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

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL - SC ..... SA, cu sediul social în ....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. A21.258/01.03....., emisă de către ....", cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....", cod CPV: 71241000-9, s-a solicitat: „anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. A21.258/01.03.....; anularea actelor subsecvente acestui înscris, în ceea ce privește ilegala constatare a admisibilității ofertei asocierii concurente; reluarea evaluării cu observarea inadmisibilității respectivei oferte".

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub .....0377/....., SC ..... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., ..., formulează cerere de intervenție voluntară, solicitând admiterea cererii de intervenție; respingerea ca nefondată a contestației depuse; menținerea tuturor rapoartelor și a actelor subsecvente prin care oferta depusă de prezenta asociere a fost declarată câștigătoare, conform comunicării A21.257/ 01.03.....

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că în

urma finalizării evaluării ofertelor, a constatat admisibilitatea ofertei sale însă a declarat-o necâștigătoare, oferta clasată pe primul loc și implicit declarată câștigătoare, fiind cea depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA.

Contestatorul precizează că, ulterior comunicării rezultatului procedurii a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice prin adresa nr. 004E/ 04.03.....

Susține că autoritatea contractantă i-a răspuns prin adresa nr. A21.306/ 05.03..... refuzând să pună la dispoziție orice fel de înscrisuri din cadrul ofertei declarate câștigătoare, arătând că asocierea câștigătoare „a declarat în mod justificat că următoarele informații din ofertele prezentate trebuie tratate ca fiind confidențiale/clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală: documentele de calificare, inclusiv DUAE pentru toți asociații; propunerea tehnică; propunerea financiară".

Prin adresa .....8-09-27EDMAPN_pr_spital Davila//007A a revenit asupra solicitării de acces la dosarul achiziției, autoritatea contractantă răspunzând prin adresa nr. A21.349/ 06.03..... refuzând din nou accesul la oferta în cauză.

Prin adresele nr. 007A/06.03..... și nr. 008A/07.03....., s-au transmis din nou solicitări de acces la părțile din oferta declarată câștigătoare care: nu pot face obiectul unei declarații de confidențialitate, adică la documentele de calificare și la DUAE; nu pot avea caracter confidențial sau protejat de un drept de proprietate intelectuală, din cadrul propunerii tehnice și financiare ale ofertantului concurent. Față de aceste solicitări autoritatea nu a mai transmis nici un răspuns.

În ceea ce privește refuzul autorității contractante de a acorda accesul la dosarul achiziției, contestatorul precizează următoarele:

- analizând conținutul adreselor autoritarii contractante nr. A21.306/ 05.03..... și nr. A21.349/06.03....., prin raportare la prevederile legale incidente, a constatat faptul că autoritatea contractantă a acordat ofertantului declarat câștigător un regim preferențial și vădit protectiv, care în mod flagrant depășește limitele statuate de legiuitor cu privire la protecția datelor și informațiilor cu caracter confidențial care ar putea fi cuprinse în cadrul ofertelor depuse de ofertanți în cadrul procedurilor de achiziție publică;
- ca răspuns la solicitarea de acces la oferta declarată câștigătoare, autoritatea contractantă precizează că oferta în cauză este confidențială în întregime și, pe cale de consecință, ar beneficia de protecția statuată în acest sens de legiuitor prin prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/ 2016 și cele ale art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016;
- autoritatea contractantă exercită un vădit abuz de drept, menit a împiedica exercitarea căilor legale de contestare a actelor de evaluare ale comisiei, prezervând astfel un ..... al procedurii care nu poate fi

supus niciunei analize de către vreun ofertant concurent, cu consecința nevoii de a credita fără discernământ și fără mijloace de verificare că aceasta comisie de evaluare a acționat in mod corect si legal;
- contestatorul apreciază că se află în prezența unei exercitări defectuoase a obligației legale a comisiei de evaluare de a pune la dispoziția ofertanților înscrisurile ce fac parte din dosarul achiziției publice, obligație statuată în sarcina autorităților contractante prin prevederile aceluiași articol, de vreme ce: pe de o parte, comisia de evaluare a acceptat că declararea în tot a ofertei declarate câștigătoare, ca fiind confidențială ar putea fi justificată și, pe de alta parte, comisia de evaluare extinde considerabil și în lipsa oricărui suport legal aria înscrisurilor ce pot face obiectul declarației de confidențialitate emise de ofertant;
- de asemenea, apreciază că potrivit prevederilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, limitele declarației de confidențialitate sunt expres stabilite de legiuitor, subliniind că documentele de calificare, inclusiv DUAE pentru toți asociații, nu pot fi declarate confidențiale.

În ceea ce privește oferta declarată câștigătoare a procedurii, contestatorul subliniază că se vede obligat să formuleze prezenta contestație având ca obiect inadmisibilitatea (neconformitatea și inacceptabilitatea) ofertei declarate câștigătoare, considerând că protecția vădită asigurată de autoritate acestui ofertant are cu certitudine un corespondent în lipsa îndeplinirii unor cerințe de calificare și/sau în lipsa satisfacerii cerințelor caietului de sarcini. În susținerea inacceptabilității ofertei declarate câștigătoare, contestatorul invocă prevederile art. 137 alin. (2) lit. b), j) și k) din HG nr. 395/2016.

Cu privire la neconformitatea ofertei declarate câștigătoare, contestatorul invocă prevederile art. 137 alin. (3) lit. a), c), d), f) și g) din HG nr. 395/2016, precum și cele ale art. 134 alin. (6) din același act normativ menționat anterior, întrucât prin răspunsurile la clarificări și-a completat și modificat oferta depusă inițial. De asemenea, consideră că oferta în cauză este neconformă, din perspectiva redactării acesteia cu încălcarea prevederilor imperative ale Secțiunii IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din cadrul fișei de date a achiziției, respectiv a caietului de sarcini cap. 4. *Cerințe pentru propunerea tehnică*".

În ceea ce privește aplicarea criteriului de atribuire, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a aplicat în mod eronat factorii de evaluare stabiliți prin documentația de atribuire, cu referire la componenta tehnică a criteriului de atribuire (pondere 60%) favorizând astfel ofertantul declarat câștigător.

În final, contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 9675/14.03....., contestatorul depune, în original, următoarele recipise:

- recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205310252/1, tranzacția nr. 83....0975/1582072229 din data de 13.03....., emisă de CEC Bank – Unitatea: Sucursala Gara de Nord, în valoare de 219.780,00 lei;
- recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205306590/1, tranzacția nr. 836990523/1581147465 din data de 12.03....., emisă de CEC Bank – Unitatea: Sucursala Gara de Nord, în valoare de 220,00 lei

Conform dispozițiilor art. 611 alin. (5) – (7) din Legea .....01/2016, „(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”.

Prin adresa nr. A21600/18.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 9982/18.03....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația depusă, solicitând Consiliului respingerea acesteia, din considerentele ce vor fi expuse mai jos.

Autoritatea contractantă menționează că a permis accesul asocierii SC ..... SRL – SC ..... SRL – SC ..... SA la raportul procedurii de atribuire și celelalte documente întocmite invitând asocierea la sediul autorității contractante, contrar solicitării de a-i trimite documentele pe fax.

În ceea ce privește documentele de calificare, DUAE, propunerea tehnică și propunerea financiară, menționează că acestea au fost declarate confidențiale pentru toți asociații încă de la depunerea ofertelor, conform declarației de confidențialitate privind oferta depusa de către asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA. Astfel, în scopul respectării prevederilor legale mai sus menționate, autoritatea contractantă arată că a revenit cu adresa nr. A21366 din 07.03..... la asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, pentru a clarifica menținerea caracterului documentelor depuse de aceasta ca și confidențiale și solicită acesteia, încă o dată, justificări în acest sens. Prin adresa înregistrată sub nr. A21382/08.03..... operatorul economic a transmis că documentele de calificare, inclusiv DUAE, propunerea tehnică, propunerea financiară - integral, răspunsurile la solicitările de clarificări, ulterioare datei de deschidere sunt confidențiale,

Cu privire la celelalte critici din cuprinsul contestației, arată că asocierea contestatoare a contestat toate documentele emise de către autoritatea contractantă, de la procesul verbal de deschidere până la raportul procedurii și comunicările transmise operatorului economic

contestat, menționând, că *„ulterior studiului dosarului achiziției publice transmis de autoritatea contractantă Consiliului ne vom preciza Contestația, în sensul renunțării la judecarea acelor capete de cerere care se vor dovedi ca lipsite de suport legal sau /actual*”.

Autoritatea contractantă menționează că după ce va lua la cunoștință despre eventualele capete de cerere care vor rămâne ca obiect al contestației, va proceda la depunerea de concluzii scrise vis-a-vis de interpretările asocierii contestatoare.

Autoritatea contractantă precizează că derularea procedurii de atribuire s-a făcut cu respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice, ambele oferte fiind declarate conforme, asocierea contestatoare având un punctaj mai bun la componenta tehnică din cadrul criteriului de atribuire, prețul mult mai mare față de operatorul economic declarat câștigător ducând la situarea acesteia pe locul 2 în clasament.

Având în vedere documentele depuse de asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv „documente de calificare, oferta financiară, oferta tehnică” precum și faptul că asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL – SC ..... SA a solicitat „studierea documentelor din dosarul de achiziție”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea .....01/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa .....0166/.....-...../19.03....., Consiliul solicită acesteia să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea .....01/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că „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 .....34/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă”.

Ulterior, prin adresa nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub .....0377/....., SC ..... SRL în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, prin lider de asociere, formulează cerere de intervenție voluntară, solicitând admiterea cererii de intervenție; respingerea ca nefondată a contestației depuse; menținerea tuturor rapoartelor și a actelor subsecvente prin care oferta

depusă de prezenta asociere a fost declarată câștigătoare, conform comunicării A21.257/01.03.....

Intervenientul precizează că interesul în menținerea conținutului comunicării ofertei câștigătoare nr. A21257/01.03....., a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente prin care oferta prezentei asocieri a fost declarată câștigătoare este legitim, actual și personal.

Totodată, intervenientul subliniază că oferta sa, respectiv documentele de calificare și DUAE pentru toți asociații, oferta tehnică, oferta financiară (exceptând suma totală ofertată), precum și toate răspunsurile ulterioare depunerii ofertei sunt confidențiale.

De asemenea, consideră că asocierea contestatoare solicită în mod abuziv accesul la oferta asocierii declarate câștigătoare, *„în vederea verificării directe a corectitudinii și legalității evaluării ofertei concurente [...]”*, în condițiile în care aceasta nu are nicio atribuție în acest sens, întreaga responsabilitate privind verificarea corectitudinii și a legalității ofertelor depuse în cadrul acestei proceduri revenind comisiei de evaluare.

În sensul prevederilor art. 19 din Legea .....01/2016, intervenientul apreciază că documentele marcate sau indicate ca fiind confidențiale nu pot face obiectul studiului de dosar, fără acordul părții care le-a declarat.

Totodată, intervenientul invocă și prevederile art. 10 din Legea .....01/2016, potrivit căruia: „Contestația se formulează în scris și trebuie să conțină următoarele elemente: (...) f) motivarea în fapt și în drept a contestației; g) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil”, astfel că, orice noi probe care vor fi aduse ulterior depunerii cererii se consideră inadmisibile, potrivit art. 31 din Legea .....01/2016.

În ceea ce privește afirmația asocierii contestatoare potrivit căreia, oferta declarată câștigătoare a procedurii este neconformă, intervenientul precizează că oferta sa respectă toate prevederile caietului de sarcini, fiind astfel completă și conformă.

Cu privire la critica contestatorului referitoare la prețul ofertat, intervenientul subliniază că acesta este în parametri și poate fi justificat conform ofertei financiare. De asemenea, arată că între elementele propunerii financiare și cele ale ofertei tehnice există o corelare, făcând astfel din oferta depusă un produs competitiv, care întrunește toate cerințele impuse, la cel mai avantajos preț de pe piață. Mai mult, subliniază că nu a existat o modificare a ofertei inițiale, ci doar s-a răspuns la solicitările de clarificări emise de către autoritatea contractantă, în baza art. 196 din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește solicitarea Consiliului privind justificarea confidențialității ofertei depuse, intervenientul precizează că, confidențialitatea ofertei tehnice, și implicit a celei financiare se justifică și în raport de Legea nr. 8/1996 a dreptului de autor. Toate informațiile

cuprinse în propunerea tehnică și financiară, precum și în răspunsurile la clarificările ulterioare reprezintă concepția proprie a Asocierii, fiind secrete profesionale care, odată puse la dispoziția competitorilor, pot aduce prejudicii majore în ceea ce privește accesul și ofertarea serviciilor pe piața din România.

