

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin director general ... și convențional prin ..., cu sediul în ..., unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. ..., transmisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, s-a solicitat, în temeiul art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației; anularea deciziei de respingere a ofertei ca fiind neconformă și inacceptabilă, anularea raportului de evaluare tehnică și a comunicării nr. ... privind finalizarea etapei de analiză a propunerilor tehnice, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestora, obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei depusă de și declararea acesteia ca fiind acceptabilă, precum și continuarea sau reluarea procedurii de atribuire cu participarea

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr., de către, solicitând cele indicate în partea introductivă.

În motivarea contestației, precizează, într-o primă critică faptul că, oferta sa a fost respinsă, ca neconformă și inacceptabilă, deoarece în propunerea tehnică nu se regăsește estimarea costurilor de întreținere mediate pe an și estimarea costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat, în concordanță cu standardele în vigoare.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la costurile de întreținere mediate, solicitare la care societatea sa a răspuns, însă autoritatea contractanta a considerat răspunsul neconcludent, deoarece *„răspunsul nu este în măsură să echivaleze elemente ale unui document de sine stătător în care să se regăsească o estimare a costurilor de întreținere mediate pe an, cât și o estimare a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat, prin urmare nu se respectă caracterul obligatoriu al documentației de atribuire”*.

Totodată, se subliniază că autoritatea contractantă justifică neconcludența răspunsului și pe considerentul că *„în măsura în care ofertantul a avut neclarități cu privire la conținutul cerinței, se impunea să solicite clarificări cu privire la cerința susmenționată, în termenul legal, ori, în situația în care nu a făcut acest demers și a depus oferta în cadrul procedurii de atribuire, acest ofertant și-a asumat conținutul documentației de atribuire, care și-a consolidat efectul obligatoriu”*.

Față de justificarea deciziei de respingere a ofertei sale, contestatorul precizează următoarele:

Autoritatea contractantă nu poate elabora o cerință simplistă sau generalistă, iar, după depunerea documentelor de către ofertanți în conformitate cu cerința respectivă, să dea dovadă de un formalism exagerat, conducând astfel la modificarea cerinței din documentația de atribuire, situație în care se încadrează soluția de respingere a ofertei sale, cu motivarea că *„răspunsul nu este în măsură să echivaleze elemente ale unui document de sine stătător în care să se regăsească o estimare a costurilor de întreținere mediate pe an, cât și o estimare a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat, prin urmare nu este respectat caracterul obligatoriu al documentației de atribuire.”*

Atâta timp cât societatea sa a pus la dispoziția autorității contractante toate documentele din care rezultă îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire, respectiv: Declarația privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate;- Memoriu privind justificarea perioadei de garanție, - Activitatea de urmărire în timp a construcțiilor; - Planul privind măsurile de supraveghere a lucrărilor în perioada de garanție; - Prezentarea și detalierea mobilizării în cazul unei defecțiuni, precizând totodată că nu a previzionat costuri de întreținere mediate pe an, întrucât nu este cazul, iar cu privire la costurile previzionate pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul

oferat nu a previzionat suplimentar costuri, toate aceste documente prezentate, împreună cu răspunsul la clarificări, în opinia contestatorului, sunt suficiente, concludente și în măsură să dovedească îndeplinirea cerinței privind estimarea costurilor de întreținere mediate pe an și estimarea costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul oferat.

Impunerea unui document de sine stătător în care să se regăsească o estimare a costurilor de întreținere mediate pe an, cât și o estimare a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul oferat, în condițiile în care din documentele prezentate se configurează, în mod cert, care este estimarea acestor costuri, echivalează, în opinia contestatorului, cu impunerea unui formalism exagerat, incompatibil cu liberul acces la procedurile de achiziții și de natură chiar a aduce atingere principiului concurenței loiale, în sensul în care s-ar contura astfel un dezavantaj pentru ca ofertant.

În aceste condiții, apreciază contestatorul, oferta sa respectă prevederile documentației de atribuire, fiind suficiente și relevante documentele și explicațiile prezentate.

În susținerea celor afirmate, contestatorul invocă și practica Consiliului.

