

În conformitate cu prevederile art. 14 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. /C8/

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de, în calitate de administrator, împotriva raportului procedurii nr., emis de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate (anunț de participare nr.), organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește evaluarea ofertei
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, iar numai ulterior la stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele acceptabile și conforme, în baza criteriilor de departajare prevăzute în fișa de date a achiziției;
- în subsidiar capetelor de cerere principale, anularea procedurii de atribuire.

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

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic participant la procedura simplificată, critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, ca neconformă și inacceptabilă.

Aceasta arată că, la momentul evaluării propunerii tehnice, comisia de evaluare, constatând lipsa procesului-verbal de vizitare amplasament, i-a transmis solicitarea de clarificări nr., în ceea ce privește aspectul identificat.

Susține că, în răspunsul la această solicitare, a arătat faptul că cerința este excesivă și se impune a fi reconsiderată, tocmai pentru că iese din sfera legalității.

Admite faptul că fișa de date a achiziției nu a fost contestată, însă anunțul simplificat a fost publicat la data de, iar data limită pentru depunerea ofertelor fiind

Arată că potrivit cerințelor autorității (IV.4.1), *„solicitarea pentru vizita amplasamentului se va transmite exclusiv prin SEAP, in termenul de 14 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, stabilit de către autoritatea contractantă pentru transmiterea solicitărilor de clarificări”*, (I.3) *„numărul de zile pana la care se pot solicita clarificări înainte de data limita de depunere a ofertelor/candidaturilor =14”*.

Din coroborarea celor două texte, rezultă că atât solicitările de clarificări, cât și solicitarea pentru vizitarea amplasamentului se pot depune cu cel puțin 14 zile înainte de data limită pentru depunerea ofertelor (.....).

Deci, data de este data limită pentru solicitări de clarificări și pentru încărcarea în SEAP a solicitării privind vizitarea amplasamentului.

Subliniază faptul că între 01 și 05 februarie 2024, au existat doar două zile lucrătoare, o zi de vineri și o zi de luni.

Contestatoarea menționează că, în pretinsa motivare de respingere a ofertei sale ca „neconformă”, autoritatea contractantă reține faptul că nu a depus formularul solicitat (solicitarea de vizitare a amplasamentului), nici procesul-verbal de vizitare, că a răspuns solicitării de clarificări arătând faptul că vizitarea amplasamentului este o opțiune, iar nu o cerință de calificare, precum și faptul că *„documentația de atribuire în forma valabilă la data limită de depunere a ofertelor este opozabilă atât comisiei de evaluare cât și ofertanților”*.

Învederează că poziția ANAP este clară și nu necesită a fi dezvoltată, după cum în mod sigur este evident și faptul că cerința obligativității formulării unei cereri în SEAP, pentru vizitarea amplasamentului, în primele două zile lucrătoare de la data anunțului simplificat, este în fapt un abuz în serviciu.

În fond, susține că analiza trebuie să stabilească în ce măsură o cerință abuzivă din fișa de date (*unanim acceptată drept abuzivă*) poate fi apreciată ca fiind lovită de nulitate absolută (pentru că în fapt contravine unor norme speciale stabilite prin lege organică), sau ar

trebui să aibă „forța” de a fi deasupra de norma de drept pentru că nu mai poate fi remediată în termenul în care chiar norma precizează că ar trebui remediată.

Opinează că intră în prerogativele Consiliului să analizeze dacă ne aflăm exclusiv sub incidența prevederilor art. 212 din Legea nr. 98/2016 (când încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire) și se impune o soluție în corelare cu dispozițiile art. 26 alin. 2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 (de anulare a procedurii), sau ar trebui acreditată opinia că o prevedere ilegală, care contravine unei norme speciale, nu poate fi validată prin lipsa unei solicitări de remediere în termen, pentru că singura sancțiune posibilă a unei astfel de cerințe este nulitatea (relativă sau absolută, în funcție de natura interesului personal sau public, pe care îl ocrotește).

