



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. ..

Data: ..

Prin contestația nr. 1744/13.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 33676/14.08.2020, formulată de ..., cu sediul în, str. Viitorului nr. 50, sector 2, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI .., reprezentată legal prin director general –, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 19535/10.08.2020, emisă de SA, cu sediul în, str., ..., în calitate de autoritate contractantă, în procedura simplificată, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect "Proiectare– faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții Construire bazin de înot didactic, Sos. Odăi nr. 20, localitatea Otopeni, județ Ilfov", cod CPV 45200000-9 – Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice", s-au solicitat:

- "Anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 19535/10.08.2020 și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a raportului procedurii publicat în SICAP la data 10.08.2020 ora 12:31, în ceea ce privește declararea ca admisibilă și conformă a ofertei clasate pe locul 1 respectiv a SC SA și obligarea autorității contractante la atribuirea contractului către subscrisa, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016;

- *În subsidiar, anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 19535/10.08.2020 și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a*

raportului procedurii, în ceea ce privește declararea ca admisibilă și conformă a ofertei clasate pe locul 1 respectiv a SC SA și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor și reevaluarea ofertei depuse de operatorul economic clasat pe locul 1, cu luarea în considerare a motivelor ce determină respingerea acestei oferte ca inacceptabilă, respectiv neconformă și stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile, cu respectarea cerințelor legale și aplicarea criteriilor de atribuire”.

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. /25.08.2020, ... SA, cu sediul în, ..., ..., ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentantă legal prin director general și convențional prin, cu sediul în, ..., ..., solicită admiterea acesteia, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă în legătură cu oferta sa, precum și menținerea, ca temeinic și legal, a rezultatului procedurii, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

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 ...critică adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 19535/10.08.2020, emisă de SA, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În fapt, contestatorul arată că, prin comunicarea rezultatului procedurii, i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost clasată pe locul 2 în clasament, oferta clasată pe primul loc fiind cea depusă de ofertantul SC SA, pe care o critică în speța de față.

Din analiza cerințelor prevăzute în caietul de sarcini și a ofertei depuse de ofertantul câștigător, contestatorul susține că acesta nu poate executa din punct de vedere legal contractul, pe motiv că acesta nu deține autorizațiile necesare și obligatorii pentru execuția unei părți din lucrări, respectiv autorizația IGSU – termoprotecție cu vopsele termosfumante. În acest sens, arată că prin caietul de sarcini se solicită „*suprastructură Lemn – 4 Confecții metalice, piese prinderi și rigidizări la suprastructura de lemn în conformitate cu proiectul tip (parte scrisă, parte desenată)*”, iar conform Planșă Plan vedere laterală, vedere frontală – caracteristici tehnice materiale/cerințe, se

solicită „confecții metalice: S275 (...) confecții metalice expuse, tratate cu produs intumescent”.

Deși în documentația de atribuire nu a fost stabilită în sarcina ofertanților obligația prezentării vreunei autorizații, contestatorul susține că operatorii economici sunt datori să dețină autorizațiile necesare pentru executarea contractului, iar autoritatea contractantă este datoare să se asigure că ofertanții le dețin.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea obligația de a verifica în cadrul evaluării ofertelor dacă ofertanții pot executa din punct de vedere legal contractul pentru a evita ulterior rezilierea acestuia.

Or, autoritatea contractantă, în evaluarea ofertei depusă de ofertantul câștigător, a omis să verifice dacă deține autorizația în discuție, declarând în mod incorect oferta acestuia, ca fiind câștigătoare.

O altă critică adusă ofertei câștigătoare este legată de graficul de execuție pe un număr de 366 de zile lucru, în condițiile în care termenul de proiectare și execuție era de 12 luni. De reținut este că ofertantul nu a ținut cont de dreptul la repaus zilnic și săptămânal prevăzut în Codul Muncii, timpul de muncă și timpul de odihnă. Totodată a făcut declarații false în Declarația privind respectarea *regulilor obligatorii referitoare la condițiile privind respectarea condițiilor de mediu, sociale și cu privire la relațiile de muncă pe toata durata de îndeplinire a contractului de lucrări*, prezentată în propunerea tehnică. Pentru aceste motive, în opinia contestatorului, oferta acestuia trebuia declarată neconformă întrucât încalcă și prevederile art. 51 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar, în conformitate cu prevederile art. 137 alin (2) lit. d) din HG nr. 395/2016, oferta trebuia să fie respinsă, ca inacceptabilă și neconformă.

