



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

DECIZIE

Nr. 319/C3/205

Data: 28.02.2020

Prin contestația nr. 149/12.02.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5393/13.02.2020, înaintată de SRL (lider al asocierii SRL - SRL), cu sediul în sat, județul și cu sediul ales în vederea comunicării actelor de procedură în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin - administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 1, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 2650/10.02.2020, emis de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiective de investiții incluse în Subprogramul lucrări în prima urgență – Pachet 20 lot 1-2”, inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1053503, publicat în SEAP la 16.09.2019, s-a solicitat Consiliului anularea actului atacat și a celor subsecvente acestuia, în ceea ce privește desemnarea câștigătoare a ofertei depuse de asocieria SRL, dar și obligarea autorității contractante la desemnarea ofertei sale câștigătoare, precum și la plata cheltuielilor de judecată. În subsidiar, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, respectiv reevaluarea ofertei aparținând asocierii SRL și stabilirea ofertantului câștigător în strictă concordanță cu prevederile legale și cu cerințele stabilite în documentația de atribuire.

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

Prin contestația nr 149/12.02.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5393/13.02.2020, ... SRL atacă rezultatul procedurii, aferent lotului 1, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 2650/10.02.2020, emis de, în calitate de autoritate contractantă, considerând nelegală decizia acesteia de a declara câștigătoare oferta depusă de asocieria SRL.

Privitor la confidențialitatea ofertei declarate câștigătoare, contestatoarea susține că dreptul la protecția informațiilor confidențiale nu este absolut, ci limitat de cazurile expres prevăzute de lege, fără a încălca transparența procedurii și caracterul contradictoriu al căilor de atac.

De altfel, arată contestatoarea, verificarea îndeplinirii condițiilor de calificare a ofertei declarate câștigătoare nu constituie o încălcare a concurenței loiale, astfel cum aceasta este definită de art. 1¹ lit. a) din Legea nr. 11/1991, ci o garanție a existenței unei concurențe loiale.

Mai mult, în cauză nu sunt îndeplinite condițiile de la lit. d) și e) ale aceluiași articol. Verificarea modalității de compunere a prețului, furnizori, distanțe în transport, verificarea capacității tehnice și financiare, personalul utilizat, autorizări etc., țin de însăși calitatea ofertei, de nevoia conformității ei, iar acestea reprezintă informații publice.

Pe fondul cauzei, contestatoarea susține că oferta depusă de asocieria SRL este, în fapt, inacceptabilă și neconformă.

Contestatoarea apreciază că acest ofertant nu îndeplinește capacitatea tehnică și/sau profesională privitoare la experiența similară. Astfel, arată că, în SEAP, există un document constatat, emis de autoritatea contractantă SNGN Romgaz - Sucursala Mediaș, care atestă executarea cu întârziere, de aproximativ 5 luni, a obiectului contractului 17154/26.09.2017 - „Extindere clădire la centru de instruire și perfecționare Sovata”.

Pe de altă parte, contestatoarea reclamă faptul că niciun membru al asocierii declarate câștigătoare nu figurează, în cadrul listei actualizate privind certificarea firmelor atestate în vederea întocmirii studiilor din domeniul apelor, publicată de Ministerul Apelor și Pădurilor, ca fiind autorizată în vederea întocmirii studiilor necesare obținerii avizelor în conformitate cu cerințele avizatorilor.

Or, potrivit raportului de evaluare inițială nr. 132/31.05.2019, emis de Agenția pentru Protecția Mediului Vaslui, pentru continuarea procedurii, *titularul are obligația solicitării avizului de gospodărire a apelor la autoritatea competentă în domeniul gospodăririi apelor, în conformitate cu prevederile legislației specifice din domeniul gospodăririi apelor.*

Întocmirea documentației necesare obținerii acestui aviz poate fi realizată doar de către societăți certificate și atestate de către Ministerul Apelor și Pădurilor, conform Ordinului ministrului apelor și pădurilor nr. 584/2017, în vederea elaborării documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor.

Totodată, contestatoarea susține că, pentru a realiza, în mod legal, serviciile de proiectare, dar și serviciile de verificare de proiecte tehnice, ofertantul declarat câștigător avea obligația de a asigura independența verificatorilor de proiecte, prin subcontractarea acestei activități către o entitate care poate desfășura în mod legal activitatea (art. 13 alin. 1 din Legea nr. 10/1995 și art. 1 și art. 4 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995).

