



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. 1264/C2/1169

Data: 27.07.2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23825/17.06.2020, formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, cu sediul în, oraș, comuna, ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin .., cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la punctul de lucru situat în, .., prin avocat, cu sediul profesional în ..., județul Cluj, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 2715/12.06.2020, emis de COMUNA (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, ..., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE), Documentațiile tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor/autorizațiilor, asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor și execuție lucrări pentru implementarea proiectului MODERNIZAREA REȚELEI DE DRUMURI DE INTERES LOCAL ÎN COMUNA, ..., cod CPV – 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-au solicitat:

- *„Anularea deciziei autorității contractante prin care oferta subscrisei a fost apreciată ca fiind inacceptabilă;*

- *Anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de asocieria - SRL a fost desemnata acceptabilă, conformă și câștigătoare;*

- *Anularea în parte a raportului procedurii de atribuire și a proceselor verbale de evaluare sub aspectul stabilirii ca inacceptabilă a ofertei noastre și desemnării drept admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii - SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente acestor decizii;*

- *Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată;*

- *Obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație”.*

Prin cererea de intervenție voluntară nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., ... SRL, în calitate de lider al asocierii-..... SRL, cu sediul social în comuna, ..., ..., cu număr de înmatriculare în Registrul Oficiului Comerțului nr., având CUI, reprezentată convențional și cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la, din, ..., ..., solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, ca nefondată.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2715/12.06.2020, emisă de COMUNA (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, potrivit căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în condițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, pe motiv că răspunsul la solicitările de clarificare a fost neconcludent.

În fapt, contestatorul precizează că ulterior evaluării propunerii tehnice, i s-a solicitat o serie de clarificări cu adresa nr. 1221/04.03.2020. Deși o parte dintre solicitările de clarificări nu aveau în vedere documentația de atribuire, răspunsul a fost furnizat în termenul impus, însă autoritatea contractantă a apreciat că acesta este neconcludent, respingând oferta sa, ca inacceptabilă. Mai arată că ofertant declarat câștigător a fost desemnată asocieria -..... SRL, cu un preț reprezentând 99,8% din valoarea estimată, subliniind totodată faptul că în componența acestei asocieri intră și operatorul SRL, cel care a întocmit DALI aferent lucrărilor.

În continuare, contestatorul prezintă argumente care, în opinia sa, justifică admiterea contestației, în sensul că întregul proces de evaluare a procedurii de față încalcă dispozițiile legale în materie.

Astfel, contestatorul susține că expertul cooptat de autoritatea contractantă, este din partea societății ..., are legătură cu asociatul ofertantului câștigător, .., ... SRL, între cele două societăți existând conexiuni în privința asociațiilor menționați. Mai arată că rezultatul acestei proceduri este parțial identic ca fond și substanță, cu cel al unei alte proceduri la care a participat, organizată de Comuna, ceea ce a condus la concluzia că poate exista același expert cooptat pentru ambele proceduri.

Potrivit contestatorului, așa cum rezultă din analiza celor două comunicări de rezultat din cele două proceduri, precum și din solicitările de clarificări emise, la nivelul celor două autorități au existat aceleași persoane care au evaluat ofertele, apreciind astfel că, în speță, nu au fost respectate dispozițiile art. 129 alin (1) din HG nr. 395/2016, informațiile identificate în oferta sa în una dintre proceduri fiind furnizate și celeilalte comisii de evaluare.

O altă încălcare a dispozițiilor legale în procesul de evaluare, în opinia contestatorului, a fost nesocotirea art. 129 alin. (4) din același act normativ, întrucât din analiza documentelor autorității contractante nu se regăsește nicio dovadă a verificării unui potențial conflict de interese între experții cooptați și ofertantul câștigător.

Indiferent de legăturile existente între asociații celor 2 societăți mai sus identificate, contestatorul subliniază că, din documentele dosarului de achiziție, reiese că autoritatea nu a făcut nici măcar minime diligente în verificarea respectării de către experții cooptați a regulilor de evitare a conflictului de interese prevăzute în cap. II secțiunea a 4-a din Lege.

Un alt aspect supus analizei în cauză este distorsionarea concurenței, contestatorul precizând că, din componența asocierii declarate câștigătoare, face parte inclusiv societatea care a întocmit DALI și care a emis toate considerentele de natură tehnică pe baza cărora oferta sa a fost exclusă și care se impun a fi analizate în cadrul contestației de față.

Prin urmare, întrucât SRL a fost cel care a stabilit în numele autorității contractante toate soluțiile tehnice pe care ofertanții trebuie să le adopte și toate regulile pe care aceștia trebuie să le respecte în procedura de față, contestatorul apreciază că participarea acestuia în procedură este de natură să distorsioneze grav concurența, potrivit art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016. Procedând astfel, autoritatea contractantă a exclus în mod nelegal și nemotivat o ofertă conformă în detrimentul unei oferte a cărei participare în procedură distorsionează concurența, care cuprinde o propunerea tehnică neconformă și are un preț mult mai mare decât al său.

Amintind că într-o decizie similară, Curtea de Apel Ploiești a menținut decizia CNSC prin care s-a constatat că participarea elaboratorului DALI și al detaliilor tehnice la procedura de atribuire este de natură să distorsioneze concurența, contestatorul apreciază că oferta sa a fost evaluată cu încălcarea dispozițiilor legale în vigoare.

Deși la prima vedere decizia de excludere pare să fie rezultatul unei evaluări complexe, în realitate, în opinia contestatorului, la o simplă analiză a propunerii tehnice depusă, se poate lesne observa că autoritatea contractantă a ignorat întru totul ansamblul ofertei, alegând, în mod formalist și excesiv, să adopte o decizie care încalcă proporționalitatea impusă de legislația în vigoare.

Astfel, potrivit contestatorului, decizia autorității contractante vizează exclusiv modul în care societatea sa a răspuns solicitării de clarificări, cu indicarea paginilor din propunerea tehnică și financiară, fără însă a se analiza fondul susținerilor sale, documentația depusă și ignorarea faptului că oferta a fost depusă în asociere, apreciind astfel că decizia de excludere se bazează pe un formalism excesiv care nu este compatibil cu scopul și principiile ce guvernează procesul de achiziție publică.

Un prim motiv de excludere a ofertei sale, vizează faptul că în graficul de prestare a serviciilor de proiectare nu a fost evidențiată distinct activitatea de asistență tehnică. Contrar acestor rețineri, contestatorul precizează că în oferta depusă, a indicat perioada în care urmează să se desfășoare serviciul, aspect ce rezultă din propunerea tehnică, din Graficul Gant, pag.255-284. Din documentele ofertei rezultă că asistența se acordă pe toată perioada de execuție a lucrărilor și în perioada de garanție în cazul în care apar deficiențe și ar fi necesară execuția de lucrări, aspect precizat în mod expres și prin răspunsul la clarificări.

De asemenea, asistența tehnică este evidențiată și în partea de propunere tehnică întocmită pentru proiectare, la pag 1429-1432 Cap.V.4 *Asistență tehnică din partea proiectantului pe parcursul execuției lucrărilor.*

Mai arată contestatorul că au fost detaliate resursele umane și materiale implicate, activitățile, riscurile etc., iar, la pagina 1410, s-a precizat în mod expres asistența tehnică a ofertantului la stabilirea modului de tratare a defectelor apărute în execuție, deci inclusiv pe perioada de garanție a lucrărilor, ori de câte ori este nevoie.

De asemenea, la Cap XII. ORGANIZAREA PENTRU REALIZAREA SERVICIILOR DE PROIECTARE, precizează contestatorul că a fost inclusă asistență tehnică.

În plus, susține contestatorul că și-a asumat în mod expres respectarea dispozițiilor legale în vigoare, respectiv cele ale Legii nr. 10/1995 care, potrivit art. 23, reglementează modalitatea de asigurarea a asistenței tehnice.

Totodată, în răspunsul la solicitarea de clarificări s-a făcut trimitere la propunerea tehnică depusă și s-a specificat în mod expres că se va acorda asistență tehnică atât pe perioada execuției lucrărilor, cât și pe perioada de garanție. S-a arătat, în mod expres, disponibilitatea proiectantului de a presta acest serviciu ori de câte ori va fi necesar și că asistență tehnică atât pe perioada execuției propriu zise, cât și pe perioada de garanție, a fost inclusă în costul ofertat, asumat de către ofertant.

În privința etapelor evaluării, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă omite că nu mai sunt în vigoare dispozițiile care să reglementeze comunicările intermediare, prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să analizeze întreaga ofertă depusă și să o clarifice în ansamblul său.

De altfel, arată contestatorul, susținerile sale se coroborează cu informațiile prezentate în propunerea tehnică și financiară, la pag. 5 din oferta financiară, asistență tehnică acordată de proiectant a fost indicată în mod expres la poziția 2, ca fiind "*Asistență tehnică din partea proiectantului 69.800,00 RON*". De asemenea au fost evidențiate persoanele implicate în acordarea asistenței, numărul de ore estimate și valoarea acestora (pg. 7 din oferta financiară).

Și dacă, prin absurd, s-ar accepta teza autorității contractante, omisiunea din propunerea tehnică a fost susținută în mod neechivoc de restul documentelor tehnice și informațiilor prezentate de ofertant precum și de propunerea financiară depusă, astfel încât formalitatea omisiunii în raport cu complexitatea ofertei depusă și coroborarea acesteia cu informațiile prezentate, oferta sa nu ar fi trebuit sancționată cu excluderea ei, cu atât mai mult cu cât valoarea preinsei abateri este nesemnificativă.

Având în vedere argumentele prezentate, în opinia contestatorului, autoritatea trebuia să determine dacă deficiența sesizată reprezintă sau nu o abatere formală, a cărei corectare este susținută de către întreg ansamblul ofertei și a cărei valoare este insignifiantă având în vedere că întreaga activitate de asistență tehnică reprezintă 0,3% din valoarea ofertată.

Prin urmare, excluderea ofertei sale, pentru un aspect minor, pur formal, denotă reaua credință a autorității contractante în procesul de evaluare și încălcarea vădită a dispozițiilor art. 134 alin. (7) lit. a) și art. 134 alin. (9) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Referitor la cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei sale, respectiv neindicarea în planul de mediu a măsurilor adoptate în cazul unor avarii la rețelele existente în zona șantierului în contextul în care documentația tehnică postată în SEAP prevede în mod expres inexistența rețelelor pe amplasamentul lucrării, contestatorul arată că, deși solicitarea de clarificări trimisă de autoritatea contractantă a vizat aspecte necoroborate cu documentația tehnică postată în SEAP, prin răspunsul formulat a precizat în mod clar paginile din propunerea tehnică unde au fost tratate aspectele în cauză, precum și faptul că DALI prevedea în mod expres lipsa rețelelor edilitare pe terenul amplasament al lucrării.