O altă critică vizează faptul că în propunerea tehnică prezentată de ofertantul câștigător lipsesc fișele tehnice aferente echipamentelor și dotărilor, care în mod evident trebuiau introduse în această secțiune din cadrul propunerii tehnice și nu în propunerea financiară, așa cum în mod eronat a procedat ofertantul.

Din aceste motive, contestatorul susține că oferta acestuia trebuia respinsă, ca neconformă și inacceptabilă.

De asemenea, susține contestatorul, nici cerința privind evidențierea etapelor principale nu este îndeplinită de ofertantul criticat, întrucât în cadrul propunerii tehnice a acestuia nu se regăsesc informații despre teste și probe și nici cum se vor efectua acestea, dar nici informații cu privire la perioada de garanție și cum se va desfășura aceasta. De înțeles este că autoritatea contractantă nu a analizat aceste aspecte în raportul procedurii nefiind identificate paginile, secțiunea, unde au fost prezentate aceste informații în propunerea sa tehnică. Pentru aceste motive aceasta avea obligația să declare oferta acestuia inadmisibilă și neconformă întrucât nu satisface în mod

corespunzător cerințele caietului de sarcini, în conformitate cu art. 137 alin. 2 lit. a) din HG nr. 395/2016.

O altă critică supusă analizei vizează răspunsul neconcludent furnizat de ofertantul câștigător și resolicitarea autorității contractante de corectare a ofertei, aspect care încalcă principiul tratamentului egal, culpa pentru necunoașterea legislației achizițiilor publice aparținând exclusiv ofertantului care nu are cunoștințe despre faptul că în cadrul propunerii financiare poate fi vorba doar despre o eroare aritmetică pe care trebuia să o corecteze ca să nu își modifice propunerea financiară și anume profitul declarat.

Ca ultim aspect, contestatorul învederează că, deși oferta câștigătorului reprezintă 89% din valoarea estimată a achiziției, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita justificarea prețului, din moment ce ofertantul a venit cu o ofertă de dumping, pentru a evita ulterior rezilierea contractului în cazul incapacității acestuia de a executa contractul.

Concluzionând, contestatorul apreciază că procesul de evaluare a ofertelor a fost realizat cu încălcarea principiilor statuate prin Legea nr. 98/2016, ofertantul câștigător beneficiind de un tratament total preferințial și evaziv în detrimentul ofertei sale.

În drept, se invocă Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, precum și HG nr. 395/2016.

În punctul de vedere înregistrat la CNSC sub nr. 34669/19.08.2020, ... SA, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SC HIDRO-SALT – B – 92 SRL, în calitate de lider al asocierii ..., ca nefondată.

Față de critica cu privire la imposibilitatea ofertantului câștigător de a realiza contractul, autoritatea contractantă precizează că, în cauză, nu se află în situația unor lucrări ce vor fi executate de ofertant/antreprenor, ci în prezența unui ansamblu ce va fi achiziționat, ansamblu (structura de rezistență) din care face parte și confecția metalică S275. Acest ansamblu, la momentul livrării, vine însoțit de o carte tehnică în care se regăsesc, printre altele, certificate de conformitate, încercări pentru îmbinări între componentele structurii de lemn, pe de o parte, și, în același timp, a structurii de lemn cu fundația bazinului.

În acest context, susține autoritatea contractantă, nu a fost considerat necesar a se solicita ofertanților să facă dovada că dețin Autorizație IGSU pentru Termoprotecție cu vopsele termosfumante, întrucât nu ofertantul va executa acoperirea confecției metalice cu vopsea intumescentă, ci va achiziționa structura de lemn lamelar încleiat.

Prin urmare, se apreciază de autoritatea contractantă că ofertantul declarat câștigător a respectat cerințele caietului de sarcini cu privire la acest aspect.

Față de critica referitoare la modul de întocmire a graficului de execuție prezentat de către ofertantul declarat câștigător, autoritatea

contractantă susține că acesta a fost întocmit cu respectarea cerințelor caietului de sarcini, respectiv 45 de zile calendaristice pentru serviciile de proiectare (1.5 luni) și 320 de zile calendaristice pentru execuția lucrărilor (10.5 luni). De subliniat că în cadrul documentației de atribuire nu s-a solicitat în mod expres întocmirea graficului de execuție pe zile lucrătoare.

Cât privește critica referitoare la lipsa fișelor tehnice aferente echipamentelor și/dotărilor din cadrul propunerii tehnice depuse de ofertantul câștigător, autoritatea contractantă susține că acestea există și se regăsesc la pagina 1431-1497.