Față de cel de-al motiv de respingere a ofertei, ca neconformă și inacceptabilă, potrivit căruia în propunerea tehnică nu se regăsește locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, contestatorul precizează că a răspuns solicitării de clarificări ce a vizat acest aspect, în sensul că *„potrivit informațiilor puse la dispoziție de către autoritatea contractantă, achizitorul are obligația de a pune la dispoziția executantului, în termen de maxim 30 de zile de la semnarea contractului, suprafețele de teren necesare pentru depozitare: 10.3 achizitorul are obligația de a pune la dispoziția executantului, fără plată, dacă nu s-a convenit altfel, următoarele: b) suprafețele de teren necesare pentru depozitare și organizarea de șantier. Conform informațiilor prezentate în cuprinsul propunerii tehnice la paginile 28-29, materialele rezultate din execuție vor fi depuse într-o locație aleasă de comun acord împreună cu Beneficiarul lucrării. Locația va fi determinată după semnarea contractului de achiziție publică.”*

Analizând răspunsul transmis, raportat la solicitarea de clarificări, susține contestatorul, autoritatea contractanta a considerat că acesta este unul neconcludent, întrucât *„ofertantul trebuia în concret, fără dubii, să prezinte în cadrul propunerii tehnice informațiile/datele în conformitate cu cerințele din caietul de sarcini. Autoritatea contractantă nu a impus o locație anume pentru transportul și depozitarea acestor reziduuri și materiale rezultate din execuție, ci a dat posibilitatea fiecărui ofertant de a adopta propria strategie în ceea ce privește gestionarea deșeurilor, cu respectarea legislației în*

vigoare. Autoritatea contractantă are obligația de a verifica modul în care ofertanții înțeleg să gestioneze și să transporte aceste deșeuri, prin solicitarea de documente sau informații relevante, din care să rezulte care este locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție și de asemenea prețul transportului și al depozitării deșeurilor".

Totodată, contestatorul arată că autoritatea contractantă justifică soluția de respingere prin faptul că „Modelul/draftul de contract este un proiect de contract informativ, iar după adjudecarea ofertei câștigătoare, la momentul semnării și înregistrării acestuia, modelul de contract se va completa de către autoritatea contractantă acolo unde este cazul, cu informațiile din oferta depusă și acceptată ca fiind câștigătoare, dată la care devine contract [...] pe de altă parte, chiar în Modelul/draftul de contract este menționat: 10.3 achizitorul are obligația de a pune la dispoziția executantului, fără plată, dacă nu s-a convenit altfel, următoarele: [...] b) suprafețele de teren necesare pentru depozitare și organizarea de șantier.”, iar, în final, justifică neconcludența răspunsului pe considerentul că „ofertantul avea posibilitatea solicitării unor clarificări în termenul legal or, în situația în care nu a făcut acest demers și a depus oferta în cadrul procedurii de achiziție publică, acest ofertant și-a asumat conținutul documentației de atribuire, care și-a consolidat efectul obligatoriu, ofertanții fiind obligați să depună oferta în conformitate cu prevederile acesteia”.

Față de justificarea deciziei de respingere a ofertei sale, contestatorul precizează că a indicat în cuprinsul propunerii tehnice, la paginile 28-29, că locația unde vor fi depozitate reziduurile și materialele rezultate din execuție va fi cea aleasă de comun acord cu Beneficiarul lucrării, locația urmând a fi determinată, în concret, după semnarea contractului de achiziție publică.

Se subliniază că această locație a fost indicată în baza modelului/draftului de contract care, așa cum a recunoscut și autoritatea contractantă în conținutul comunicării rezultatului procedurii de atribuire, are caracter obligatoriu, fiind parte a documentației de atribuire.

Totodată, se apreciază că atâta timp cât „autoritatea contractantă nu a impus o locație anume pentru transportul și depozitarea acestor reziduuri și materiale rezultate din execuție, ci a dat posibilitatea fiecărui ofertant de a adopta propria strategie în ceea ce privește gestionarea deșeurilor, cu respectarea legislației în vigoare”, strategia de gestionare a deșeurilor adoptată de societatea sa este admisibilă, reprezentând chiar regula prevăzută în modelul/draftul de contract.

Cât privește susținerea autorității contractante potrivit căreia a dat posibilitatea fiecărui ofertant de a adopta propria strategie în ceea ce privește gestionarea deșeurilor, cu respectarea legislației în vigoare, contestatorul subliniază faptul că respectarea legislației în vigoare

implică respectarea de către autoritatea contractantă a obligațiilor proprii de a asigura gestiunea deșeurilor, potrivit art. 17 alin. (4) din O.U.G nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor.

Așadar, susține contestatorul, legea stabilește, în mod imperativ, faptul că este în sarcina titularului autorizației de construire gestiunea deșeurilor generate în construcții, iar nu în sarcina constructorului, cu consecința că, în situația dată, autoritatea contractantă este cea obligată să adopte o strategie sau un plan de gestionare a deșeurilor, în scopul respectării legislației în vigoare.

Totodată, se precizează că titularul autorizației de construire, respectiv autoritatea contractantă, are posibilitatea de a gestiona deșeurile prin intermediul unui operator economic autorizat de autoritatea pentru protecția mediului, care desfășoară activități de tratare a deșeurilor sau prin intermediul unui operator public ori privat de colectare a deșeurilor, în conformitate cu prevederile art. 4 alin. (1)-(3) din O.U.G. nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor.

