, ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (1) lit. e) din HG nr. 395/2016.

Văzând că oferta asocierii este, în mod vădit, inacceptabilă, Consiliul consideră a fi de prisos analizarea celorlalte critici referitoare la propunerea tehnică depusă de aceasta, critici arătate de SRL (dosar nr. 239/2023) și de SRL (dosar nr. 241/2023).

Referitor la critica adusă de SRL (dosarul 239/2023) respingerii ofertei sale, Consiliul reține că, în esență, litigiul părților privește ne/acceptarea, la prezenta procedură de atribuire, a unei garanții de participare constituită sub forma unei scrisori de garanție emisă de o instituție financiară nebancară, garanție prezentată de asocierea SRL - SRL.

Preliminar, Consiliul reține că procedura de atribuire contestată a fost inițiată în data de 03.07.2022. La acea dată, modul de constituire a garanției de participare era reglementat de art. 36 al Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016, care avea următorul conținut:

„(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii, astfel:

a) scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit din România sau din alt stat;

b) asigurare de garanții emisă:

- fie de o societate de asigurări care deține autorizație de funcționare emisă în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care este înscrisă în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de o societate de asigurări dintr-un stat terț printr-o sucursală autorizată în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară.”

În procedura de atribuire contestată, aceste prevederi se regăsesc, întocmai, în fișa de date a achiziției și *Instrucțiuni ofertanți*.

Pentru a fi acceptați la licitația deschisă, obligația primordială a ofertanților o reprezenta constituirea garanției de participare într-una de formele prevăzute în documentația de atribuire:

- prin virament bancar sau

- printr-un instrument de garantare (scrisoare de garanție emisă de o instituție de credit sau asigurare de garanții emisă de o societate de asigurări).

Ofertantul contestator a prezentat o scrisoare de garantare emisă de o instituție financiară nebancară (IFN), document ce nu se încadrează în niciuna dintre situațiile reglementate de art. 36 din HG nr. 395/2016, mai sus citat, respectiv în cele prevăzute în documentația de atribuire. Nefiind modificate prevederile fișei de date a achiziției, ofertantul trebuia să se conformeze tuturor condițiilor stabilite de autoritatea contractantă.

Astfel, pentru nerespectarea acestor prevederi, Consiliul constată că, în mod întemeiat, autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului SRL, critica fiind nefondată.

Pe de altă parte, Consiliul nu poate valida susținerea contestatorului, că achizitorul ar fi trebuit să accepte scrisoare de garantare emisă de IFN, în baza art. 2 alin. (5) din OUG nr. 19/2022:

„Pentru contractele de achiziție publică/contractele sectoriale aflate în procedura de achiziție publică sau pentru care urmează a fi organizată o procedură de achiziție publică garanția de participare se constituie prin virament bancar sau instrument de garantare emis, în condițiile legii, de orice instituție financiară sau societate de asigurări.”.

În primul rând, OUG nr. 19/2022 privește „măsuri referitoare la garanțiile de bună execuție constituite în cadrul contractelor de achiziție publică și al contractelor sectoriale”, motivul adoptării acestui act fiind explicitat în preambulul lui:

„Având în vedere contextul generat în piață ca urmare a retragerii autorizației de funcționare, urmată de deschiderea procedurii falimentului împotriva unei societăți de asigurare cu cotă de piață ridicată pe segmentul asigurărilor, ce deține în portofoliu polițe de asigurare în valoare de aproximativ 6 miliarde de lei, aferente contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale,

ținând cont de faptul că, în această situație, problemele legate de constituirea unor noi garanții de bună execuție în cadrul contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale aflate în derulare sunt de natură să blocheze implementarea unor proiecte majore de investiții, să afecteze în mod negativ gradul de absorbție a fondurilor europene și să conducă la neatingerea indicatorilor de program, existând riscul dezangajării fondurilor alocate României, în condițiile în care, numai în cadrul Programului operațional Infrastructură mare 2014-2020, contractele afectate de această situație totalizează sume de peste 2,9 miliarde de euro,

având în vedere, în contextul sus-menționat, necesitatea identificării celor mai bune soluții pentru asigurarea îndeplinirii rolului garanției de bună execuție în contractele de achiziție publică/contractele sectoriale, respectiv asigurarea autorității/entității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului,

întrucât împrejurările de față vizează interesul public și constituie elementele unei situații extraordinare ce nu suferă amânare, fapt care impune reglementarea, pe o perioadă determinată, a unor măsuri referitoare la garanțiile de bună execuție constituite în cadrul contractelor de achiziție publică și al contractelor sectoriale”.