Apreciind că în mod disproporționat autoritatea contractantă a apreciat răspunsul ca fiind neconcludent, contestatorul susține că nicăieri în cuprinsul DALI nu se menționează că pe amplasamentul lucrării ar exista rețele ce s-ar impune a fi protejate. Prin urmare, acest motiv de excludere este unul vădit artificial, inserat de către autoritatea contractantă, care a profitat de neconcordanța strecurată în fișa de

date, cu scopul precis de a putea desemna câștigătoare asocierea care a întocmit documentația tehnică și al cărei preț nu era atât de competitiv, 99% din valoarea estimată.

Mai mult, intenția autorității contractante este cu atât mai evidentă cu cât, în cadrul propunerii tehnice, la pagina 536, a detaliat activitățile solicitate.

Cu privire la cel de-al treilea motiv de excludere a ofertei sale, respectiv faptul că nu a prezentat în ofertă modul concret de aplicare și promovare în cadrul execuției lucrărilor a prevederilor legale în vigoare referitoare la principiile tratamentului egal, nediscriminării și egalității de șanse, contestatorul susține că, așa cum reiese din propunerea tehnică, relațiile solicitate de autoritatea contractantă au fost expuse la pag. 626-628, respectiv la pag. 629-643. Sub acest aspect, în documentația de atribuire nu s-a impus includerea, în mod expres, în această categorie a unor detalii specifice. În acest sens, a depus în ofertă extrase revisal care atestă lipsa discriminării pe baza de vârstă, sex, etnie etc. a persoanelor angajate în cadrul societății, s-a completat formularul 9 impus în documentație și s-a tratat pe larg problematică la paginile mai sus menționate.

Mai amintește că, urmare a solicitării de clarificări, a depus Contractul Colectiv de muncă valabil pe perioada 28.05.2019 -28.05.2021, în cadrul societății, înregistrat la ITM și care, la Cap. X, reglementează interzicerea discriminării.

Concluzionând, contestatorul susține că oferta sa a fost analizată formal, solicitarea de clarificări fiind transmisă cu unicul scop de a identifica potențiale motive de excludere a ofertei, care a avut un preț competitiv.

Ca ultim aspect, contestatorul subliniază modalitatea inechitabilă, discriminatorie în care autoritatea contractantă a evaluat oferta desemnată câștigătoare, cu încălcarea tratamentului egal în ceea ce privește evaluarea ofertelor.

În acest sens, subliniază următoarele aspecte:

- Lipsa verificării incidenței dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

- Prin adresa nr. 2320/15.05.2020, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului câștigător documentele care susțin informațiile prezentate în DUAE, inclusiv cazierul judiciar ale asociaților, însă SRL nu a prezentat cazier judiciar, astfel că autoritatea contractantă a revenit cu adresa nr. 2564/02.06.2020, transformând o ofertă neconformă în una conformă.

- La pagina 4 din Raportul financiar nr. 338/14.05.2020 se face vorbire despre prezentarea de către ofertantul câștigător a devizului general care, la cap. 3.8 Asistență tehnică are prevăzută suma de 72.000 lei, fără TVA, compusă valoric, conform precizărilor, din 48.000 lei – reprezentând asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor și 24.000 lei reprezentând asistență tehnică pentru participarea la fazele incluse în PCCVI. Astfel, conform declarațiilor ofertantului

câștigător, acesta nu a cotate asigurarea asistenței tehnice și pe durata garanției de bună execuție.

- În Raportul tehnic nr. 34/01.04.2020 (pag. 71), în ceea ce privește asocierea câștigătoare, se menționează că ar trebui corelate resursele materiale și umane din Graficul Gantt, cu propunerea tehnică, solicitându-i listele de cantități fără valori. Ofertantul a răspuns prin adresa nr. 1453/11.03.2020, anexând listele de cantități fără valori și răspunsul său a fost considerat concludent, însă, apare de neînțeles cum s-a edificat comisia de evaluare și expertul cooptat asupra faptului că resursele umane au fost corelate cu termenele din Graficul Gantt, atât timp cât nu s-a lămurit numărul de angajați/personal de care dispune.

- La pag. 18 din raportul financiar nr. 338/14.05.2020, se menționează că, în Formularul C7, ofertantul câștigător are o valoare de 2375.666,61 lei, reprezentând 91.623,37 ore manoperă, ceea ce înseamnă un tarif orar de 25,93 lei pentru muncitori necalificați, asfaltatori etc., în timp ce, din analiza actelor adiționale la contractele individuale de muncă ale proiectaților (studii superioare), rezultă un tarif de 17,928 lei/oră (salariul minim pe ramură), deficiență neobservată de autoritatea contractantă.

Față de cele prezentate, contestatorul reclamă subiectivismul autorității în evaluarea ofertelor, încălcarea vădită a tratamentului egal, și respingerea ofertei sale, care reprezintă 86,88% din valoarea estimată, în detrimentul unei oferte cu deficiențe majore, al cărei preț de aproape de valoarea estimată.

Pentru motivele prezentate, contestatorul apreciază că se impune admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile legale menționate în contestație, Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016 și normele aferente.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 2967/22.06.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 24532/22.06.2020, COMUNA (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, cu consecința menținerii adresei nr. 2418/12.06.2020, a raportului procedurii și a ofertei declarate câștigătoare.

În susținere, autoritatea contractantă precizează că, în privința primei critici adusă de contestator, procedura a fost realizată cu ajutorul unui expert cooptat, dată fiind complexitatea și volumul de informații tehnice ce au trebuit a fi analizate, complexitate ce s-a răsfrânt și asupra termenului îndelungat de evaluare. Între expertul cooptat și autoritatea contractantă au existat raporturi juridice legale, născute din contractul de prestări servicii încheiat în acest sens, în mod legal.

Referitor la preținsele legături dintre asociații societății ce va presta servicii de consultanță privind achiziția publică și unul ce face parte din asocierea câștigătoare, autoritatea contractantă susține că nu are rolul unui organ de anchetă, în a verifica aspecte. Mai mult, chiar din cele prezentate de contestatar, reiese faptul că între cele două societăți nu există nicio legătură directă de acționariat sau de administrare.

În ceea ce privește pretinsa *distorsionare a concurenței*, autoritatea contractantă susține că nicăieri în legislația în vigoare la data limită de depunere a ofertelor, precum și nici la momentul depunerii prezentului punct de vedere, nu este interzisă participarea în cadrul unei proceduri de atribuire simplificată a unui contract de servicii și lucrări, în calitate de ofertant proiectant, a persoanei juridice ce a elaborat studiul DALI. Tocmai o astfel de abordare legislativă ar distorsiona concurența.

Afirmația ofertantului contestator, conform căreia SRL a fost cel care a stabilit în numele autorității contractante toate soluțiile tehnice pe care ofertanții trebuie să le adopte și toate regulile pe care aceștia trebuie să le respecte în procedura, în opinia autorității contractante, este una fără fond, contestatorul neprobând cele afirmate.

Cu privire la pretinsa excludere nelegală a contestatorului din procedură, autoritatea contractantă învederează că procesul de evaluare a respectat toți pașii legali, solicitările de clarificări au fost transmise în mod unitar tuturor ofertanților participanți, fiind detaliate până la nivel de pagină și frază, astfel că declararea ofertei sale inacceptabilă este una în concordanță cu legislația în vigoare și rezultă strict în urma constatării unor lipsuri din propunerea sa tehnică, lipsuri ce nu au putut fi suplinite în totalitate prin răspunsul la solicitarea de clarificări cu nr. 1221/04.03.2020.

În ceea ce privește primul motiv care a condus la excluderea ofertei depusă de asocierea contestatorului, autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, a solicitat ofertantului să indice unde în cadrul acestui grafic se regăsesc cele constatate ca fiind lipsă, dat fiind că, la pagina 1385 a propunerii sale tehnice, se regăsește punctul „V.4 Asistența tehnică din partea proiectantului pe parcursul execuției lucrărilor”, unde este detaliată doar această componentă a asistenței tehnice. Prin răspunsul său, ofertantul a indicat faptul că această activitate se regăsește doar în graficul Gantt, grafic prezentat pentru partea de execuție a lucrărilor.

De subliniat este că prin fișa de date a achiziției au fost solicitate două tipuri de grafice, pe care ofertanții au fost obligați să le prezinte, respectiv cel de prestare a serviciilor de proiectare și asistență tehnică și graficul Gantt, de secvențiere a duratei de execuție a lucrărilor, deci grafice ce au obiecte diferite. Este impropriu a se putea considera conform un grafic de prestare a serviciilor de proiectare și asistență tehnică, fără a fi evidențiată, la nivelul acestuia, chiar una dintre activitățile principale.

Nu în ultimul rând, referitor la afirmația ofertantului conform căreia susținerile sale se coroborează cu informațiile prezentate în propunerea tehnică și financiară, autoritatea contractantă afirmă că la momentul declarării ofertei sale ca inacceptabilă, oferta sa financiară era confidențială, aceasta putând deveni parte a procesului de evaluare doar în cazul în care acesta ar fi fost declarat admis pe secțiunea tehnică. Astfel, la acest moment, ea nu este opozabilă nici măcar Consiliului.

În opinia autorității contractante, ofertantul trebuia să indice, conform textului solicitării, unde la nivelul graficului de prestare al serviciilor se regăsește componenta de asistență tehnică din partea proiectantului, ci nu să vină cu argumente din părți ale ofertei ce nu au fost decriptate sau nu au legătură cu partea de proiectare ci doar cu cea de execuție.

Referitor la cel de-al doilea motiv al declarării ofertei ca inacceptabile, autoritatea contractantă susține temeinicia lui, întrucât ofertantul în propunerea sa tehnică privind execuția de lucrări, nu a punctat toate detaliile solicitate prin punctul 5 al modalității de prezentare a propunerii tehnice, respectiv planul de mediu aplicat lucrării. Prin urmare, deși a punctat toate celelalte detalii ale acestuia, ofertantul nu a făcut nicăieri referire la măsurile adoptate în cazul unor avarii la rețelele existente în zona șantierului, motivația acestuia fiind dată de faptul că prin DALI se face mențiunea că nu există rețele ce necesită relocarea în vederea execuției lucrărilor de drumuri.