Așadar, se subliniază că autoritatea contractantă poate transporta și gestiona deșeurile și prin intermediul unui operator economic autorizat de autoritatea pentru protecția mediului, și nu prin intermediul constructorului.

Contestatorul menționează că nu era posibilă încheierea de către societatea sa a unui contract cu un operator economic autorizat pentru gestionarea deșeurilor, în lipsa unui contract de execuție lucrări valabil încheiat și nici chiar prin prezentarea unei oferte de la un astfel de operator, deoarece în acest ultim caz costurile nu erau certe iar întregul raport contractual cu un astfel de operator putea avea semnificația unei intermedieri, în scopul eludării dispozițiilor din materia achizițiilor publice.

Totodată, contestatorul precizează că prețul transportului și al depozitării deșeurilor reprezintă elemente de cost care exced cerințelor din fișa de date referitoare la listele de cantități și categoriile de cheltuieli în raport de care societatea sa trebuia să întocmească propunerea tehnică, iar în condițiile în care s-ar fi indicat alte activități și costuri suplimentare, oferta sa ar fi fost respinsă, întrucât nu ar fi respectat cerințele documentației de atribuire.

Față de cele menționate, contestatorul apreciază că oferta sa tehnică respectă cerința din caietul de sarcini referitoare la indicarea locației sau zonei de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, iar modalitatea de gestiune a deșeurilor aleasă de societatea sa corespunde pe deplin documentației de atribuire și prevederilor legale.

În continuare, contestatorul prezintă argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea prezentei contestații.

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

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la C.N.S.C. sub nr. ..., a solicitat respingerea contestației, ca nefondată și netemeinică.

În prealabil, autoritatea contractantă prezintă un istoric al desfășurării procedurii de atribuire și, apoi, răspunde, punctual, criticilor formulate de contestator, după cum urmează:

În perioada de evaluare a propunerilor tehnice, s-a constatat că oferta tehnică depusă de contestator a avut elemente ofertate eronat dar și elemente lipsă cerute prin documentația de atribuire, caietul de sarcini și prin documentația tehnică, astfel că s-au solicitat clarificări prin adresa nr. ..., la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. ..., răspuns în urma analizei căruia s-a stabilit că răspunsurile la întrebările 2 și 4 nu sunt concludente.

Cu privire la răspunsul nr. 2 ce a vizat lipsa informațiilor/datelor din cadrul ofertei tehnice privind estimarea costurilor de întreținere mediate pe an și estimarea costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat, în concordanță cu standardele în vigoare, autoritatea contractantă precizează că anumite afirmații din cuprinsul răspunsului nu pot fi reținute în favoarea ofertantului din următoarele considerente:

Pe de o parte, nu se poate reține explicația prezentată de către ofertant, având în vedere că răspunsul transmis nu este în măsură să echivaleze elemente ale unui document de sine stătător în care să se regăsească o estimare a costurilor de întreținere mediate pe an, cât și o estimare a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat, prin urmare, nu este respectat caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, ofertantul asumându-și riscul respingerii ofertei sale.

Totodată, în măsura în care ofertantul a avut neclarități cu privire la conținutul cerinței, autoritatea contractantă susține că se impunea ca acesta să solicite clarificări cu privire la cerința susmenționată în termenul legal, ori, în situația în care nu a făcut acest demers și a depus oferta în cadrul procedurii de achiziție publică, și-a asumat conținutul documentației de atribuire, care și-a consolidat caracterul obligatoriu, ofertanții fiind obligați să depună oferta în conformitate cu prevederile acesteia, potrivit dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, se subliniază că prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări, recunoaște lipsa informațiilor din propunerea tehnică cu privire la *„o estimare a costurilor de întreținere mediate pe an precum și a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat”*.

Analizând explicațiile prezentate de către ofertant, autoritatea contractantă apreciază că acestea sunt fără corespondent în cadrul ofertei tehnice și nu pot fi reținute în favoarea ofertantului, nu se identifică estimarea costurilor de întreținere mediate pe an și a

costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul oferat.

Concluzionând, se apreciază că ofertantul nu a înțeles cerința susmenționată ce trebuia îndeplinită în etapa de elaborare a ofertei tehnice, propunerea tehnică fiind necorespunzătoare caietului de sarcini.

În acest sens, se precizează că lipsa tuturor elementelor unei oferte, solicitate prin documentația de atribuire, fac proba lipsei de fermitate ori de seriozitate a angajamentelor asumate, contrar dispozițiilor art. 133 alin. 2 din H.G. nr.395/2016.