În al doilea rând, pentru a fi luată în considerare a scrisoare de garanție, trebuie îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de art. 4 al OUG nr. 19/2022: „Prevederile prezentei ordonanțe de urgență se aplică contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale aflate în derulare, aflate în procedură de achiziție publică sau pentru care urmează a fi organizată o procedură de achiziție publică la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență și care se află în situația prevăzută la art. 1 alin. (2) la aceeași dată”.

Însă, la art. 1 alin. (2) din ordonanță se face referire strict la garanția de bună execuție: “În cazul contractelor prevăzute la alin. (1), aflate în curs de derulare sau în procedură de achiziție publică sau pentru care urmează a fi organizată o procedură de achiziție publică, pentru care este necesară constituirea unei noi garanții de bună execuție ca urmare a retragerii

autorizației de funcționare a societății de asigurări care a emis instrumentul de garantare sau constituirea unei garanții de bună execuție ca urmare a atribuirii contractului de achiziție publică/contractelor sectoriale la solicitarea autorităților/entităților contractante, se constituie o garanție de bună execuție, prin oricare dintre modalitățile prevăzute la art. 40 [alin. \(1\)](#) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea [nr. 98/2016](#) privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului [nr. 395/2016](#), cu modificările și completările ulterioare (...), de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență până la momentul expirării termenului prevăzut la art. 262 [alin. \(3²\)](#) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cu modificările și completările ulterioare, respectiv 150 de zile de la data pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii de faliment, dar nu mai târziu de 31 ianuarie 2023.” .

Astfel, dacă prin absurd s-ar considera a fi aplicabile prevederile art. 2 alin. (5) din OUG nr. 19/2022, situația în care se află ofertantul contestator nu întrunește condițiile cumulative de la art. 4 al OUG nr. 19/2022.

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare și, în subsidiar, normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul stabilit de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate).

În concluzie, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere formulat de SRL, referitor la evaluarea ofertei asocierii SRL - SRL.

Pentru toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SRL (dosar nr. 239/2023) și va anula raportul procedurii nr. 1258/20.01.2023, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL - SRL, precum și mențiunile referitoare la aplicarea criteriului de atribuire. Totodată, va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta asocierii SRL - SRL, conform motivării anterioare.

Pentru considerentele expuse în motivarea deciziei, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind reevaluarea ofertei asocierii SRL.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SRL față de contestația depusă de SRL.

Referitor la critica formulată de SRL (în dosarul nr. 241/2023) împotriva respingerii ofertei asocierii SRL - SRL, Consiliul

reține motivele care au stat la baza declarării ca inacceptabilă și neconformă a acestei oferte, comunicate prin adresa nr. 1264/20.01.2023:

„În fapt:

Motiv 1: Deși la punctul 8 din Adresa cu nr. 16.946 din 26.09.2022 i s-a solicitat să prezinte «Planul de pază» în cadrul răspunsului, ofertantul NU a prezentat documentul solicitat, precizând doar că «Planul de paza se regăsește în propunerea noastră tehnică la paginile: 283; 299; 305; 324; 341; 358; 377; 394; 405; 418; 429; 441; 449; 460; 475; 489; 493; 494; 505; 517; 534; 554; 568; 576; 592; 604; 616; 634».

În urma verificării acestor pagini s-a constatat că de fapt se regăsește o precizare cu caracter general: «Acestea vor fi depozitate în cadrul organizării de șantier care va fi păzită de personal cât și cu camere video pentru înregistrare eventualele evenimente" fără a se regăsi informații minime solicitate la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor într-o formă sau alta.

Prin urmare, raportat la solicitarea de a se prezenta planul de pază, răspunsul transmis de petent a fost considerat neconcludent

Motiv 2:

Propunerea tehnică nu (...) respectă cerința Documentației de atribuire de a se asigura paza șantierului pe toată durata de execuție a lucrărilor, ofertantul precizând că va asigura paza doar 8 ore/zi iar în restul timpul va face doar monitorizare prin camere de luat vederi.

Răspunsul acestuia că «Pe timp de noapte și în perioada zilelor libere paza șantierului va fi asigurată prin supraveghere video conform prevederilor legale» contravine solicitării de a se asigura paza șantierului.