Or, neexistența relocării unor rețele edilitare nu este același lucru cu neexistența acestora, precizarea din DALI fiind expresă doar în sensul relocării nu și al existenței fizice a acestora. Confuzia termenilor nu este imputabilă comisiei de evaluare, ci ofertantului care trebuia să prevadă și un astfel de set de măsuri. În concret, lipsa prezentării în cadrul ofertei a acestor măsuri, nu prevalează ofertantul de culpa în care se află, respectiv neprezentarea completă a cerinței fișei de date. Obiecțiunile trebuiau formulate în perioada de vizualizare a documentației de atribuire, înainte de depunerea ofertelor, dar cum acest lucru nu s-a întâmplat, ofertantul și-a asumat întreaga cerință.

Referitor la cel de-al treilea motiv al excluderii contestatorului, lipsa efectivă a detaliilor de la punctul 9 al modalității de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă susține că acesta este un motiv pertinent de excludere, ofertantul prezentând un plan SSM, dar niciun detaliu referitor la cerința fișei de date.

Așadar, întrebare fiind unde se regăsește modul concret de aplicare și promovare a principiilor tratamentului egal, nediscriminării și egalității de șanse, acesta a răspuns că, acest mod concret se poate înțelege prin simpla vizualizare a extrasului REVISAL, prezentat în cadrul propunerii tehnice. Or, din analiza acestui extras, se poate concretiza că nu poate prezenta astfel de detalii, ci doar nume, număr contract de muncă, CNP, remunerație lunară, detalii strict legate de salarizare și persoană salarizată. Mai mult decât atât ofertantul

confirmă cele observate de comisia de evaluare, prezentând suplimentar, deși nu a fost solicitat, un contract colectiv de muncă în care s-ar regăsi astfel de prevederi.

Astfel, prin chiar confirmarea acestuia, ca nu a prezentat efectiv punctul 9 mai sus menționat, se poate înțelege decizia comisiei de evaluare de a declara oferta acestuia ca inacceptabilă, ofertanții fiind obligați să puncteze toate cerințele fișei de date întocmai.

Referitor la toate celelalte critici aduse de contestator, comunicării transmise și raportului procedurii, în opinia autorității contractante, acestea nu sunt de natură a clarifica situația propriei oferte, care prezintă deficiente, chiar puncte ale fișei de date netratate, iar înainte de a se arăta indignat de presupuse nelegalități, ofertantul ar trebui să procedeze la o analiză detaliată a ofertei sale, așa cum a procedat și comisia de evaluare, care a transmis un set de clarificări mult mai amplu decât motivele prezentate prin comunicarea finală de excludere, clarificare ce a primit din partea ofertantului un răspuns cu nu mai puțin de 79 de pagini de completări aduse oferte, parte din ele acceptate de comisia de evaluare.

Prin urmare, nu se poate susține lipsa tratamentului egal și al unei evaluări unitare față de toți ofertanții, contestatorul beneficiind de același tratament ca toți ceilalți participanți.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, cu consecința menținerii adresei nr. 2418/12.06.2020, a raportului procedurii și a ofertei declarate deja câștigătoare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 25251/25.06.2020, contestatorul a transmis un răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care reiterează cele susținute în cuprinsul contestației cu privire la faptul că în procesul de evaluare a ofertelor au fost încălcate dispozițiile legale în materie, s-a procedat la distorsionarea concurenței.

În ceea ce privește evaluarea ofertei sale, contestatorul își menține poziția exprimată în cuprinsul cererii sale, învederând Consiliului că decizia de excludere se bazează pe un formalism excesiv care nu este contabil cu scopul și principiile ce guvernează procesul de achiziție publică.

Ca o dovadă a încălcării tratamentului egal în evaluarea ofertelor de autoritatea contractantă, contestatorul indică, cu titlu de exemplu, adresa nr. 2320/15.05.2020, prin care a solicitat ofertantului câștigător, pe lângă documentele care probează declarațiile din DUAЕ, și centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv, document care este parte a ofertei financiare. În opinia sa, lipsa acestui centralizator este o deficiență substanțială care invalidează oferta, o face să fie neconformă.

Pentru toate motivele expuse, contestatorul solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Prin cererea de intervenție voluntară nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./....., ... SRL, în calitate de lider al asocierii-..... SRL, solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, ca nefondată.

Invocând prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 64 și art. 66 din Codul de Procedură Civilă, intervenientul justifică interesul său în formularea cererii sale, precizând că este ofertant declarat câștigător în procedura de față.

În ceea ce privește distorsionarea concurenței invocată de autoarea contestației, intervenientul evidențiază că, în raport cu prevederile Legii nr. 101/2016, o contestație trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este motivarea, care servește la determinarea exactă a obiectului judecării administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. În caz contrar, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Cu alte cuvinte, în opinia intervenientului, contestatorul nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente pe bază de supoziții. Prin urmare, contestația nu este motivată în concret, criticile prezentate fiind simple speculații, fără a fi probate.

Invocând spețe similare se concluzionează de către intervenient că o contestație trebuie motivată în concret la momentul sesizării și nu ulterior prin intermediul concluziilor scrise.

În ceea ce privește critica contestatorului cu privire la expertul cooptat, intervenientul susține că, raportat la prevederile art. 128 din HG nr. 395/2016, în mod corect autoritatea contractantă a precizat că are posibilitatea de a desemna experți cooptați încă de la începutul procesului de evaluare sau pe parcursul lui.

Totodată, se susține de intervenient că asocierea sa și-a însușit toate obligațiile legale, precum și cele care au derivat din documentația de atribuire, depunând declarația privind neîncadrarea în art. 60 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește susținerea contestatorului conform căreia au fost încălcate prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, de către autoritatea contractantă, intervenientul precizează că SRL a întocmit documentația de atribuire a lucrărilor de intervenții (DALI), deci nu a participat la pregătirea documentației de atribuire, ci la un act premergător al cărui beneficiar a fost comuna

Potrivit Hotărârii nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul - cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, intervenientul arată că documentația de avizare a lucrărilor de

intervenții (DALI), constituie un document premergător notei justificative privind necesitatea investiției, datele din DALI fiind puse la dispoziția tuturor ofertanților în documentația de atribuire.

În acest context, intervenientul susține că nu pot fi reținute ca fiind relevante alegațiile contestatorului, deoarece, la momentul inițierii procedurii de achiziție, în cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP, autoritatea contractantă a publicat și DALI, studiu necesar întocmirii ofertelor, în concordanță cu principiului tratamentului egal, principiu care stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la excluderea ofertei contestatorului din cadrul procedurii de față, pe motiv că în Graficul de prestare a serviciilor de proiectare nu este evidențiată distinct activitatea de asistență tehnică, intervenientul apreciază că decizia de excludere nu a fost una pripită, formalistă și disproporționată, având în vedere că ofertantul nu a răspuns clar, neprecizând efectiv care este de fapt perioada pe care va presta acest serviciu, rămânând a se înțelege că aceasta va fi executată pe perioada execuției lucrărilor, conform prevederilor propunerii tehnice de la pagina 1385 și nu inclusiv în perioada de garanție acordată lucrărilor, conform cerinței din fișa de date.

De asemenea, la întrebarea prin care s-a solicitat să se indice unde în graficul de prestare a serviciilor de proiectare și asistență tehnică (grafic solicitat în fișa de date, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, punctul I, pentru partea de servicii proiectare și asistență tehnică, lit. b, și nu graficul Gantt de execuție a lucrărilor) se regăsește activitatea de asistență tehnică, ofertantul contestator a răspuns pe lângă subiect, evitând un răspuns direct ce ar fi evidențiat faptul că la nivelul graficului de prestare al serviciilor lipsește chiar componenta de asistență tehnică.

Cu privire la următorul motiv de excludere a ofertei contestatorului, intervenientul susține că, raportat la cerințele din fișa de date a achiziției secțiunea IV.4.1. Modul de prezentare a propunerii tehnice, punctul II 5, atât din oferta inițială, cât și din răspunsul la solicitarea de clarificări, rezultă că nu au fost incluse în Planul cu măsurile privind protecția mediului măsurile adoptate în cazul producerii unor avarii la rețelele existente în zona șantierului datorate execuției lucrărilor, deși această cerință era prevăzută expres în fișa de date, motivând lipsa acestora din perspectiva faptului că prin DALI nu s-au regăsit rețele existente ce necesită relocarea în vederea execuției de drumuri.

Or, în lipsa unor demersuri anterioare de clarificare a documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor Legii nr. 101/2016, ofertantul nu își poate invoca propria turpitudine, prevalându-se de faptul că prin DALI nu s-au regăsit rețele existente ce necesită relocarea în vederea execuției de drumuri.

În ceea ce privește neinclusiunea de către contestator, în planul SSM, a detaliilor solicitate la punctul 9 din fișa de date, intervenientul susține că nici prin prezentarea extrasului revisal și nici prin

prezentarea contractului colectiv de muncă nu se poate proba îndeplinirea acestei cerințe, respectiv modul concret de aplicare și promovare în cadrul execuției lucrărilor a prevederilor legale în vigoare referitoare la principiile tratamentului egal, nediscriminării și egalității de șanse.

Având în vedere cele prezentate de contestator atât în oferta sa, cât și în cadrul răspunsurilor la solicitările de clarificări transmise prin adresa nr. 1211/04.03.2020, în mod corect autoritatea contractantă a procedat la declararea ofertei, ca fiind inacceptabilă, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG 395/2016.

În ceea ce privește critica adusă ofertei sale, respectiv neprezentarea cazierului judiciar, intervenientul solicită respingerea ei, ca nefondată, motivat de faptul că Certificatul de cazier judiciar pentru asociatul SRL a fost prezentat ulterior, prin răspunsul la solicitarea de clarificări din 04.06.2020, însă acest aspect nu presupune că oferta trebuie declarată neconformă sau că a fost încălcat principiul tratamentului egal dat fiind că prezentarea documentelor suport DUAЕ, practic, au rolul de a confirma cele declarate prin DUAЕ la momentul depunerii ofertelor.

În legătură cu afirmația contestatorului potrivit căreia nici oferta câștigătoare nu are inclusă asistența tehnică în perioada de garanție, intervenientul precizează că la nivelul graficului de prestare al serviciilor se regăsește componenta de asistență tehnică.

De asemenea, chiar prin procesul verbal de evaluare a propunerilor financiare, indicat de contestator, respectiv procesul 2319/15.05.2020, pagina 2, se precizează că, garanția tehnică acordată de asocierea declarată câștigătoare este de 60 luni. În plus, potrivit devizului general, se poate observa, cu ușurință, că a inclus asistența tehnică și pentru participarea la fazele incluse în PCCVI, o valoare de 24.000 lei, aceasta incluzând și activitățile finale.