În aceste condiții, autoritatea contractantă susține că răspunsul ofertantului este neconcludent, fiind incidente prevederile art. 137 alin. (1) și alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă precizează considerentele pentru care a solicitat costurile mediate pe an, ce reprezintă costurile cu remedierile ce apar în urma viciilor de construcție, reparațiile curente fiind diferite. Determinarea costurilor de operare și întreținere fiind legată, în principal, de durata tehnică de viață a echipamentelor și lucrărilor, estimarea costurilor de întreținere fiind diferită de estimarea costurilor în perioada de garanție acordată lucrărilor. Se învederează că s-a efectuat o descriere a costurilor de întreținere și reparație mediate pe an, pe parcursul a 4 ani (48 de luni), în baza cărora au fost efectuate calcule, nicidecum o estimare a costurilor cu privire la serviciile și lucrările de întreținere și reparații pentru fiecare activitate aferentă întregului contract de lucrări. În activitatea aferentă întregului contract de lucrări, se arată că ofertantul, nici în propunerea tehnică și nici în răspunsul la clarificări, nu și-a asumat cheltuieli de întreținere, ci doar pe cele de reparație.

Se învederează că, costurile executantului pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate sunt cuprinse în "cheltuielile indirecte", conform Anexei 6 a Ordinului MLPTL nr. 1568/2002, ofertantul având posibilitatea să prezinte o estimare a costurilor de întreținere mediate pe an precum și a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate, așa cum s-a solicitat prin caietul de sarcini.

Contrar susținerilor contestatorului privind modul artificial prin care au fost create premisele respingerii ofertei sale, autoritatea contractantă precizează că a solicitat o clarificare, în urma ședinței de evaluare a propunerii tehnice, deoarece comisia de evaluare nu a identificat îndeplinirea unei cerințe a caietului de sarcini, fără să impună vreo cerință după data depunerii ofertelor.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază că nu a modificat cerința documentației de atribuire, așa cum reiese și din solicitarea de clarificări nr. 2, fiind o afirmație nefondată, probabil preluată dar neadaptată, fără fundament în procesul de față.

Față de susținerea contestatorului potrivit căreia a pus la dispoziția autorității contractante toate documentele din care rezultă îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire, se precizează că, din capitolele prezentate în cadrul propunerii tehnice lipsește îndeplinirea cerinței în cauză, iar pe de altă parte, nu este în sarcina comisiei de evaluare să extragă câte o informație din fiecare document depus de ofertant, să le coreleze, să le integreze/interpreteze, în mod global și distinct, în cadrul unui înscris și să deducă ea însăși elemente ale documentelor prezentate de ofertant. Prin depunerea ofertei, ofertantul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Susținerea contestatorului potrivit căreia oferta financiară respectă prevederile documentației de atribuire este nefondată deoarece oferta financiară depusă nu face obiectul procesului în discuție, solicitarea de clarificări, răspunsul la solicitarea de clarificări, precum și comunicarea, fiind parte a etapei de evaluare a propunerilor tehnice depuse.

Autoritatea contractantă susține că a evaluat ofertele într-o manieră obiectivă și corectă, cu respectarea principiului tratamentului egal statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pentru a nu fi susceptibilă de favorizarea anumitor operatori economici, ba mai mult, a depus toate diligentele necesare și pertinente pentru realizarea unei evaluări cu caracter legal în ceea ce privește ofertelor depuse în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică.

În concluzie, se arată că oferta depusă de a fost respinsă, ca neconformă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, întrucât prin răspunsul la solicitarea de clarificări ofertantul nu a transmis informațiile solicitate cu privire la o estimare a costurilor de întreținere.

Referitor la solicitarea de clarificări nr. 4, ce a vizat locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, autoritatea contractantă precizează că răspunsul nu indică unde se regăsește în propunerea tehnică locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, ci indică prevederile modelului de contract.

Se învederează că Modelul/draft-ul de contract din documentație este un proiect de contract informativ, iar după adjudecarea ofertei câștigătoare, la momentul semnării și înregistrării acestuia, modelul de contract, se va completa de către autoritatea contractantă, acolo unde este cazul, cu informațiile din oferta depusă și acceptată ca fiind câștigătoare, dată la care acesta devine contract, conform art. 3 alin. (1) „lit. 1)” din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă precizează că nu a impus o locație anume pentru transportul și depozitarea acestor reziduuri și materiale

rezultate din execuție, ci a dat posibilitatea fiecărui ofertant de a adopta propria strategie în ceea ce privește gestionarea deșeurilor, cu respectarea legislației în vigoare.

Comisia de evaluare are obligația, după cum se arată, de a verifica modul în care ofertanții înțeleg să gestioneze și să transporte aceste deșeuri prin solicitarea de documente sau informații relevante, din care să rezulte care este locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție și, de asemenea, prețul transportului și al depozitării deșeurilor.