În drept, fiind aplicabile prevederile: art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 (...), art. 137 alin. 3 litera (a) din HG 395/2016."

Consiliul reține că autoritatea contractantă a stabilit, prin fișa de date a achiziției/la secțiunea IV.4.1, Modul de prezentare al propunerii tehnice:

„Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini.

Propunerea tehnică va fi elaborată de ofertant în conformitate cu Formular de oferta tehnică și va respecta în totalitate cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției și în caietul de sarcini incluzând minim cel puțin următoarele secțiuni:

A. PROPUNERE TEHNICĂ PENTRU PROIECTARE: (...)

B. PROPUNERE TEHNICĂ FAZA DE EXECUȚIE A LUCRĂRILOR: (...)

6) Planul de management al calității aplicat la lucrare, cu descrierea tuturor procedurilor care vor fi utilizate de Ofertant pentru asigurarea/controlul calității activităților desfășurate pe parcursul implementării contractului (de exemplu: în fazele premergătoare execuției, în toate stadiile punerii în opera, pentru verificarea lucrărilor executate și recepția lucrărilor finalizate, în perioada de notificare a defecțiunilor etc.), responsabilitățile și resursele pentru execuția/ gestionarea/ controlul calității etc. , completat conform solicitărilor din modelul de Propunere Tehnică. Se vor prezenta inclusiv listele cuprinzând procedurile aferente sistemului calității. (...)

16) Se va prezenta o declarație prin care ofertantul se angajează să asigure paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului. (...)

Modul de întocmire a propunerii tehnice și a propunerii financiare se regăsește întocmai și în caietul de sarcini, respectiv deci și :

6) Planul de management al calității; (...)

16) Se va prezenta o declarație prin care ofertantul se angajează să asigure paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului.

În secțiunea Formulare/04. Modele de formulare, pag. 34, se precizează:

6. Planul de management al calității în cadrul Contractului

[În acest capitol, Ofertantul trebuie să prezinte informații despre modalitatea în care acesta asigură nivelul de calitate corespunzător cerințelor fundamentale ale construcțiilor prin prezentarea sistemului de management al calității conceput pentru realizarea lucrărilor în cadrul acestui contract]

Ofertantul trebuie să prezinte modalitatea în care intenționează să controleze calitatea în toate stadiile punerii în operă a documentației (și nu doar prin raportare la fazele determinante) și să prezinte modalitatea în care asigură monitorizarea și trasabilitatea înregistrărilor privind calitatea]

Planul calității pentru execuția lucrărilor ofertate care concretizează sistemul de asigurare a calității la particularitățile lucrării ce fac obiectul ofertei. Se va prezenta sistemul aplicat la lucrare, precum și gradul de acoperire a cerințelor de calitate prin procedurile tehnice de execuție care urmează să fie aplicate și planul efectiv de control propus. Se solicită prezentarea listei cuprinzând procedurile tehnice de execuție a activităților pentru toate categoriile de lucrări necesare la realizarea integrală a obiectelor/investiției.

Se solicită ca propunerea tehnică să se prezinte procedurile tehnice de execuție care includ în conținutul acestora și planuri de control, verificări și încercări pentru materialele puse în opera, măsuri de supraveghere, monitorizare și verificare a execuției lucrărilor în sine.

Se solicită a se prezenta:

- a. Procedurilor tehnice de execuție pentru toate categoriile de lucrări necesare la realizarea integrală a obiectelor/investiției.
- b. Planul de asigurare al calității, descrierea sistemului calității aplicat la lucrare;
- c. Planul control calitate verificări și încercări pentru toate categoriile de lucrări necesare la realizarea integrală a obiectelor/investiției. (...)
- d. Modalitatea de asigurare a accesului la echipamentele/laboratoarele (...).
- e. Conceptul ofertantului privind testarea lucrărilor efectuate.
- f. Planul de management al deșeurilor

g. Planul de pază

Prezentarea unui plan al calității general, fără particularizarea la proiectul în cauza, va conduce la declararea ofertei ca neconformă.

Prin adresa nr. 16946/27.09.2022, comisia de evaluare i-a cerut asocierii următoarea clarificare:

„Întrebarea 7. Vă solicităm să ne prezentați Planul de pază așa cum este solicitat la capitolul (6) punctul (g) din formularul de propunere tehnică în care să se regăsească descris următoarele informații:

- a) Câți agenți vor presta serviciul de pază într-o tură de pază;

b) Cum vor fi împărțite turele de pază (3 ture la 8 ore sau 2 la 12 ore)

c) Să confirmați că serviciile de pază vor fi asigurate pe toată perioada de execuție a lucrărilor (inclusiv în zilele libere, weekend, sărbători legale etc.).”