În ceea ce privește critica privind neîndeplinirea cerinței din caietul de sarcini privind structura propunerii tehnice, autoritatea contractantă precizează că descrierea executării lucrărilor, inclusiv cele provizorii și permanente, etape principale de execuție se regăsește în cadrul cap. 5 din METODOLOGIA PENTRU REALIZAREA SERVICIILOR ȘI LUCRĂRILOR începând cu pagina 227. De asemenea, informațiile referitoare la teste, la terminarea lucrărilor și teste înainte de terminare se regăsesc în cadrul cap. 10 din Caracteristici tehnice ale lucrărilor începând cu pag. 43, iar recepția și garanția lucrărilor se regăsesc la cap. 11 din Caracteristici tehnice ale lucrărilor, începând cu pag. 45.

În raport cu critica privind solicitările de clarificări adresate ofertantului declarat câștigător, invocând prevederile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă recunoaște că i-a solicitat ofertantului să își corecteze oferta financiară, apreciind că nu se poate pune în discuție încălcarea principiului tratamentului egal, motivat de faptul că, în cazul unei astfel de corecții, un ofertant se poate regăsi în situația în care noua valoare rezultată să depășească valoarea estimată, caz în care oferta va fi respinsă, fie să se regăsească, după corectare, pe o poziție neglijabilă.

Așadar, comisia de evaluare, dat fiind incidența dispozițiilor art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, a apreciat că trebuie să solicite ofertantului SC SA corectarea propunerii financiare, astfel încât valoarea la care contractul de achiziție publică va fi atribuit, să fie cea corectă.

Referitor la ultima critică privind manopera ofertată de SA, comisia de evaluare susține că în cadrul dispozițiilor art. 71 OUG nr. 114/2018 este reglementat, pentru domeniul construcțiilor, un tarif orar minim de 17.928, lei. Având în vedere că ofertantul declarat câștigător a folosit, în stabilirea ofertei financiare, un tarif pentru manoperă de 18.00 lei/oră, comisia de evaluare a apreciat că nu are niciun temei legal de descalificare a ofertei, nefiind aplicabile dispozițiile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată.

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr./25.08.2020, ... SA solicită admiterea cererii de

intervenție în interes propriu, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă în legătură cu oferta sa, precum și menținerea, ca temeinic și legal, a rezultatului procedurii, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

..... SA justifică interesul în formularea cererii de intervenție, invocând art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precizând că este ofertant declarat câștigător al procedurii de atribuire.

Față de criticile din cuprinsul contestației, pe care le apreciază ca neîntemeiate, intervenientul arată că nicăieri în documentația de atribuire nu se regăsesc cerințele pretins a fi neîndeplinite de către societatea sa.

Referitor la argumentele contestatorului conform cărora SC SA nu poate executa contractul, întrucât nu deține autorizațiile necesare și obligatorii, intervenientul susține că în cadrul documentației de atribuire nu s-a cerut în mod expres prezentarea autorizării invocate de contestator, precum și că valoarea elementelor de prindere, inclusiv protecție cu produs intumescent și zincare este de aproximativ 0,6% din totalul lucrărilor oferate, fiind evident că pretinsa neconformitate sesizată de contestator este doar o speculație.

Respectarea legislației referitoare la calitatea în construcții se face prin sistemul de calitate implementat în cadrul societății, avizat și validat de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de achiziție.

Mai precizează intervenientul că elementele metalice invocate de contestator nu sunt elemente structurale cu rol în siguranța și stabilitatea obiectivului, ci sunt elemente de prindere și solidarizare (șaibe, piulițe, prezoane și tiranți) pentru structura principală din lemn stratificat, acestea neavând absolut niciun impact semnificativ la siguranța în exploatare și nu reprezintă lucrări de construcții în sine pentru care societatea sa să dețină autorizație. Aceste elemente uzuale de prindere sunt furnizate de producători autorizați cu întreg sistemul de protecție (zincare și termospumare), acestea nu necesită agrementele invocate de contestator, de la producătorul acestora, ele fiind, în fapt, niște elemente de solidarizare furnizate de producători specializați. Mai mult, acestea nu reprezintă lucrări esențiale astfel încât să se impună autorizații speciale care să fie depuse în cadrul ofertei deși nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, contestatorul aflându-se în eroare.