De asemenea, în virtutea art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, precizează că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate în documentele de calificare, DUAE propunerea tehnică și propunerea financiară sunt confidențiale din următoarele considerente:

- modul de întocmire a ofertei are la bază o metodologie de ofertare care a fost dezvoltată la nivelul companiei și în acest context, punerea acestui „*template*" la dispoziția altor operatori economici este de natură a prejudicia interesele legitime decurgând din probabilitatea/ posibilitatea copierii acestui model de ofertare și utilizarea acestuia în cadrul altor proceduri de atribuire, eventual chiar în concurență cu intervenientul;
- la nivelul ofertei se regăsesc materializate mai multe acorduri comerciale având ca obiect servicii și produse necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului care conțin prețuri și metodologii care intră sub incidența sferei de secret comercial;
- oferta, în totalitatea ei, reprezintă proprietatea intelectuală a prezentei asocieri, datele furnizate în cadrul acelor documente reprezintă expresia directă a know-how-ului companiei privind structurarea ofertei dar și a costurilor aferente, acestea reflectând în mod direct capacitatea de a negocia anumite aspecte ce țin de execuția contractului în beneficiul autorității contractante;
- în cadrul documentelor de calificare și DUAE se regăsesc informații privind documente interne ale societății, date personale ale personalului implicat și ale administratorilor, respective reprezentanților legali ai asociaților, toți cetățeni străini,
- în propunerea financiară sunt prețurile cu care asocierea participă la multe licitații în domeniu, acesta fiind secret comercial.
- în cadrul propunerii tehnice se regăsesc soluțiile tehnice folosite de asociere și care reprezintă concepția proprie a asocierii pentru acest proiect si această licitație;
- în cadrul documentelor de calificare constituie secret comercial: datele personale ale reprezentaților societăților, bilanțurile societăților prin prisma protejării capitalului, informațiilor referitoare la active, pasive, capital, rulaje, datorii;
- contractele de experiența similară - constituie secret comercial contractele societății și ale partenerilor încheiate cu alți beneficiari; personalul folosit în lucrare;
- propunerea tehnică este confidențială în integralitatea acesteia sub aspectul: proceduri de integrare, specificații tehnice, etc. divulgarea informațiilor din cadrul propunerii tehnice dezavuează modalitatea în

care societatea își întocmește propunerile tehnice, compatibilități între echipamente, procedeele de integrare, etc.;
- informațiile privind modalitatea de constituire a prețului din cadrul propunerii financiare constituie secret comercial, invocând în acest sens prevederile Legii .....1/1991.
Prin adresele .....0652/.....-...../21.03..... și .....0650/.....-...../21.03....., Consiliul pune în discuția părților cererea de intervenție mai sus menționată.
Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul îi comunică acestuia, prin adresa .....0660/.....-...../21.03....., termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; contestatorul s-a prezentat la sediul CNSC în data de 22.03.....

Prin adresa .....8-09-27 EDMAPN_Pr_010A, înregistrată la CNSC sub .....1116/26.03....., contestatorul depune concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului, prin intermediul cărora, procedează la detalierea criticilor formulate prin contestație.

Contestatorul consideră că oferta asocierii declarate câștigătoare este inadmisibilă, din următoarele considerente:

I. Neconformitatea ofertei concurente.

Cu privire la nerespectarea cerințelor caietului de sarcini, contestatorul precizează că, prin Secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă a menționat: „*Propunerea tehnică va fi întocmită în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini/specificația tehnică, acestea fiind considerate minime si obligatorii. În situația nerespectării acestor cerințe și condiții este considerată neconformă*". De asemenea, prin caietul de sarcini se impune: „*3.2. Ofertele prezentate de depunători, din partea fiecărui participant, vor respecta datele din Caietul de sarcini și modelele de formulare*".

Astfel, din cele de mai sus, rezultă că cerințele specifice formulate prin caietul de sarcini urmau a fi imperativ îndeplinite de către ofertanți, prin propunerea lor tehnică, sub sancțiunea specificată expres de către autoritate a neconformității ofertei care prin Propunerea sa tehnică ar deroga de la cerințele caietului de sarcini. Prin prevederile punctului 2.5 din caietul de sarcini autoritatea contractantă a stabilit anumite „*Cerințe privind pregătirea de specialitate, necesară personalului la calificarea ofertanților pentru elaborarea documentației tehnico-economice: [...] specialist autorizat care să dețină în conformitate cu Ordinul 87/2010 al M.A.I. privind Metodologia de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor: autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, autorizație pentru*

proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural- organizat".

Or, în ceea ce privește oferta declarată câștigătoare, astfel cum rezultă din solicitarea de clarificare nr. $A_2$6.112/16.11.2018, din răspunsul înregistrat la autoritate sub nr. $A_2$6.309/27.11.2018, precum și din procesele verbale de evaluare, acest ofertant a prezentat un expert care nu îndeplinea cerințele de autorizare prevăzute expres prin caietul de sarcini, cu valoare juridică obligatorie, în raport de prevederile mai sus iterate. În încercarea de a acoperi aceasta neconformitate a ofertei, asocierea declarată câștigătoare a pretins că expertul inițial nominalizat, ar fi devenit indisponibil pe parcursul procedurii, ca urmare a unui caz de forță majoră și a procedat la înlocuirea lui cu un alt expert.

Însă, asocierea contestatoare apreciază că o astfel de manieră de îndeplinire a cerinței caietului de sarcini, imperativ stabilită în sarcina ofertanților, este ilegală, date fiind următoarele aspecte:

- pe de o parte, asocierea declarată câștigătoare nu a făcut inițial dovada disponibilității acestui expert, dat fiind că din oferta sa lipsește declarația de disponibilitate a expertului inițial nominalizat;
- pe de alta parte, asocierea declarată câștigătoare nu a făcut dovada intervenției unui caz de forță majoră care să justifice în vreun fel înlocuirea expertului pe parcursul procedurii.

Rezultă astfel că autoritatea a permis asocierii declarate câștigătoare să înlocuiască, pe parcursul procedurii de achiziție, un expert pentru care aceasta nu a făcut nici inițial, la data depunerii ofertei, dovada disponibilității, prin depunerea unei declarații de disponibilitate. Așadar, dincolo de înlocuirea sau nu a expertului inițial, asocierea contestatoare consideră că oferta asocierii declarate câștigătoare este neconformă întrucât nu a făcut dovada, la data depunerii ofertelor, a disponibilității acestui expert, nedepunând o declarație de disponibilitate.

De asemenea, susține că și în situația în care această declarație ar exista, expertul inițial propus nu are certificările profesionale impuse de autoritate prin caietul de sarcini, astfel cum rezultă chiar din procesele verbale de evaluare. Or, de vreme ce însăși autoritatea a stabilit că nerespectarea cerințelor caietului de sarcini atrage după sine neconformitatea ofertei, rezultă cu claritate că o oferta care cuprinde un expert a cărui disponibilitate nu este probată și care nu deține certificările legale necesare, constituie o ofertă vădit neconformă, conform prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, precum și ale art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, în scopul corectării tardive, pe parcursul procedurii, a acestei neconformități a ofertei, asocierea contestatoare arată că autoritatea contractantă a permis asocierii declarate câștigătoare ca prin răspunsul său la solicitarea de clarificări având acest obiect, să-și modifice propunerea tehnică, prin înlocuirea acestui expert, pe parcursul

procedurii, cu un alt expert, împrejurare care atrage după sine, în mod necesar, inacceptabilitatea ofertei.

Asocierea contestatoare menționează că expertul inițial a fost propus și de către ofertantul SC .... SRL, care, în urma solicitării de clarificare transmisa tuturor ofertanților, a depus atestările acestui expert, mai puțin autorizarea conform Ordinului 87/2010 al MAI, pe care acest expert nu o deține. De asemenea, arată că pe lângă certificatele de competență profesională pe acele domenii solicitate de autoritate prin caietul de sarcini, ofertantul SC .... SRL a depus și atestările firmei la care expertul inițial este asociat (atestări conform Ordinului nr. 87/2010 al M.A.I.). Așadar, depunând mai mult decât a depus ofertantul declarat câștigător al procedurii, oferta SC .... SRL a fost respinsă, comisia întemeindu-se pe împrejurarea că respectiva societate în cadrul căreia expertul nominalizat are calitatea de asociat nu a fost nominalizată ca subcontractant. Or, acest ofertant a depus și înscrisurile referitoare la respectiva societate întrucât numai prin acea societate și certificările acelei societăți cerința era în tot îndeplinită, satisfăcută fiind și cerința autorizării conform Ordinului nr. 87/2010 al M.A.I.

Referitor la cerința privind „*inginerul topograf, autorizat A.A.C.R*.”, asocierea contestatoare arată că prin oferta inițial depusă, asocierea declarată câștigătoare a nominalizat 2 experți. Îndeplinirea cerinței implică faptul ca inginerul topograf să fie angajatul unei societăți comerciale atestată AACR, având în vedere că potrivit prevederilor legale incidente autorizarea AACR este acordată numai societăților comerciale. De altfel, chiar autoritatea contractantă a făcut această precizare prin răspunsul nr. $A_2$488/17.09.2018 la solicitările de clarificare formulate de ofertanți în faza anterioară depunerii ofertelor. Însă, în privința unuia dintre experți, asocierea câștigătoare a procedurii nu a făcut dovada calității acestuia de angajat al unei societăți comerciale autorizate AACR, cu consecința că în privința acestui expert cerința este neîndeplinită. Lipsa îndeplinirii acestei cerințe în privința acestui expert rezultă și din faptul că pentru acesta nu au fost depuse în cadrul ofertei inițiale niciun fel de documente specifice, cum ar fi CV, autorizate ANCPI, diplomă de licență sau declarație de disponibilitate.

În ceea ce privește celălalt expert, ofertantul a depus: CV; Certificat de autorizare categoria D seria RO-B-F numărul 1646 din 24.03.2014 emis ANCPI; Diploma de Licență; Diploma de Master; Certificat emis de AACR cod AAS numărul 08/2018 pentru SC .... SA. Însă, cerința nu este îndeplinită nici în cazul acestui expert, de vreme ce: nu a fost prezentată declarația de disponibilitate pentru acest expert; angajatorul acestui expert, SC .... SA, nu a fost nominalizat ca subcontractant în cadrul acestei oferte. Asocierea contestatoare solicită Consiliul să constate că declarația de disponibilitate transmisă ulterior de acest ofertant are precizată ca dată a completării, data de 20.11.2018, în condițiile în care oferta s-a depus până la data de 27.09.2018. Or, a

permite acestui ofertant să continue căutarea experților și după data limita de depunere valorează aplicarea unui tratament inegal, în condițiile în care ceilalți ofertanți, au făcut eforturi susținute pentru a obține garanția disponibilității experților la data depunerii ofertei.

Din nou, și în această chestiune a expertului topograf autorizat AACR autoritatea face dovada aplicării unui tratament inegal ofertanților, cu vădită și nepermisă favorizare a asocierii declarate câștigătoare a procedurii. Astfel, autoritatea consideră ca fiind îndeplinită cerința prin prezentarea expertului, în considerarea calități acesteia de angajat al SC .... SA, deși această societate nu a fost declarat subcontractor al asocierii.

Însă, conform raportului procedurii nr. A21.256/01.03..... autoritatea contractantă a respins oferta depusă de asocierea condusă de SC Tecnic Consulting Engineering România SA ca fiind inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 întrucât asocierea a nominalizat un expert, pentru care s-au prezentat autorizări emise în numele SC Multisistem Htec SRL, iar această societate nu a fost declarată ca subcontractor al Asocierii conduse de SC Tecnic Consulting Engineering România SA.

Asocierea declarată câștigătoare consideră ca fiind corectă și legală opinia comisiei de evaluare privind obligativitatea nominalizării ca subcontractant al ofertantului a companiei angajatoare a expertului, singura entitate care ar putea fi legalmente autorizata AACR, însă apreciază ca vădit și flagrant ilegală profesarea dublei măsuri și astfel a tratamentului inegal prin acceptarea de către comisie a ofertei neconforme a asocierii declarate câștigătoare, deși se află în aceeași situație ca oferta Asocierii conduse de SC Tecnic Consulting Engineering România SA, respectiv lipsa declarării ca subcontractant a entității angajatoare a expertului.

Cu privire la autorizarea AACR.

Asocierea contestatoare arată că potrivit legii, serviciile de proiectare aferente unui heliport se pot presta doar de societăți comerciale care dețin autorizația emisă de Autoritatea Aeronautica Civila Română. Arată că deține certificarea cod AAP, care conferă dreptul legal să proiecteze astfel de construcții speciale. Subcontractantul SC .... SA deține certificarea AAS, împrejurare care permite asocierii să realizeze integral obiectul contractului de atribuit. Însă, asocierea declarată câștigătoare nu a declarat niciun subcontractant care să aibă aceste autorizări și certificări, iar din consultarea listei operatorilor economici autorizați s-a constatat că niciunul dintre membrii acestei asocieri nu are aceste certificări. În opinia contestatorului, rezultă cu incontestabilă claritate că aceasta asociere nu are capacitatea legală de a proiecta un heliport și astfel de a executa o parte importantă a contractului de achiziție publică.