În accepțiunea sa, o cerință care contravine unei norme speciale, unei legi organice, nu poate fi sancționată decât cu nulitate absolută, care poate fi invocată în orice fază (fiind imprescriptibilă), cu atât mai mult cu cât nu a produs efecte juridice ireversibile (cum ar fi semnarea unui contract și începerea execuției cu un ofertant declarat în mod nelegitim câștigător).

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulată de

Autoritatea contractantă arată că, având în vedere particularitățile investiției (locația, necesitatea de a estima interacțiunile cu alte investiții care se realizează în zonă (construire piste de biciclete, asfaltare drumuri, înființare rețea de canalizare, înființare rețea de gaz) a considerat necesar și oportun să solicite potențialilor ofertanți, prin caietul de sarcini, cap. 13.1., pag. 33 și prin Instrucțiunile pentru ofertanți, cap. IV.4.1, efectuarea unei vizite în amplasament.

Susține că a întreprins demersurile necesare aducerii la cunoștința potențialilor ofertanți asupra obligațiilor care le revin pentru întocmirea ofertei.

Menționează că ofertantul avea obligația sesizării Consiliului asupra prevederilor documentației de atribuire pe care le consideră a fi eronate într-un termen de 7 zile de la data publicării documentației de atribuire în SEAP (până la data de). Necontestând documentația, ofertantul avea obligația depunerii ofertei prin raportare la prevederile documentației de atribuire în forma rămasă definitivă după expirarea termenului de depunere a ofertelor.

Astfel, menționează că, în cadrul evaluării inițiale, comisia de evaluare a constatat că procesul-verbal de vizitare nu a fost identificat la nivelul propunerii tehnice, ceea ce a determinat comisia de evaluare să solicite clarificări în ceea ce privește aspectul identificat.

..... a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, indicând faptul că vizitarea amplasamentului este o opțiune, iar nu o cerință de calificare.

De asemenea, a indicat și alte argumente referitoare la lipsa timpului necesar pentru vizualizare amplasament și întocmire ofertă.

Analizând răspunsul transmis, comisia de evaluare a concluzionat că ofertantul nu a prezentat documentul solicitat prin caietul de sarcini, respectiv prin Instrucțiunile pentru ofertanți, comisia de evaluare fiind obligată să aprecieze oferta ca fiind neconformă în baza art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Solicită Consiliului să constate că termenul de depunere a contestației este expirat, prin contestația depusă, contestatoarea având în vedere de fapt atacarea prevederilor documentației de atribuire și nu a raportului procedurii de atribuire.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., ... a transmis documentul „Note scrise”, în replică față de punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatoarea susține că nu există nicio rațiune pentru introducerea în documentația de atribuire a obligativității vizitării amplasamentului, cu atât mai puțin, nu există nicio motivare legitimă pentru a impune formularea unei solicitări în acest sens, prin intermediul SEAP, în două zile lucrătoare de la data publicării anunțului simplificat.

Consideră este lesne de înțeles consecința unei astfel de cerințe: niciun ofertant nu are liberă/întreagă perioada legală pentru depunerea ofertei, nici măcar cele 10 zile pentru situații deosebite nu rămân neviciate, pentru că dacă s-a pierdut acest termen de 2 zile lucrătoare în care se depune solicitarea de vizitare a amplasamentului prin intermediul SEAP, practic nu mai există posibilitatea depunerii ofertei.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă, aceasta arată că nu a investit Consiliul să se pronunțe asupra documentației de atribuire, a admis faptul că cerința a nu a fost contestată și, tocmai din acest motiv, există două capete de cerere:

- unul principal: anularea raportului procedurii nr. și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește evaluarea ofertei sale, cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei;

- unul subsidiar (*în măsura în care Consiliul va aprecia că o cerință ilegală din fișa de date nu poate fi sancționată cu nulitate*): anularea procedurii în baza prevederilor art. 26 alin. 2) lit. c) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 212 alin. 1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, solicitarea deserving interesului legitim pe care îl are în legătură cu procedura de atribuire și, deopotrivă, interesului general de respectare a legislației speciale în materie de achiziții.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a transmis, în format optic, dosarul achiziției.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare, criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Procedând la analiza contestației depuse de, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea de evaluare și respingere a ofertei sale, pentru lipsa procesului-verbal de vizitare a amplasamentului.