În opinia intervenientului, argumentele invocate de contestator nu se regăsesc printre motivele de respingere a unei oferte, prevăzute de Legea nr. 98/2016 sau de art. 137 din HG nr. 395/2016.

De altfel, deciziile invocate în contestație nu au relevanță în speța dedusă judecății, situația fiind diferită, întrucât prin decizia citată se are în vedere obținerea unor atestări pentru executarea de lucrări, raportate la anumite cerințe ale unei documentații de atribuire ale cărei prevederi sunt fundamental diferite.

Sușținerile contestatorului conform cărora oferta SA ar fi trebuit declarată neconformă, pe motiv că acesta a prezentat un grafic de execuție pe un număr de 366 de zile-lucru, în condițiile în care termenul de proiectare era de 12 luni, intervenientul le apreciază netemeinice.

În apărare, intervenientul arată că, în raportul procedurii, la graficul fizic și la graficul valoric prezentat, este precizată perioada de timp luată în calcul, de 1,5 luni proiectare și 10,5 luni execuție (zile calendaristice, NU zile lucru, așa cum fals susține contestatorul). Așadar, la întocmirea Graficului de execuție au fost respectate cerințele fișei de date și ale caietului de sarcini în ceea ce privește modalitatea de prezentare a acestuia, pe fiecare obiect de lucrări, prezentat detaliat pe luni, în ordinea tehnologică de execuție pentru fiecare activitate, luându-se în considerare și perioadele de odihnă, sărbătorile legale, respectând cu strictețe specificațiile din caietul de sarcini și memoriul tehnic.

De asemenea, susține intervenientul, în graficul de execuție a demonstrat că va executa în mod corespunzător și la termen lucrările ce vor fi încredințate în urma semnării contractului de achiziție publică.

De subliniat este că autoritatea contractantă nu a specificat nicăieri, în documentația de atribuire, modul de prezentare în cadrul Graficului de execuție a perioadelor legale de odihnă și al sărbătorilor legale și că dorește evidențierea acestora în modul de prezentare al acestor reprezentări grafice.

Totodată, prin raportare la natura lucrărilor de construire ce se vor realiza, dar și prin raportare la obiectul lucrărilor, nu vor fi alocate aceleași resurse umane pe întreaga perioadă de executare a contractului, astfel cum rezultă și din analiza Graficului de execuție depus în cadrul ofertei. Prin urmare, se poate observa că se vor respecta perioadele legale de odihnă și sărbătorile legale.

Față de aspectele redate, intervenientul apreciază graficul de execuție prezentat, conform cerințelor din caietul de sarcini.

Cu privire la critica contestatorului referitoare la nedepunerea fișelor tehnice aferente echipamentelor și dotărilor, de către ofertantul câștigător, în apărare, intervenientul susține că, în cadrul propunerii tehnice, cât și în cadrul propunerii financiare, a depus toate fișele tehnice solicitate, așa cum reiese din analiza paginilor din propunerea tehnică, paginile 1431-1497.

Raportat la susținerea contestatorului conform căreia oferta sa nu a îndeplinit cerința stipulată în caietul de sarcini la pagina 36 – secțiunea Structura propunerii tehnice, intervenientul arată că în cadrul propunerii tehnice la *Descrierea lucrărilor permanente*, paginile 325-328, paginile 239-242, paginile 270-276, paginile 96-98, precum și la *Descrierea lucrărilor provizorii/temporare* din propunerea tehnică, la paginile 29-59, 328-329, 950-977, sunt dovedite cele solicitate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini.

Și în ceea ce privește critica contestatorului cu privire la faptul că autoritatea contractantă, prin solicitarea de clarificări adresată ofertantului câștigător, încalcă tratamentul egal, intervenientul, cu invocarea prevederilor art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, susține că, în discuție, nu este vorba despre o majorare semnificativă, iar autoritatea contractantă, a solicitat clarificări în acest sens, iar, în urma răspunsului, a agreat propunerea de corectare a erorii intervenite.

Astfel, în opinia intervenientului, autoritatea contractantă, în mod legal și temeinic, a solicitat societății sale clarificări cu privire la inadvertența sesizată în cuprinsul ofertei financiare, privind însumarea valorilor aferente listei cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări - categoria de instalații sanitare, respectiv valoarea totală rezultată de 443.866.72 lei, fără TVA, vs. valoarea totală de 431.945,72 lei, fără TVA, înscrisă la pag. 30 din cadrul propunerii financiare, având ca rezultat o diferență de 11.921,00 lei, fără TVA, între cele două valori.