Cu privire la justificarea prețului ofertat, contestatorul invocă prevederile art. 136 și art. 137 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/ 2016, arătând că asocierea declarată câștigătoare a procedurii nu a procedat la justificarea prețului neobișnuit de scăzut ofertat decât prin explicații cu caracter general, neînsoțite de niciun fel de înscrisuri doveditoare sau explicații plauzibile, respectiv:

- costurile cu regia au fost în mod global descrise, fără nici o justificare/ calculare a lor, deși suma este de 2.599.255,10 lei, reprezentând 30,18% din prețul ofertat; o componenta de 30,18% din prețul ofertat nu poate fi tratată ca fiind accesorie sau secundară, reprezentând o treime din ceea ce autoritatea va plăti în temeiul contractului de achiziție publică; pentru această componentă asocierea declarată câștigătoare nu a prezentat nicio justificare de cost, nicio detaliere pe tipuri de cheltuieli, etc.;
- numărul de zile alocate de asocierea declarată câștigătoare pentru personalul implicat este semnificativ subdimensionat în raport de complexitatea investiției; în susținere arată că oferta asocierii contestatoare include un număr de 8.440 de zile lucrătoare aferente experților implicați, în timp ce oferta asocierii câștigătoare cuprinde doar 1.518 zile; beneficiarul acordă un termen de 180 de zile pentru realizarea SPF și 240 de zile pentru realizarea SF; conform ofertei asocierii câștigătoare, raportate la durata de execuție estimată chiar de către autoritate, un manager de proiect va lucra cel mai mult 8,33 zile/lună, la SPF și 9,375 zile/lună, la SF. Concluzionând, asocierea câștigătoare și-a diminuat artificial oferta financiară, declarând un număr de zile aferent experților radical diminuat, cu unicul scop de a oferta un preț excesiv de scăzut, care permite câștigarea procedurii, dar nu permite executarea viitoare a contractului, în condiții de legalitate, profesionalism și responsabilitate;
- pentru echipele de proiectare structuri, proiectare instalații interioare, proiectare rețele exterioare și tehnicieni, asocierea declarată câștigătoare a ofertat un nivelul de salarizare diferit în funcție de faza de proiectare pentru aceeași categorie de personal. Diferențele constatate nu pot fi justificate, în nicio maniera de interpretare, prin complexitatea sau lipsa de complexitate a activității acestor experți în respectivele faze de proiectare diferite, atât timp cât diferențele sunt de 1 la 8. Astfel, costul unitar pe zi al acestor experți variază după cum urmează: proiectare structuri: 900 lei/zi pentru SPF, 3.600 lei/zi pentru SF; proiectare instalații interioare: 900 lei/zi pentru SPF, 7.200 lei/zi pentru SF; proiectare rețele exterioare: 900 lei/zi pentru SPF, 5.400 lei/zi pentru SF; tehnicieni: 1.200 lei/zi pentru SPF, 9.600 lei/zi pentru SF; astfel, rezultă că ofertantul nu a declarat nivelul real de salarizare și

utilizând acest artificiu, nu a prezentat anumite categorii de cost sau de profit;

- răspunsul asocierii declarate câștigătoare a procedurii, la solicitarea de clarificări privind justificarea prețului neobișnuit de scăzut, este vădit neconcludent, cu consecința incidenței prevederilor art. 136 alin. (3) și cele ale art. 137 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/2016, în sensul constatării neconformității acestei oferte, în condițiile în care este prezentată doar o justificare a nivelului de salarizare, fără dovezi și documente privind *„prețurile obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, [...] performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru*”.

Cu privire la modul de depunere a Ofertei Financiare

Contestatorul apreciază că asocierea declarată câștigătoare a procedurii a încălcat prevederile cap. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, din anunțul de participare, întrucât aceasta a prezentat doar formularul de ofertă și centralizatorul de prețuri, fără documente de fundamentare a valorii ofertate.

Cu privire la modul de depunere a ofertei tehnice, față de prevederile menționate în documentația de atribuire cu privire la oferta tehnică, asocierea contestatoare apreciază că asocierea declarată câștigătoare și-a constituit oferta tehnică în *„maniera copy-paste de redactare*” și nu o analiză dedicată.

În ceea ce privește inacceptabilitatea ofertei declarate câștigătoare.

Cu privire la modificarea propunerii tehnice, asocierea contestatoare precizează următoarele:

- comisia de evaluare a permis ofertantului ca prin răspunsul sau la solicitarea de clarificare având ca obiect lipsa îndeplinirii cerințelor de la punctul 2.5 din caietul de sarcini privind *„specialist autorizat care să dețină în conformitate cu Ordinul 87/2010 al M.A.I.[..] autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat*”, să-și modifice propunerea tehnică, prin înlocuirea pe parcursul procedurii a expertului inițial ofertat, cu un alt expert, care de această dată depune și Declarație de disponibilitate și îndeplinește și cerințele specifice ale caietului de sarcini privind certificările profesionale prevăzute de legislația incidentă. Asocierea contestatoare arată că pe parcursul evaluării ofertelor sunt incidente prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, cu consecința sancționării modificării ofertei prin înlocuirea unui expert prin neconformitatea ofertei, cu toate consecințele sale

legale, statuate de legiuitor prin prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Cu privire la înlocuirea expertului inginer instalații - specialitatea sanitare, atestat M.C.C, asocierea contestatoare arată că prin punctul 2.5 din caietul de sarcini s-a solicitat prezentarea dovezilor privind disponibilitatea și calificarea profesională a unui inginer instalații sanitare. Asocierea declarată câștigătoare a procedurii a nominalizat inițial pentru aceasta poziție un anumit expert, pentru ca ulterior, prin răspunsul la solicitarea de clarificări atribuțiile acestui expert să fie preluate de un alt expert, care fusese deja nominalizat ca Inginer instalații termice și ventilații atestat MCC. Așadar, rezultă că a fost modificată oferta tehnică, pe parcursul procedurii, încălcând flagrant prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește inacceptabilitatea ofertei din perspectiva *„respectării reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecție a muncii*”, asocierea contestatoare invocă prevederile art. 137 alin. (2) lit. d) din HG nr. 395/2016, precum și cele ale art. 51 din legea nr. 98/2016, subliniind faptul că în oferta depusă de asocierea câștigătoare nu se află precizate aspectele menționate în documentația de atribuire cu privire la cerințele privind sănătatea și securitatea în muncă.

În ceea ce privește inacceptabilitatea ofertei din perspectiva neîndeplinirii cerințelor privind experiența similară, asocierea contestatoare arată că din înscrisurile depuse de către asocierea declarată câștigătoare nu reies beneficiarii, nu reies asociații din cadrul asocierilor din care a făcut parte asociatul care aduce experiența similară, nu reies în mod clar activitățile pe care acest asociat le-a realizat în cadrul respectivelor contracte. Contractele nu sunt depuse decât în extras, din care nu rezultă partea din contract executată, sub aspect valoric și al activităților specifice. Astfel, nu se înțelege dacă operatorul economic a realizat în cadrul acelor contracte management de proiect și activități parțiale de arhitectură, și nu se înțelege corelarea acestor activități, pretins a fi executate, cu faptul că în certificatul constatator al asociatului francez sunt precizate numai activitățile de arhitectură.

Cu privire la resursele umane și materiale, asocierea contestatoare arată că în propunerea tehnică a asocierii declarate câștigătoare nu se regăsesc niciun fel de referiri la resursele materiale corespunzătoare fiecărei activități a contractului.

Cu privire la atribuțiile membrilor echipei de proiect ofertantul a prezentat o matrice a responsabilităților, indicând responsabilitățile fiecărui membru al echipei, însă cerința caietului de sarcini este mult mai vastă, impunând ca ofertanții, pentru punctaj maxim, să indice în cuprinsul ofertelor lor: *„Sunt indicate Responsabilitățile în execuția contractului, interacțiunea între membrii echipei, inclusiv cele referitoare*

la managementul contractului, activitățile suport (...)". În pofida faptului că ofertantul a depus doar o Matrice a responsabilităților, fără a indica nimic în ceea ce privește interacțiunea în cadrul echipei și managementul echipei de proiect, proceduri interne, etc. comisia de evaluare, i-a acordat punctaj maxim. Față de acest aspect, asocierea contestatoare apreciază ca fiind ilegală acordarea punctajului maxim la acest factor de evaluare, în condițiile în care acordarea acestuia implica, potrivit chiar prevederilor caietului de sarcini, o detaliere mult mai amplă și mai competentă a modului de lucru al acestei echipe de proiect.

Asocierea contestatoare arată că în propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, nu se regăsește identificarea punctelor de reper, încadrarea lor în timp și nici metodologia reflectării acestora în raportări însă ofertantului i s-a acordat punctaj maxim. Totodată, asocierea contestatoare arată că autoritatea contractantă i-a acordat punctaj maxim.

Totodată, arată că se acorda punctaj maxim acestei oferte în condițiile în care din propunerea tehnică lipsește cu desăvârșire identificarea resurselor aferente desfășurării activităților, deși în deși în cadrul factorului de evaluare autoritatea a solicitat: *„Numărul de zile de muncă distribuit pe categoriile de experți este corelat cu activitățile prevăzute a fi realizate în lunile respective și resursele identificate pentru desfășurarea acestora*". De asemenea, ofertantul nu indică în oferta sa ce anume resurse implică executarea contractului și, în consecință, nu face nici vreo corelare între resurse și activități.

Prin adresa .....8-19-27 ...._Pr_Spital//011A, înregistrată la CNSC sub .....1361/27.03....., asocierea contestatoare depune înscrisul intitulat „Întâmpinare", față de cererea de intervenție formulată de către asocierea declarată câștigătoare a procedurii, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca nefondată.

În temeiul art. 20 alin. (1) – (3) din Legea .....01/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa .....1679/.....-...../28.03....., Consiliul solicită contestatorului să transmită dovada comunicării concluziilor scrise depuse ulterior studierii dosarului cauzei, către părți, respectiv autoritatea contractantă și intervenient; acesta răspunde prin adresa înregistrată la CNSC sub .....1917/29.03.....

Prin adresa nr. A22000/01.04....., înregistrată la CNSC sub .....2149/01.04....., autoritatea contractantă transmite un punct de vedere față de concluziile scrise formulate de către contestator, precizând totodată faptul că nu sunt necesare măsuri de remediere.

Cu privire la nerespectarea cerinței din caietul de sarcini referitoare la specialist autorizat în conformitate cu Ordinul nr. 87/2010 al M.A.I, autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

- odată cu depunerea documentelor de calificare asocierea SC .... SRL - ..... - SC ..... SA a prezentat un specialist autorizat pentru stingerea incendiilor - Absolvent UTCB-Facultatea de Instalații;
- în perioada evaluării ofertelor, asocierea a adus la cunoștința comisiei de evaluare faptul că *„expertul inițial a anunțat Asocierea, după data depunerii ofertei, cu privire la apariția unei situații neprevăzute care conduce la indisponibilitatea sa pentru poziția propusă în cadrul derulării contractului pentru care s-a organizat prezenta procedură, intervenția acestei cauze determinând imposibilitatea continuării colaborării cu Asocierea*", din acest motiv, asocierea a solicitat acceptul pentru înlocuirea acestuia în poziția propusă de specialist nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor cu un alt expert pentru aceeași poziție de specialist nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor;
- înlocuirea expertului inițial este un caz de forță majoră, susține autoritatea contractantă, justificat de următoarele susțineri: expertul inițial nu a depus declarație de disponibilitate la data depunerii ofertei asocierii; expertul inițial nu face parte din categoria de experți nominalizați a căror experiență contează pentru aplicarea criteriilor de evaluare; înlocuirea expertului inițial nu modifică sub nici un aspect oferta asocierii; în documentația de atribuire nu a fost inclusă nici o cerință (care, de altfel, susține autoritatea contractantă, ar fi fost restrictivă) în sensul în care persoanele expres nominalizate nu pot fi înlocuite; la nivelul jurisprudențial s-a stabilit că cerințele privind personalul propus nu pot fi interpretate în sensul că nu permit modificarea sau înlocuirea persoanelor propuse, iar în legislația specifică în vigoare nu există prevedere care să se opună înlocuirii oricărei persoane nominalizate pentru pozițiile tehnice din cadrul ofertei (prin aplicarea principiului proporționalității - așa cum este prevăzut de art. 2 alin (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 - precum și a regulilor de interpretare a textelor legislative rezulta faptul că, atât timp cât legea prevede posibilitatea înlocuirii unui subcontractor / terț susținător, cu atât mai mult, permite și înlocuirea unui membru al echipei tehnice propuse);
- în contextul în care practica permite flexibilitatea comisiei de evaluare pentru situații asemănătoare celei în care se află asocierea și, în spiritul aceleași abordări flexibile, însăși legislația aplicabilă în domeniu prevede posibilitatea de a înlocui experții propuși pe parcursul executării contractului, în condițiile în care înlocuirea ar asigura cel puțin îndeplinirea cerințelor de calificare prevăzute de art. 162 din HG nr. 395/2016.

Astfel, în urma verificării răspunsului asocierii declarată câștigătoare a procedurii, comisia de evaluare a decis că acesta corespunde cerințelor din documentația de atribuire declarând oferta ca fiind conformă.