Prin adresa nr. 460/29.09.2022, asocierea a transmis următorul răspuns:

„Deoarece în documentația de atribuire nu au existat specificații privind forma/conținutul planului de pază, am întocmit propriul plan de paza pe care l-am prezentat la subcapitolul «Procedurilor tehnice de execuție pentru toate categoriile de lucrări necesare realizării integrale a obiectelor de construcții» din cadrul capitolului 6) a documentației de licitație. Planul de pază se regăsește în propunerea noastră tehnică la paginile: 283; 299; 305; 324; 341; 358; 377; 394; 405; 418; 429; 441; 449; 460; 475; 489; 493; 494; 505; 517; 534; 554; 568; 576; 592; 604; 616; 634. Așa cum rezultă din documentație, modul de asigurare a pazei din șantier a fost analizat pentru fiecare categorie de lucrări în parte.

În conformitate cu personalul specializat menționat la pagina 55 din propunerea tehnică, pentru paza **șantierului s-a desemnat un paznic care va asigura supravegherea șantierului timp de 8 ore în fiecare zi lucrătoare. Pe timp de noapte și în perioada zilelor libere paza șantierului va fi asigurată prin supraveghere video conform prevederilor legale.**

Schema privind paza organizării de șantier este evidențiată la pagina 76 din propunerea tehnică prin folosirea a trei sisteme de supraveghere video.

Confirmăm ca serviciile de pază vor fi asigurate pe toată perioada de execuție a lucrărilor, inclusiv pe timp de noapte, în zilele libere, weekend, sărbători legale. De asemenea după câștigarea licitației, conform Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, planul de paza va fi supus avizului de specialitate al politici.

Schema privind paza organizării de șantier este evidențiată la pagina 76 din propunerea tehnică prin folosirea a trei sisteme de supraveghere video.

Confirmăm că serviciile de pază vor fi asigurate pe toată perioada de execuție a lucrărilor, inclusiv pe timp de noapte, în zilele libere, weekend, sărbători legale. De asemenea, după câștigarea licitației, conform Legii nr. 333/2003 privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, planul de pază va fi supus avizului de specialitate al politici.”

Analizând propunerea tehnică a asocierii, Consiliul constată că, în formularul de propunere tehnică, la secțiunea 3. *Planul de management al calității în cadrul contractului* (pag. 25-26), se precizează:

„În acest capitol, prezentăm anexat propunerii tehnice, Programul calității complet și complex specific pe lucrarea în curs, cu toate referințele și cerințele fundamentale privind asigurarea nivelului de calitate corespunzător în domeniul construcțiilor. Prin aceasta prezentăm sistemul nostru de management conceput pentru realizarea lucrărilor prezentul contract.

Totodată atașat acestui program al calității vor fi atașate și lista cuprinzătoare cu toate procedurile tehnice de execuție aferente și relevante pe lucrare și detalierea fiecăruia în cele ce urmează cu toate informațiile solicitate de către autoritatea contractanta (categorii/metode/frecvențe/toleranțe/

pccvi/înregistrări de calitate/modalități de asigurare acces la echipamente/personal/etc.).

Toate acestea sunt particularizate pe lucrarea prezenta și nu sunt prezentate la general.”.

Tot în propunerea tehnică, la cap. Organizare de șantier (vol. 1/pag. 74) se precizează:

„Paza amplasamentului (organizării de șantier) va fi asigurată de paznic + sistem de supraveghere video. Amplasamentul lucrării în sine va fi păzit în același timp de către paznic care se va mai deplasa pe timpul serii pe întreaga lungime a acestuia pentru a verifica utilajele lăsate **peste seară** pe lucrare, utilaje care nu necesită, nu este posibil sau nu rentează transportul acestora zi de zi să fie aduse în organizare, fapt ce ar duce la costuri mai mari pentru deplasarea acestora și implicit consumuri mai mari și timp pierduți. (...)

Paza șantierului/organizării de șantier va fi asigurată constant pe toată perioada de derulare a contractului.”

De asemenea, în propunerea tehnică (pag. 116), asocierea a declarat că va asigura paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului.