Potrivit cap. IV.4.1) Modul de prezentare al propunerii tehnice, Consiliul constată că s-au solicitat, următoarele:

«Propunerea tehnica a ofertantului trebuie sa includa, fara a se limita, urmatoarele:

-Devize fara valori;

-Grafic de executie fizic.

Prezentarea modului de realizare a lucrarilor (planul propus), care va descrie:

a) abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de executie) pentru realizarea lucrarilor (...);

b) Resurse(personal si instalatii/echipamente) (...);

c) programul de executie (diagrama Gantt), la nivel de categorie de lucrari, care să ilustreze succesiunea tehnologica de realizare a lucrarilor, ordinea si derularea in timp a activitatilor/subactivitatilor pe care ofertantul propune sa le indeplineasca pentru realizarea lucrarilor (...)

d) Prezentarea drumului critic, - in baza graficului Gantt, drumul critic se va prezenta ca o diagrama separata in concordanta cu graficul Gantt, care sa contina doar activitatile care fac parte din drumul critic;

e) Planul de asigurare a calitatii pentru executarea lucrarilor (...);

f) Planul cu masurile privind protectia mediului adaptat la obiectivul de investitii (...);

g) Planul de securitate si sanatate in munca adaptat la obiectivul de investitii (...);

h) Planul privind masurile de supraveghere a lucrarilor in perioada de garantie acordata, cu precizarea modalitatilor, termenului de interventie (nu mai mare de 10 zile calendaristice) si a duratelor de remediere a potentialelor defectiuni datorate viciilor de executie, a resurselor financiare, mecanice si de personal alocate pentru punerea in aplicare a planului;

i) Prezentarea masurilor prin care se asigura respectarea reglementarilor obligatorii in domeniile mediului, social si al relatiilor de munca, stabilite prin legislatia adoptata la nivelul Uniunii Europene, legislatia nationala, prin acorduri colective sau prin alte conventii si acorduri internationale (...);

j) Termenul de garantie tehnica acordat pentru lucrarile executate de minim 36 de luni de la data receptiei la terminarea lucrarilor si constituie criteriu de evaluare;

h) Formularele (fara valori, acolo unde sunt necesare conform specificului lucrarii);

k) Modelul de contract acceptat, fara obiectiuni.

Nota: Autoritatea contractantă informează că, dată fiind locația de execuție a lucrărilor, pentru înțelegerea obiectivului propus prin documentația de atribuire, **operatorii economici interesați în depunerea ofertelor trebuie să efectueze o vizită de amplasament, Procesul verbal de vizitare fiind necesar a fi prezentat în cadrul propunerii tehnice și va fi contrasemnat de către reprezentantul Beneficiarului.** Solicitarea pentru vizita amplasamentului se va transmite exclusiv prin SEAP, in termenul de 14 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, stabilit de către autoritatea contractantă pentru transmiterea solicitărilor de clarificări. Operatorii economici vor transmite odată cu solicitarea vizitei amplasamentului datele de contact a persoanei desemnate să execute vizita (nr. de telefon, email)».