Cu privire la nerespectarea cerinței din caietul de sarcini referitoare la *„inginerul topograf, autorizat AACR”* - pct. L2 și pct. 1.3, autoritatea contractantă precizează următoarele:
- prin adresa $A_2$4799/07.09.2018 a fost înaintată de către un operator economic o solicitare de clarificare conform căreia se preciza confirmarea faptului că certificatul de autorizare AACR este solicitat pentru operatorul economic, întrucât atestatul se acordă persoanelor juridice, nu persoanelor fizice;
- prin adresa nr. $A_2$4895/17.09.2018, autoritatea contractanta a răspuns la solicitarea de clarificări, în SEAP, precizând că *„certificatul de autorizare AACR este solicitat pentru operatorul economic și nu pentru persoana fizică”*, rezultând astfel că personalul de specialitate - expertul cheie *„inginerul topograf”* nu mai necesită să fie autorizat AACR. În lipsa prevederii cerinței din fișa de date a achiziției (art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016), autoritatea contractantă a renunțat, la acel moment, la prezentarea autorizației AACR de către operatorul economic, mergând pe raționamentul că în conformitate cu prevederile art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, contractantul are dreptul să implice noi subcontractanți pe durata executării contractului;
- odată cu depunerea documentelor de calificare asocierea SC .... SRL - ..... - SC ..... SA a prezentat un inginer topograf conform Anexei 4 - Componenta echipei și durata de implicare în proiect și Anexei 5 - CV-urile și documentele personalului cheie, iar domnul la care face referire contestatorul nu face parte din componența personalului de specialitate desemnat de către asociere, motiv pentru care aceasta nu a prezentat niciun document în acest sens;
- autoritatea contractantă a specificat în cadrul procesului verbal de evaluare tehnică despre depunerea certificatului de autorizare AACR de către SC .... SA cu titlu pur informativ, neluând nicio decizie de calificare/descalificare a niciunui operator economic din acest punct de vedere, raționamentul mai sus expus fiind aplicat pentru toți participanții la procedura de atribuire;
- asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL - SC .....O SA a prezentat în cadrul ofertei pe SC .... SA ca subcontractant iar în cadrul propunerii tehnice pentru cerința referitoare la personalul de specialitate un anumit inginer topograf. În lipsa cerinței referitoare la prezentarea autorizației AACR de către operatorul economic, asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL - SC .....O SA a prezentat această autorizație fără o solicitare în mod expres. Conform raționamentului asocierii în cauză, menținerea solicitării autorizației numai prin prisma caietului de sarcini conduce la manifestarea riscului existenței unei clauze nescrise;
- în urma evaluării propunerii tehnice autoritatea contractantă a constatat că pentru expertul inițial propus nu era depusă declarația de disponibilitate, motiv pentru care, în baza art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 s-a solicitat depunerea acesteia printr-o solicitare de

clarificare; în termenul legal stabilit de autoritatea contractantă, asocierea SC ....SRL - ..... - SC ..... SA a transmis declarația de disponibilitate;
- modalitatea de solicitare de clarificări de către autoritatea contractantă a fost în egală măsură folosită pentru toți operatorii economici, inclusiv pentru asocierea contestatoare, unde prin solicitarea de clarificare i s-a cerut depunerea de documente prin care să se dovedească, pentru personalul de specialitate, pregătirea de specialitate, experiența similară sau completarea propunerii tehnice cu a) metodologia pentru realizarea serviciilor; b) planul de lucru pentru realizarea serviciilor; c) personalul utilizat pentru realizarea serviciilor și organizarea acestuia.

Cu privire la justificarea prețului ofertat - pct.1.4:
- în conformitate cu prevederile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu prevederile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 autoritatea contractantă a solicitat asocierii SC ....SRL - ..... - SC ..... SA justificarea prețului din cadrul propunerii financiare, aparent neobișnuit de scăzută;
- în termenul legal, asocierea a răspuns solicitării, detaliind modul de formare a prețului contractului prin prisma fundamentării economice a acestuia raportat la modul de organizare, nivelul de salarizare al personalului, costurile de producție a livrabilelor, costuri cu studii, costuri cu taxe și avize;
- prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asocierea declarată câștigătoare a tratat fiecare referință prevăzută la art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;
- în opinia comisiei de evaluare, răspunsul a fost considerat concludent, drept urmare propunerea financiară a fost declarată admisibilă conform art. 137 alin. (4) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare;
- având în vedere faptul că activitățile sunt diferite, studiu de prefezabilitate versus studiu de fezabilitate, în opinia comisiei de evaluare, nivelul de salarizare pentru aceeași persoană poate fi diferit;
- în ceea ce privește afirmația asocierii contestatoare conform căreia *„numărul de zile alocate de asocierea declarată câștigătoare pentru personalul implicat este vădit și semnificativ subdimensionat*" autoritatea contractantă precizează că în conformitate cu prevederile caietului de sarcini operatorul economic a avut obligația ca în cadrul propunerii tehnice să indice momentul când personalul de specialitate - experții cheie, intervin în implementarea viitorului contract. Astfel, asocierea declarată câștigătoare a detaliat momentul, pe luni, când personalul de specialitate - experții cheie intervin în implementarea viitorului contract în timp ce asocierea contestatoare a considerat că tot personalul de specialitate, toți experții cheie, de la manager de proiect la șofer, participă la implementarea contractului din prima zi și până la ultima zi din termenul de realizare a SPF sau SF, aspect care a condus la

creșterea numărului de zile/om, a cheltuielilor de personal și implicit a prețului contractului.

Cu privire la modul de depunere a ofertei financiare, autoritatea contractantă precizează că asocierea declarată câștigătoare a respectat prevederile Secțiunii IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare, potrivit cărora: *„Conform art. 60 din HG nr. 395/2016 alin. (2) și (3) valoarea totală a propunerii financiare se criptează în SICAP. Toate documentele de fundamentare a valorii prevăzute la alin. (2) se depun prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secțiune dedicată a portalului SICAP, iar conținutul acestora este vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare*".

Ulterior, prin adresa nr. $A_2$4901/17.09.2018, autoritatea contractantă precizează că propunerea financiară va fi susținută cu documentele solicitate la art. 3.1.; 3.2.; 3.4. și 3.5. din caietul de sarcini acestea fiind completate și întocmite conform formularisticii transmise și a normelor în vigoare. Asocierea declarată câștigătoare a respectat solicitările conform prevederilor Secțiunii IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din fișa de date a achiziției. De asemenea, prin răspunsul la solicitarea de clarificare, aceasta a prezentat justificările pentru susținerea prețului contractului.

Autoritatea contractantă apreciază că documentele depuse de asocierea SC ....SRL - ..... – SC ..... SA privind propunerea financiară și justificarea prețului contractului au fost concludente.

Cu privire la modul de depunere a ofertei tehnice, autoritatea contractantă consideră că aceasta corespunde cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini, declarând-o conformă.

În ceea ce privește modificarea propunerii tehnice referitoare la înlocuirea specialistului autorizat în conformitate cu prevederile Ordinului nr. 87/2010, referitor la înlocuirea expertului inginer instalații – specialitate sanitare, atestat MCC, autoritatea contractantă consideră criticile asocierii contestatoare ca fiind neîntemeiate din următoarele considerente:

a) specialiștii nominalizați ca persoane fizice nu fac parte din categoria experților a căror experiența contează pentru aplicarea criteriului de evaluare;

b) în documentația de atribuire nu a fost inclusă nicio cerință restrictivă, în sensul în care persoanele expres nominalizate nu pot fi înlocuite;

c) în legislația specifică nu există prevedere care să restricționeze înlocuirea unei persoane nominalizate. Mai mult, pe parcursul executării contractului legislația națională prevede posibilitatea înlocuirii experților propuși în condițiile în care înlocuirea ar asigura cel puțin îndeplinirea cerințelor de calificare.

Cu privire la respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecția muncii, autoritatea

contractantă arată că asocierea declarată câștigătoare își asumă în totalitate îndeplinirea obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini, sau care ar rezulta din natura și tipul de activitate. De asemenea, în cadrul propunerii financiare, asocierea în cauză specifică faptul că în oferta sa financiară au fost incluse toate costurile ce decurg din îndeplinirea obligației de la art. 51 din Legea nr. 98/2016.
Cu privire la experiența similară, autoritatea contractantă precizează că prin adresa nr. A2770/04.02..... a solicitat asocierii să depună documente suport justificative relevante, care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, referitoare la demonstrarea experienței similare pentru obiectivul Construire clădire principală Medipol Koutio - spitalul teritorial (Cht) din noua Caledonie, cum ar fi:

- procese verbale de recepție întocmite în condițiile actelor normative care reglementează recepția serviciilor (procese verbale de recepție la terminarea serviciilor etc.);
- extrase din contract, sau copii ale unor părți relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit;
- recomandări;
- certificate constatatoare sau certificate de bună execuție sau orice tip de certificat sau document de bună execuție.

Asocierea în cauză a răspuns în termen și a depus documentele privind experiența similară, după cum urmează:
- proces verbal de recepție la finalizarea lucrărilor (eliberat de către beneficiar la data de 13.04.2018 - nr. ref 2018-119775MB/VL) aferent contractului Construire clădire principală Medipol Koutio - spitalul teritorial (Cht) din noua Caledonie, document original eliberat de beneficiar — în limba franceză, din care reiese că suma finală aferentă lucrărilor/serviciilor prestate de asociatul ..... a fost de 9.547.348 euro (formată din valoarea lucrărilor/serviciilor inițial contractate în suma de 7.766.315 euro (echivalent cu 36.183.257 lei, la care s-au adăugat lucrări/servicii suplimentar contractate în suma de 1.781.033 euro);
- proces verbal de recepție la finalizarea lucrărilor (eliberat de către beneficiar la 13.04.2018 nr. ref 2018-119775 MB/VL) - traducere autorizată în limba română;
- factura fiscală nr. 444/17.08.2017, având numere de înregistrare de la sediul beneficiarului, cu detalierea tuturor sumelor aferente lucrărilor/ serviciilor prestate, document original în limba franceză;
- factura fiscală finală nr. 444/17.08.2017, având număr de înregistrare de la sediul beneficiarului — traducere autorizată în limba română a primei pagini (dovada înregistrării la beneficiar) și a paginii 10 cuprinzând valoarea aferentă lucrărilor/serviciilor prestate de asociatul .....;
- declarație pe proprie răspundere privind semnificația valorilor din documentele aferente contractului *Construire clădire principala Medipol*

Koutio - spitalul teritorial (Cht) din noua Caledonie în limba franceză și, separat, în limba română.

Față de cele mai sus precizare, comisia de evaluare a considerat că documentele depuse au fost suficiente și concludente pentru demonstrarea experienței similare, care probează îndeplinirea celor asumate prin DUAE, conform art. 137 alin. (4) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, declarând oferta acestuia admisibilă.

Cu privire la aplicarea factorilor de evaluare, autoritatea contractantă consideră că aceasta s-a făcut cu respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice, ambele oferte fiind declarate conforme, asocierea contestatoare având un punctaj mai bun la componenta tehnică din cadrul criteriului de atribuire, prețul mult mai mare față de asocierea declarată câștigătoare ducând la situarea acesteia pe locul 2 în clasament. Referințele privind resursele umane și materiale, metodologia de implementare a contractului, identificarea și încadrarea în timp a punctelor de reper semnificative în execuția contractului și numărul de zile de muncă distribuite pe categorii de experți sunt detaliate în cadrul propunerii tehnice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub .....2526/03.04....., contestatorul formulează răspuns față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă față de concluziile scrise depuse ulterior studierii dosarului cauzei, precizând următoarele aspecte:

Cu privire la înlocuirea specialistului autorizat în conformitate cu Ordinul nr. 87/2010 al M.A.I. și față de afirmațiile autorității contractante, asocierea contestatoare apreciază ca lipsit de relevanță argumentul potrivit căruia: *„expertul nu face parte din categoria experților a căror experiență contează pentru aplicarea criteriilor de evaluare*”, în condițiile în care, în speța de față se face referire la modificarea propunerii tehnice pe parcursul procedurii, pe de o parte, și lipsa îndeplinirii cerințelor de calificare prevăzute de documentația de atribuire, la data depunerii ofertei, pe de altă parte.

Față de cerințele expres prevăzute în caietul de sarcini cu privire la expert, fără legătură și relevanță în ceea ce privește aplicarea criteriilor de evaluare, asocierea declarată câștigătoare a propus prin oferta sa un anumit expert inițial care, pe de o parte, nu îndeplinește cerințele; pe de alta parte, nu a depus o declarație de disponibilitate, astfel cum chiar autoritatea admite prin punctul său de vedere. Rezultă astfel cu incontestabilă claritate că cerința caietului de sarcini, pentru a cărei neîndeplinire autoritatea a stabilit prin secțiunea IV.4.1 din anunț, sancțiunea neconformității ofertei, nu este îndeplinită la data depunerii ofertei, atât sub aspectul autorizărilor, cât și sub aspectul disponibilității expertului.

Totodată, asocierea contestatoare consideră că în mod vădit înlocuirea unui expert, solicitat imperativ de autoritate prin caietul de

sarcini, precizat ca obligatoriu prin documentația de atribuire, constituie o modificare a propunerii tehnice a asocierii declarate câștigătoare. Mai mult, lipsa modificării parametrilor financiari ai ofertei este irelevantă în contextul normei legale incidente, cu referire la prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, în condițiile în care nominalizarea expertului face parte din propunerea tehnică și această parte a ofertei a fost modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări, atunci când asocierea a înlocuit expertul inițial nominalizat, care nu îndeplinea cerințele de calificare și de disponibilitate, cu un nou expert.

În ceea ce privește afirmația potrivit căreia: *„în documentația de atribuire nu a fost inclusă nicio cerință care să împiedice înlocuirea experților pe parcursul procedurii*", asocierea contestatoare consideră că o astfel de cerință nici nu era necesar a fi inclusă în documentația de atribuire, în condițiile în care nominalizarea experților solicitați obligatoriu de autoritate face parte din propunerea tehnică. În consecință, înlocuirea unui expert, pe parcursul procedurii, valorează juridic cu modificarea propunerii tehnice, iar modificarea acesteia pe parcursul procedurii de atribuire este interzisă în mod expres, prin prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, fiind sancționată cu declararea ofertei ca inacceptabilă.