Pentru considerentele expuse, intervenientul apreciază această critică, ca nedovedită, sens în care invocă dispozițiile art. 249 din Codul de procedură civilă.

În ceea ce privește critica privind solicitarea autorității contractante de a prezenta listele de cantități fără valori, aferente proiectului tehnic, împreună cu anexele, intervenientul susține că aceasta este nedovedită, motivat de faptul că solicitarea viza doar o confirmare pentru a se efectua o corelare între resursele materiale umane din graficul Gantt și o conformitate a propunerii tehnice cu documentația de atribuire. Invocând prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016, precum și practica relevantă în domeniu, intervenientul apreciază că autoritatea contractantă poate solicita unui ofertant clarificări sau îndreptarea unei erori materiale vădită pe care ar conține-o aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte.

Referitor la critica contestatorului ce vizează tariful orar al experților, intervenientul supune atenției că ofertanții aveau obligația, conform fișei de date a achiziției, de a *descrie resursele tehnice și umane pe care le utilizează pentru prestarea serviciilor supuse achiziției publice. Descrierea va fi însoțită de o declarație privind utilajele/echipamentele de care dispune/are acces ofertantul, și pe care acesta le utilizează în realizarea contractului și de o lista cu experți cheie (specialiștii) utilizați pentru realizarea contractului. Ofertanții vor prezenta modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii pentru prestarea serviciilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prev. Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente.*

Raportat la aceste cerințe, contractele și actele adiționale din care rezultă un tarif de 17,928 lei/oră (salariul minim pe ramură), atestă doar modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii pentru prestarea serviciilor cuprinse în obiectul contractului, fără a influența tariful inclus în Formularul C7 privind orele de muncă, respectiv tariful orar ofertat de asocierile SA, de 25,93 lei.

Și această critică este apreciată nedovedită, câtă vreme contestatorul se limitează doar la a prezenta simple speculații.

Un ultim aspect învedereat de intervenient este referitor la caracterul confidențial al ofertei sale, solicitând pe această cale Consiliului de a nu pune la dispoziția contestatorului documentele declarate confidențiale.

Pentru motivele prezentate, intervenientul solicită admiterea cererii sale și respingerea contestației formulate de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 26340/02.07.2020, contestatorul a formulat întâmpinare la cererea de intervenție solicitând respingerea ei și obligarea intervenientului la plata cheltuielilor ocazionate cu acest demers.

Referitor la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție, contestatorul apreciază că aceasta ar trebui calificată ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Cu privire la argumentele care justifică respingerea cererii de intervenție, ca nefondată, contestatorul reiterează cele susținute în cererea sa cu privire la distorsionarea concurenței.

În ceea ce privește jurisprudența invocată de intervenientă, contestatorul susține că nu este relevantă întrucât nu are aplicabilitate în speță, cauzele în discuție vizând ipoteza așa-ziselor contestații *in orb* și nu, așa cum este cazul în speță, a unei contestații motivate în fapt și în drept, în conformitate cu rigorile legislației în vigoare. În opinia contestatorului, Consiliul a fost în mod legal sesizat cu o contestație împotriva rezultatului procedurii de atribuire, organul administrativ jurisdicțional urmând a analiza legalitatea acestui rezultat prin prisma criticilor cuprinse în contestație, raportat la documentația existentă în dosarul achiziției publice.

Cu privire la participarea operatorului economic SRL la pregătirea și desfășurarea procedurii, contestatorul apreciază că, în mod greșit, intervenienta interpretează dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, deși este obligația legală a autorității contractante de a asigura un cadru transparent, legal și lipsit de discriminări, participarea operatorului economic SRL la pregătirea și desfășurarea procedurii nici măcar nu a fost analizată în procesul de evaluare. De altfel, având în vedere legătura între asociații acestei societăți și experții cooptați, legătura ce nu a fost neînfirmată de autoritatea contractantă, se subînțelege lipsa rolului activ al comisiei în acest sens.

În privința evaluării ofertei sale, contestatorul reiterează apărările prezentate, adăugând că intervenienta nu înțelege motivele concrete imputate ofertei sale cu privire la graficul Gantt, jurisprudența invocată de intervenientă, nefiind aplicabilă, nici de această dată, speței în cauză.

Mai susține contestatorul că răspunsul la solicitările de clarificare a fost unul concludent în raport cu modul în care a fost formulată cerința din solicitarea de clarificări. De altfel, contrar susținerilor intervenientului, modul pârtnitor în care au fost evaluate ofertele rezultă fără puțină tăgadă din solicitările de clarificare nr. 1221/04.03.2020 și nr. 1222/04.03.2020, solicitări din care reiese cât se poate de clar că asocierii sale i se cerea să indice unde în ofertă de regăsesc anumite documente, iar ofertantului câștigător i se solicită să prezinte, adică să completeze. Or, o asemenea abordare denotă în mod vădit diferența de tratament aplicată celor două oferte.

În privința neindicării în planul de mediu a măsurilor adoptate în cazul unor avarii la rețelele existente în zona șantierului, contestatorul precizează că susținerile sunt invalide atât de DALI întocmit de asociatul parte din asocierea intervenientei, cât și de informațiile cuprinse în oferta sa.

În privința ultimului motiv de excludere a ofertei, contestatorul susține că relațiile solicitate de autoritatea contractantă au fost expuse la pagina 626-628, respectiv, la pagina 629-643, sens în care a depus în ofertă extrase revisal care atestă lipsa discriminării pe bază de vârstă, sex etnie etc. a persoanelor angajate în cadrul societății.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 1068/03.07.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 26703/06.07.2020, intervenientul a transmis Concluzii scrise, solicitând admiterea cererii sale, admiterea excepției lipsei de interes cu privire la criticile aduse ofertei sale, precum și respingerea contestației, ca nefondată.

Astfel, față de pretinsa distorsionare a concurenței, intervenientul arată că, potrivit informațiilor de pe portalul ONAC, între expertul

cooptat reprezentând societatea ELADA ELITE CONSULTING SRL și SRL, nu există nicio legătură, critica sub acest aspect fiind neprobată de contestator. De asemenea, în opinia sa, nu este incident art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 și nu pot fi reținute susținerile contestatorului, deoarece, la momentul inițierii procedurii de achiziție, în cadrul documentației de atribuire publicată în SEAP, autoritatea contractantă a publicat și DALI, studiu necesar întocmirii ofertelor, în concordanță cu principiului tratamentului egal, principiu care stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, în acest sens fiind și practica invocat.

Cât privește motivele de respingere reținute în cazul ofertei contestatorului, intervenientul le apreciază întemeiate, sens în care subliniază faptul că graficul de prestare a serviciilor de proiectare nu a cuprins evidențiată distinct și activitatea de asistență tehnică, așa cum se solicita prin fișa de date a achiziției, iar răspunsul la clarificări nu a fost unul concludent. Similar, nu a fost indicat în planul de mediu a măsurilor adoptate în cazul unor avarii la rețelele existente în zona șantierului, ofertantul neputându-și invoca propria culpă în interpretarea eronată a documentației. Relativ la neincluderea în planul SSM a detaliilor solicitate la punctul 9 din fișa de date a achiziției, intervenientul apreciază că tocmai apărarea contestatorului cum că documentația nu ar fi prevăzut o astfel de cerință confirmă faptul că ofertantul nu a procedat la îndeplinirea ei.

Cu privire la criticile aduse ofertei sale, intervenientul înțelege să invoce excepția lipsei de interes, în considerarea dispozițiilor art. 3 alin. (1) și f) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu cele ale art. 33 din Codul de procedură civilă. În acest sens arată că, în condițiile în care, analizând contestația, urmează să fie reținut caracterul fondat al deciziei prin care candidatura societății contestatoare a fost respinsă, nu mai pot fi analizate criticile formulate de SA - SRL împotriva celorlalte candidaturi, fiind lipsite de interes, în condițiile în care oricare ar fi rezultatul analizei, candidatura autoarei contestației va fi respinsă.

Invocând Hotărârea din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt, în procedura Werner Hackermuller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), intervenientul apreciază că interesul unui ofertant respins de a contesta ofertele admisibile nu îndeplinește cerința de a fi născut și actual.

Pe fond, față de criticile aduse ofertei sale, intervenientul susține următoarele:

- Prezentarea certificatului judiciar pentru asociatul SRL prin răspunsul la clarificare din data de 04.06.2020 nu atrage neconformitatea ofertei sau încălcarea principiului tratamentului egal, având în vedere că prezentarea documentelor suport DUAE, practic, au rolul de a confirma cele declarate prin DUAE la momentul depunerii

ofertelor, clarificarea solicitată în acest sens fiind doar una de confirmare.

- La nivelul graficului de prestare al serviciilor se regăsește componenta de asistență tehnică, chiar prin procesul verbal de evaluare a propunerilor financiare nr. 2319/15.05.2020, pag. 2, precizându-se că garanția acordată de asocierea sa este de 60 de luni. În plus, în Devizul general a fost inclusă asistența tehnică și pentru participarea la fazele incluse în PPCVI, cu o valoare de 24.000 lei, incluzând și activitățile finale.

- Clarificarea adresată asocierii sale, de a prezenta listele de cantități fără valori, aferente proiectului tehnice, împreună cu anexele, viza doar o solicitare de confirmare, având în vedere punctele 3 și 6 din fișa de date, respectiv pentru a se efectua o corelare între resursele materiale și umane și din Graficul Gantt și o conformitate a propunerii tehnice cu documentația de atribuire.

- Contractele și actele adiționale din care rezultă un tarif de 17,928 lei/oră (salariul minim pe ramură), atestă doar modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii pentru prestarea serviciilor cuprinse în obiectul contractului, fără a influența tariful inclus în Formularul C7 privind orele de manoperă, respectiv tariful orar ofertat, de 25,93 lei.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 26945/07.07.2020, ... SA a formulat note scrise cu privire la susținerile formulate de intervenient în cuprinsul concluziilor scrise, precizând următoarele:

1. Contrar susținerilor intervenientului, legătura dintre expertul cooptat și asociatul Elite Consulting SRL a fost probată încă din momentul formulării contestației, astfel că potrivit Hotărârii nr. 1 din data de 14.12.2018, publicată în Monitorul Oficial al României, partea a IV-A, nr. 247/17.01.2019, ... SRL (proiectantul declarat câștigător), Aolaritei Marian (administratorul SRL) și Stoica Elena Gabriela (administratorul ...) sunt asociați la ...