Totodată, această cerință se regăsește și în cuprinsul caietului de sarcini, respectiv: «Autoritatea contractantă informează că, dată fiind locația de execuție a lucrărilor, pentru înțelegerea obiectivului propus prin documentația de atribuire, **operatorii economici interesați în depunerea ofertelor, trebuie să efectueze o vizită de amplasament, Procesul verbal de vizitare fiind necesar a fi prezentat în cadrul propunerii tehnice și va fi contrasemnat de către reprezentantul Beneficiarului.** Solicitarea pentru vizita amplasamentului se va transmite prin SEAP, in termenul de 14 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, stabilit de către autoritatea contractantă pentru transmiterea solicitărilor de clarificări. Operatorii economici vor transmite odată cu solicitarea vizitei amplasamentului datele de contact a persoanei desemnate să execute vizita (nr. de telefon, email)».

În soluționare, Consiliul are în vedere că cerința în discuție este clară, indicându-se, în mod clar, modul de întocmire a propunerii tehnice prin prezentarea procesului-verbal de vizitare a amplasamentului.

Pe parcursul evaluării ofertelor, Consiliul constată că acest aspect a făcut obiectul clarificărilor, respectiv:

- prin adresa nr., autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei, printre altele „aspectul evaluat (...) procesul verbal de vizitare nu a fost identificat la nivelul propunerii tehnice (...) este necesar ca ofertantul să detalieze maniera prin care oferta depusă satisface cerințele minime ale caietului de sarcini (unde a prezentat procesul verbal de vizitare)”;

- prin adresa nr., contestatoarea a răspuns astfel: „7. Vizitarea amplasamentului este o opțiune, iar nu o cerință de calificare. Vizitarea amplasamentului ar fi putut fi o cerință de calificare numai în condițiile: justificării în detaliu, în condițiile în care proiectul tehnic trebuie să fie mai mult decât suficient pentru a cunoaște orice aspect relevant pentru execuție; respectării termenului minim la dispoziția candidaților pentru a-și fundamenta oferta. Ceea ce este imperativ să înțelegeți este faptul că termenul minim pentru depunerea ofertei în cadrul procedurii simplificate nu poate fi scurtat printr-o cerință de genul – trimiteți o cerere cu minim 14 zile înainte de termenul limită pentru depunerea ofertelor, cu atât mai mult cu cât avem cu ofertare la data de Deci, cererea trebuia trimisă cel târziu la data de 19-14=05.02.2024. Între 01 și 05 februarie 2024, au existat doar două zile lucrătoare, o zi de vineri și o zi de luni. Pentru oricine nu a aprofundat cerințele fișei de date în acest interval de timp, procedura este pierdută, în accepțiunea autorității, ceea ce ar fi deopotrivă absurd și profund ilegal. Cum spuneam, există riscuri pentru toți cei care muncesc”.

Consiliul apreciază corectă solicitarea comisiei de evaluare referitoare la indicarea locului unde se regăsește procesul-verbal de vizitare amplasament în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, în condițiile în care aceasta reprezintă o cerință clară din cuprinsul documentației de atribuire. Lipsa procesului-verbal de vizitare amplasament nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră, în condițiile în care nu poate fi prezentat.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum a fost întocmită de autoritatea contractantă (inclusiv clarificările aduse până la data limită de depunere a ofertelor), este obligatorie 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 proprii

documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar, prin depunerea ofertelor, pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv caietul de sarcini) devine obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

În situația în care contestatoarea aprecia că prevederile documentației de atribuire erau restrictive sau nu erau clare, putea, fie să înainteze autorității contractante o solicitare de clarificări la documentația de atribuire, conform dispozițiilor art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs”, fie, dacă aprecia că cerințele tehnice au fost incorect stabilite, putea contesta documentația de atribuire potrivit dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu respectarea termenului legal prevăzut, prin raportare la data publicării în SEAP a documentației de atribuire și valoarea estimată a procedurii de atribuire.

Or, în măsura în care nu a procedat în acest mod și a depus ofertă în cadrul prezentei proceduri de atribuire, se impunea ca societatea contestatoare să își întocmească oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cu respectarea tuturor cerințelor incluse în cadrul acesteia.