Cu privire la înlocuirea expertului topograf și la neîndeplinirea cerinței de către asocierea câștigătoare, față de afirmațiile autorității contractante cu privire la acest aspect, asocierea contestatoare apreciază că documentația de atribuire, în forma rezultată în urma modificărilor operate de autoritate prin răspunsurile sale la solicitările de clarificări, are caracter obligatoriu pentru ofertanți. Astfel, în considerarea caracterului obligatoriu în privința ofertanților, a răspunsurilor autorităților la solicitările de clarificare, invocă prevederile art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la cerința autorizării AACR, asocierea contestatoare arată că aceasta face parte din documentația de atribuire, însă în forma modificată de autoritate prin răspunsul nr. A24895/17.09.....

În ceea ce privește autorizarea AACR, asocierea contestatoare arată că entitatea care deține autorizarea AACR, cu referire la SC .... SA, nu are nicio calitate în cadrul ofertei asocierii declarate câștigătoare și nu se află în niciun fel de raport juridic cu ofertantul în prezenta procedură.

Mai mult, apreciază că argumentul autorității contractante privind posibilitatea implicării ulterioare, pe parcursul executării contractului, a unor noi subcontractanți este *„siderant*" întrucât afirmă, în fapt, că asocierea câștigătoare va putea îndeplini mai târziu, pe parcursul executării contractului, cerința respectivă, parte a documentației de atribuire, anume la data la care îl va declara pe SC .... SA ca subcontractant.

Cu privire la justificarea prețului ofertat, contestatorul subliniază că își menține criticile formulate în contestație.

Cu privire la modul de depunere a ofertei financiare, contestatorul arată că prin răspunsul său, autoritatea contractantă nu a înțeles critica formulată. De asemenea, arată că își menține criticile formulate.

Cu privire la modul de depunere a ofertei tehnice, asocierea contestatoare arată că își menține în tot aspectele formulate prin pct. I.4 din cadrul concluziilor scrise.

Cu privire la inacceptabilitatea ofertei declarate câștigătoare, asocierea contestatoare reiterează aspectele menționate cu privire la experți, aceștia fiind solicitați cu titlu de cerință obligatorie.

Cu privire la aplicarea factorilor de evaluare asocierea contestatoare arată că autoritatea contractantă nu a răspuns criticilor sale, motiv pentru care își menține în tot cele precizate prin pct. III din concluziile scrise.

Cu privire la autorizarea AACR, prin punctul I.3. din concluziile depuse s-a arătat că potrivit legii, serviciile de proiectare aferente unui heliport se pot presta doar de societăți comerciale care dețin autorizația emisa de Autoritatea Aeronautica Civila Romana (AAP și AAS). Contestatorul subliniază că autoritatea contractantă nu răspunde acestei critici, deși constituie un aspect esențial al contractului de atribuit, de vreme ce din obiectul acestuia face parte și proiectarea unui heliport, iar asocierea câștigătoare nu a făcut proba capacității sale legale în aceasta privință.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub .....2298/02.04....., intervenientul solicită accesul la dosarul cauzei. Prin adresa .....2335/.....-...../02.04..... Consiliul îi comunică acestuia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 03.04.....

Ulterior, prin adresa nr. 247/04.04....., înregistrată la CNSC sub .....2717/04.04....., intervenientul depune înscrisul intitulat „completare după studiu dosar”, precizând că toate criticile formulate de către asocierea contestatoare sunt nefondate. Totodată, subliniază că prin intermediul completărilor au fost aduse noi capete/motive de acuzare, fapt interzis de art. 21 alin. (3) din legea .....01/2016.

În ceea ce privește critica asocierii contestatoare referitoare la schimbarea expertului invocat, intervenientul invocă prevederile art. 162 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, arată că expertul ....deține autorizații pentru proiectare sisteme și instalații de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, proiectare sisteme și instalații de limitare și stingere a incendiilor, proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural - organizat și declarația de disponibilitate.

Cu privire la înlocuirea expertului ...., intervenientul susține că acesta a fost un caz de forță majoră, justificat de următoarele:

- asocierea a solicitat în mod expres acceptul autorității contractante pentru înlocuirea expertului propus;
- expertul inițial propus nu a depus Declarație de disponibilitate la data depunerii ofertei;
- expertul inițial propus nu face parte din categoria de experți nominalizați a căror experiența contează pentru aplicarea criteriilor de evaluare;
- înlocuirea acestuia nu modifică sub niciun aspect oferta depusă;
- în documentația de atribuire nu a fost inclusă nicio cerință în sensul în care persoanele expres nominalizate nu pot fi înlocuite.

Intervenientul susține că așa cum rezultă din punctul de vedere al autorității contractante, în documentația de atribuire nu a existat o cerință specifică privind prezentarea autorizației AACR, aceasta nefiind o condiție de calificare. Conform legislației în vigoare, ofertanții nu au obligația declarării ca subcontractanți a tuturor colaboratorilor săi în realizarea unui proiect, ci trebuie să se asigure că, în cadrul acestor colaborări cu alte companii autorizate sau alți specialiști în diverse domenii, este atins scopul final al proiectului, așa cum a fost descris de autoritatea contractantă, cu respectarea legislației specifice în domeniu.

Critica potrivit căreia, s-ar fi modificat propunerea tehnică, este nefondată, întrucât însăși asocierea contestatoare s-a aflat în situația de a aduce completări prin răspunsul la clarificări.

Cu privire la justificarea prețului ofertat, intervenientul apreciază că asocierea contestatoare nu poate substitui rolului comisiei de evaluare, respectiv nu are autoritatea de a afirma că prețul nu este real. Mai mult, legislația în vigoare nu mai prevede un prag valoric în raport de care să stabilească aparența prețului neobișnuit de scăzut, decizia de a constata că anumite elemente de preț sunt aparent scăzute aparține comisiei de evaluare. Iar comisia de evaluare a procedat în acest sens, considerând răspunsul la clarificări ca fiind concludent, drept urmare propunerea financiară a fost declarată admisibilă conform art. 137 alin. (4) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la modul de depunere al ofertei financiare, intervenientul susține că aceasta a fost depusă conform documentației de atribuire și că a răspuns la fiecare solicitare de clarificări a autorității contractante. De asemenea, prețul a fost în totalitate justificat conform cerințelor așa cum a putut identifica și comisia de evaluare și cum reiese și din raportul procedurii.

În ceea ce privește oferta tehnică, intervenientul precizează că aceasta respectă toate prevederile caietului de sarcini.

Referitor la înlocuirea expertului inginer instalații - specialitatea sanitare, atestat M.C.C., intervenientul precizează că nu a fost prevăzută, nicio cerință restrictivă care să vizeze înlocuirea experților nominalizați ca

persoane fizice, subliniind că ambele schimbări au fost argumentate și justificate.

În ceea ce privește experiența similară, intervenientul precizează că aceasta a fost justificată prin documente suport, contracte, procese verbale de recepție, devize, extrase, toate traduse în limba română. Totodată, arată că și resursele umane și materiale au fost dezbătute pe larg, în cadrul ofertei tehnice.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....", în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „.....", cod CPV: 71241000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 13.248.000 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „cel mai bun raport calitate-preț".

În cauza care formează obiectul prezentei, SC ..... SRL a depus cererea de intervenție nr. ...../..... înregistrată la CNSC sub .....0377/20.03.2018, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea .....01/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii .....34/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. Cererea de intervenție depusă la Consiliu va fi comunicată și celorlalte părți ale cauzei în termen de două zile de la primire. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației" și având în vedere faptul că la data de 13.03.2018, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul „[...../00256] CONTESTATIE SPITAL.pdf.p7s" contestația formulată de SC ..... SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea .....01/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ., Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea .....01/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC ..... SRL împreună cu contestația formulată de SC ..... SRL.

Prin declarația de confidențialitate aflată la pag. 91 din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA menționează „(...) informațiile cuprinse în – documentele de calificare, inclusiv DUAE pentru toți asociații; - propunerea tehnică; - propunerea financiară sunt confidențiale/ clasificate/protejate de un drept de proprietate intelectuală. (...) Aceste documente nu pot fi prezentate sau înstrăinate altor persoane fără acordul scris al Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA".

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea .....01/2016, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „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 .....34/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară 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. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă", CNSC a solicitat Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA prin adresa .....0166/.....-...../19.03..... să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, respectivul ofertant a răspuns în cuprinsul cererii de intervenție nr. ...../..... înregistrată la CNSC sub .....0377/....., potrivit căreia toate informațiile cuprinse în propunerea tehnică și financiară, precum și în răspunsurile la clarificările ulterioare reprezintă concepția proprie a asocierii, fiind secrete profesionale care, odată puse la dispoziția competitorilor, pot aduce prejudicii majore în ceea ce privește accesul și ofertarea serviciilor pe piața din România.

De asemenea, precizează că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate în documentele de calificare, DUAE, propunerea tehnică și propunerea financiară sunt confidențiale din următoarele considerente:

- modul de întocmire a ofertei are la bază o metodologie de ofertare care a fost dezvoltată la nivelul companiei și în acest context, punerea acestui „*template*" la dispoziția altor operatori economici este de natură

a prejudicia interesele legitime decurgând din probabilitatea/posibilitatea copierii acestui model de ofertare și utilizarea acestuia în cadrul altor proceduri de atribuire, eventual chiar în concurență cu intervenientul;

- la nivelul ofertei se regăsesc materializate mai multe acorduri comerciale având ca obiect servicii și produse necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului care conțin prețuri și metodologii care intră sub incidența sferei de secret comercial;
- oferta, în totalitatea ei, reprezintă proprietatea intelectuală a prezentei asocieri, datele furnizate în cadrul acelor documente reprezintă expresia directă a know-how-ului companiei privind structurarea ofertei dar și a costurilor aferente, acestea reflectând în mod direct capacitatea de a negocia anumite aspecte ce țin de execuția contractului în beneficiul autorității contractante;
- în cadrul documentelor de calificare și DUAE se regăsesc informații privind documente interne ale societății, date personale ale personalului implicat și ale administratorilor, respectiv reprezentanților legali ai asociaților, toți cetățeni străini,
- în propunerea financiară sunt prețurile cu care asocierea participă la multe licitații în domeniu, acesta fiind secret comercial.
- în cadrul propunerii tehnice se regăsesc soluțiile tehnice folosite de asociere și care reprezintă concepția proprie a asocierii pentru acest proiect ;i această licitație;
- în cadrul documentelor de calificare constituie secret comercial: datele personale ale reprezentaților societăților, bilanțurile societăților prin prisma protejării capitalului, informațiilor referitoare la active, pasive, capital, rulaje, datorii;
- contractele de experiența similară - constituie secret comercial contractele societății și ale partenerilor încheiate cu alți beneficiari; personalul folosit în lucrare;
- propunerea tehnică este confidențială în integralitatea acesteia sub aspectul: proceduri de integrare, specificații tehnice, etc. divulgarea informațiilor din cadrul propunerii tehnice dezavuează modalitatea în care societatea își întocmește propunerile tehnice, compatibilități între echipamente, procedeele de integrare, etc.;
- informațiile privind modalitatea de constituire a prețului din cadrul propunerii financiare constituie secret comercial, invocând în acest sens prevederile Legii .....1/1991.

La acest răspuns generalist, ofertantul în cauză nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să se demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsul Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, CNSC a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea .....01/2016, toate documentele aflate la dosar.

Având în vedere criticile contestatorului privind modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta desemnată câștigătoare, depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, Consiliul va reține că la secțiunea IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[...../00002] FisaDate_DF1019475.pdf", autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte: „Propunerea tehnică va fi întocmită în conformitate cu solicitările din caietul de sarcini / specificația tehnică, acestea fiind considerate minime și obligatorii. În situația nerespectării acestor cerințe și condiții este considerată neconformă. Ofertantul are obligația de a face dovada conformității serviciului ofertat cu specificațiile tehnice, anexate la caietul de sarcini, prin completarea formularului din Anexa „Formulare". (formularul F1 din secțiunea III - Formulare) .

Metodologia și planul de lucru sunt componente-cheie și obligatorii ale ofertei tehnice.

În afara detalierii modului de îndeplinire a cerințelor din caietul de sarcini, propunerea tehnică trebuie să cuprindă:

a) metodologia pentru realizarea serviciilor;

b) planul de lucru pentru realizarea serviciilor;

c) personalul utilizat pentru realizarea serviciilor și organizarea acestuia.

Ofertantul va prezenta în propunerea tehnică o situație tabelară unde va detalia/comenta, punct cu punct solicitările autorității contractante din caietul de sarcini /specificația tehnică/formulare, se vor numerota în conformitate cu cerințele din caietul de sarcini.

Ofertantul care nu introduce propunerea tehnică în sistem, nu poate fi analizat din punct de vedere tehnic și va fi exclus".

Potrivit capitolului II.1.1 din anunțul de participare, obiectul contractului care urmează să fie încheiat urmare a procedurii de atribuire care face obiectul contestației formulată de SC ..... SRL este „Elaborarea studiilor de prefezabilitate și fezabilitate, cu studii de specialitate și obținere avize și acorduri, privind obiectivul de investiții «Modernizarea și extinderea .... dispus în cazarma ....» cod proiect: 2017 – I – ....".