Or, propunerea tehnică depusă de asocierea SRL nu cuprinde nominalizarea resurselor alocate pentru această activitate (firma terță sau tehnicienii acesteia, ori tehnicienii firmei terțe), asocierea nedemonstrând că are acces la personal specializat - responsabil tehnic cu execuția autorizat pentru domeniul în cauză, precizează contestatoarea.

Mai mult, asocierea nu a prezentat documente din care să rezulte capacitatea tehnică și profesională (structura echipei propuse pentru respectarea contractului). Din propunerea tehnică nu rezultă că asocierea deține personal necesar realizării investiției.

Nu în ultimul rând, susține contestatoarea, propunerea financiară a asocierii declarate câștigătoare nu complinește elementele obligatorii ale fișei de date a achiziției, după cum există neconcordanțe între elementele propunerii tehnice și cerințele din fișa de date a achiziției și din caietul de sarcini.

De asemenea, autoritatea contractantă este obligată să se asigure că prețul ofertat este real, consideră contestatoarea. Nu poate fi admisă ofertarea de prețuri nejustificat de mici la unele cantități de materiale, subevaluate în mod grosier, întrucât ofertarea de tarife nereale distorsionează rezultatul procedurii de atribuire. Astfel că, autoritatea contractantă are obligația de a cere clarificări nu doar asupra prețului neobișnuit de scăzut, ci asupra oricărui preț (Curtea de Apel, Decizia civilă nr. 1678 din 2014), asocierea declarată câștigătoare fiind obligată a preciza în mod concret elementele de cost și de a depune documentele justificative. De asemenea, comisia de evaluare are obligația de a solicita informații și de la furnizori pentru a stabili situația reală (Decizia civilă nr. 2012 din 2014 - Curtea de Apel).

Prin adresa nr. 3514/18.02.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 6147, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată.

Preliminar, autoritatea contractantă arată că procedura de atribuire este procedura simplificată, ceea ce face aplicabilitatea și a prevederilor art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, conform cu care, *dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind:*

- a) *motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2;*
- b) *capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173;*
- c) *experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).*

Văzând criticile contestatoarei referitoare la neîndeplinirea, de către ofertantul declarat câștigător, a cerinței privitoare la experiența similară, autoritatea contractantă menționează că, dimpotrivă, poate fi acceptat și contractul nr. 17154/26.09.2017 - *Execuție - modernizare străzi în comuna Bălan, localitățile Bălan, Chendrea, Gâlgăul Almașului, Gălpâia și Chechiș, județul Sălaj; proiectare + execuție - construire pod peste Valea Almașului în localitatea Chechiș, comuna Bălan, județul Sălaj*, cu o valoare de 7.494.401 lei, fără TVA, deoarece documentul constatat negativ, invocat de contestatoare, face referire doar la întârzierea executării lucrărilor, nu la nefinalizarea acestora/neducerea lor la bun sfârșit/rezilierea contractului.

Mai mult, pentru ca acest document să determine excluderea din procedură a asocierii SRL, era necesar să fie îndeplinite, în mod cumulativ, condițiile prevăzute de art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă mai susține și că nu avea obligația de a solicita avizul de gospodărire a apelor, în etapa de evaluare a ofertelor.

În privința mențiunilor Deciziei nr. 132/31.05.2019, emisă de AGENȚIA PENTRU PROTECȚIA MEDIULUI VASLUI, referitoare la avizul de gospodărire a apelor, autoritatea contractantă precizează că nu a solicitat ca acest aviz să fie prezentat la momentul evaluării ofertelor. Mai mult, solicitarea avizului poate fi efectuată oricând, până la momentul întocmirii proiectului tehnic, obținerea lui fiind în sarcina câștigătorului.

Cu privire la asigurarea, de către ofertant, a componentei de verificare, prin verificatori de proiect independenți, care să nu aibă calitatea de angajați/colaboratori, autoritatea contractantă precizează faptul că nu a impus ofertanților o formă de colaborare, pentru executarea viitorului contract.

Având în vedere dispozițiile art. 163, art. 172 alin. (1) lit. c) și art. 178 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, criteriile privind capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic ofertant reprezintă criterii de calificare și selecție.