În procedurile tehnice de execuție (vol. 4 al propunerii tehnice), în diverse PTE-uri, au fost precizate modalitățile în care se va asigura paza bunurilor, cum ar fi:

- Procedura tehnică de execuție: Terasamente (pag. 324)

„Paza șantierului

Pentru obiectivul de terasamente nu se vor lăsa pe șantier depozitate materiale/scule/ echipamente aferente execuției acestei operațiuni peste orele de program/seară.

Acestea vor fi depozitate în cadrul organizării de șantier care va fi păzită de personal cât și cu camere video pentru înregistrare eventualele evenimente.

Utilajele folosite în cadrul procedurii se vor deplasa în organizare fie se vor lăsa pe teren în zonele de execuție iar **paza șantierului va fi asigurată de paznic pe timpul serii**, acesta verificând starea utilajelor și siguranța lor care sunt aflate la distanța de organizare și care nu se pot aduce (...) seară de seară din motive logistice.”

- Procedura tehnică de execuție: Strat de balast (pag. 341)

„Pentru obiectivul de strat de balast nu se vor lăsa pe șantier depozitate materiale/scule/echipamente aferente execuției acestei operațiuni peste orele de program seară.

Acestea vor fi depozitate în cadrul organizării de șantier care va fi păzită de personal cât și cu camere video pentru înregistrare eventualele evenimente.

Utilajele folosite in cadrul procedurii se vor deplasa in organizare fie se vor lăsa pe teren in zonele de execuție iar paza șantierului **va fi asigurata de paznic pe timpul serii**, acesta verificând starea utilajelor si siguranța lor care sunt aflate la distanta de organizare si care nu se pot aduce (...) seara de seara din motive logistice.”

- Procedura tehnica de execuție: Strat de piatră spartă (pag. 358)

„Paza șantierului

Pentru obiectivul de strat de piatră spartă nu se vor lăsa pe șantier depozitate materiale/scule/echipamente aferente execuției acestei operațiuni peste orele de program/seară.

Acestea vor fi depozitate în cadrul organizației de șantier care va fi păzită de personal cât și cu camere video pentru înregistrare eventualele evenimente.

*Utilajele folosite în cadrul procedurii se vor deplasa în organizare fie se vor lăsa pe teren în zonele de execuție iar paza șantierului **va fi asigurată de paznic pe timpul serii**, acesta verificând starea utilajelor și siguranța lor care sunt aflate la distanță de organizare și care nu se pot aduce (...) seară de seară din motive logistice.*

Așadar, în propunerea tehnică, precum și în PTE-urile anexate planului de management al calității, asocierea a prezent informații privind paza pe durata de execuție a lucrărilor, inclusiv informații privind asigurarea pazei șantierului de paznic pe timpul nopții, contrar răspunsului la solicitarea de clarificări, în care a menționat că paznicul va asigura supravegherea șantierului timp de 8 ore, în fiecare zi lucrătoare.

În argumentele expuse în procesul-verbal nr. 17911/11.10.2022 (preluate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii), comisia de evaluare (respectiv, autoritatea contractantă) precizează că asocierea „nu a prezentat documentul solicitat”, ceea ce, în raport de conținutul solicitării de clarificare nu poate reprezenta decât lipsa planului de pază cerut la cap. 6 pct. g) din formularul de propunere tehnică.

Prin fișa de date și prin caietul de sarcini s-a solicitat ofertanților să depună distinct planul de management al calității și declarația de asigurare a pazei obiectivului.

Doar în fișierul *Formulare*, atașat anunțului de participare, autoritatea contractantă precizează că în cuprinsul planului de management să se includă și planul de pază. Însă, achizitorul nu a impus vreun formular/format pentru prezentarea planului de pază, în cadrul planului de management al calității, dar nici un anume nivel de detaliere a informațiilor privitoare la serviciile de pază).

Astfel, a rămas la latitudinea fiecărui ofertant ca, în cadrul planului de management, să stabilească modalitatea în care prezintă informațiile referitoare la realizarea serviciilor de pază (planul de pază).

Deși achizitorul recunoaște, în punctul de vedere, că asocierii, „în cadrul solicitării de clarificări, nu i s-a solicitat ca Planul de pază să fie prezentat într-un fel anume”, totuși susține că acesta trebuia prezentat conform Legii nr. 333/2003.