Având în vedere faptul că una dintre construcțiile care urmează să fie proiectate este un „*heliport cu dotări specifice și acces direct la UPU, prin lift dedicat*", autoritatea contractantă a solicitat în cadrul caietului de sarcini ca ofertanții să dispună de un „***inginer topograf, autorizat A.A.C.R.***" (a se vedea pag. 4 din caietul de sarcini, aflată pe verso-ul filei 28 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei).

Sintagma „heliport" este definită la art. 3 punctul 3.6 din Codul Aerian astfel: „*aerodrom - suprafața delimitată pe pământ sau pe apă, care cuprinde, eventual, clădiri, instalații și echipamente, destinată să fie utilizată, în totalitate ori în parte, pentru sosirea, plecarea și manevrarea*

la sol a aeronavelor. ***Aerodromul utilizat exclusiv pentru elicoptere se numește heliport***;"

În soluționare, Consiliul va reține că, potrivit punctului 1.4 „Definiții și abrevieri" din „Reglementarea aeronautică civilă română privind autorizarea sau acceptarea agenților aeronautici civili în domeniul aeroportuar sau conex - RACR-AD-AACDA din 16.10.2014" aprobată prin Ordinul Ministrului Transporturilor .....448/2014 (forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire), abrevierea „A.A.C.R." desemnează „Autoritatea Aeronautică Civilă Română".

Totodată, din cuprinsul reglementării anterior iterată, Consiliul va reține prevederile punctului 2.1. Categorii de activități aeronautice civile în domeniul aeroportuar sau conex potrivit cărora:

„(1) Activitățile aeronautice civile din domeniul aeroportuar sau conex sunt activități și servicii necesare de proiectare, amenajare, exploatare și întreținere pentru funcționarea aeroporturilor, care trebuie să se conformeze unor cerințe specifice, stabilite prin reglementările aeronautice civile naționale și internaționale aplicabile.

(2) Activitățile aeronautice civile din domeniul aeroportuar sau conex sunt activități care se desfășoară atât în perimetrul unui aeroport, cât și în afara perimetrului aeroportului.

(3) Categoriile de activități aeronautice civile din domeniul aeroportuar sau conex sunt următoarele:

1. ***Proiectare, management de proiect, asistență tehnică și consultanță de specialitate pentru construcția de obiective noi pentru infrastructura de aerodrom****, construcția de facilități destinate depozitării combustibililor, alimentării combustibililor la aeronave, precum și pentru lucrări de mentenanță și/sau modernizare la obiectivele pentru infrastructura de aerodrom -* ***cod AAP***

(...)

*3. Lucrări speciale de aeronautică civilă (****măsurarea punctelor de interes aeronautic în Sistemul Geodezic Global WGS-84, lucrări de geodezie, topografie, cadastru și cartografie destinate infrastructurilor aeroportuare*** *și sistemelor suport pentru serviciile de trafic aerian) -* ***cod AAS*** *(...)*".

Potrivit definiției de la art. 3 punctul 3.11 din Codul Aerian, sintagma „*agent aeronautic civil*" desemnează „*orice persoană fizică sau juridică certificată să desfășoare activități aeronautice civile*" iar potrivit punctului 3.11 din cuprinsul aceleiași norme legale, sintagma „*autorizare*" este definită ca fiind „*confirmarea oficială dată printr-un document eliberat în conformitate cu prevederile reglementărilor aeronautice române, prin care se atestă capacitatea deținătorului de a desfășura activitățile aeronautice civile menționate în acest document*".

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența prevederilor art. 63 lit. c) din Codul Aerian, prin care se instituie regula potrivit căreia

„în scopul realizării siguranței zborului, următoarele categorii de agenți aeronautici civili sunt supuși certificării și supravegherii continue de către organismul tehnic prevăzut la art. 62 alin. (1): (...) c) agenții aeronautici civili care desfășoară activități de proiectare, construcții, montaj, reparații pentru elemente de infrastructură și echipamente care concură direct la siguranța zborului".

Prin adresa nr. A24888 publicată, în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[...../00045] Raspuns solicitare clarificare 3.pdf.p7s", autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificare formulată de un operator economic interesat astfel:

„Solicitare clarificări 2: În cadrul Caietului de sarcini, Capitolul 2.5 - Cerințe privind pregătirea de specialitate, necesara personalului la calificarea ofertanților pentru elaborarea documentației tehnico-economice se solicită printre alți specialiști și topograf autorizat AACR. Având în vedere că tot prin Caietul de sarcini la Capitolul 2.2 - Achiziția serviciilor de elaborare a documentațiilor, Autoritatea Contractantă solicită ca servicii elaborarea ridicării topografice in sistem STEREO 70 și nu ridicare topografică în Sistemul Geodezic Global WGS-84 (conferită de autorizația AACR) care este destinată infrastructurilor aeroportuare și sistemelor suport pentru serviciile de trafic aerian, vă rugăm să renunțați la cerința ca topograful să fie autorizat AACR

(...)

În urma analizării solicitării de clarificare prezentate mai sus, autoritatea contractantă face următoarele precizări: (...)

Referitor la solicitarea de clarificare 2: ***Necesitatea realizării unui heliport în cadrul proiectului de investiție imobiliară, implică elaborarea documentației aferente de către specialiști atestați/ autorizați AACR****.*

În vederea elaborării ridicării topografice în sistem STEREO 70, în scopul delimitării amplasamentului, amplasării pavilionului/lor, respectiv a trasării reperelor de nivelment, nu este necesară prezența unui specialist topograf autorizat AACR.

Dacă ofertantul consideră oportun, poate realiza cele două documentații cu specialiști diferiți, dar ambele documentații trebuie să îndeplinească condițiile normativelor în vigoare cu privire la însușirea și verificarea proiectelor de către specialiști atestați".

Ulterior, prin adresa nr. A24895 publicată, în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[...../00052] Raspuns solicitare clarificare 11.pdf.p7s", autoritatea contractantă a răspuns la o altă solicitare de clarificare formulată de un operator economic interesat astfel:

„În Caietul de sarcini, cap.2.5. Cerințe privind pregătirea de specialitate necesară personalului asigurat de ofertant, se solicită, alături de alți experți, un „inginer topograf, autorizat AACR". Vă rugăm să confirmați că Certificatul de autorizare AACR este solicitat pentru

Operatorul economic, întrucât atestatul se acordă persoanelor juridice, nu persoanelor fizice.

Răspuns la solicitare:

Certificatul de autorizare AACR este solicitat <u>pentru operatorul economic</u>".

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul va reține că, în prezenta procedură de atribuire, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a depus propunerea tehnică în care, la pag. 105 (verso-ul filei 284 din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) a nominalizat drept „inginer topograf" la poziția 19 din tabelul cu numele experților, pe Mocanu Ionuț cu următoarele comentarii: „cerința prin caietul de sarcini – calificare: atestat AACR doar pentru societate" și „mod de îndeplinire cerință: extern" iar, la poziția 19 din anexa nr. 5 la propunerea tehnică (fila 326 din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei), a nominalizat pe ...., cu următoarele comentarii: „cerința prin caietul de sarcini – calificare: atestat AACR doar pentru societate" și „mod de îndeplinire cerință: (...) efectuează măsurători în baza autorizației AACR a companiei angajatoare".

Potrivit CV-ului aflat la filele 384-386 din dosarul achiziției, ...este salariată la SC .... SA, pentru care a fost atașat (la filele 389-..... din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) certificatul de autorizare nr. AAS 08/2018 prin care este autorizată SC .... SA ca agent aeronautic civil pentru activitățile cod AAS, respectiv lucrări speciale de aeronautică civilă (măsurarea punctelor de interes aeronautic în Sistemul Geodezic Global WGS-84, lucrări de geodezie, topografie, cadastru și cartografie destinate infrastructurilor aeroportuare și sistemelor suport pentru serviciile de trafic aerian).

Discrepanța dintre prevederile documentației de atribuire prin care s-a solicitat certificatul de autorizare AACR pentru operatorul economic și oferta Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a fost consemnată de autoritatea contractantă la pag. 10 din anexa procesului verbal nr. A26111/16.11.2018 (verso-ul filei 86 din vol. 2 al dosarului

achiziției) astfel: „.... deține autorizarea dar nu este definită relația contractuală atâta timp cât nu este subcontractant. Precizarea formei de colaborare”.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA adresa de solicitare clarificări nr. A26112/16.11.2018 (filele 113-114 din vol. 2 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) în care la punctul E, subpunctul 1 a solicitat „declarație de disponibilitate sau să se precizeze modul în care operatorul economic și-a asigurat accesul la serviciile următorilor experți cheie, pe întreaga perioadă de valabilitate a contractului: (...) ...., angajată la SC .... SA (...)”.

La această solicitare, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a răspuns prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. A26309/27.11.2018 (filele 116-238 din vol. 2 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) în care a răspuns la punctul E.1 din adresa de solicitare clarificări astfel:

„Referitor la modul în care ne-am asigurat accesul la serviciile experților cheie, facem următoarele precizări pentru fiecare expert menționat în solicitarea de clarificări și atașăm Anexa 4 cu documentele solicitate: (...) ...., inginer topograf – contract de prestări servicii – prezentăm declarație de disponibilitate”.

În anexa 4 la răspunsul său, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a atașat o declarație de disponibilitate semnată de .... (fila 153 din vol. 2 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) prin care aceasta declară „că sunt disponibilă pentru a îndeplini în totalitate atribuțiile aferente poziției de inginer topograf”. Data completării declarației de disponibilitate este 20.11.2018.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a declarat admisibilă și ulterior câștigătoare oferta depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA fără ca acest ofertant să depună la dosarul achiziției vreun document prin care să demonstreze că este certificat/autorizat de către Autoritatea Aeronautică Civilă Română să desfășoare activitățile de proiectare, astfel cum a solicitat în caietul de sarcini și clarificările ulterioare, deoarece singura certificare AACR din oferta sa nu aparține niciunuia dintre membrii grupului de operatori economici membri ai Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, ci aparține operatorului economic SC .... SA care nu are nicio calitate în cadrul asocierii condusă de intervenient și nici nu este subcontractant.

Prin depunerea ofertei, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul caietului de sarcini și clarificărilor ulterioare iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, fiind incidente prevederile art. 133 alin.

(2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, conform cărora oferta trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

În soluționare, Consiliul nu poate lua în considerare susținerile autorității contractante formulate în cadrul punctului de vedere nr. A21995/01.04..... înregistrat la CNSC sub .....2149/01.04..... potrivit cărora cerința prezentării certificării AACR ar fi clauză nescrisă deoarece obligativitatea certificării și supravegherii continue de către Autoritatea Aeronautică Civilă Română a agenților aeronautici civili care desfășoară activități de proiectare pentru elemente de infrastructură care concură direct la siguranța zborului nu reprezintă criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unor astfel de activități, aspect ce rezultă din prevederile art. 63 din Codul Aerian.

Astfel, pentru a presta în mod legal servicii în calitate de agent aeronautic civil, cum este cazul serviciilor expres menționate de către autoritatea contractantă în caietul de sarcini și clarificările ulterioare referitor la topograful autorizat AACR, este necesar să se dețină un certificat de autorizare pentru activitățile prevăzute la punctul 2.1. Categorii de activități aeronautice civile în domeniul aeroportuar sau conex din „Reglementarea aeronautică civilă română privind autorizarea sau acceptarea agenților aeronautici civili în domeniul aeroportuar sau conex - RACR-AD-AACDA din 16.10.2014” aprobată prin Ordinul Ministrului Transporturilor .....448/2014 (forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire), respectiv „Lucrări speciale de aeronautică civilă (măsurarea punctelor de interes aeronautic în Sistemul Geodezic Global WGS-84, lucrări de geodezie, topografie, cadastru și cartografie destinate infrastructurilor aeroportuare și sistemelor suport pentru serviciile de trafic aerian) - cod AAS (...)”, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unor astfel de certificate de autorizare în cuprinsul fișei de date.

Consiliul reține că o eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii certificatului de autorizare AACR nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită de art. 63 din Codul Aerian.

Acest raționament se regăsește și în Hotărârea nr. 5117/29.11.2017 definitivă pronunțată de Curtea de Apel ..... în dosarul nr. 8303/2/2017.

În soluționare, Consiliul nu va reține nici susținerile autorității contractante potrivit cărora prin publicarea adresei nr. A24895 din 17.09.2018 de răspuns la solicitările de clarificări formulate de un

operator economic interesat, ar fi „*renunțat, la acel moment, la prezentarea autorizației AACR de către operatorul economic*” deoarece această „*renunțare*” nu a fost comunicată operatorilor economici interesați ci, dimpotrivă, autoritatea contractantă a precizat în mod explicit prin clarificarea nr. A24895 din 17.09.2018 că „***certificatul de autorizare AACR este solicitat pentru operatorul economic***”.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că cerințele din caietul de sarcini, din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[...../00002] FisaDate_DF1019475.pdf” referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice și clarificările privind documentația de atribuire sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, operatorii economici nu au formulat obiecții cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit atât:

- obligația de a depune certificatul de autorizare AACR pentru operatorul economic, cât și
- riscurile ce decurg din neincluderea acestor informații în propunerea tehnică, parte a ofertei depusă în SEAP.