Ca răspuns la solicitarea de clarificări, valoarea totală înscrisă în Listele cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări - categoria instalații sanitare, dintr-o eroare, nu s-a cumulat și valoarea de 11.921,00 lei, fără TVA, astfel încât, la cererea autorității contractante s-a corectat eroarea aritmetică de 0,14%, aceasta neinfluențând clasamentul și nemodificând propunerea tehnică și financiară.

Or, în aprecierea intervenientului, eroarea de redactare intervenită în cadrul ofertei financiare, în mod temeinic și legal, nu a fost încadrată ca fiind o neconformitate, întrucât îndreptarea acestei erori nu conduce la modificarea ofertei tehnice și nici a ofertei financiare astfel cum, în mod vădit neîntemeiat, argumentează contestatorul.

Concluzionând, intervenientul susține că nu și-a modificat oferta în cursul perioadei de evaluare, îndreptarea unei erori materiale nefiind o neconformitate în sensul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

De subliniat este că însuși legiuitorul a reglementat în art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016, o excepție de la inadmisibilitatea modificării propunerii financiare, reglementând expres obligația autorității contractante de a considera admisibilă oferta modificată, dacă modificările operate reprezintă erori aritmetice.

Raportat la aprecierea contestatorului potrivit căreia oferta sa este una de dumping, intervenientul arată că procentul de 89% reprezintă 8.011.089,50 lei + TVA adică cu aproximativ 33%, mai mult decât valoarea de execuție cu care societatea sa a încheiat în anul curent, un bazin de înot identic cu acesta în localitatea Găești, județul Dâmbovița.

Mai mult, susține intervenientul că, deși bazinul din Otopeni se află la doar 15 km de baza centrala a firmei sale, valoarea ofertată este mai mare cu 33% decât bazinul din județul Dâmbovița, drept care orice referire la prețul ofertat, este hilară.

Referitor la tariful de 18 lei/h, menționat de contestator, acesta se referă la lista lucrărilor normate la ziua de lucru, contestatorul

neavând cunoștință de tarifele orare pentru utilaje sau pentru manoperă, cheltuielile indirecte și profitul, utilizate în cadrul ofertei financiare, apelând la simple prezumții.

În concluzie, intervenientul apreciază că argumentele contestatorului nu sunt de natură a dovedi neconformitatea ofertei sale, astfel încât să conducă la anularea raportului procedurii.

Pentru motivele prezentate, intervenientul solicită admiterea cererii sale, așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 1864/31.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 36806/31.08.2020, ... SRL a transmis concluzii scrise, prin care solicită respingerea cererii de intervenție formulată de SA și admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Referitor la justificarea caracterului confidențial al documentelor depuse de către SA, contestatorul o consideră superficială și nu îndeplinește cerințele cumulative prevăzute de art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Față de apărările autorității contractante și ale intervenientului, contestatorul precizează că își menține în totalitate criticile formulate prin contestație cu privire la neconformitatea ofertei depusă de SA. În acest sens, arată că deținerea autorizației IGSU este necesară executării contractului ce urmează a fi atribuit.

Or, exigența obligației autorităților contractante de a cerceta deținerea autorizației de către operatorii economici, chiar și în situația în care prezentarea autorizației nu a fost solicitată în mod expres prin documentația de atribuire, a fost statuată în mod constant de către CNSC și Curțile de Apel din țară.

În ceea ce privește graficul de execuție prezentat de ofertantul criticat, contestatorul susține că acesta a fost întocmit în mod nelegal. Faptul că nu s-a solicitat în mod expres întocmirea graficului de execuție pe zile lucrătoare, nu poate absolve ofertantul de nerespectarea obligațiilor legale din domeniul social și al relațiilor de muncă.

Și în ceea ce privește critica cu privire la modificarea propunerii financiare de către ofertantul câștigător, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat principiile prevăzute de legislația achizițiilor publice, în special principiul nediscriminării și tratamentului egal, în condițiile în care ceilalți ofertanți au înțeles să formuleze oferte corecte, autoritatea contractantă încercând tot posibilul să ducă oferta SA în sfera ofertelor acceptabile și conforme prin intermediul solicitărilor de clarificări.