Consiliul observă că argumentele din primul motiv de respingere a ofertei asocierii nu se regăsesc în documentația de atribuire, achizitorul neimpunând o anumită rigoare/precizie/detaliere în prezentarea serviciului de pază, dar nici vreo referire la respectarea dispozițiilor de la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003: „Prin planul de pază se stabilesc în principal: caracteristicile obiectivului păzit, în zona respectivă, numărul de posturi și amplasarea acestora, necesarul de personal

pentru pază, amenajările, instalațiile și mijloacele tehnice de pază și de alarmare, consemnul posturilor, legătura și cooperarea cu alte organe cu atribuții de pază a obiectivelor, bunurilor, valorilor și persoanelor și modul de acțiune în diferite situații. De asemenea, vor fi prevăzute și regulile de acces, potrivit dispozițiilor conducătorului unității, precum și documentele specifice serviciului de pază.”.

Trebuie remarcat faptul că, potrivit prevederii de mai sus, din Legea nr. 333/2003, pentru întocmirea planului de pază (ce urmează a fi avizat de poliție), este necesară cunoașterea caracteristicilor obiectivului, a amenajărilor, a volumului de bunuri ce trebuie păzit, valoarea acestora. Întrucât obiectul prezentei proceduri de atribuire cuprinde și componenta de proiectare a lucrărilor, la momentul ofertării nu se cunosc volumul și valoarea bunurilor ce trebuie păzite. Abia după realizarea proiectului tehnic și a detaliilor de execuție (cu centralizatoarele de cantitățile de lucrări, materiale, utilaje) se pot stabili toate caracteristicile necesare întocmirii unui plan de pază corect.

Având în vedere că dispozițiile Legii nr. 333/2003 fac referire la planul de pază ce trebuie avizat de poliție (plan care trebuie să cuprindă toate elementele de la art. 5 alin. (3) antementionat), invocarea de achizitor a acestui act normativ (mai ales, în timpul evaluării ofertelor) este disproporționată, raportată la momentul ofertării, când operatorii nu dețin toate informațiile necesare întocmirii lui.

Prevederea lacunară din documentația de atribuire, de prezentare a „planului de pază”, nu poate fi înlocuită, în timpul evaluării ofertelor, cu sintagma „plan de bază care să conțină informațiile minime solicitate la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003”.

Totodată, Consiliul nu poate considera a fi pertinentă nici interpretarea achizitorului, că ofertantul, în elaborarea planului de pază, „nu poate invoca, ca o cauză justificativă, necunoașterea legislației în vigoare” (respectiv a Legii nr. 333/2003), din moment ce specificul acestei proceduri de atribuire (în care urmează a fi realizat proiectul tehnic și detaliile de execuție) demonstrează că la momentul ofertării nu se putea întocmi un plan de pază, conform Legii nr. 333/2003.

Acesta este și motivul pentru care, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a precizat că planul de pază se depune după semnarea contractului:

- pag. 26 - „În cadrul ședinței de demarare a execuției lucrărilor, Contractantul furnizează Autorității Contractante următoarele documente: (...) Planul de pază”;

- pag. 37 - „În scopul realizării activităților ce țin de etapa pregătitoare a execuției lucrărilor, Contractantul trebuie: (...) Să întocmească și să depună Planul de pază și să respecte obligațiile referitoare la implementarea acestuia”.

Din argumentele autorității contractante (expuse în procesul de evaluare și punctul de vedere față de contestație), Consiliul constată că

aceasta a adăugat documentației de atribuire cerințe noi, referitoare la întocmirea planului de pază conform Legii nr. 333/2003, ceea ce reprezintă o încălcare a principiului transparenței, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Relevantă în acest sens este hotărârea CJUE, în cauza C 298/15 „Borta” UAB:

„70. Din jurisprudența Curții rezultă de asemenea că, în principiu, entitatea contractantă nu poate modifica în cursul procedurii de atribuire conținutul condițiilor esențiale ale contractului, printre care figurează specificațiile tehnice, precum și criteriile de atribuire, pe care sau întemeiat în mod legitim operatorii economici interesați pentru a adopta decizia de pregătire a prezentării unei oferte sau, dimpotrivă, pentru a renunța la participarea la procedura de atribuire a contractului în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 mai 2012, Comisia/Țările de Jos, C368/10, EU:C:2012:284, punctul 55, și Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions, C278/14, EU:C:2015:228, punctele 27-29).”

În consecință, respingerea ofertei asocierii, motivat prin faptul că precizările din propunerea tehnică au „*caracter general*” și nu cuprind „*informațiile minime solicitate la art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003*”, se dovedește a nu se baza pe cerințele existente în documentația de atribuire. Or, în stabilirea ne/conformității propunerii tehnice, comisia de evaluare trebuie să se raporteze la cerințele caietului de sarcini/documentației de atribuire, potrivit atribuțiilor prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016.