2. Conform anexelor depuse cu adresa nr. 1068/03.07.2020 de către intervenientă, cele două societăți, ..., consultant, și SRL, proiectant al asocierii câștigătoare, au aceeași adresă, respectiv Galați, Str. Galați/VictorVilcovici, nr. 5, parter, bloc PR3A. În cazul consultantului, ..., este vorba de sediul social (pg. 1 din anexa nr. 1169756), iar în cazul proiectantului SRL, este vorba de punct de lucru (pg. 3 din anexa nr.1169876).

Deși potrivit art. 58 din Legea nr. 98/2016, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici, din cuprinsul proceselor-verbale întocmite pe parcursul evaluării, autoritatea contractantă nu a probat nici măcar o minimă diligență în

respectarea acestei obligații, rezultând că participarea SRL la pregătirea și desfășurarea procedurii nu a fost analizată în procesul de evaluare.

Procedând astfel, contestatorul susține că autoritatea contractantă a exclus, în mod nelegal și nemotivat, o ofertă conformă în detrimentul unei oferte a cărei participare distorsionează concurența care cuprinde o propunere tehnică neconformă și are un preț mult mai mare decât al societății sale.

În sensul efectuării verificării și asigurării un cadru concurențial, transparent și legal, s-a pronunțat și CJUE în cauza C531/2016.

În ceea ce privește excluderea ofertei sale, contestatorul nu reia argumentele formulate în cadrul contestației, însă subliniază că întreaga evaluare a fost una formală și discriminatorie.

Trecând peste diferența de tratament cu privire la modalitatea de formulare a solicitării de clarificări, contestatorul susține că în cadrul ofertei sale se regăsesc toate informațiile pretinse de autoritatea contractantă, iar în măsura în care ar fi considerat necesară detalierea sau completarea lor, ar fi trebuit să solicite, în mod clar și lipsit de echivoc, aspectele de interes. În esență, răspunsul la solicitarea de clarificări a fost unul concludent în raport cu modul de formulare a solicitării și implicit cu cerințele documentației de atribuire.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației și respingerea cererii de intervenție depusă de asocierea câștigătoare.

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

COMUNA (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE), Documentațiile tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor/autorizațiilor, asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor și execuție lucrări pentru implementarea proiectului MODERNIZAREA REJELEI DE DRUMURI DE INTERES LOCAL ÎN COMUNA, ..., cod CPV – 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1056393/22.10.2019, la care a anexat documentația de atribuire.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 4 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 2713/12.06.2020 în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, respingerea a trei oferte și motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și desemnarea ofertei depusă de asocierea-..... SRL, câștigătoare a procedurii.

În cadrul procedurii, ... SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL (consemnând cauțiunea aferentă,

potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Față de cererea de intervenție formulată de SRL, în calitate de lider al asocierii-..... SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 2713/12.06.2020, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că nemulțumirile contestatorului vizează, pe de o parte, o pretinsă încălcare a dispozițiilor art. 129 alin. (1), (2) și (4) din HG nr. 395/2016, precum și a art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, iar, pe de altă parte, nelegalitatea evaluării propunerii sale tehnice și a răspunsurilor la clarificări, sub aspectele reținute în decizia de respingere a ofertei sale, precum și nelegalitatea deciziei de desemnare câștigătoare a ofertei depusă de asocieria-..... SRL.

În ceea ce privește dispozițiile art. 129 alin. (1), (2) și (4) din HG nr. 395/2016, contestatorul susține că acestea ar fi fost încălcate de comisia de evaluare, reclamând existența unui conflict de interese între expertul cooptat numit din partea societății ... SRL și SRL, membră a asocierii desemnată câștigătoare. Astfel, subliniază contestatorul, între dna .., reprezentat al societății .. și dl. ..., asociat în SRL, există legături care pun sub semnul întrebării imparțialitatea expertului cooptat.

În exercitarea rolului său activ, Consiliul a cerut autorității contractante să transmită documentele care au stat la baza desemnării experților cooptați, respectiv decizia de numire a lor, declarațiile de confidențialitate, precum și contractul de prestări servicii încheiat cu expertul cooptat.

Din probatoriu rezultă că, în cadrul prezentei proceduri a fost desemnată ca specialist extern cooptat pe lângă comisia de evaluare dna Bordei-Vlad Iuliana, în timp ce contractul de prestări servicii a fost încheiat cu .., al cărei reprezentant se confirmă a fi dna Stoica Elena Gabriela.

De asemenea, documentele transmise de contestator la dosarul cauzei, în susținerea acestei critici, confirmă faptul că dna Stoica Elena Gabriela a fost asociat în firma EUROMIS HR SRL, în cadrul căreia, așa cum rezultă din Hotărârea nr. 1 din data de 14.12.2018, publicată în Monitorul Oficial, Partea a IV-a, nr. 247/17.I.2019, a aderat ca asociat SRL și dl. Aolăriței Marian. Din aceleași înscrisuri rezultă

că, potrivit Hotărârii nr. 2 din data de 17.12.2018 a adunării generale a asociaților ..), s-a decis retragerea din societate a ...

Chiar dacă, în mod direct, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, nu reiese o legătură între dna Bordei-Vlad Iuliana, expertul cooptat, și ..., Consiliul apreciază că aceasta rezultă în mod indirect, atât timp cât contractul de asistență a fost încheiat cu această societate.

Relevante în soluționare vor fi reținute următoarele dispoziții legale:

- din Legea nr. 98/2016:

- art. 58 *„Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.”*

- art. 59 *„În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire.”*

- art. 60 alin. (1) *Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ: ... c) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informații concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situație de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare;*

- art. 62 alin. (1) *În cazul în care autoritatea contractantă identifică o situație potențial generatoare de conflict de interese în sensul art. 59, aceasta are obligația de a întreprinde orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă o situație de conflict de interese și de a prezenta candidatului/ofertantului aflat în respectiva situație o expunere a motivelor care, în opinia autorității contractante, sunt de natură să ducă la un conflict de interese;* alin. (2) *În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă solicită candidatului/ofertantului transmiterea punctului său de vedere cu privire la respectiva situație;* alin. (3) *În cazul în care, în urma aplicării dispozițiilor alin. (1) și (2), autoritatea contractantă stabilește că există un conflict de interese, autoritatea contractantă adoptă măsurile necesare pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese, dispunând măsuri cum ar fi înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor, atunci când le este afectată imparțialitatea, acolo unde este posibil, sau eliminarea ofertantului/candidatului aflat în relație cu persoanele cu funcții de decizie din cadrul autorității contractante. ”*

- din HG nr. 395/2016:

- art. 129 alin. (4) *„Membrii comisiei de evaluare și experții externi cooptați au obligația de a respecta regulile de evitare a conflictului de interese prevăzute în cap. II secțiunea a 4-a din Lege”.*

- art. 130 alin. (1) *Comisia de evaluare și experții cooptați au obligația de a semna pe propria răspundere o declarație de confidențialitate și imparțialitate prin care se angajează să respecte prevederile art. 129 și prin care confirmă că nu se află într-o situație care implică existența unui conflict de interese;* alin. (4)

Situațiile privind conflictul de interese pot fi sesizate autorității contractante și de către terți, alin. (5) În cazul în care sunt sesizate astfel de situații, autoritatea contractantă are obligația de a verifica cele semnalate și, dacă este cazul, de a adopta măsurile necesare pentru evitarea/remedierea oricăror aspecte care pot determina apariția unui conflict de interese”.

În contextul de fapt și de drept expus mai sus, Consiliul apreciază că există indicii rezonabile privind incidența unei situații de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare a expertului cooptat, rezultate din legătura care pare că ar exista între reprezentantul societății care a asigurat expertul cooptat, ... și reprezentantul societății SRL, care face parte din asocierea desemnată câștigătoare.

Or, în lumina dispozițiilor legale pre-citate, luând cunoștință de această situație, autoritatea contractantă avea obligația de a verifica cele semnalate și de a stabili cu certitudine în ce măsură aspectele reclamate pot determina apariția unui conflict de interese.

Atât din documentele regăsite la dosarul cauzei, cât și din apărările autorității din cuprinsul punctului de vedere, se constată că nu a fost întreprinsă niciun fel de analiză a aspectului dezbătut mai sus, contrar obligațiilor statuate de dispozițiile art. 130 alin. (5) din HG nr. 395/2016, drept care critica va fi admisă și obligată autoritatea contractantă la verificările impuse de prevederile legale anterior citate.

Referitor la aplicabilitatea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 în cazul asocierii-..... SRL, într-o primă analiză, Consiliul nu identifică vreo probă privind distorsionarea concurenței prin participarea la procedura a asociatului SRL.

Potrivit prevederilor legale invocate:

Art. 167. - (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe.

Astfel, deși operatorul economic SRL a realizat Documentația de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI) pentru acest obiectiv, care este parte din documentația de atribuire, Consiliul reține că această componentă a fost pusă integral la dispoziția tuturor operatorilor posibil participanți la procedură, așa cum rezultă din informațiile regăsite în SEAP. Inclusiv critica analizată nu reclamă favorizarea ofertantului prin deținerea unor informații în plus pe care doar el le cunoștea, importante pentru elaborarea unor oferte conforme sau care au împiedicat ofertantul contestator să-și întocmească oferta corespunzător. În lipsa și a altor argumente și probe care să demonstreze că asocierea din care acesta face parte era în posesia unor informații suplimentare care să îi fi procurat un avantaj față de ceilalți participanți sau o implicare în desfășurarea prezentei proceduri, simplul

aspect că asociatul indicat a elaborat DALI, în condițiile date, nu este suficient pentru a identifica caracterul nelegal invocat de contestator.

De altfel, Agenția Națională de Achiziții Publice și-a formulat anterior, ca răspuns la solicitarea autorităților contractante, punctul de vedere stabilind că elaboratorul documentațiilor la faza DALI și/sau SF poate participa la achiziție în calitate de ofertant, dacă nu are nicio implicare suplimentară în elaborarea documentației de atribuire și în desfășurarea procedurii.

În baza criticilor din contestație, nu se poate trage concluzia că SRL a beneficiat de informații suplimentare în raport de ceilalți operatori economici participanți la procedură, pentru a fi încălcat principiului tratamentului egal, întocmirea DALI fiind o etapă anterioară și distinctă de procedura de achiziție publică care face obiectul prezentei spețe.