În aceste condiții, cerințele privind personalul sunt, în fapt, cerințe de calificare, iar pentru a fi luate în considerare, în vederea respingerii unei oferte, trebuie să fie cuprinse atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date.

Autoritatea contractantă apreciază că nu poate impune ofertanților să fracționeze contractul, prin încheierea unor acorduri de subcontractare, sau să îngrădească posibilitatea acestora de a încheia acorduri cu colaboratorii lor.

Cu titlu de exemplu, autoritatea contractantă invocă Decizia CNSC nr. 141/C3/43 din data de 04.02.2020,

Mai mult, precizează autoritatea contractantă, potrivit clauzelor prevăzute în contractul având ca obiect proiectare și execuție lucrări, ofertantul declarat câștigător, semnatar al acestui contract, poate încheia acorduri de subcontractare ulterior acestui angajament legal.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată că, în situația prezentată, nu era absolut necesar să se invoce prezența

subcontractanților, ofertanții având libertatea de a alege orice formă de colaborare pentru executarea lucrărilor, iar în cazul în care ar fi necesară subcontractarea unor lucrări/servicii, subcontractantul în cauză poate fi nominalizat și pe parcursul implementării contractului, astfel cum rezultă din prevederile art. 159 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 254/21.02.2020, înregistrată la CNSC sub Nr. 7535/26.02.2020, contestatoarea a transmis note de ședință, solicitând admiterea cererilor sale inițiale. În replică la punctul de vedere, contestatoarea amintește că nu a identificat, la dosarul cauzei, contractul avut în vedere pentru susținerea experienței similare și nici contractul a cărui întârziere a relevat-o.

În același timp, contestatoarea invocă nulitatea procedurii, pentru încălcarea dreptului său la accesul liber asupra informațiilor din dosarul achiziției, ce ar fi fost îngrădit de CNI.

Contestatoarea reiterează criticile privind absența avizului de gospodărire a apelor și a vericatorului de proiect (ca subcontractant declarat), dar și adaugă observații noi, privind modul de prezentare a propunerii financiare, din oferta câștigătoare, în sensul existenței unor inadvertențe ce ar rezulta din indicarea unei distanțe nereale de transport materiale de construcții, din lipsa unui cost unitar al transportului, din tariful subdimensionat al tarifului pentru autocisternă, dar și din absența unei cantități de oțel beton, ce ar duce la diminuarea cu 1,478% a prețului total al ofertei.

Întrucât aceasta relevă nerealitatea prețului ofertat, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Atașat notelor amintite, contestatoarea a prezentat copia detaliului rigolei carosabile, din documentația de atribuire.

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

..... a inițiat, la 16.09.2019, o procedură simplificată, pentru atribuirea unui contract de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție lucrări pentru obiective de investiții incluse în Subprogramul lucrări în prima urgență – Pachet 20 lot 1-2”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1053503 și a documentației de atribuire aferente.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de a declara câștigătoare, pentru Lotul 1 – “Reabilitarea infrastructurii rutiere afectate de viituri în comuna Tăcuta, Județul Vaslui”, oferta depusă de asocieria SRL, întrucât aceasta ar fi, în fapt, inacceptabilă și neconformă, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea actelor care conțin acest rezultat, cu reevaluarea ofertei respective, desemnarea ofertei sale câștigătoare și, implicit, obligarea achizitorului la plata cheltuielilor ocazionate de acest litigiu.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206095722/1, în valoare de 35.000 lei, emisă de CEC Bank – Unitatea Roman, în data de 13.02.2020.

Consiliul ia act de faptul că, așa cum a solicitat, contestatoarea a avut acces la documentele transmise de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, inclusiv la oferta desemnată câștigătoare, aceasta nefiind protejată de măsuri specifice de tipul celor invocate prin contestație (precum, declarații de confidențialitate sau de clasificare a informațiilor).

În același timp, Consiliul ia act de faptul că autoarea criticilor invocă nulitatea procedurii, pentru pretinsul refuz al autorității contractante de a-i permite accesul la informațiile de interes și care nu ar fi fost protejate de măsuri specifice care să limiteze accesul la ele.

Consiliul constată că, în fapt, autoarea criticilor nu a fost împiedicată să formuleze o cale de atac (precum contestația de față), iar informațiile ce i-au fost puse la dispoziție (inclusiv, de CNSC) au asigurat informarea la nivelul regulilor generale de acces la dosarul achiziției publice.