Consiliul apreciază că riscul întocmirii ofertelor, inclusiv nerespectarea unor cerințe, așa cum au fost solicitate în caietul de sarcini, cade în sarcina operatorilor economici participanți la procedură, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat, în mod expres, care sunt cerințele pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească.

Potrivit art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016: „(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de

sarcini sau în documentul descriptiv”, sancțiunea nerespectării acestei prevederi legale fiind respingerea ofertei ca neconformă, așa cum prevede art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016: „Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută”, coroborat cu art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016: „În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

Totodată, Consiliul are în vedere și jurisprudența de la nivel european:

- cauza **C-523/16, CJUE** s-a pronunțat astfel: „Astfel, Curtea a

statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12,

EU:C:2013:647, punctul 40, precum și Hotărârea din 11 mai 2017,

Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)”;

- cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că: „42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40). 43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18. 44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste

oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”;

- cauza **C 131/16, 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”;

- punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi

revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le - a

stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova,

C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie

2014, Cartiera dell'Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)"

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are

obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a

stabilit" și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură".

Luând în considerare aspectele prezentate precum și faptul că, la acest moment, nu poate fi prezentat un proces-verbal de vizitare amplasament, în lipsa vizitei amplasamentului, în temeiul dispozițiilor în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu

Constatând că nu sunt motive de anulare a procedurii, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea contestatoarei de anulare a procedurii.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE

cu majoritate de voturi:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, inclusiv cererea de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Opinie separată,

Contrar opiniei majoritare de respingere a contestației formulate de, opinez că decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, pentru motivele menționate în cadrul actului atacat (raportului procedurii nr. 3117/01.04.2024) nu este în concordanță cu prevederile documentației de atribuire și dispozițiile legale în vigoare, pentru considerentele expuse în continuare.

Oferta contestatoarei a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, respectiv art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, pentru lipsa procesului-verbal de vizitare a amplasamentului.

Potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, o ofertă poate fi respinsă ca neconformă dacă *„nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”*.

Nevizitarea amplasamentului, respectiv lipsa din propunerea tehnică a procesului-verbal de vizitare a amplasamentului **nu poate fi considerată o neconformare la cerințele caietului de sarcini**, respectiv a specificațiilor tehnice.

În acest sens, ANAP a precizat clar că **„procesul-verbal de vizită amplasament nu se circumscrie prevederilor art. 155-156 din Legea nr. 98/2016, ne prezentarea acestui document nu poate**

conduce la declararea ofertei ca neconformă. Reformulați, AC poate recomanda vizitarea amplasamentului, **fără a condiționa includerea procesului-verbal în propunerea tehnică**”.

Conform art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: „(...) Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice **care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.**”

De altfel, autoritatea contractantă a specificat, pe prima pagină a caietului de sarcini, următoarele:

„Acest Caiet de Sarcini a fost elaborat **conform prevederilor art. 155** din Legea 98/2016 și a prevederilor **art. 20 alin. (1) lit. b) și alin. (10)** din HG 395/2016, pentru execuția de lucrări, atunci când: activitatea de proiectare pentru realizarea unei construcții aferente unui obiectiv de investiții nou/mixt sau a unei intervenții asupra unei construcții existente a fost realizată de autoritatea contractantă prin intermediul unui contract de servicii de elaborare a documentației tehnico – economice pentru sau în legătură cu construcția respectivă și reprezintă date de intrare în conținutul acestui Caiet de Sarcini.”

Așadar, caietul de sarcini cuprinde specificațiile tehnice necesare îndeplinirii contractului, pe baza cărora ofertantul trebuie să întocmească propunerea tehnică și financiară,

Conform art. 155 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției.