Diferit de situația de fapt prezentă, în speța invocată cu titlu de jurisprudență, în contestație, incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 nu a fost reținută exclusiv prin prisma participării la procedură a societății care a întocmit DALI, ci coroborat cu faptul că același autor al DALI a fost cel care a oferit răspunsurile la clarificările cu caracter tehnic primite de autoritatea respectivă din partea posibililor ofertanți, ceea ce a demonstrat că a beneficiat de o implicare suplimentară în desfășurarea procedurii.

Dovada faptului că întocmirea DALI nu conduce automat la excluderea din procedură stau inclusiv dispozițiile art. 140 din Legea nr. 98/2016, conform cu care *„(1) În situația în care un candidat/ofertant sau o entitate care are legături cu un candidat/ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări autorității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 139 sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea respectivului candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența. (2) Măsurile prevăzute la alin. (1) pot include, printre altele, comunicarea către ceilalți candidați/ofertanți a informațiilor relevante care au fost transmise în contextul participării candidatului/ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire sau care decurg din această participare și stabilirea unor termene corespunzătoare pentru depunerea ofertelor”.*

Societatea contestatoare nu a făcut dovada că implicarea SRL ca proiectant de specialitate în întocmirea documentației DALI, membru al asocierii declarate câștigătoare a procedurii de atribuire, a condus la distorsionarea concurenței.

Inclusiv instanțele judecătorești au avut aceeași abordare și au considerat în mod constant că, în ipoteza în care un ofertant a obținut pe orice cale studiul de fezabilitate, anterior depunerii ofertei sau a realizat un studiu de fezabilitate în temeiul căruia s-a organizat o procedură care presupune ofertarea unui preț raportat la cantități

predeterminate, orice cunoaștere ar fi dobândit autorul sau posesorul studiului nu afectează ofertele altor participanți, atât timp cât studiul în cauză a fost pus la dispoziția tuturor ofertanților. Așadar, ori de câte ori realizarea unei oferte presupune aspecte comune pentru orice ofertant obișnuit al unui sector economic dat, dacă procedura respectă normele de transparență prevăzute de lege și se acordă un termen de depunere a ofertelor potrivit cu complexitatea ofertei, nu se afectează în mod efectiv concurența și tratamentul egal (cu titlu exemplificativ Curtea de Apel, Secția comercială de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 687/06.08.2009, Curtea de Apel Cluj, Secția comercială de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 1365/19.05.2010, Curtea de Apel, Secția a VIII a contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 189/21.01.2010).

Așadar, cum autorul contestației nu aduce niciun argument suplimentar faptului că ofertantul SRL a fost avantajat prin faptul că deține informații în plus față de ceilalți ofertanți, Consiliul reține că, în principiu, nu îi este interzis societății care a întocmit DALI să participe la procedură.

În continuare, Consiliul va analiza temeinicia motivelor reținute de comisia de evaluare în decizia de respingere a ofertei contestatorului, considerate de acesta ca fiind excesive și nelegale.

Astfel, se observă că, potrivit actului atacat, motivele de neconformitate evidențiate, pe larg, în cuprinsul acestuia, vizează, în esență, trei aspecte:

1. nu a fost tratată asistența tehnică prin graficul de prestare al serviciilor de proiectare și asistență tehnică, iar durata de prestare a fost doar cea pe perioada de execuție și nu inclusiv în durata de garanție acordată lucrărilor;

2. nu s-au prezentat măsurile adoptate în cazul producerii unor avarii la rețelele existente în zona șantierului, datorate execuției;

3. nu s-au prezentat, nici în Planul SSM și nici în ofertă, detalii solicitate la pct. 9 din fișa de date a achiziției.

Se reține, de asemenea, că privitor la aceste aspecte, au fost solicitate clarificări, răspunsul furnizat de ofertant fiind apreciat neconcludent de comisia de evaluare.

Relativ la primul motiv, examinând înscrisurile regăsite la dosarul cauzei, Consiliul observă că, prin fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, pct. I. Pentru partea de servicii proiectare și asistență tehnică, s-a solicitat, în mod expres:

„b). Grafic de prestare - Ofertantul va prezenta un grafic de prestare a serviciilor amănunțit din care să rezulte modul în care vor fi îndeplinite serviciile în termenul ofertat și termenele pentru fiecare fază. Termenul de predare a documentațiilor de proiectare reprezintă perioada de timp cuprinsă între data emiterii ordinului de începere a serviciilor și data predării integrale a proiectului tehnic și detaliilor de execuție împreună. Vor fi detaliate clar termenele / perioadele de elaborare: PAC, Proiect Tehnic. Ofertanții nu vor confunda termenul de predare a documentațiilor DT și PTE cu termenul contractului care

include și asistența tehnică pe perioada execuției lucrărilor. Termenul total de prestare a serviciilor are în vedere inclusiv perioada pe care se va acorda asistența tehnică din partea proiectantului, în care se întocmește proiectul tehnic actualizat, cartea tehnică, pe parcursul execuției lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor și în perioada de garanție de bună execuție.

În aceeași secțiune a fișei de date, pct. II.10, autoritatea contractantă a prevăzut perioada de garanție acordată de minim 60 luni.

Așadar, din analiza coroborată a acestor cerințe ale documentației de atribuire rezultă că participanții la procedură erau ținuti să ofere servicii de proiectare, inclusiv asistență tehnică din partea proiectantului pe parcursul execuției lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor și în perioada de garanție de bună execuție, corelativ cu obligația de a prezenta un grafic de prestare al acestor servicii amănunțit, din care să rezulte informațiile solicitate.

Așa cum s-a reținut mai sus, subiectul asistenței tehnice din partea proiectantului a format obiectul unor clarificări cu ofertantul, respectiv, prin adresa nr. 1221/04.03.2020, astfel:

„2. Referitor la cerința fișei de date de la punctul 1.b): ... Termenul total de prestare a serviciilor are în vedere inclusiv perioada pe care se va acorda asistența tehnică din partea proiectantului, în care se întocmește proiectul tehnic actualizat, cartea tehnică, pe parcursul execuției lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor și în perioada de garanție de bună execuție, în ceea ce privește asistența tehnică din partea proiectantului conform prevederilor, comisia de evaluare a regăsit la pagina 1385 a propunerii tehnice de proiectare mențiunea că aceasta se va efectua doar pe perioada execuției lucrărilor, contrar cerinței fișei de date, prin care se menționează că aceasta se va acorda inclusiv în perioada de garanție de bună execuție. De asemenea, comisia de evaluare nu a regăsit în graficul de prestare a serviciilor de proiectare și asistență tehnică, secțiunea aferentă asistenței tehnice din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor și a perioadei de garanție.

Având în vedere acest aspect comisia de evaluare vă solicită să precizați perioada în care veți asigura asistență tehnică din partea proiectantului, și să indicați unde în cadrul graficului dumneavoastră de prestare servicii de proiectare și asistență tehnică se poate regăsi evidențiată această din urmă componentă”.

Prin răspunsul său, ofertantul a precizat următoarele:

„2. Față de solicitarea dumneavoastră, facem precizarea că serviciul de asistență tehnică presupune o activitate complexă, ce nu se poate identifica cu exactitate la întocmirea proiectului tehnic în baza căruia să fie elaborate programul de faze determinate, respectiv eventualele probleme care ar impune prezența în șantier a proiectantului sau necesitatea elaborării unor dispoziții de șantier. Cu toate acestea, atât în Graficul Gantt prezentat la pg. 255-284 (a se vedea pct. 3, pg. 255 și pg. 274), cât și în Programul de lucru cu

resursele alocate prezentat la pg. 489-524 (a se vedea pct. 3) a fost cuprinsă activitatea de asistență tehnică. În ceea ce privește asistența tehnică pe perioada de garanție a lucrărilor, precizăm că este vorba de o activitate ipotetică, aceasta fiind necesară doar în cazul în care în execuția contractului ar exista deficiențe.

Astfel în cadrul ofertei (financiare) au fost cuprinse un număr de 192 ore pentru ing. Diana Popescu și ing. Liviu Chelariu, respectiv 48 deplasări pentru asigurarea serviciului de asistență tehnică, însă având în vedere complexitatea serviciului de asistență tehnică raportat la volumul lucrărilor, acesta nu este restrictiv și poate fi suplimentat oricând de către SC SRL, cu încadrarea în valoarea ofertată.”

În opinia Consiliului, în mod corect comisia de evaluare a încadrat acest răspuns în categoria celor neconcludente, sancționată de legiuitor cu respingerea ofertei, potrivit art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Pentru a ajunge la această concluzie, pe lângă faptul că nu s-au clarificat deficiențele de întocmire a graficului în forma solicitată prin fișa de date, Consiliul are în vedere faptul că situația asigurării asistenței tehnice din partea proiectantului și pe perioada de garanție a lucrărilor nu rezultă a fi asumată nici din informațiile regăsite în propunerea tehnică, indicate de ofertant ca fiind în măsură să răspundă cerinței fișei de date, și nici din răspunsul furnizat, unde acesta înțelege să catalogheze această activitate într-una ipotetică, arătând că serviciul de asistență tehnică poate fi suplimentat oricând de către proiectantul propus.

Or, cerința fișei de date solicita, în mod expres, ofertarea certă a asistenței tehnice din partea proiectantului și pentru perioada de garanție acordată lucrării.

Se reține, în acest sens, că pct. 3 din Graficul Gantt regăsit la pag. 255-284 din propunerea tehnică face referire la asistența tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor, respectiv pe o perioadă de 250 de zile, începând cu luna a 2 și terminând în luna a 13.

Durata de execuție a contractului este de 13 luni (1 lună proiectare și 12 luni de execuție), așa cum a clarificat autoritatea contractantă anterior depunerii ofertelor, prin adresa nr. 5151/28.10.2020. La această durată, potrivit fișei de date, se adaugă și perioada de garanție de minim 60 luni, perioadă în care, din informațiile propunerii tehnice, trebuia să rezulte că se asigură asistență tehnică din partea proiectantului.

Or, în propunerea tehnică a contestatorului, aferentă părții de proiectare, la pct. I.A1. Scopul serviciilor de proiectare, se vorbește de „asigurarea asistenței tehnice pe perioada de execuție”, informație reluată și la pct. V.4 Asistența tehnică din partea proiectantului pe parcursul execuției lucrărilor. De asemenea, nici din informațiile regăsite la pag. 1408-1410, nu rezultă asigurarea asistenței tehnice a proiectantului pe perioada de garanție a lucrărilor, pentru componenta de asistență tehnică din partea proiectantului precizându-se, la modalitatea efectivă de realizare a activității, următoarele:

- „- *participarea la predarea amplasamentului*
- *participare la faze determinante*
- *stabilirea modului de tratare a defectelor apărute în execuție*
- *emiterea de dispoziții de șantier*
- *întocmirea memoriului justificativ pentru lucrări suplimentare (dacă este cazul)*
- *participarea la întocmirea documentației As-build*
- *actualizarea devizului general (ori de câte ori este nevoie)”*.