Prin urmare, ... SRL beneficiind de informațiile necesare unei motivări în fapt și în drept a cererilor de revizuire a actualului rezultat al procedurii, criticile împotriva pretensei limitări a accesului său la informații de interes din procedură, precum și solicitarea de constatare a nulității procedurii sunt considerate de Consiliu nefondate.

Văzând criticile pe fond ale contestatoarei, Consiliul reține că, în fapt, aceasta pretinde o incorectă/incompletă evaluare a ofertei desemnate câștigătoare, care aparține asocierii SRL.

În privința pretensei neîndepliniri, de către ofertantul declarat câștigător, a cerinței minime privitoare la experiența similară, în raport cu întârzierea derulării contractului nr. 17154/26.09.2017, Consiliul constată că, în fapt, autoarea criticii confundă diferitele reguli de evaluare a existenței unor motive de excludere din competiție, cu regulile de verificare a existenței experienței anterioare a ofertanților.

Experiența similară a ofertantului desemnat câștigător a fost evaluată de autoritatea contractantă în raport cu alt contract decât cele la care face referire contestatoarea, fiind menționat și în raportul procedurii de atribuire, adică contractul nr. 79/22.07.2011, pentru lucrări de "modernizare străzi în comuna Bălan, localitățile Bălan, Chendrea, Gâlgăul Almașului, Gălpâia și Chechiș, județul Sălaj; proiectare + execuție - construire pod peste Valea Almașului în localitatea Chechiș, comuna Bălan, județul Sălaj", cu o valoare de 7.494.401 lei, fără TVA.

Documentul constatat "negativ", invocat de contestatoare, ce ar fi fost ignorat de autoritatea contractantă, face referire la întârzierea executării unor lucrări care s-ar fi derulat în cadrul unui contract (nr. 17154/26.09.2017) care avea alt obiectiv, alt beneficiar și altă perioadă de derulare.

Or, condițiile de excludere a unui ofertant, pe baza unui astfel de document, se analizează în raport cu prevederile art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016: *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: [...] g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

În consecință, contestatoarea nu a probat (nici nu a invocat, în fapt) existența condițiilor, cumulative, de excludere a ofertei câștigătoare, simpla întârziere a unui contract, fără încălcarea gravă sau repetată a sarcinilor din partea executantului, care să fi condus la finalitatea arătată în lege (încetare contract sau sancțiuni pentru executant), nereprezentând condiție suficientă pentru respingerea ofertei bazată pe un asemenea motiv.

În consecință, criticile privind "experiența similară" a ofertantului câștigător sunt considerate de Consiliu nefondate.

Pretinsa neconformitate a ofertei desemnate câștigătoare, nesesizată de autoritatea contractantă, în raport cu nedeținerea autorizației specifice domeniului "gospodărirea apelor", ce ar fi emisă în condițiile impuse prin Ordinul nr. 584/2017 al Ministerului apelor și pădurilor, pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor, este o critică considerată de Consiliu nefondată.

Pe de o parte, autoritatea contractantă nu a impus deținerea de către ofertanți a unei astfel de atestări, iar contestatoarea nu probează imposibilitatea de fapt ca viitorul executant al documentațiilor/lucrărilor, care necesită un aviz din partea Agenției pentru Protecția Mediului să obțină direct o astfel de atestare sau să coopteze un prestator/furnizor de servicii atestat, după semnarea contractului de achiziție publică.

Pe de altă parte, cerințele documentației de atribuire (în special, cele ce privesc capacitatea de executare a viitorului contract) au fost stabilite de autoritatea contractantă în raport cu obiectul achiziției/contractului, nu în raport cu activități/intervenții conexe derulării activităților de bază, astfel că cerințele respective au caracter explicit (nu implicit), conform art. 154 din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

În acest context, este lipsit de relevanță faptul că ofertantul desemnat câștigător (membrii asocierii) nu deține, încă, o autorizare de tipul celei la care face referire contestatoarea, critica în cauză fiind nefondată.

Existența unui prezumtiv conflict de interese în care s-ar găsi SC SRL, în cazul în care, prin personal propriu, ar asigura atât întocmirea documentelor de proiectare cât și verificarea acestora, invocată

de contestatoare pe baza lipsei unor subcontractori care ar derula această din urmă activitate, este o susținere nefondată.