În acest context, Consiliul nu poate aprecia că răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări este neconcludent, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece în propunerea tehnică a asocierii se regăsesc informații referitoare la modul de asigurare a pazei pe durata execuției lucrărilor, în condițiile în care documentația de atribuire nu face referire la întocmirea unui plan de pază conform art. 5 alin. (3) din Legea nr. 333/2003

Cât privește cel de al doilea motiv de respingere a ofertei asocierii, referitor la personalul care va asigura paza, analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul observă neconcordanțe între:

- pe de o parte, răspunsul la solicitarea de clarificări, din 29.09.2022, în care se face referire la 1 paznic, care va supraveghea șantierului timp de 8 ore în fiecare zi lucrătoare și

- pe de altă parte:

- o declarația pe propria răspundere, că va asigura paza obiectivului/șantierului pe toată durata de execuție a contractului;
- o precizările din propunerea tehnică a asocierii (inclusiv din PTE-uri), unde se arată că în timpul serii paza va fi asigurată de către 1 paznic, pe toată perioada de derularea a contractului.

Deși comisia de evaluare a analizat informațiile din PTE-uri (menționând paginile respective la primul motiv de respingere), nici în procesul-verbal de evaluare nr. 17911/11.10.2022, dar nici în alt proces-verbal, nu s-a consemnat asigurarea serviciilor de pază umană pe timp de seară, de către asocierie (a se vedea, cel puțin, informațiile de la pag. 74, 324, 341, 358 mai sus prezentate). Totodată, se observă că nu s-a consemnat nici existența unor neconcordanțe referitoare la modul de prestare a serviciului de pază umană.

Abia prin punctul de vedere și concluziile din 27.02.2023, autoritatea contractantă face o analiză a informațiilor din PTE-uri și redă din cuprinsul acestor pagini doar fraza *„Acestea vor fi depozitate în cadrul organizării de șantier care va fi păzita de personal cât și cu camere video pentru înregistrare eventualele evenimente”*, fără a prelua și fraza următoare *„Utilajele folosite în cadrul procedurii se vor deplasa în organizare fie se vor lăsa pe teren în zonele de execuție iar paza șantierului va fi asigurată de paznic pe timpul serii”*.

Tot în punctul de vedere, achizitorul arată că răspunsul nu concordă cu declarația pe proprie răspundere privitoare la asigurarea serviciilor de pază pe toată durata de execuție a contractului.

Însă, aceste argumente ale autorității contractante nu pot fi validate de Consiliu deoarece analiza tehnică a ofertei este un atribut al comisiei de evaluare, conform art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, analiză ce trebuia să se regăsească în procesul de evaluare a ofertelor, nu în punctul de vedere față de contestație, întocmit de președintele unității administrativ teritoriale, șeful de serviciu și consilierul în achiziții publice. În fapt, se demonstrează nefinalizarea procesului de evaluare tehnică a ofertei asocierii

Pentru a demonstra că o astfel de ofertă, care prezintă ambiguități, este neconformă, comisia de evaluare trebuia să se asigure, cu precizie, asupra conținutului ei, prin solicitarea de noi clarificări.

Consiliul reține că, tot în punctul de vedere, autoritatea contractantă a concluzionat că necorelările din răspunsul ofertantului și informațiile din declarația de asigurare a serviciilor de pază au impact asupra propunerii financiare, dar fără să facă o analiză în acest sens, așa cum a procedat în cazul ofertantului asocieria- SC SRL, care *„a fost respins la etapa financiară, deoarece nu și-a corelat propunerea financiară cu propunerea tehnică, neprevăzând fonduri pentru plata agenților de pază, pe toată perioada de execuție a lucrărilor, respectiv asigurarea unui salariu orar de minim 17.829 lei/oră pentru agenții de pază angajații unor firme din domeniul construcțiilor”*.

De asemenea, în punctul de vedere, autoritatea contractantă a precizat că „ofertanții trebuiau să prevadă în cadrul propunerii financiare, asigurarea de fonduri, pentru plata agenților de pază, pe toată perioada de execuție a lucrărilor, obligație solicitată prin documentația de atribuire”. Însă, nici aceste opinii ale achizitorului nu pot fi validate de

Consiliu deoarece analiza impactului financiar ar fi trebuit realizată de comisia de evaluare, în temeiul art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, nu de președintele unității administrativ teritoriale, șeful de serviciu și consilierul în achiziții publice. Astfel, Consiliul constată nefinalizarea procesului de evaluare a ofertei asocierii, sub aspectul necorelării informațiilor din propunerea tehnică cu cele din propunerea financiară.