Ca urmare, se subliniază că la elaborarea propunerii tehnice în conformitate cu cerințele documentației de atribuire reprezintă o condiție de formă a ofertei conform prevederilor art. 133 alin. (2) din H.G. 395/2016.

Față de aceste aspecte, răspunsul la clarificări nu poate fi reținut ca fiind relevant în declararea ca acceptabilă a ofertei, atâta vreme cât oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel cerințele solicitate, nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise fără probe concludente, ci reprezintă elementele esențiale ale propunerii tehnice a căror realitate și sustenabilitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante.

Raportat la răspunsul contestatorului, autoritatea contractantă precizează, pe de o parte, că în condițiile în care a fost solicitată îndeplinirea cerinței referitoare la obligativitatea ofertantului de a prezenta locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, reiese, în mod clar, că autoritatea contractantă nu deține și nu poate pune la dispoziție o locație sau o zonă de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție.

Față de invocarea prevederilor art. 17 alin. (4) din OUG nr. 92/2021 privind regimul deșeurilor, autoritatea contractantă menționează că, s-a solicitat, în mod clar, locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, iar articolul la care face referire contestatorul, era în vigoare și la data răspunsului la solicitarea de clarificări, moment la care contestatorul nu a adus în discuție, în mod imperativ, că este în sarcina titularului autorizației de construire gestiunea deșeurilor generate în construcții, cât și la data întocmirii propunerii tehnice și ofertei financiare, iar în situația în care cerința nu era clară sau era considerată abuzivă sau nelegală, ofertantul avea posibilitatea solicitării unei clarificări sau contestării în termenul legal, ori, în situația în care nu a făcut acest demers și a depus ofertă în cadrul procedurii de achiziție publică, acest ofertant și-a asumat conținutul documentației de atribuire, care și-a consolidat caracterul obligatoriu,

oferanții fiind obligați să depună oferta în conformitate cu prevederile acesteia, potrivit dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016.

Acuzele aduse comisiei de evaluare sunt de fapt, în opinia autorității contractante, o interpretare neargumentată și denaturată a modului în care comisia de evaluare și-a exercitat atribuțiile și obligațiile stabilite de lege potrivit prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Comisia de evaluare a apreciat propunerea tehnică prezentată de contestator ca fiind necorespunzătoare caietului de sarcini, nefiind corelată cu elementele caietului de sarcini, ceea ce poate conduce la executarea defectuoasă a contractului și constituie o abatere de la legislația incidentă, fiind încălcate prevederile art. 133 alin. (2) din H.G. 395/2016.

Față de cele menționate, se apreciază că activitatea comisiei de evaluare a fost una corectă, fiind respectate toate dispozițiile legale în vigoare în materia achizițiilor publice, motiv pentru care autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și continuarea procedurii de atribuire cu semnarea contractului de execuție.

În ceea ce privește cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea ei și prezintă argumente în acest sens.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.

Valoarea estimată a contractului este de ... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii au fost depuse două oferte, în urma evaluării cărora oferta contestatorului a fost respinsă, rezultat comunicat acestuia prin adresa nr.

Nemulțumit de rezultatul procedurii, respectiv de decizia de respingere a ofertei sale, a depus contestația de față, constituind și cațiunea aferentă.

În analiza legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că autoritatea contractantă a considerat neconcludente două dintre răspunsurile contestatorului la adresa de clarificări nr. ..., transmisă în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, reținând incidența dispozițiilor art. 134 alin. (5) și a art. 137 alin. (1) și (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Un prim răspuns neconcludent, în opinia autorității contractante, a fost formulat față de întrebarea nr. 2, întrebare având conținutul:

Se vor solicita ofertantului justificări cu privire la lipsa informațiilor/datelor din cadrul ofertei tehnice a elementelor privind estimarea costurilor de întreținere medie pe an și o estimare a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat, în concordanță cu standardele în vigoare. În urma evaluării propunerii tehnice, comisia de evaluare nu a identificat unde anume se regăsește Memoriul general, conform solicitării din Caietul de sarcini la cap. XI (...)

Vă rugăm să indicați pagina/paginile din cadrul Propunerii tehnice unde anume se regăsește:

- a) **estimarea costurilor de întreținere medie pe an;**
- b) **o estimare a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul ofertat, în concordanță cu standardele în vigoare.**

Contestatorul a formulat, prin adresa nr. ..., următorul răspuns:

În cuprinsul propunerii tehnice la paginile 5-10 au fost prezentate următoarele informații:

- Declarație privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate
- Memoriu privind justificarea perioadei de garanție
- Activitatea de urmărire în timp a construcțiilor
- Planul privind măsurile de supraveghere a lucrărilor în perioada de garanție
- Prezentarea și detalierea mobilizării în cazul unei defecțiuni

Prin costuri mediate se înțeleg costurile aferente întreținerii, după finalizarea lucrărilor, iar executantul lucrărilor nu are obligativitatea de a executa lucrări de întreținere curentă a construcției, această obligativitate legală fiind a beneficiarului.