În primul rând, ca observație generală, subcontractarea unor activități nu poate conduce la garanția înlăturării aceluși conflict de interese la care face trimitere contestatoarea, întrucât între contractant și subcontractant există raporturi directe de subordonare contractuală, conform, inclusiv, definiției date la art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.*

În plan secund, conform art. 5 din Anexa HG nr. 925/1995 (modificată prin HG nr. 742/2018) pentru aprobarea Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, *Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca: a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016.*

De asemenea, conform art. 6 alin. (3) al Regulamentului, *Verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile.*

Intervenția verificatorului de proiect este asigurată conform prevederilor art. 7 alin. (1) lit. d) din același act normativ, adică: *(1) Verificatorul de proiecte îndeplinește, în condițiile legii, următoarele atribuții potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialității/ specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat: d) verifică documentele tehnice întocmite, după caz, pe parcursul execuției lucrărilor, de către proiectant/proiectanți, cu acordul scris al investitorului/proprietarului.*

Documentația de atribuire din prezenta cauză a ținut cont de aceste reguli specifice domeniului calității construcțiilor, precizând nevoia intervenției unui verificator de proiect, ca activitate conexă, dar în condițiile prevăzute în contractul impus de autoritatea contractantă:

4.2. Proiectarea

4.2.1. Antreprenorul va răspunde de proiectarea Lucrărilor. Proiectul va fi elaborat de către proiectanți calificați, ingineri sau alți profesioniști, care corespund cerințelor Achizitorului și prevederilor legale relative la exercitarea acestei profesii și va fi verificat în conformitate cu Legile în

vigoare de către un specialist verificator de proiecte atestat, angajat de către Antreprenor. Cu excepția altor prevederi ale Contractului, Antreprenorul va prezenta Achizitorului, spre aprobare numele și detaliile relevante ale proiectanților, verficatorului de proiect, Subantreprenorilor și Subproiectanților propuși, inclusiv referințele acestora. [...]

4.2.4. Antreprenorul va preda Achizitorului, Documentația Tehnică, Proiectul Tehnic și Detaliile de Execuție, solicitate prin Caietul de Sarcini, așa cum sunt definite în Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, cu modificările și completările ulterioare, aferente Lucrărilor, complete, vizate și ștampilate de către verficatorul de proiect atestat [...]

4.2.12. (1) Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:

a) precizarea prin proiect a categoriei ...;

b) asigurarea prin proiecte și detalii de execuție a nivelului de calitate ...;

c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verificatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate.

Prin urmare, autoritatea contractantă a stabilit regulile de prezentare a verficatorului de proiect, prin clauzele contractuale amintite, a căror asumare a fost obligatorie pentru ofertanți, conform celor înscrise în secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice a fișei de date a achiziției: *Confirmarea acceptării contractului-cadru anexat invitației de participare, prin semnare și ștampilare.*

Astfel, din clauzele contractuale amintite, rezultă că îi revine achizitorului/investitor dreptul de a stabili-accepta un verficator de proiect pe care îl propune antreprenorul, adică, nu există obligația pentru ofertant de a prezenta documente privitoare la un astfel de verficator.

Totuși, din analiza cuprinsului ofertei desemnate câștigătoare, la care a avut acces și contestatoarea, rezultă că există declarația de disponibilitate a unei persoane, pentru care sunt și documente ce-i atestă calificarea drept verficator de proiecte, contrar susținerilor contestatoarei că nu ar fi nominalizate astfel de resurse.

Prin urmare, în raport cu condițiile de ofertare din prezenta procedură, inclusiv cele din clauzele contractuale asumate de ofertanți, rezultă că sunt premature orice dispute privind modalitatea de angajare a viitorului verficator de proiecte, nefiind încă încheiat contractul de achiziție publică.

Astfel, acceptarea ofertei în cauză, în lipsa unui contract (indiferent de titulatura lui: de subcontractare/colaborare/prestare servicii) pe baza căruia să fie, ulterior, asigurate serviciile de verificare documentației de proiectare, nu relevă încălcarea vreunei prevederi exprese a legii sau a documentației de atribuire, din partea autorității contractante, iar pretinsa inacceptabilitate a ofertei, pe acest motiv, este o susținere nefondată.

Susținerea, cu caracter general, că propunerea tehnică a ofertei desemnate câștigătoare nu ar conține resurse de personal, necesare

pentru derularea contractului, este nefondată, de asemenea. În ofertă sunt regăsite și documente cu calificări diverse, precum și prezentarea echipei de proiect, dar și modalități de implicare a diversilor responsabili.