Din verificarea propunerii tehnice și a clarificărilor transmise de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, raportat la necesitatea autorității contractante astfel cum a fost precizată în documentația de atribuire, Consiliul constată că acest ofertant nu a depus în oferta sa niciun certificat de autorizare AACR pentru vreunul dintre membrii asocierii, deși a stabilit la pag. 101-102 din propunerea tehnică (filele 282-283 din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) că atât activitatea „scheme helioport” din studiul de prefezabilitate și activitățile „întocmire documentație pentru aviz AACR cu firma topo certificată AACR” și „proiect helioport” sunt în sarcina asociatului SC ..... SA.

Cerința cu privire la certificatul de autorizare AACR nu a fost contestată în termenul legal, aceasta dobândind forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă în etapa de evaluare cât și pentru operatorii economici ofertanți în faza de elaborare a ofertelor.

Consiliul reține că Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a ales, prin propria voință, să nu demonstreze modalitatea concretă în care va presta serviciile rezervate exclusiv agenților aeronautici civili care prestează activități aeronautice civile din domeniul aeroportuar identificate prin codul AAS din Reglementarea aprobată prin Ordinul Ministrului Transporturilor .....448/2014 (forma în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire), limitându-se la precizarea generică de la pag. 102 din propunerea tehnică „întocmire documentație pentru aviz AACR cu firma topo certificată AACR”, asumându-și implicit și riscurile care urmau a fi produse.

În cauza C 396/14, CJUE s-a pronunțat astfel:

„37 În această privință, trebuie amintit că principiul egalității de tratament și obligația de transparență au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă și constituie temeiul normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea în acest sens Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C 213/07, EU:C:2008:731, punctul 45 și jurisprudența citată).

38 Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții (Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, punctul 33)”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a respectat în prezenta procedură principiul egalității de tratament a ofertanților deoarece a declarat admisibile ambele oferte depuse de contestator și intervenient, deși numai în oferta contestatorului se regăsește dovada certificării AACR pentru unul dintre membrii grupului de operatori economici (respectiv tot operatorul economic SC .... SA având în cadrul ofertei depusă de contestator calitatea de subcontractant), astfel cum rezultă din punctul de vedere al autorității contractante nr. A21995/01.04..... înregistrat la CNSC sub .....2149/01.04.....

În soluționare, Consiliul reține că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte sau a unei decizii comerciale - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul ofertei nu au fost introduse toate autorizările/certificările aferente derulării contractului, aparține autorității contractante.

În etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu avea dreptul să verifice doar selectiv/parțial modalitatea de îndeplinire a specificațiilor tehnice din caietul de sarcini (astfel cum recunoaște prin manifestarea propriei voințe autoritatea contractantă din speța de față în cuprinsul punctului de vedere nr. A21995/01.04..... potrivit căruia aceasta „a specificat în cadrul procesului verbal de evaluare tehnică

despre depunerea certificatului de autorizare AACR de către SC .... SA cu titlu informativ, neluând nicio decizie de calificare/descalificare a niciunui operator economic in acest punct de vedere”) deoarece procedând în acest fel autoritatea contractantă nu a respectat principiile tratamentului egal și nediscriminării, avantajând în mod evident Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA care nu este certificată AACR, în defavoarea contestatorului care a subcontractat activitățile aeronautice civile către un operator certificat AACR și a eventualilor operatori economici care au ales să nu depună ofertă pentru că nu aveau dreptul legal să presteze activitățile aeronautice civile care fac obiectul prezentului contract.

Astfel, deși autoritatea contractantă a sesizat în mod corect la pag. 10 din anexa procesului verbal nr. A26111/16.11.2018 referitor la oferta Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA faptul că „.... deține autorizarea dar nu este definită relația contractuală atâta timp cât nu este subcontractant (...)”, ulterior a acceptat în mod eronat drept concludentă o simplă declarație de disponibilitate formulată în nume personal de inginerul topograf ...., apreciind (astfel cum recunoaște autoritatea contractantă prin manifestarea propriei voințe în punctul de vedere nr. A21995/01.04.....) că intervenientul va putea să subcontracteze ulterior activitățile aeronautice civile.

Faptul că ....și-a exprimat disponibilitatea de a presta servicii pentru Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA nu demonstrează că aceasta are dreptul legal să presteze activitățile aeronautice civile care fac obiectul prezentului contract deoarece certificarea AACR din oferta intervenientului nu aparține inginerului topograf ...., ci unui operator economic respectiv SC .... SA.

Mai mult, Consiliul va reține că, la data limită de depunere a ofertelor, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA nu dispunea nici măcar de serviciile inginerului topograf ....deoarece declarația de disponibilitate depusă de aceasta este completată la data de 20.11.2018 (la o distanță de cca. 2 luni după data limită de depunere a ofertelor).

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

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să solicite și nici să accepte completarea ofertei Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA cu o simplă declarație de disponibilitate în locul înscrisurilor care lipsesc din oferta sa (conform observației „.... deține autorizarea dar nu este definită relația contractuală atâta timp cât nu este subcontractant (...)"din anexa procesului verbal nr. A26111/16.11.2018), având în vedere că un astfel de demers a constituit avantaj evident în favoarea respectivului ofertant, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, în speță transformarea unei oferte neelaborată corespunzător documentației de atribuire (sancționată de legiuitor cu respingerea ca neconformă), într-una conformă.

Prin depunerea ofertelor, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul instrucțiunilor pentru ofertanți, al caietului de sarcini și clarificările ulterioare, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Conform art. 137 alin. (1) coroborat cu alin. (3) lit. a) din HG 395/2016 se instituie regula conform căreia autoritatea contractantă are obligația de a respinge ca neconforme ofertele care nu satisfac în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, obligație care nu a fost dusă la îndeplinire de către ....", criticile contestatorului privind acest aspect fiind pe deplin justificate.

În soluționare, Consiliul va reține că modul permisiv în care a evaluat autoritatea contractantă oferta depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA se regăsește și în ceea ce privește persoana nominalizată pentru postul de „specialist autorizat care să dețină în conformitate cu Ordinul 87/2010 al M.A.I. privind Metodologia de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor: autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat", având în vedere următoarele aspecte:

- la poziția 20 din Anexa nr. 5 la propunerea tehnică (fila 326 din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei), Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a nominalizat ca specialist autorizat pentru stingere incendii pe ...., pentru care a

precizat următoarea modalitate de îndeplinire a cerinței: „conform ordin 130/2007 pentru aprobarea Metodologiei de elaborare a scenariilor de securitate la incendiu, conform art. 6, «scenariul de securitate la incendiu se elaborează de proiectanți». – absolvent de UTCB facultatea de instalații; - experiență de 20 de ani în proiectare rețele de instalații și în întocmire proiecte pentru stingere incendii";

- urmare a verificării propunerii tehnice depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, autoritatea contractantă a consemnat la pag. 10 din anexa procesului verbal nr. A26111/16.11.2018 (verso-ul filei 86 din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) că ....„nu deține nicio autorizație conform Ordinului 87/2010 în domeniul apărării împotriva incendiilor";
- urmare a celor constatate în procesul verbal anterior menționat, autoritatea contractantă a solicitat Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA prin adresa nr. A26112/16.11.2018 (filele 113-114 din vol. 1 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) următoarele clarificări: „(...) comisia de evaluare consideră necesare următoarele solicitări de clarificări: (...) c) În baza cap. 2.5 din caietul de sarcini (...) 7. Să se transmită pentru dl. ....– specialist nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor (conform Ordinului 87/2010 al MAI), autorizațiile pentru: - proiectarea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu; - proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor; - proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți , cu excepția celor de tip natural - organizat";
- prin răspunsul său fără număr de înregistrare la emitent înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. A26309/ 27.11.2018, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a precizat că „în ceea ce-l privește pe dl. ....– specialist nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor, aducem la cunoștința comisiei de evaluare situația de fapt: dl. ....a anunțat Asocierea, după data depunerii ofertei, cu privire la apariția unei situații neprevăzute care conduce la indisponibilitatea sa pentru poziția propusă în cadrul derulării contractului pentru care s-a organizat prezenta procedură, intervenția acestei cauze determină imposibilitatea continuării colaborării cu Asocierea. Din acest motiv, Asocierea solicită respectuos comisiei de evaluare acceptul pentru înlocuirea dlui ....în poziția propusă de specialist nominalizat în domeniul apărării cu dl. ...., pentru aceeași poziție de specialist nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor. Dl. Ing. .... deține toate cele 3 autorizații

specifice solicitate de autoritatea contractantă, respectiv autorizații pentru proiectare sisteme și instalații de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, proiectare sisteme și instalații de limitare și stingere a incendiilor, proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat, pe care le atașăm la prezentul răspuns. Înlocuirea dlui ....este un caz de forță majoră, justificat de următoarele susțineri:

- *dl. ....nu a depus declarație de disponibilitate la data depunerii ofertei asocierii;*
- *dl. ....nu face parte din categoria de experți nominalizați a căror experiență contează pentru aplicarea criteriilor de evaluare;*
- *înlocuirea dlui ....nu modifică sub niciun aspect oferta Asocierii;*
- *în documentația de atribuire nu a fost inclusă nicio cerință (care, de altfel, ar fi fost restrictivă) în sensul în care persoanele expres nominalizate nu pot fi înlocuite;*
- *la nivel jurisprudențial s-a stabilit că cerințele privind personalul propus nu pot fi interpretate în sensul că nu permit modificarea sau înlocuirea persoanelor propuse, iar în legislația specifică în vigoare nu există prevedere care să se opună înlocuirii oricărei persoane nominalizate pentru pozițiile tehnice din cadrul ofertei (prin aplicarea principiului proporționalității – astfel cum este prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea 98/2016 – precum și a regulilor de interpretare a textelor legislative rezultă faptul că, atât timp cât legea prevede posibilitatea înlocuirii unui subcontractor/ terț susținător, cu atât mai mult, permite și înlocuirea unui membru al echipei tehnice propuse).*

În concluzie, în contextul în care practica permite flexibilitatea Comisiei de evaluare pentru situații asemănătoare celei în care se află Asocierea și, în spiritul aceleiași abordări flexibile, însăși legislația aplicabilă în domeniu prevede posibilitatea de a înlocui experții propuși pe parcursul executării contractului, în condițiile în care înlocuirea ar asigura cel puțin îndeplinirea cerințelor de calificare - Art. 162 din HG nr. 395/2016: (1) Înlocuirea personalului de specialitate nominalizat pentru îndeplinirea contractului se realizează numai cu acceptul autorității contractante, și nu reprezintă o modificare substanțială, așa cum este aceasta definită în art. 221 din Lege, decât în următoarele situații: a) noul personal de specialitate nominalizat pentru îndeplinirea contractului nu îndeplinește cel puțin criteriile de calificare/selecție prevăzute în cadrul documentației de atribuire; b) noul personal de specialitate nominalizat pentru îndeplinirea contractului nu obține cel puțin același punctaj ca personalul propus la momentul aplicării factorilor de evaluare".

Ulterior, analizând răspunsul transmis de respectivul ofertant, autoritatea contractantă a redactat procesul verbal nr. A26804/21.12.2018 (filele 28-35 din vol. 3 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei) în care a considerat concludent răspunsul Asocierii

SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA și a declarat conformă oferta acestuia.

Analizând, la rândul său, propunerea tehnică a Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA și răspunsul acestuia la solicitarea de clarificări privind specialistul nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor raportat la prevederile documentației de atribuire, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- În cazul în care documentația de atribuire sau solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă intervenientului erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, acesta avea dreptul de a contesta respectivele cerințe, potrivit prevederilor legale;
- Solicitarea autorității contractante a fost clară, aceasta cerând ofertantului Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA să „transmită pentru dl. ....– specialist nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor (conform Ordinului 87/2010 al MAI), autorizațiile pentru: - proiectarea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu; - proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor; - proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți , cu excepția celor de tip natural - organizat” ceea ce înseamnă că respectivul ofertant ar fi trebuit să se conformeze întocmai și să transmită toate aceste documente pentru dl. ....sau să conteste în termenul legal solicitarea autorității contractante;
- Cu toate acestea, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul ofertei sale a informațiilor minimale solicitate de către autoritatea contractată potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este serviciul care îi este necesare și informațiile care trebuie incluse în propunerea tehnică iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să declare conformă oferta Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, ci ar fi trebuit să constate față de aceasta:

- atât incidența prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”* motivat de faptul că ofertantul în cauză nu a transmis comisiei de evaluare autorizațiile expertului ....astfel cum solicitase aceasta prin adresa nr. $A_2$6112/16.11.2018,

- cât și incidența prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă” motivat de faptul că Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA și-a modificat propunerea tehnică prin înlocuirea expertului ....(indicat în mod expres la poziția 20 din Anexa nr. 5 la propunerea tehnică) cu expertul .....

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte înlocuirea expertului dl. ....pentru care intervenientul nu a depus niciuna dintre autorizațiile cerute expres prin documentația de atribuire cu un alt expert (dl. ....) care deține aceste autorizații având în vedere că prin acest demers a determinat apariția unui alt avantaj evident în favoarea Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, în speță transformarea unei oferte care nu a fost elaborată corespunzător documentației de atribuire (sancționată de legiuitor cu respingerea ca neconformă), într-una conformă, motivat de faptul că expertul .... nu se regăsește în propunerea sa tehnică pusă în SEAP, orice altă abordare contrară fiind de natură a goli de sens atât noțiunea de răspuns concludent/neconcludent cât și prevederea imperativă stabilită în sarcina comisiei de evaluare la art. 134 alin. (5) și (6) din HG nr. 395/2016.