Astfel, apreciem că dacă lucrările se execută cu respectarea legislației în vigoare și cu materiale de calitate, pentru o perioadă de garanție a acestora de 48 de luni, în condițiile unei exploatări normale, costurile sunt nule, iar solicitarea autorității este cel puțin disproporționată raportat la natura și valoarea obiectului achiziției.

Dat fiind acest răspuns, autoritatea contractantă a concluzionat, în procesul-verbal nr. ..., că este unul neconcludent, din considerentele comunicate corespunzător prin adresa nr., respectiv, pe de o parte, deoarece răspunsul nu este în măsură să echivaleze elemente ale unui document de sine stătător în care să fie evidențiate estimările costurilor vizate prin clarificarea adresată, anume o estimare a costurilor de întreținere mediate pe an și o estimare a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor, iar, pe de altă parte, deoarece a recunoscut lipsa informațiilor arătate din cadrul propunerii tehnice.

Având a se pronunța asupra temeiniciei celor concluzionate de autoritatea contractantă, Consiliul reține că, la cap. XI – „*Specificații tehnice obligatorii*” al caietului de sarcini, pct. 1.1 – „*Alte obligații ce revin executantului (fără a se limita la acestea)*”, la care s-a făcut trimitere și în cadrul adresei de clarificări, autoritatea contractantă a solicitat:

5. Ofertantul are obligația de a face dovada conformității propunerii tehnice cu cerințele prevăzute în caietul de sarcini, PT și cu normele naționale în vigoare

prin prezentarea unui **memoriu general** care conține toate cerințele și specificațiile tehnice cuprinse în caietul de sarcini și PT. **Memoriul trebuie** să demonstreze corespondența propunerii tehnice cu cerințele respective și **să conțină** o descriere a soluțiilor concepute, a tehnologiei propuse, **o estimare a costurilor de întreținere medie pe an precum și a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul oferat, în concordanță cu standardele în vigoare.**

Așadar, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților includerea în propunerea tehnică a unui memoriu, în care să se regăsească inclusiv *o estimare a costurilor de întreținere medie pe an precum și a costurilor pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate pentru obiectivul oferat, în concordanță cu standardele în vigoare.*

Este cert că prescripțiile documentației de atribuire au devenit obligatorii pentru părți, iar niciuna dintre ele nu le poate ignora sau nesocoti, după cum corect susține autoritatea contractantă în acord cu dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 (Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției ...) și dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 (Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire ...), dar și ale art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 (verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini), însă pretenția ca *răspunsul să echivaleze elemente ale unui document de sine stătător* este formalistă câtă vreme informațiile prezentate prin documente separate sunt în măsură, de principiu, să facă dovada îndeplinirii unei anumite cerințe.

Dincolo de aceasta, aprecierea răspunsului contestatorului, în opinia Consiliului, nu trebuie făcută strict prin raportare la prevederea mai sus citată a caietului de sarcini, ci și prin prisma celor stabilite la nivelul fișei de date referitor la întocmirea propunerii financiare.

Astfel, la cap. IV.4.2 – „*Modul de prezentare al propunerii financiare*” din fișa de date, se regăsesc stabilite rigorile impuse în sarcina ofertanților la întocmirea propunerii financiare, printre care și cea având conținutul: Propunerea financiară va cuprinde formularul de ofertă, Anexă la Formularul de ofertă și Deviz Ofertă.

Analizând formularele aferente propunerii financiare regăsite în secțiunea „*Formulare*” parte a documentației de atribuire postată în SEAP ca fișier electronic anexat anunțului de participare simplificat, Consiliul constată că nicăieri în conținutul acestora nu s-a solicitat evidențierea costurilor la care face referire autoritatea contractantă.

În acest context, se impune concluzia conform căreia costurile în discuție au fost solicitate a fi evidențiate exclusiv în cadrul propunerii tehnice, fără a avea, astfel, vreun impact asupra propunerii financiare, asupra prețului conținut de aceasta.

Având în vedere aceste aspecte, dar și împrejurarea că ceea ce a solicitat autoritatea contractantă a fost evidențierea *la nivelul propunerii tehnice* a unei *estimări a costurilor* de întreținere mediate pe un an și pe perioada de garanție acordată lucrărilor executate,

Consiliul apreciază, contrar opiniei autorității contractante, că răspunsul contestatorului este unul concludent.