Pentru toate motivele prezentate, contestatorul solicită respingerea cererii de intervenție și admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În replică, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 37169/02.09.2020, SC SA a formulat un răspuns la concluziile scrise ale SC HIDRO SALT – B – 92 SRL, solicitând respingerea acestora, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă

cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale cât privește oferta sa, precum și menținerea rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect "Proiectare- faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții Construire bazin de înot didactic, Sos. Odăi nr. 20, localitatea Otopeni, județ Ilfov", cod CPV 45200000-9 – Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1063920/27.02.2020, 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 5 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 4927/10.08.2020, 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 admisibilitatea ofertelor depuse de asocierea SC HIDRO SALT – B -92 SRL-SC UNICOMP SA-SC TECON SRL-SC HIWATERS și de către SA, și desemnarea acestei din urmă oferte, câștigătoare a procedurii.

Nemulțumit de această decizie, .. (consemnând cautiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016), a formulat contestația de față, solicită cele menționate în partea introductivă.

Față de cererea de intervenție formulată de SA, văzând că acesta 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. 4927/10.08.2020, 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.

Cu privire la cererea de acces la dosarul cauzei, formulată de contestator, aplicabilitate au dispozițiile art.19 alin.1 și alin.2 din Legea nr.101/2016, potrivit căroră „(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, **cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale**, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale,

stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. **(2)** Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”, situație în care contestatorului i-au fost puse la dispoziție documentele dosarului cauzei constând în raportul procedurii, clarificările solicitate pe timpul evaluării ofertelor, procesele verbale intermediare de analiză, documente de calificare.

Modul de a proceda al Consiliului se circumscrie celor reținute la pct.55 din Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE, a cărei acțiune principală a avut ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale, prin care Curtea a reținut că: „(...) ***Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil***”.

Față de împrejurarea că SA și-a declarat confidențiale propunerea tehnică și cea financiară, coroborat cu faptul că, prin corespondența nr. 36058/26.08.2020, acest operator și-a exprimat refuzul de a permite contestatorului să consulte documentele din cadrul ofertei sale declarate confidențiale, Consiliul nu a asigurat accesul contestatorului la respectivele înregistrări, urmând, totuși, să efectueze verificări în direcțiile indicate de acesta.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că nemulțumirile contestatorului vizează decizia de declarare admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de SA, din mai multe motive ce vor fi analizate, punctual, după cum urmează:

O primă critică vizează necesitatea verificării deținerii, de către ofertantul în discuție, a autorizației IGSU pentru tratamentul de suprafață cu produs intumescent a confecțiilor metalice expuse, contestatorul susținând că, deși o asemenea autorizare nu a fost solicitată expres prin documentația de atribuire, necesitatea ei rezultă din prevederile documentației care impun respectarea tuturor dispozițiilor legale incidente obiectul contractului.

Consiliul reține că, în cauză, confecțiile metalice expuse, care necesită tratamentul cu produs intumescent, nu reprezintă obiectul principal al achiziției de față, ci un produs accesoriu lucrărilor principale supuse achiziției prin care autoritatea contractantă urmărește

Proiectare– faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții Construire bazin de înot didactic, Sos. Odăi nr. 20, localitatea Otopeni, județ Ilfov.

Este de notorietate faptul că execuția unei lucrări complexe presupune o multitudine de activități accesorii, pe care operatorul economic trebuie să le întreprindă pentru a executa lucrarea, însă ar fi excesiv ca în procesul de atribuire, autoritatea contractantă să solicite demonstrarea respectării tuturor normelor legale incidente, până în cel mai mic detaliu, ea fiind ținută numai la a se asigura că viitorul contractant are capacitatea tehnică și profesională să execute obiectul contractului prin stabilirea unor cerințe de calificare în măsură să atingă acest deziderat. De altfel, pentru aceste situații, inclusiv legiuitorul a reglementat, la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, instituția „furnizorului” în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică, respectiv entitatea care „*pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant*”.

Ținând cont de aceste considerente, Consiliul va reține caracterul întemeiat al apărărilor autorității contractante, câtă vreme documentația de atribuire nu a impus ca ofertanții să fie cei care să execute tratamentul de suprafață al confecțiilor metalice expuse, situație care ar fi atras obligativitatea prezentării autorizației IGSI pretinsă de contestator.

Se remarcă totodată că, în jurisprudența invocată de contestator, capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertantului se raporta la o activitate importantă a obiectului contractului, astfel că raționamentul reținut în acele cauze nu se pot aplica *mutatis mutandis*, și în prezent.