(2) Caracteristicile prevăzute la alin. (1) pot de asemenea să vizeze procesul sau metoda specifică de execuție a lucrărilor, fabricație a produselor sau prestare a serviciilor solicitate sau un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață al acestora, chiar dacă aceste elemente nu fac parte din conținutul material al produselor, lucrărilor sau serviciilor care urmează să fie achiziționate, dar cu condiția ca aceste caracteristici să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru și să fie proporționale prin raportare la valoarea și obiectivele acestuia.

(3) Prin specificațiile tehnice se poate de asemenea stabili dacă se solicită transferul drepturilor de proprietate intelectuală.

(4) Pentru toate achizițiile destinate utilizării de către persoane fizice, indiferent dacă este vorba de publicul larg sau de personalul autorității contractante, specificațiile tehnice se definesc astfel încât să țină seama de cerințele de accesibilitate ale persoanelor cu dizabilități sau de conceptul de proiectare pentru toate categoriile de utilizatori, cu excepția cazurilor temeinic justificate.

(5) În cazul în care printr-un act normativ adoptat la nivelul Uniunii Europene sunt introduse cerințe de accesibilitate obligatorii, specificațiile tehnice se definesc, în ceea ce privește cerințele de accesibilitate pentru persoanele cu dizabilități sau conceptul de proiectare pentru toate categoriile de utilizatori, prin trimitere la cerințele obligatorii astfel introduse.

(6) Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor

obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.”.

Includerea în documentația de atribuire a obligației de vizitare a amplasamentului a fost realizată pentru înțelegerea obiectivului propus:

„Autoritatea contractantă informează că, dată fiind locația de execuție a lucrărilor, pentru înțelegerea obiectivului propus prin documentația de atribuire, operatorii economici interesați în depunerea ofertelor, trebuie să efectueze o vizită de amplasament. Procesul verbal de vizitare fiind necesar a fi prezentat în cadrul propunerii tehnice și va fi contrasemnat de către reprezentantul Beneficiarului.”.

Așadar, această informare din documentația de atribuire atrăgea atenția că vizitarea amplasamentului ajută la înțelegerea obiectivului propus. Însă, în urma vizitării operatorii economici nu ar fi obținut alte documente/informații tehnice scrise, față de cele publicate în SEAP, ci numai un proces-verbal, în care s-ar fi consemnat deplasarea la amplasament.

Astfel, vizitarea amplasamentului nu poate fi considerată o specificație tehnică, prin care să se demonstreze înțelegerea modului de executare a contractului și pe baza căreia să se realizeze evaluarea ofertei.

Or, în temeiul art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația **verificării conformității propunerilor tehnice** ale ofertanților, prin raportare la prevederile caietului de sarcini.

Prin propunerea tehnică ofertantul trebuie să demonstreze că poate executa contractul la standardele de calitate și cantitate solicitate prin caietul de sarcini.

Aceste reguli au fost enunțate și de achizitor în fișa de date a achiziției, la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției:

„Propunerea tehnică trebuie să demonstreze că ofertantul a înțeles corect cerințele din documentația tehnică și că metodologia propusă este corespunzătoare pentru obținerea asigurării calității lucrărilor. De asemenea, propunerea tehnică trebuie să convingă autoritatea contractantă că în caz de atribuire, ofertantul dispune de resurse materiale și umane suficiente, precum și de expertiza necesară pentru a asigura execuția lucrărilor contractului cu respectarea tuturor prevederilor legale naționale în vigoare.

Propunerea tehnică elaborată de ofertant, vă respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. În documentația de atribuire, orice trimitere/referire la

caietul de sarcini reprezintă trimiteri și referiri la documentele tehnice publicate în SEAP.

Propunerea tehnică, trebuie să reflecte cunoștințele tehnice ale ofertantului și asumarea de către acesta a tuturor cerințelor/obligățiilor prevăzute în proiectul tehnic, legislația și normativele tehnice în vigoare.”

Procesul-verbal de vizitare a amplasamentului nu relevă/nu reflectă, nu conține nicio informație despre modul în care va fi îndeplinit contractul.