Astfel, răspunsul în sensul că executarea lucrărilor cu respectarea legislației în vigoare și cu materiale de calitate, pentru o perioadă de garanție de 48 de luni, în condițiile unei exploatări normale, nu presupune costuri, este unul ce se subsumează solicitării de estimare solicitată de autoritatea contractantă. O interpretare în sensul în care respectarea cerinței ar fi presupus obligatoriu inserarea de valori absolute este eronată, în opinia Consiliului, cu atât mai mult cu cât lipsa vreunei posibilități de control a sustenabilității lor la acest moment este evidentă.

De altfel, nicăieri nu a arătat autoritatea contractantă de ce contestatorul nu ar putea executa contractul la parametrii cantitativi și calitativi solicitați, ci s-a limitat la a verifica îndeplinirea unei cerințe făcând abstracție de altele pe care, de asemenea, a înțeles să le impună, și ignorând situația ofertei contestatorului în economia procedurii.

Mai mult, în cadrul „*Memoriului privind justificarea perioadei de garanție*” aflat în cadrul propunerii tehnice, în cadrul pct. „*Planul privind măsurile de supraveghere a lucrărilor în perioada de garanție*”, contestatorul a arătat, în referire la prima categorie de costuri (cele de întreținere), că sunt în sarcina beneficiarului și doar în situația în care acesta dorește, executantul poate asigura, contra cost, această întreținere, iar în cazul celei de a doua categorii de costuri (din perioada de garanție), contestatorul a arătat că va remedia defectele calitative pe cheltuiala proprie, ceea ce ține de esența instituției garanției.

Prin urmare, abordarea autorității contractante este una excesiv de formalistă în cazul ambelor ipoteze reținute în susținerea motivului de respingere, chiar dacă, este adevărat, procedurile de achiziție publică implică un anumit formalism.

În contextul faptic expus, motivul de respingere apare a fi în disonanță și cu principiul proporționalității pe care autoritatea contractantă trebuie să-l respecte în derularea procedurii de atribuire, alături, evident, de celelalte principii din materia achizițiilor publice.

Principiul proporționalității presupune că oricare decizie sau măsură adoptată, trebuie să se bazeze pe o justă și echitabilă evaluare, pe echilibrare adecvată a intereselor implicate, precum și pe o selectare coerentă a mijloacelor și mecanismelor care urmează a fi utilizate în vederea atingerii unui scop predefinit.

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară a achizițiilor publice, ca o expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie 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, C-157/96, pct. 60).

În concluzie, după cum s-a reținut mai sus, în evaluarea ofertei amintite, autoritatea a dat dovadă de un formalism excesiv, încălcând principiul proporționalității, care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, critica contestatorului privind nelegalitatea respingerii ofertei sale fiind fondată.

Procedând la analiza celui de al doilea răspuns considerat neconcludent de către autoritatea contractantă, Consiliul constată că la întrebarea nr. 4:

În urma evaluării propunerii tehnice, comisia de evaluare nu a identificat unde anume se regăsește locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, conform solicitării din Caietul de sarcini la cap. XI (...)

Vă rugăm să indicați pagina/paginile din cadrul Propunerii tehnice unde anume se regăsește concret locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, așa cum s-a solicitat.,

contestatorul a formulat răspunsul:

Conform informațiilor din contractul pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, achizitorul are obligația de a pune la dispoziția executantului, în termen de maxim 30 zile de la semnarea contractului, suprafețele de teren necesare pentru depozitare: 10.3 – (1) Achizitorul are obligația de a pune la dispoziția executantului, fără plată, dacă nu s-a convenit altfel, următoarele: b) suprafețele de teren necesare pentru depozitare și pentru organizarea de șantier; Conform informațiilor prezentate în cuprinsul propunerii tehnice la paginile 28-29, materialele rezultate din execuție vor fi depozitate într-o locație aleasă de comun acord împreună cu Beneficiarul lucrării. Locația va fi determinată după semnarea contractului de achiziție publică.

Acest răspuns a fost considerat neconcludent de autoritatea contractantă, deoarece contestatorul nu a dat curs solicitării de a indica unde se regăsește în propunerea tehnică *locația sau zona de depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție*, ci a indicat prevederile contractului, care, arată tot autoritatea contractantă, este un *proiect de contract informativ*. De asemenea, a precizat autoritatea contractantă că a nu a impus o locație anume pentru transportul și depozitarea acestor reziduuri și materiale rezultate din execuție, ci a dat posibilitatea fiecărui ofertant de a adopta propria strategie în ceea ce privește gestionarea deșeurilor, cu respectarea legislației în vigoare.