În privința prețului ofertei desemnate câștigătoare, contestatoarea pretinde că ar fi fost nevoie de justificări ale unor costuri componente ("tarife nereale"), acceptarea lui ca atare fiind contrară dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul are în vedere faptul că autoarea criticilor consideră că prețul în cauză ar fi unul aparent neobișnuit de scăzut, adică ar fi necesitat justificare obligatorie, în condițiile impuse la art. 210 alin. (1) din lege: *În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.*

Văzând conținutul raportului procedurii, nr. 828/10.02.2020, Consiliul constată că valoarea totală a ofertei desemnate câștigătoare este de 2.785.963,26 lei (adică aproximativ 96,5 % din valoarea estimată a achiziției), iar valoarea ofertei contestatoarei, singura ofertă cu care se află în competiție, 2.853.770,69 lei (98,92% din valoarea estimată).

La analiza globală a valorii celor 2 oferte (inclusiv pe componentele comune: proiectare și asistență tehnică, investiția de bază și organizarea de șantier), nu au rezultat indicii ale nevoii de justificare a lor sau a unor prețuri componente.

În același timp, Consiliul consideră nefondată și sesizarea, de către contestatoare (prin "notele de ședință" nr. 254/21.02.2020), a faptului că nu ar fi fost verificate unele neconcordanțe ale anumitor cantități sau valori unitare din propunerea financiară a ofertei câștigătoare.

În fapt, pretinsa diferență cantitativă și valorică (de aproximativ 1,47% din valoarea ofertei), ce ar rezulta din necuprinderea întregii cantități de oțel beton, pentru rigole, nu ar putea fi considerată o abatere tehnică, în înțelesul art. 134 alin. (9) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, astfel că nu ar fi imposibilă corectarea ei.

De asemenea, pretinsa lipsă de realitate a distanței de transport (50 km) utilizată în liste de cantități sau a tarifelor de tipul lei/tonă/km ori lei/h, este o susținere lipsită de temeinicie, nefiind probată o utilizare abuzivă acestor valori unitare.

Mai mult, în raport cu tipul achiziției, dar și cu regulile de derulare a viitorului contract de achiziție publică, așa cum rezultă chiar din documentația de atribuire, astfel de mici necorelări de informații sunt acceptate, la momentul ofertării, fiind, însă, determinant în urmărirea concordanței ofertei cu etapele de derulare a contractului, prețul unitar propus pentru respectivele lucrări.

Este evident că, fiind o procedură de atribuire a serviciilor de proiectare și a execuției lucrărilor, pe baza proiectului tehnic și a detaliilor

de executat, inclusiv a listelor cu cantități de lucrări, actualele cantități de lucrări, inclusiv cele oferite, sunt strict estimative.

Conform prevederilor caietului de sarcini (pag. 15 și următoarele), execuția lucrărilor nu ar putea duce la depășirea valorii de ofertare, articolele de lucrări și listele de cantități actuale putând fi modificate:

Proiectul tehnic trebuie să permită elaborarea detaliilor de execuție în conformitate cu materialele și tehnologia de execuție propusă, cu respectarea prevederilor D.A.L.I. și fără a se depăși valoarea oferită și contractată.

Proiectarea lucrărilor nu se va limita doar la articolele de lucrări cuprinse în evaluări /listele de cantități estimative oferite, ținând cont că aceste liste sunt elaborate la faza D.A.L.I. și valoarea acestora se stabilește, conform legislației, pe baza cantităților de lucrări și a prețurilor acestora (...)

NOTĂ: Formularele F1-F5, completate cu prețuri unitare și valori, devin formulare pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situațiilor de lucrări executate, în vederea decontării.

De altfel, caietul de sarcini stabilea (pagina 31) și modalitatea de relevare a costurilor componente/unitare și a cantităților, iar neconcordanțele ce ar rezulta din actualele estimări și din antemăsurători nu ar putea fi invocate de câștigător, la momentul executării contractului:

Propunerea financiară se va elabora cu respectarea evaluărilor categoriilor de lucrări/listelor de cantități estimative prezentate în documentația de atribuire ținând seama și de eventualele răspunsuri la solicitările de clarificări. Prețul unitar al fiecărei categorii de lucrări se va oferta în conformitate cu cerințele din Caietul de sarcini/D.A.L.I astfel încât aceste categorii de lucrări să fie realizate „la cheie”.