Se remarcă faptul că apărările din cuprinsul contestației vin să demonstreze ofertarea asistenței tehnice pe perioada de execuție, însă nu acest aspect este pus sub semnul întrebării, ci asigurarea acestei asistențe și pe perioada de garanție a lucrării în discuție.

Încercarea contestatorului de a demonstra, prin intermediul contestației, întocmirea unei propunerii tehnice adecvate solicitărilor documentației de atribuire, pe lângă faptul că este insuficientă, nici nu poate fi primită. În acest sens se reține că argumentele prezentate nu certifică, prin indicarea unor paragrafe exacte din propunerea tehnică, asumarea obligației în discuție, toate referirile având în vedere precizări generale de tipul *„orice alte atribuții specifice calității de proiectant prevăzute de reglementările legale în vigoare”* de unde, în opinia sa, ar rezulta asumarea respectării dispozițiilor art. 23 din Legea nr. 10/1995, care reglementează modalitatea de asigurare a asistenței tehnice din partea proiectantului. Însă, aceste prevederi legale nu impun proiectantului să asigure asistență și pe perioada de garanție acordată lucrării, ci doar *„h) asigurarea asistenței tehnice, conform clauzelor contractuale, pentru proiectele elaborate, pe perioada execuției construcțiilor sau a lucrărilor de intervenție la construcțiile existente; i) asigurarea participării obligatorii a proiectantului coordonator de proiect și, după caz, a proiectanților pe specialități la toate fazele de execuție stabilite prin proiect și la recepția la terminarea lucrărilor.”*

Obligația asigurării asistenței tehnice și pe perioada de garanție a lucrării nu este una prevăzută în mod expres de reglementările legale în vigoare, ci este o cerință a fișei de date a achiziției, impusă de autoritatea contractantă, a cărei nerespectare atrage neconformitatea ofertei.

Informația regăsită la pag. 1410 vorbește, așa cum subliniază și contestatorul, de asistență tehnică a ofertantului la stabilirea modului de tratare a defectelor apărute în execuție, însă nu și pe perioada de garanție a lucrării.

Mai mult, conform celor expuse mai sus, răspunsul la clarificări nu a fost în sensul redat prin contestație, respectiv *„în răspunsul la solicitarea de clarificări s-a făcut trimitere la propunerea tehnică depusă și s-a specificat în mod expres că va acorda asistență tehnică atât pe perioada execuției lucrărilor, cât și pe perioada de garanție”*, ci a precizat că asistența proiectantului pentru perioada de garanție este încadrată în categoria activităților ipotetice, cu mențiunea că deplasările prevăzute pentru asigurarea serviciului de asistență tehnică pot fi suplimentate oricând, cu încadrarea în valoarea ofertată.

Trimiterile la informațiile existente în propunerea financiară, pe lângă faptul că evaluarea ofertei nu a ajuns la etapa financiară, nici nu vin să confirme cele susținute de contestator, sintagma „*asistență tehnică din partea proiectantului 69.800,00 RON*” fiind insuficientă, în lipsa altor informații, pentru probarea ofertării asistenței tehnice și în perioada de garanție a lucrării.

Deficiența ofertei contestatorului nu poate fi încadrată în categoria viciilor de formă, deoarece, contrar susținerilor contestatorului, corectarea omisiunii nu este susținută de către „ansamblul ofertei”, fiind astfel fără relevanță cuantificarea ei.

Viciile de formă, potrivit art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, „*reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.*”

Este evident că lipsa ofertării activității de asistență tehnică și pe perioada de garanție acordată lucrării, conform cerinței fișei de date, nu poate fi considerată o corectare sau o completare formală/de confirmare, astfel că aceasta nu poate fi acoperită fără afectarea principiului tratamentului egal și fără avantajarea contestatorului, deoarece ar conduce la completarea propunerii tehnice într-un mod nepermis.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În cauza C131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

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

rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al elaborării neconforme/incomplete/superficiale a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care înscrisuri trebuie depuse în cadrul propunerii tehnice și ce trebuie să conțină aceste înscrisuri.

Având în vedere că în propunerea tehnică a contestatorului nu se regăsește asumată asigurarea asistenței tehnice și pe perioada de garanție a lucrării, conform cerinței exprese a fișei de date, iar răspunsul la clarificări a fost unul neconcludent, autoritatea contractantă a reținut în mod corect acest motiv de neconformitate, criticile contestatorului privind acest aspect urmând a fi respinse.

Stabilind corectă decizia de respingere, sub aspectul analizat mai sus, Consiliul apreciază de prisos verificarea temeiniciei și a celorlalte motive reținute în sarcina contestatorului, orice soluție adoptată cu privire la acestea neputând înlătura caracterul neconform al propunerii sale tehnice.

Trecând mai departe, în analiza criticilor cu privire la oferta desemnată câștigătoare, Consiliul va analiza cu prioritate excepția lipsei de interes în promovarea criticilor asupra acestei oferte, invocată de intervenient, raportat la caracterul neconform al ofertei contestatorului. Se reține că excepția nu a fost invocată cu privire la contestație, în integralitatea ei, sens în care Consiliul o apreciază ca fiind o apărare pe fondul cauzei.

În analiza acestei apărări, Consiliul apelează la considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, *Archus și Gama*, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau

riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii**

contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C100/12,

EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C689/13, EU:C:2016:199,

punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C355/15, EU:C:2016:988, punctul 29),

indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE,

C689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină

în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C689/13,

EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care entitatea contractantă **a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii**. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Întro asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie

2013, Fastweb, C100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de entitatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

58 În schimb, în cauza principală, Archus și Gama au formulat **o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice.** Într-o

asemenea situație, 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.

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 **entitatea 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.

Consiliul reține că, în speță, este pe deplin aplicabilă interpretarea de mai sus a CJUE, atât timp cât există o acțiune simultană a SC SA împotriva deciziei de respingere a ofertei sale și împotriva celei privind admisibilitatea ofertei concurente. Nu suntem în prezența situației din cauza C-355/15 (*Hotărârea* din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*), unde s-a statuat că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr-o decizie rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, întrucât, în prezenta cauză, ofertantul

asocierea SA-..... SRL nu a fost exclus definitiv din procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac, conform art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Chiar dacă, potrivit analizei expusă mai sus, Consiliul a reținut caracterul legal al deciziei de respingere a ofertei contestatorului, la acest moment, soluția nu este una definitivă, ținând cont de dispozițiile art. 29 din același act normativ.

Față de aceste considerente, excepția lipsei de interes în promovarea criticilor privind oferta asocierii desemnată câștigătoare, apare ca nefondată.

Un prim aspect reclamat față de oferta desemnată câștigătoare face referire la incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016, cu privire la care Consiliul s-a pronunțat mai sus, drept care considerentele cu privire la acest aspect nu vor mai fi reluate.

În ceea ce privește următoarea critică, Consiliul stabilește că, prin solicitarea nr. 2320 din data de 15.05.2020, comisia de evaluare s-a achitat de obligația ce cădea în sarcina ei de a solicita documentele doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire, iar prin a doua solicitare, avea obligația legală să clarifice aspectele care au făcut obiectul acesteia, anterior considerării admisibilității ofertei, știut fiind faptul că posibilitatea de a cere clarificări ofertanților urmărește să permită evaluarea temeinică a acestora și să prevină situațiile în care se atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă.

Spre deosebire de situația analizată în cazul ofertei contestatorului, cazierul judiciar prezentat de asocierea intervenientă nu a condus la modificarea sau completarea ofertei, nefiind susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, ci a avut rolul de confirmare a informațiilor deja prezentate și, totodată, existente la nivelul DUAЕ, astfel că nu se poate reține o avantajare a ofertantului.

Următoarea critică vizează situația asistenței tehnice din partea proiectantului și pentru perioada de garanție, cu privire la care, arată contestatorul, din actele întocmite, în speță „Raportul financiar nr. 338/14.05.2020”, rezultă că nu ar fi fost ofertată de către asocierea desemnată câștigătoare. În susținere, se face trimitere la informațiile regăsite în înscrisul indicat, unde s-a consemnat că la cap. 3.8 Asistență tehnică din Devizul General, se precizează că asistența tehnică se compune valoric din „48.000 – reprezentând asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor și 24.000 lei reprezentând asistență tehnică pentru participarea la fazele incluse în PCCVI”.

În documentele regăsite în dosarul achiziției, puse la dispoziție de autoritatea contractantă, Consiliul nu a putut identifica „Raportul financiar nr. 338/14.05.2020” invocat, însă constată că situația de fapt

reclamată este confirmată de cele consemnate în Procesul verbal nr. 2318/15.05.2020, de evaluare a propunerilor financiare.

În soluționare, relativ la evaluarea ofertei asocierii desemnată câștigătoare, Consiliul reține că privitor la asigurarea asistenței tehnice din partea proiectantului și pe perioada de garanție acordată lucrării nu au fost solicitate clarificări nici în etapa tehnică și nici în cea financiară. De asemenea, constată că în cadrul Procesului-verbal de evaluare tehnică nr. 1220/04.03.2020, pentru partea de servicii de proiectare și asistență tehnică, s-a consemnat „cerință minimală îndeplinită”.

Însă, analizând conținutul propunerii tehnice a asocierii în discuție prin prisma aspectului reclamat, Consiliul observă că, în Graficul de proiectare întocmit de aceasta, activitatea de asistență tehnică are următoarea detaliere „Asistență tehnică pe perioada de licitație – asigurarea asistenței autorității contractante. Asigurarea asistenței tehnice pe perioada de execuție”, cu o durată de realizare a acestor servicii „pe întreaga perioadă de execuție a lucrărilor (până la semnarea procesului-verbal la încheierea lucrărilor)”.

Or, precizările amintite din propunerea tehnică a câștigătorului desemnat nu vin să confirme respectarea cerinței fișei de date sub aspectul asigurării asistenței tehnice din partea proiectantului și pe perioada de garanție, situație care conferă temeinicie criticilor contestatorului în sensul că autoritatea contractantă a acționat în mod discriminatoriu și inechitabil în procesul de evaluare al ofertelor.