Următoarea critică face referire la modul de întocmire al graficului de execuție, apreciindu-se că ofertantul desemnat câștigător, prin prezentarea unui grafic pentru un număr de 366 de zile „de lucru”, susține contestatorul, nu a ținut cont de dreptul la repaus zilnic și săptămânal prevăzut în Codul muncii, corelativ cu încălcarea dispozițiilor art. 51 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Potrivit dispozițiilor caietului de sarcini, cap. 10 Durata serviciilor de Proiectare și Execuție, durata de realizare a investiției a fost prevăzută la 12 luni (1,5 luni proiectare + 10,5 luni execuție). Se mai remarcă, totodată, că, prin documentația de atribuire nu s-a impus o formă de prezentare a graficului de execuție, ofertanții fiind, așadar, ținuți să respecte perioada de timp solicitată conform celor de mai sus.

Așa cum rezultă din informațiile regăsite în propunerea tehnică a ofertantului desemnat câștigător (pag. 898-899, 913), acesta a prevăzut pentru realizarea investiției o durată totală de 366 de zile, cu o perioadă de 45 de zile pentru serviciile de proiectare, respectiv 320 de zile pentru execuția lucrărilor. Durata de realizare a lucrărilor

(proiectare și execuție) de 12 luni (1,5 luni pentru proiectare și 10,5 luni pentru execuție) a fost asumată de ofertantul în discuție și prin intermediul anexei la formularul de ofertă.

În lipsa unor cerințe exprese impuse de autoritatea contractantă, Consiliul nu poate reține caracterul temeinic al criticilor contestatorului, dat fiind că ofertantul desemnat câștigător s-a încadrat în perioada de timp solicitată prin documentația de atribuire, asumându-și, totodată, respectarea condițiilor de mediu, sociale și cu privire la relațiile de muncă pe toată durata de îndeplinire a contractului de lucrări, conform Declarației regăsită la pag. 27 a propunerii sale tehnice.

Faptul că, în propunerea tehnică, informațiile au fost expuse pe zile, iar nu pe luni, câtă vreme ele sunt corespundente și suficiente pentru execuția contractului, nu se poate aprecia asupra pretensei nerespectări a prevederilor Codului muncii, așa cum reclamă contestatorul. De altfel, informația respectivă apare menționată în cuprinsul propunerii tehnice în discuție prin referire la „zile”, iar nu la „zile de lucru”, cum susține contestatorul.

Consiliul reține caracterul neîntemeiat și al următoarei critici din cuprinsul contestației, prin care contestatorul reclamă că, din propunerea tehnică depusă de SA, lipsesc fișele tehnice aferente echipamentelor și dotărilor, dat fiind că documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei confirmă prezența, de la pag. 1431 la pagina 1497, a Fișelor tehnice corespunzătoare utilajelor și echipamentelor oferite.

De asemenea, contestatorul susține că SA nu ar fi prezentat, în propunerea sa tehnică, evidențierea etapelor principale, informații privind testele și probe și nici cum se vor efectua acestea, dar nici informații referitoare la perioada de garanție și cum se va desfășura aceasta.

Documentele probatorii analizate, observă Consiliul, demonstrează contrariul celor arătate de contestator, sens în care se reține că, începând cu pag. 227 și urm. din cadrul propunerii tehnice, ofertantul a descris execuția lucrărilor, inclusiv pe cele provizorii și permanente, precum și etapele de execuție, iar, la pag. 231, a prezentat informații despre teste, probe și încercări, informații regăsite și la pag. 43 din cap. *Caracteristici tehnice ale lucrărilor*. De asemenea, la pag. 45 din acest din urmă capitol, ofertantul a relevat informații privind recepția și garanția lucrărilor, perioada de garanție a lucrărilor fiind asumată și prin anexa la formularul de ofertă.

Faptul că autoritatea contractantă a omis includerea acestor informații în cadrul raportului procedurii nu reprezintă un motiv pentru infirmarea existenței lor în oferta analizată.

Următoarea critică face referire la situația în care autoritatea contractantă a înțeles să analizeze informațiile regăsite în cadrul propunerii financiare a SA, respectiv răspunsurile primite din partea acestui ofertant la solicitările comisiei de evaluare.