În soluționare, Consiliul reține că, la cap. XI – „*Specificații tehnice obligatorii*” al caietului de sarcini, pct. 1.1 – „*Alte obligații ce revin executantului (fără a se limita la acestea)*”, se regăsește cerința de forma:

7. Se vor menționa obligatoriu în grafic trasarea, recepționarea lucrărilor conform propunerii de program de control al calității pe faze

determinante ale ofertantului, **locația stabilită pentru organizarea de șantier, locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție.**

Prin răspunsul formulat, ca și în contestația depusă, contestatorul opune prevederea din modelul de contract pus la dispoziție în secțiunea „Formulare” din SEAP, aflată la pct. 10 – „*Obligațiile achizitorului*”, subpct. 10.3, având conținutul:

(1) **Achizitorul are obligația de a pune la dispoziția executantului, fără plată, dacă nu s-a convenit altfel, următoarele: (...)**

b) **Suprafețele de teren necesare pentru depozitare și pentru organizarea de șantier.**

Din această ultimă prevedere, se observă că autoritatea contractantă și-a asumat obligația de a pune la dispoziția executantului suprafețele de teren necesare pentru depozitare și pentru organizarea de șantier, în cazul în care *nu s-a convenit altfel*.

Consiliul nu poate primi susținerea autorității contractante conform căreia modelul de contract pus la dispoziția operatorilor economici interesați prin publicarea în SEAP, anexat documentației de atribuire, este unul informativ. Aceasta, deoarece după cum autoritatea contractantă însăși afirmă referindu-se la răspunsul anterior, a precizat contestatorului în comunicarea rezultatului procedurii, următoarele: Este de remarcat că **documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări**, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu au fost contestate de nici un operator economic, drept pentru care toate prevederile ei **și-au consolidat forța obligatorie** atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire (...).

Prin urmare, fiind fără dubiu că modelul de contract se bucură de aceeași forță obligatorie ca și prevederile caietului de sarcini, problema care se pune este aceea a coroborării celor două prevederi, cea a caietului de sarcini și cea a modelului de contract, și stabilirii obligației care revenea contestatorului la întocmirea ofertei.

Astfel, față de prevederea caietului de sarcini, este adevărat că s-a impus în sarcina ofertanților obligația de a preciza locația stabilită pentru organizarea de șantier, locația sau zona de colectare și depozitare a reziduurilor și materialelor rezultate din execuție, însă, din prevederea citată a modelului de contract, după cum s-a arătat mai sus, rezultă că autoritatea contractantă și-a asumat obligația de a pune la dispoziția executantului suprafețele de teren necesare pentru depozitare și pentru organizarea de șantier, în cazul în care *nu s-a convenit altfel*.

Aceasta fiind interpretarea prevederii citate din modelul de contract, observă Consiliul că autoritatea contractantă nu susține și nu demonstrează că ar fi intervenit vreo înțelegere cu privire la aspectul în discuție, anume că s-ar fi convenit ca ofertantul să propună locațiile în discuție, situație în care este evident că aceasta (autoritatea contractantă) a devenit debitoarea obligației stabilită de prevederea citată a modelului de contract și, pe cale de consecință, contestatorul

nu avea obligația de a indica în propunerea tehnică ceea ce i se pretinde că ar fi trebuit.

Similar răspunsului anterior, se dovedește și în acest caz că autoritatea contractantă se limitează la o interpretare a unei prevederi a documentației de atribuire făcând abstracție de altele cu aceeași forță și pe care însăși le-a stabilit, ceea ce nu poate fi acceptat. Evaluarea ofertelor se raportează la ansamblul cerințelor documentației de atribuire în sens larg, iar nu prin prisma unor prevederi rupte din context.

Amplele considerații expuse pe larg de autoritatea contractantă în cadrul comunicării rezultatului procedurii, precum și în punctul de vedere referitor la contestație, sunt valide însă doar la nivel teoretic, întrucât face abstracție de particularitățile procedurii de față, de care autoritatea contractantă avea obligația de a ține seama în considerarea atribuției de evaluare a ofertelor stabilită explicit în sarcina s-a de prevederile art. 127 alin. (1) lit. f) H.G. nr. 395/2016, invocat, de altfel, și de aceasta dar într-un sens contrar prezentei motivări.

În concluzie, Consiliul, contrar opiniei autorității contractante, apreciază și acest răspuns al contestatorului drept concludent, iar criticile fondate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept reținute, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va anula procesul-verbal nr. ... în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente acestuia, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată în termen de 10 zile de la primirea prezentei, în considerarea celor arătate în motivare.

Cu privire la cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației (onorariu avocațial), în sumă de ... lei, dovedite cu factura nr. ..., achitată online prin serviciul de internet banking al Băncii Transilvania, Consiliul, văzând dispozițiile alin. (9) al aceluiași articol și ținând seama de soluția de admitere a contestației, va proceda la obligarea autorității contractante la plata către contestator a sumei arătate.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., și anulează procesul-verbal nr. ... în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestator a sumei de lei, cu titlu de cheltuieli ocazionate cu soluționarea contestației.

Obligatorie.

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

Redactată în patru exemplare, conține 17 pagini.