Din aceste prevederi ale caietului de sarcini, rezultă că micile neconcordanțe, de tipul celor invocate de contestatoare, nu ar putea conduce la aprecierea neconformității unei oferte, ci doar la nevoia de îndreptare a lor, în condițiile specifice de ofertare/contractare.

Or, văzând tipul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, Consiliul constată că valorile din ofertă pot suporta modificări, la momentul execuției contractului, în condițiile prevăzute la art. 10 din HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, dar în limita bugetului stabilit prin acceptarea valorii totale a ofertei:

Art. 10. - (1) Devizul general este partea componentă a studiului de fezabilitate sau a documentației de avizare a lucrărilor de intervenții, prin care se stabilește valoarea totală estimativă, exprimată în lei, a cheltuielilor necesare realizării unui obiectiv de investiții.

(2) Devizul general se structurează pe capitole și subcapitole de cheltuieli. În cadrul fiecărui capitol/subcapitol de cheltuieli se înscriu cheltuielile estimate aferente realizării obiectului/obiectelor de investiție din cadrul obiectivului de investiții.

(3) Devizul pe obiect stabilește valoarea estimativă a obiectului din cadrul obiectivului de investiții și se obține prin însumarea valorilor categoriilor de lucrări ce compun obiectul.

(4) Devizul general întocmit la faza de proiectare studiu de fezabilitate în cazul obiectivului nou/mixt de investiții și, respectiv, la faza documentație de avizare a lucrărilor de intervenții în cazul intervenției la construcție existentă se actualizează prin grija beneficiarului investiției/investitorului, ori de câte ori este necesar, dar în mod obligatoriu în următoarele situații:

a) la data supunerii spre aprobare a studiului de fezabilitate/documentației de avizare a lucrărilor de intervenții;

b) la data solicitării autorizației de construire;

c) după finalizarea procedurilor de achiziție publică, rezultând valoarea de finanțare a obiectivului de investiții;

d) la data întocmirii sau modificării de către ordonatorul principal de credite, potrivit legii, a listei obiectivelor de investiții, anexă la bugetul de stat sau la bugetul local.

(5) Pe parcursul execuției obiectivului de investiții, devizul general se poate revizui prin grija beneficiarului investiției/investitorului, prin compensarea cheltuielilor între capitolele/subcapitolele de cheltuieli care intră în componența lucrărilor de construcții-montaj din devizul general, cu încadrarea în valoarea totală de finanțare.

În consecință, eventuala existență a acelor mici neconcordanțe între prețurile unitare/categoriilor de lucrări din diferite obiecte ale devizului general, sesizată de contestatoare, nu relevă caracterul inadmisibil al ofertei desemnate câștigătoare, ce nu este afectată de o neconformitate vădită, în raport cu cerințele documentației de atribuire.

Pentru considerentele de mai sus, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) ale Legii nr. 101/2016, cu modificările la zi, Consiliul urmează a respinge contestația, ca nefondată.

În mod implicit, Consiliul va respinge, ca nefondată, și cererea de acordare a cheltuielilor de judecată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SRL, în contradictoriu cu, privitor la rezultatul procedurii de atribuire (Lotul 1), inițiate prin anunț simplificat nr. SCN1053503 din 18.09.2019, ca nefondată.

Respinge solicitarea cheltuielilor de judecată, ca nefondată.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

OPINIE SEPARATĂ

Contrar opiniei majoritare, consider că oferta declarată câștigătoare ar trebui respinsă, iar contestația admisă. În aprecierea acestei finalități, procedând la verificarea legalității deciziei autorității contractante de a declara admisibilă și câștigătoare oferta depusă de asocieria SRL – SRL, cu referire la experiența similară/situația de excludere, constat lipsa de la dosarul cauzei a următoarelor documente: DUAЕ ofertant declarat câștigător; contract nr. 79/22.07.2011, anexe (recomandare); document constatator privind executarea cu întârziere a contractului nr. 17154/26.09.2017, necesare soluționării acestor aspecte.

Mai mult, documentele aflate la dosarul cauzei nu confirmă că autoritatea contractantă ar fi cerut ofertantului declarat câștigător clarificări cu privire la valoarea lucrărilor similare, executate în ultimii 5 ani, și respectiv la situația faptică de excludere.