Așa cum rezultă din procesul verbal nr. 3500L/10.06.2020, se reține în soluționare că, membrii comisiei de evaluare au decis să solicite ofertantului SA, printre altele, și justificarea neconcordanței sesizate privind însumarea (totalul) valorilor aferente listei cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări – categoria Instalații sanitare, respectiv valoarea totală rezultată de 443.866,72 lei, fără TVA, versus valoarea totală de 431.945,72 lei, fără TVA, înscrisă la pag. 30 în cadrul propunerii financiare, având ca rezultat o diferență de 11.921,00 lei, fără TVA, între cele două valori. Acest demers de clarificare a fost materializat prin adresa nr. 3502L/10.06.2020, la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 1980/12.06.2020, justificând că, la valoarea totală înscrisă în Listele de cantități de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări – categoria Instalații sanitare, dintr-o eroare, nu s-a cumulat și valoarea de 11.921,00 lei, fără TVA, dar că această este asumată de societatea sa, urmând a fi suportată, în integralitate, din cota de profit.

Din probatoriul administrat, respectiv propunerea financiară în discuție, reiese că valoarea de 11.921,00 lei, fără TVA, a fost inclusă în lista respectivă, însă nu a fost însumată alături de celelalte valori ofertate în stabilirea sumei totale.

Incidente cauzei sunt dispozițiile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, conform cu care *„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”*.

În opinia Consiliului, în mod corect și legal, comisia de evaluare a analizat răspunsul în discuție prin prisma acestor prevederi citate mai sus, așa cum a consemnat în procesul-verbal nr. 3751L/19.06.2020, și a decis revenirea cu o nouă solicitare de clarificări nr. 3752L/19.06.2020, prin care a cerut ofertantului corectarea propunerii financiare cu noua valoare rezultată și acceptată de acesta ca fiind corectă. Ulterior primirii acestei adrese, ofertantul a corectat elementele propunerii financiare, alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente.

Situația dedusă judecății se încadrează în categoria erorilor aritmetice, iar, potrivit dispozițiilor invocate anterior, cazul de excepție permite ofertantului să își modifice propunerea financiară, însă la solicitarea comisiei de evaluare.

Astfel, contrar aprecierii contestatorului, prin prima adresă, comisia de evaluare a urmărit clarificarea situației sesizată în cuprinsul propunerii financiare a ofertantului în discuție, lămurirea faptului că aceasta reprezintă o eroare aritmetică fiind confirmată abia în urma răspunsului primit.

Cu alte cuvinte, solicitarea comisiei de evaluare transmisă ofertantului, de corectare a elementelor propunerii financiare, în considerarea dispozițiilor art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, nu putea fi transmisă anterior clarificării informațiilor din cuprinsul ofertei, clarificări care să confirme faptul că deficiențele sesizate se încadrează în categoria erorilor aritmetice.

Față de situația expusă mai sus, Consiliul apreciază că o respingere a ofertei, anterior unei solicitări de acceptare a corecțiilor aritmetice, așa cum cere contestatorul, ar fi reprezentat un demers excesiv, în lumina dispozițiilor incidente, dar și a principiului proporționalității.

Sanctiunea respingerii ofertei, conform art. 134 alin. (11) din același act normativ, survine doar atunci când *„ofertantul nu este de acord cu îndreptarea erorilor aritmetice”*, situație care nu se suprapune cazului judecat.

Procedând la analiza ultimei criticii din contestație, Consiliul observă că, prin intermediul acesteia, contestatorul reclamă faptul că SA ar fi venit cu o ofertă de dumping, deși, conform propriilor susțineri, oferta în cauză reprezintă aproximativ 89% din valoarea estimată.

Chiar dacă legiuitorul nu a mai reglementat un prag valoric sub care o propunere financiară poate fi considerată neobișnuit de scăzută, încadrarea ofertei desemnată câștigătoare în categoria celor de dumping, nu se poate realiza, având în vedere că este cu doar 10% mai mică decât suma considerată de autoritatea contractantă ca fiind suficientă pentru execuția contractului. Se constată, totodată, că, în susținerea acestei critici, autorul contestației nu prezintă niciun argument care să justifice solicitările sale, ci face simple afirmații, insuficiente însă pentru a pune sub semnul întrebării sustenabilitatea prețului propus de SA.

Dispozițiile art. 249 c.p.c stabilesc că: *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*, prin urmare, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”*. În măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă organismul de control, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul.

Data fiind soluția conturată mai sus, Consiliul va reține caracterul neîntemeiat și al solicitării contestatorului de obligare a autorității contractante la atribuirea contractului către societatea sa, dispozițiile art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, invocate în susținere, nefiind incidente cauzei.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu SA, în calitate de autoritate contractantă.

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 admite cererea de intervenție formulată de SA.

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu SA, în calitate de autoritate contractantă.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SA, și o admite.

Obligatorie.

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.

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

..