În evaluarea ofertelor, comisia de evaluare s-a limitat doar la a verifica dacă există sau nu procesul-verbal reclamat (neavând, de altfel, nicio altă competență în acest sens).

Pentru a respinge oferta ca neconformă din cauza lipsei procesului-verbal de vizitare amplasament, respectiv pentru a **demonstra că ofertantul nu poate îndeplini contractul conform cerințelor din caietul de sarcini (specificațiilor tehnice)**, comisia de evaluare trebuia să arate că ofertantul nu a înțeles obiectivul propus.

Scopul impunerii vizitării amplasamentului, având drept scop înțelegerea obiectivului, revenea comisiei de evaluare să analizeze această pseudocerință tehnică sub acest aspect: a ne/înțelegerii obiectivului.

Or, o astfel de concluzie nu există în evaluarea ofertei. Comisia s-a rezumat la a analiza „cerința” fără raportare tocmai la condiția esențială din cadrul frazei „*pentru înțelegerea obiectivului propus prin documentația de atribuire*”, consemnând doar lipsa procesului-verbal, în niciun caz neînțelegerea obiectivului propus.

De altfel, comisia de evaluare nici nu avea cum să pună în aplicare „cerința”, întrucât procesul-verbal de vizitare nu relevă înțelegerea obiectivului.

Comisia de evaluare, pentru a se convinge că ofertantul a înțeles obiectivul propus, trebuia să fi analizat propunerea tehnică, conform regulilor stabilite de achizitor la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției.

Pe de altă parte, în ipoteza admiterii că vizitarea amplasamentului ar fi o cerință/specificație tehnică, ofertantul are dreptul să demonstreze înțelegerea obiectivului prin orice mijloc, potrivit art. 156 alin. (6) din Legea nr. 98/2016:

„În cazul prevăzut la alin. (5), ofertantul demonstrează în oferta sa, prin orice mijloace adecvate, inclusiv cele prevăzute la art. 158, că lucrările, produsele sau serviciile conforme standardului satisfac cerințele de performanță sau cerințele funcționale stabilite de autoritatea contractantă.”

În fapt, autoritatea contractantă a reinterpretat prevederile din Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, privitoare la specificațiile tehnice, respectiv caietul de sarcini, în sensul că orice informație din caietul de sarcini reprezintă specificație tehnică.

Nu are relevanță nici faptul că alții ofertanți s-au conformat și au vizitat amplasamentul, dar nici faptul că cerința reclamată nu a fost contestată.

Este de datoria achizitorului de a furniza o documentație clară și completă, așa cum obligă art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016: „Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”.

În opinia achizitorului, ofertantul ar avea obligația identificării tuturor greșelilor din documentația de atribuire și a contestării lor. Or, nu acesta este sarcina operatorilor economici de a corecta/contesta o documentație care înregistrează abateri de la legislație.

Autoritatea contractantă nu poate impune ofertanților să respecte greșelile sale de întocmire a documentației de atribuire. Implicit, o ofertă nu poate fi sancționată cu respingerea pentru nerespectarea unor prevederi nelegale.

Vizitarea amplasamentului pare a fi, mai degrabă, o cerință de calificare a ofertei în procedură. În lipsa neîndeplinirii ei, oferta nu se califică, iar propunerea tehnică și cea financiară nu pot fi analizate (conduită regăsită în evaluarea ofertei contestatoarei).

Pentru a evita astfel de comportamente incorecte din partea achizitorului, de mascare a unor cerințe, în HG nr. 395/2016 se regăsește art. 30 alin. (6): „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”

Mai mult decât atât, din modul de evaluare a ofertei contestatoarei, observ caracterul disproporționat în raport cu cauza pe care se sprijină. Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Pentru toate cele de mai sus, consider că, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, ar trebui admisă contestația depusă de, anulat raportul procedurii în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de acesta și reevaluată oferta în cauză.

PREȘEDINTE,

.....