Întrucât prevederile din propunerea tehnică nu sunt lămuritoare, existând necorelări între informațiile antemenționate, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, îi revine comisiei de evaluare obligația de a avea un rol activ și de a cere clarificări asocierii, referitor la informațiile neconcordanțe și, în funcție de răspunsul primit, să verifice dacă, în speță, devin incidente prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv dacă propunerea tehnică și propunerea financiară sunt corelate, dacă în propunerea financiară sunt incluse cheltuielile aferente serviciului de pază.

În acest sens, demnă de luat în seamă este hotărârea CJUE, emisă în cauza T-195/08:

- 56 *Aceasta este situația în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care Comisia are cunoștință, arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T211/02, Rec., p. II3781, punctele 37 și 38).*
- 57 *Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C157/96, Rec., p. I2211, punctul 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, punctul 56 de mai sus, punctul 43).*
- 58 *Cu toate acestea, este de asemenea esențial ca, în interesul securității juridice, Comisia să fie în măsură să se asigure cu precizie cu privire la conținutul unei oferte prezentate în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă și în special cu privire la conformitatea acesteia cu condițiile prevăzute în caietul de sarcini. Astfel, atunci când o ofertă este ambiguă, iar Comisia nu are posibilitatea de a stabili, în mod rapid și eficient, care*

este efectiv obiectul ofertei menționate, aceasta nu are altă posibilitate decât să o respingă (Hotărârea Tideland Signal/Comisia, punctul 56 de mai sus, punctul 34)."

Astfel, Consiliul consideră întemeiată critica formulată de SRL privitor la respingerea ofertei sale.

Drept urmare, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SRL (obiect al dosarului nr. 241/2023) și va anula raportul procedurii nr. 1258/20.01.2023, precum și actele subsecvente lui, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL - SRL și a evaluării ofertei asocierii SRL - SRL. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze cele două oferte, conform motivării.

Cât privește cererea privind „acordarea cheltuielilor ocazionate de prezenta procedură”, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul o va respinge pentru nedovedirea efectuării cheltuielilor.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SRL la dosarul nr. 241/2023.

Referitor la cererile autorității contractante de reținere, de către CNSC, a cauțiunilor constituite de SRL și de SRL, în baza art. 611 alin. (51) din Legea nr. 101/2016, Consiliul le va respinge, ca inadmisibile. Dispozițiile acestui articol prevăd obligația autorității contractante, „în situația în care câștigă în mod definitiv contestația”, „de a efectua demersurile necesare pentru reținerea cauțiunii constituite la Consiliu de către operatorul economic care a depus contestația, în vederea și în limita acoperirii prejudiciilor create de întârzierile înregistrate în finalizarea procedurii de atribuire”, or în speță Consiliul a admis cele două contestații.

Pentru un astfel de demers, autoritatea contractantă trebuie ca, în temeiul dispozițiilor de la art. 1064 alin. (2) din Cod.proc.civ, să formuleze, la instanța competentă, o cerere pentru plata despăgubirilor cuvenite, în termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a deciziei CNSC.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă, ...

Admite, în parte, contestația SRL (dosar nr. 239/2023) și, în tot, contestația SRL (dosar nr. 241/2023), formulate în contradictoriu cu

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere formulat de SRL (dosar nr. 239/2023), referitor la reevaluarea ofertei asocierii SRL - SRL.

Anulează raportul procedurii nr. 1258/20.01.2023 și actele subsecvente lui, în ceea ce privește oferta asocierii SRL - SRL și a asocierii SRL - SRL, precum și mențiunile referitoare la aplicarea criteriului de atribuire. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze cele două oferte, conform motivării.

Respinge, ca nefondate, cererile de intervenție formulate de SRL în dosarele nr. 239/2023 și nr. 241/2023.

Respinge cererea SRL privind „acordarea cheltuielilor ocazionate de prezenta procedură”, ca nedovedită.

Respinge, ca inadmisibile, cererile autorității contractante de reținere, de către CNSC, a cauțiunilor constituite de SRL și de SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE

,

....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

...