Pentru a decide dacă ofertantul declarat câștigător ar fi trebuit exclus din procedură, trebuia verificat și stabilit, dacă s-a făcut vinovat de încălcarea, în mod grav sau repetat, a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: „(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: g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”.

Având în vedere aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă nu și-a manifestat rolul activ, în verificarea îndeplinirii condițiilor, care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură a ofertantului declarat câștigător, astfel încât rețin nelegala analiză a ofertei acestuia și încălcarea prevederilor legale.

Cât privește activitatea constând în „verificarea de proiect”, constat temeinicia cererii contestatoarei, în opinia căreia, această activitate nu poate fi realizată decât de verificatori de proiect independenți, care să nu aibă calitatea de angajați/colaboratori ai proiectantului, respectiv de operatori specializați declarați subcontractanți.

Constat, din cele expuse de părți, că ofertantul declarat câștigător nu a prevăzut subcontractant pentru serviciile de verificare tehnică, respectiv nu a declarat niciun subcontractant pentru această activitate care intră în obiectul contractului, iar transformarea prestatorilor în subcontractanți nu este permisă de lege în această etapă nici măcar cu acordul autorității contractante.

Având în vedere specificul obiectului prezentului contract de achiziție publică și activitățile care urmează a fi realizate de verificatorii tehnici atestați, consider că îndeplinirea activității de verificare tehnică trebuie realizată de un ofertant asociat sau de un subcontractant al ofertantului.

De altfel, în acest sens, este relevantă practica instanțelor de judecată, respectiv: Decizia Civilă nr. 3605/22.06.2018, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 287/57/2018: „Criticile petentei vizează faptul că ofertanții clasati pe primele două locuri nu ar putea realiza în condiții de legalitate activitatea de verificare a proiectelor (componentă a obiectului contractului), deoarece nu au declarat subcontractanți care să o efectueze, critici pe care instanța le apreciază ca fiind întemeiate. Prin urmare verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind să declare entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant (...)”; Decizia nr. 3858/2018, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 446/57/2018: „(...) În lipsa unor subcontractări legale a acestei activități, ofertanții care și-au asumat activitatea de proiectare nu pot realiza în mod legal verificarea tehnică a proiectului”; Decizia Civilă nr. 3137/2017 din 25.09.2017, pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul 628/33/2017: „(...) între factorii implicați în verificarea calității proiectelor, există o incompatibilitate dacă sunt angajații/colaboratorii aceleași entități”; Decizia nr. 113/R/15.02.2019, pronunțată de Curtea de Apel Mureș în dosarul nr. 21/43/2019: „(...) În condițiile în care verificarea proiectelor tehnice se efectuează de către un specialist extern, în una din formele de organizare prevăzute pentru această activitate, în mod firesc singura modalitate de a asigura prestarea acestui serviciu este prin subcontractarea acestuia (...)”.

Astfel, pentru a depune o ofertă admisibilă, ofertanții, în cazul în care nu puteau în mod legal să realizeze părți din obiectul contractului, aveau obligația să facă dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin precizarea părții din contract pe care o subcontractează, dar și nominalizarea subcontractantului.

De subliniat în acest context este obligația corelativă a autorității contractante de a verifica capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul sub toate aspectele sale, inclusiv în ceea ce privește realizarea activității de verificare de proiect.

În acest context, rețin și definiția noțiunii de subcontractant, regăsită la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016: *subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din*

obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Date fiind cele expuse, apreciez că verficatorul de proiect ar fi trebuit declarat subcontractant.

Drept urmare, consider că îi era interzis autorității contractante ca, pe baza actelor amintite mai sus, să considere, fără dubiu, că asocieria SRL – SRL îndeplinește cerințele analizate mai sus.

Având în vedere toate aspectele analizate, consider că autoritatea contractantă, în mod eronat și nelegal, a declarat admisibilă și câștigătoare oferta prezentată de această asocierie, decizia încălcând prevederile art. 137 alin. (1), alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În contextul celor expuse, consider că este de prisos analizarea celorlalte critici din contestație, caracterul inadmisibil al ofertei clasate pe locul 1 neputând fi înlăturat prin aceasta.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, apreciez că se impune admiterea contestației cu reanalizarea și respingerea ofertei declarate câștigătoare.

MEMBRU,

.....

.....