Situația redată impunea comisiei de evaluare clarificarea informațiilor regăsite în oferta analizată, dat fiind că modul de redactare al graficului de proiectare nu certifică asumarea activității de asistență tehnică pe întreaga perioadă solicitată prin fișa de date, cap. IV.4.1, pct. I, lit. b).

Câtă vreme, referitor la acest aspect, nu a fost întreprins niciun demers de clarificare, o respingere automată a ofertei nu poate fi reținută la acest moment. Diferit de situația evaluării ofertei contestatorului, cu privire la care Consiliul a fost învestit să analizeze în ce măsură rezultatul contestat a respectat dispozițiile legale aplicabile coroborat cu informațiile regăsite în propunerea tehnică și răspunsul la clarificări, în cazul ofertei câștigătoare se constată că procesul de evaluare nu este unul complet, finalizat, drept care Consiliul nu se poate substitui atribuțiilor comisiei de evaluare, rolul său fiind de a analiza temeinicia și legalitatea actelor întocmite de aceasta. Abia după parcurgerea și a acestei etape de clarificare a situației se poate stabili în ce măsură asupra ofertei asocierii criticate sunt incidente cazurile de respingere statuate de lege.

Cu respectarea principiului disponibilității, dincolo de această reținere, Consiliul nu poate să nu observe că o clarificare era cu atât mai mult necesară cu cât ofertantul vorbește inclusiv de o asistență tehnică pe perioada de licitație – asigurarea asistenței autorității contractante, mențione neadecvată documentației de atribuire și poziției de ofertant în care se află asocierea în această procedură.

În opinia Consiliului, acest context de fapt poate avea implicații și sub aspectul unei situații potențial generatoare de conflict de interese, fiind necesar a se lămuri sub ce aspect asocierea indică ofertarea unei asistențe a autorității contractante pe perioada de licitație și, corelativ, a se verifica o posibilă incidență a dispozițiilor art. 59 din Legea nr. 98/2016, cu toate consecințele reglementate de legiuitor în acest sens.

De asemenea, dacă ansamblul informațiilor obținute impun, autoritatea contractantă este ținută să efectueze inclusiv verificarea situației prin prisma dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. f) din același act normativ.

Față de următoarea critică, similar, se observă că înscrisul 338/01.04.2020 nu se regăsește la dosarul cauzei, însă situația evocată rezultă din procesul-verbal nr. 1220/04.03.2020 de evaluare a propunerilor tehnice, conform căruia asocierii i-a fost solicitat *„pentru a se putea efectua o corelare a resurselor materiale și umane din Graficul Gantt și o conformitate deplină a propunerii tehnice cu documentația de atribuire”*, să prezinte listele de cantități fără valori aferente proiectului împreună cu formularele anexe.

Observă Consiliul că scopul prezentării respectivelor liste este de a confirma informațiile regăsite în Graficul Gantt, iar nu completare a propunerii tehnice cu informații lipsă. În soluționare se reține că Graficul Gantt evidențiază în mod detaliat numărul de ore și numărul de muncitori folosiți pentru fiecare categorie de personal, și pentru utilaje, iar listele prezentate prin clarificări conțin inclusiv formularele C6cp – lisa cuprinzând consumurile de resurse materiale cumulate pe proiect, C7cp- lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru cumulate pe proiect, C8cp – lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții cumulat pe proiect și C9cp – lista cuprinzând consumurile privind transporturile cumulat pe proiect.

De asemenea, situația salarizării diferite evocate de contestator, câtă vreme ea respectă nivelul minim impus de legislația specifică, nu reprezintă un aspect care să conducă la nelegalitatea evaluării ofertei asocierii.

Separat de cele reținute mai sus, față de respectarea principiului tratamentului egal, Consiliul observă, așa cum evidențiază și contestatorul, că asocierii desemnată câștigătoare i s-a solicitat, prin clarificări, să depună anumite documente, însă, cum s-a subliniat anterior, o completare a ofertei pe calea clarificărilor este permisă de lege atunci când ea este formală sau de confirmare, și este susținută de alte informații regăsite în oferta depusă, în limitele dispozițiilor art. 134 și art. 135 din HG nr. 395/2016.

Consiliul reține, din actele întocmite de comisia de evaluare, respectiv conținutul ofertei asocierii în discuție, că nu se susține nerespectarea acestor din urmă dispoziții legale în procesul de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare.

În acest sens, constată că documentele solicitate a fi depuse pe calea clarificărilor au fost în sensul confirmării informațiilor deja prezentate în propunerea tehnică, respectiv cea financiară de asociere.

Cu titlu de exemplu, prezentarea actelor adiționale aferente unor contracte aflate în ofertă, reprezintă o completare formală sau de confirmare, în limitele impuse de dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016. De asemenea, prezentarea planului propriu de control și verificare a calității lucrărilor (PCCVI), în forma cerută prin fișa de date, nu poate fi considerată o completare nepermisă a propunerii tehnice, câtă vreme în cuprinsul acesteia se regăsește, chiar dacă într-o formă apreciată de comisie neadecvată, cap. 7 Planul de control al calității PCCVI (pag. 984 și urm).

Referitor la aspectele reclamate de contestator vizând solicitarea depunerii centralizatorului pe obiectiv, se constată că formularul F1-centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv s-a regăsit în propunerea financiară a asocierii, însă acesta nu era corelat cu informațiile privind proiectarea și asistența tehnică evidențiate în devizul general, suma finală fiind diferită de cea ofertată în formularul de propunere financiară.

Prin documentul revizuit depus pe calea clarificărilor, autorul ofertei a rectificat neconcordanțele dintre aceste documente ale propunerii financiare, sumele refăcute fiind susținute de cele consemnate în devizul general și confirmând valoarea totală ofertată.

Aceste modificări ale propunerii financiare, observă Consiliul, sunt permise de dispozițiile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 *„Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant, la solicitarea comisiei de evaluare, în legătură cu propunerea sa financiară, reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente”*.

Totodată, art. 135 din același act normativ arată că *„alin. (1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia”* și numai în cazul în care *„ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă”*, viciile de formă fiind definite, potrivit alin. (3) ale aceluiași temei legal *„acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”*.

Deși cererea de clarificare a fost cuprinsă în adresa de solicitare a documentelor suport DUAЕ, atât timp cât ea era necesară pentru

evaluarea corectă și completă a ofertei, a se admite contestația sub acest aspect ar reprezenta un demers pur formal și excesiv.

Chiar dacă din documentele întocmite de achizitoare se poate observa că, diferit de situația evaluării ofertei contestatorului, în cazul asocierii desemnată câștigătoare formularea clarificărilor a fost în sensul de a depune anumite documente, Consiliul constată, în plus de cele reținute mai sus, pe de o parte, că obiectul clarificărilor adresate celor doi ofertanți nu vizau aceleași aspecte, iar, pe de altă parte, că nimic nu-l împiedica pe ofertantul contestator să formuleze un răspuns clar și în măsură să remedieze neconcordanțele semnalate de comisia de evaluare, dacă aprecia că acest demers era unul formal și de confirmare a informațiilor existente în propunerea sa tehnică.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, în contradictoriu cu COMUNA (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă va anula raportul procedurii nr. 2713/12.06.2020, în partea referitoare la evaluarea ofertei desemnată câștigătoare, precum și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la verificarea situației privind conflictul de interese și la reevaluarea ofertei menționate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din același act normativ, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea deciziei de respingere a propriei oferte.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SRL, în calitate de lider al asocierii-..... SRL.

Cu privire la cererea contestatorului de suportare a cheltuielilor prilejuite de întocmirea contestației (onorariu avocațial), ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației. –, precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă. Probatoriul cauzei a relevat că COMUNA (PRIMĂRIA) s-a aflat în culpă, întrucât nu au fost respectate, în procesul de evaluare, toate normele privind achizițiile publice. Fiind în culpă se impune ca achizitoarea să suporte cheltuielile efectuate de reclamantă.

În consecință, observând că există cheltuieli avansate de contestator în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și va admite solicitarea de obligare a autorității contractante aflate în

culpă la plata cheltuielilor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației.

În acest sens, reține că la dosarul cauzei a fost depusă factura nr. 729/25.06.2020, achitată de societatea contestatoare prin tranzacție interbancară la 25.06.2020 în sumă de 7.436,87 lei aferentă serviciilor de redactare și semnare contestație și poziții procesuale referitoare la procedura (...) organizată de Comuna, pentru Cabinetul de Avocat „.....”.

Pornind de la dispozițiile art. 26 alin. (9) precitate, coroborate cu cele ale art. 453 alin. (2) C. proc. civ. – când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată –, și văzând că pretențiile petentei din cuprinsul contestației au fost admise doar în parte, Consiliul urmează a reduce quantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la 3.718,44 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plata către contestator.

Cererea contestatorului de obligare a intervenientului la plata către societatea sa a sumei de 828,72 lei, reprezentând cheltuieli ocazionate cu redactarea întâmpinării față de cererea de intervenție (onorariu avocat), va fi respinsă, ca inadmisibilă, deoarece actele vătămătoare atacate prin contestația de față sunt emise de COMUNA (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă, în susținerea căreia a intervenit SRL, iar nu de acesta din urmă.

Prin urmare, culpabilă de derularea defectuoasă a procedurii este autoritatea contractantă, intervenția SRL fiind una voluntară, la aprecierea acestuia. Mai mult, contestatorul nu a făcut dovada vreunui prejudiciu care să-i fi fost cauzat de intervenient.

Față de situația cheltuielilor de judecată, prin Decizia nr. 3/2020, ÎCCJ (Complet RIL) a admis recursul în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov și, în consecință, a stabilit că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă, motivul de recurs prin care se critică modalitatea în care instanța de fond s-a pronunțat, în raport cu prevederile art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, asupra proporționalității cheltuielilor de judecată reprezentând onorariul avocaților, solicitate de partea care a câștigat procesul, nu se încadrează în motivele de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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, în parte, contestația formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SA-..... SRL, în contradictoriu cu

COMUNA (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 2713/12.06.2020, în partea referitoare la evaluarea ofertei desemnată câștigătoare, precum și actele subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la verificarea situației privind conflictul de interese și la reevaluarea ofertei menționate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea deciziei de respingere a propriei oferte.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL, în calitate de lider al asocierii-..... SRL, și o respinge.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SA a sumei de 3.718,44 lei reprezentând cheltuieli parțiale efectuate pentru formularea contestației.

Respinge, ca inadmisibilă, cererea contestatorului de obligare a intervenientului SRL la plata cheltuielilor ocazionate cu redactarea întâmpinării față de cererea de intervenție.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practica deciziei:

....