În 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)".

În cadrul ofertei sale Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a ales să nominalizeze expertul ....fără să atașeze pentru acesta autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat în conformitate cu Ordinul nr. 87/2010 al M.A.I. privind Metodologia de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor. Față de această situație, rezultă că oferta Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA nu este conformă cu cerințele/necesitățile autorității contractante.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte drept concludent răspunsul Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA prin care acest ofertant și-a recunoscut erorile din ofertă și, invocând o pretinsă „forță majoră", și-a modificat propunerea tehnică prin înlocuirea expertului ....cu expertul .... și a inițiat o reală negociere cu autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale, aspect care rezultă din sintagma „(...) solicităm respectuos comisiei de evaluare acceptul pentru înlocuirea dlui ....în poziția propusă de specialist nominalizat în domeniul apărării cu dl. ...., pentru aceeași poziție de specialist nominalizat în domeniul apărării împotriva incendiilor. Dl. Ing. .... deține toate cele 3 autorizații specifice solicitate de autoritatea contractantă, respectiv autorizații pentru proiectare sisteme și instalații de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, proiectare sisteme și instalații de limitare și stingere a incendiilor, proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat, pe care le atașăm la prezentul răspuns", având în vedere că prin acest demers a determinat apariția unui avantaj evident în favoarea intervenientului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) și (6) din HG nr. 395/2016 mai sus citate.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

*„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență **se opun oricărei negocieri** între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).*

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea ofertei depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA iar prin răspunsul formulat acest ofertant a răspuns neconcludent și și-a modificat propunerea tehnică depusă inițial, aspect care ar fi trebuit să

conducă la respingerea ofertei sale în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) coroborat cu art. 134 alin. (5) și (6) din HG nr. 395/2016.

În soluționare, Consiliul nu va reține argumentarea formulată la unison de către intervenient și autoritatea contractantă potrivit căreia înlocuirea expertului ....din propunerea sa tehnică cu expertul .... ar fi un caz de forță majoră având în vedere prevederile art. 125 din HG nr. 395/2016 care stabilesc faptul că *„riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*".

Prevederile art. 162 din HG nr. 395/2016 invocate de intervenient și de autoritatea contractantă dispun în mod expres și imperativ cu privire la înlocuirea personalului de specialitate nominalizat pentru îndeplinirea contractului în etapa de executare a contractului deci ulterior finalizării ofertelor și nu pe parcursul evaluării acestora.

Așa cum se poate observa, dispozițiile legale mai sus reiterate, în speță nu sunt aplicabile, ținând cont că depunerea ulterioară a unei părți din propunerea tehnică care să conducă la îndeplinirea cerințelor tehnice solicitate nu sunt incluse în cadrul acestor excepții, care sunt de strictă interpretare – *„exceptio est strictissimae interpretationis*" iar unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*".

În soluționare, Consiliul nu va reține nici analogia formulată de către intervenient în răspunsul la solicitarea de clarificări (însușită ulterior de către autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. A21995/01.04.....) între înlocuirea unui subcontractant/terț susținător și înlocuirea unui membru al echipei de experți din cuprinsul propunerii tehnice deoarece prevederile art. 170 și art. 183 din Legea nr. 98/2016 se referă doar la situațiile în care autoritatea contractantă solicită înlocuirea subcontractantului sau terțului respectiv pe parcursul verificării îndeplinirii de către aceștia a criteriilor de calificare, nu și la modificările propunerii tehnice urmare a solicitărilor de clarificări formulate în baza art. 134 din HG nr. 395/2016.

Referitor la așa-zisa jurisprudență invocată în sprijinul lor de către autoritatea contractantă și intervenient, Consiliul stabilește că aceasta este relativă la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc. Potrivit Legii .....01/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aprobat prin HG .....037/2011, în vigoare la data emiterii prezentei, care statuează, la art. 26 alin. (2): „completul de soluționare a contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii", iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să admită criticile contestatorului privind modalitatea de evaluare a certificării AACR și pe cele privind specialistul autorizat în conformitate cu Ordinul 87/2010 al M.A.I. din oferta Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA.

Referitor la criticile contestatorului cu privire la modalitatea în care a verificat comisia de evaluare justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut ofertat de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- la secțiunea IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare din instrucțiunile pentru ofertanți denumite generic „*fișa de date*”, autoritatea contractantă a stabilit următoarele reguli:

„Propunerea financiară introdusă de către ofertant în SEAP, reprezintă valoarea totală fără TVA în lei (SPF + SF). De asemenea, ofertantul va depune în SEAP, formularul de ofertă completat conform formularului anexat din Anexa „Formulare”, semnat cu semnătură electronică extinsă. Formularul va fi prezentat, însoțit de centralizatorul de prețuri (centralizatorul de prețuri va fi completat conform modelului anexat în SEAP (formularul F2 și F3 din secțiunea III Formulare). Evaluarea ofertelor se va face prin compararea propunerilor financiare (valoarea totală fără TVA în lei).

Propunerea financiară va fi exprimată la valoarea totală pentru serviciul de proiectare ofertat, inclusiv costul avizelor și a studiilor necesare obținerii acestora. Propunerile financiare vor fi susținute cu documente. Propunerea financiară a serviciului trebuie detaliată astfel încât să includă valoarea pe fiecare fază în parte (SPF si SF) specificată în caietul de sarcini, fără T.V.A.

Propunerea financiară va fi corelată cu elementele propunerii tehnice, în sensul în care valoarea studiului de prefezabilitate va reprezenta maxim o treime din valoarea totală a contractului.

Ofertantul care nu introduce oferta financiară in sistem, nu poate fi analizat din punct de vedere al prețului și va fi exclus.

Propunerea financiara nu se postează / introduce în SEAP împreună cu documentele de calificare și propunerea tehnica, ci separat în secțiunea dedicată acestora.

Actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu autoritatea contractantă, îl reprezintă formularul de ofertă în conformitate cu formularele din anexa Formulare, completate și semnate corespunzător.

Toate documentele trebuie să fie semnate cu semnătura electronică extinsa. Adresa la care se depun ofertele in SEAP: www.elicitatie.ro .

Conform art. 60 din HG nr. 395/2016 alin (2) și (3) valoarea totală a propunerii financiare se criptează în SEAP. Toate documentele de fundamentare a valorii prevăzute la alin. (2) se depun prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secțiune dedicată a portalului SICAP, iar conținutul acestora este vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare.

Neprezentarea propunerii tehnice, a propunerii financiare și a documentelor de calificare are ca ..... invalidarea ofertei, respectiv descalificarea ofertantului. Documentele ofertei vor fi tipărite și vor fi datate, semnate și ștampilate de către reprezentanții legali ai ofertantului.

Ofertantul va elabora oferta în conformitate cu prevederile din fișa de date a achiziției.

Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă.

În cazul documentelor emise de instituții/organisme oficiale abilitate în acest sens documentele respective trebuie să fie semnate și parafate conform prevederilor legale. Ofertanții, dacă este cazul, vor prezenta informații privind partea/părțile din contract care sunt îndeplinite de subcontractanți și/sau asociați și acordul acestora. Notă: În conformitate cu art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ofertantul va elabora oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.

Atenție: conform art. 60 alin. (3) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare – „Toate documentele de fundamentare a valorii prevăzute la alin. (2) se depun prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secțiune dedicată a portalului SEAP, iar conținutul acestora este vizibil comisiei de evaluare după decriptarea propunerii financiare".

Prin adresa nr. A2219/15.01..... (pag. 102 din vol. 3 al dosarului achiziției, parte a dosarului cauzei), autoritatea contractantă a solicitat Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA să justifice prețul ofertat; în acest sens, autoritatea contractantă a cerut acestui ofertant „documente pentru justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut, documente însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate".

Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a răspuns autorității contractante prin adresa nr. 27/21.01..... înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. A2369/22.01..... (filele 104-108 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), la care a atașat doar o declarație de confidențialitate, fără a fi însoțită de vreo dovadă privind elementele de preț.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016: *„(1) 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. (2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la: a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate; b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor; c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant; d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1); e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218; f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un*

ajutor de stat. (3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2) (...)";

- art. 136 din HG nr. 395/2016: *„(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referința în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire. (2)* ***Explicațiile aduse de ofertant*** *conform prevederilor alin. (1)* ***vor fi însoțite de dovezi concludente*** *privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru. (3)* ***În cazul în care ofertantul nu prezintă*** *comisiei de evaluare* ***informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă***";

- art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia"*;

- art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă"*.

Consiliul va reține că, alegând să răspundă la solicitarea de justificare a prețului aparent neobișnuit de scăzut, Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA a admis tacit dreptul autorității contractante de a verifica modul de formare a prețului și, totodată, aplicabilitatea prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 față de oferta sa.

Verificând la rândul său justificările transmise de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, Consiliul va reține că acesta a defalcat prețul ofertat pentru fiecare din cele 2 faze de proiectare (studiu de prefezabilitate și studiu de fezabilitate) ca fiind format din următoarele categorii de cost:

- Costuri de personal – salarizare;
- Costuri de personal – deplasare;
- Costuri de producție a livrabilelor;
- Costuri cu studiile de teren;
- Taxe și avize,

și s-a limitat la formularea de simple susțineri generice de forma:
- *„după cum se observă, nivelul de salarizare practicat (salariu brut și alte costuri și contribuții obligatorii) nu se încadrează în elemente de cost «neobișnuit de scăzute» ci, din contră, reprezintă un nivel mai ridicat față de cel mediu*";
- *„pentru costurile cu avionul a fost selectat un preț maximal (4.700 lei bilet dus-întors), având în vedere că la acest moment este dificil de estimat prețul practicat de companiile aeriene pentru anumite perioade*";
- „costul unitar cu cazarea (pe noapte-hotel) reprezintă un preț mediu pentru prețurile practicate de hotelurile din ....., care pot varia între 35-100 euro/zi. Nu am luat în considerare categoriile de cazare de lux";
- „costurile privind realizarea livrabilelor (editare/multiplicare și traduceri) (...) se încadrează în ofertele de preț ale firmelor de editare și multiplicare documente", fără să transmită comisiei de evaluare documente doveditoare, din care să rezulte nivelul de salarizare a personalului (contracte de muncă, extrase Revisal etc) și costurile implicate cum ar fi oferta pentru prețul maximal de 4.700 lei aferent biletului de avion, ofertele pentru cazare din care a ..... media de 355 lei/noapte sau ofertele de preț ale firmelor de editare și multiplicare.

Ori, întrucât Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA nu a transmis autorității contractante documente doveditoare din care să rezulte modalitatea concretă în care a determinat fiecare dintre elementele de cost din oferta sa, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate față de oferta acestuia incidența prevederilor art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora „În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă".

Explicațiile Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA potrivit cărora „nivelul de salarizare practicat (salariu brut și alte costuri și contribuții obligatorii) nu se încadrează în elemente de cost «neobișnuit de scăzute» ci, din contră, reprezintă un nivel mai ridicat față de cel mediu", „pentru costurile cu avionul a fost selectat un preț maximal (4700 lei bilet dus-întors), având în vedere că la acest moment este

dificil de estimat prețul practicat de companiile aeriene pentru anumite perioade", „costul unitar cu cazarea (pe noapte-hotel) reprezintă un preț mediu pentru prețurile practicate de hotelurile din ....., care pot varia între 35-100 euro/zi. Nu am luat în considerare categoriile de cazare de lux" sau „costurile privind realizarea livrabilelor (editare/multiplicare și traduceri) (...) se încadrează în ofertele de preț ale firmelor de editare și multiplicare documente" nu reprezintă, în fapt, o justificare a prețului, ci o explicație generică cu privire la modul empiric în care a aproximat intervenientul valoarea ofertată.

Solicitarea autorității contractante a fost clară, aceasta cerând Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA „documente însoțite de dovezi concludente privind (...) nivelul de salarizare al personalului ofertantului (...) și costurile implicate", ceea ce înseamnă că, pentru toate categoriile de forță de muncă implicate în oferta sa și pentru toate costurile implicate, respectivul ofertant ar fi trebuit să depună documentele doveditoare solicitate sau să conteste solicitarea autorității contractante.

Cu toate acestea, ofertantul în cauză a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, ofertând un preț reprezentând 65% din valoarea estimată, și-a asumat și obligația de a justifica acest preț neobișnuit de scăzut, inclusiv în ceea ce privește modalitatea concretă în care a determinat valoarea forței de muncă și toate celelalte costuri din oferta sa.

Urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări, ofertantul în cauză nu a transmis dovezi concludente din care să rezulte nivelul de salarizare al personalului ofertantului și costurile implicate, alegând din proprie voință să menționeze că „nivelul de salarizare practicat (...) reprezintă un nivel mai ridicat față de cel mediu (...) la acest moment este dificil de estimat prețul practicat de companiile aeriene pentru anumite perioade (...) costul unitar cu cazarea (pe noapte-hotel) reprezintă un preț mediu pentru prețurile practicate de hotelurile din ..... (...) costurile privind realizarea livrabilelor (editare/multiplicare și traduceri) (...) se încadrează în ofertele de preț ale firmelor de editare și multiplicare documente".

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte sau a unei decizii comerciale - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească cu

exactitate dacă propunerea financiară a Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA este una reală și fermă.

Numai în urma obținerii și verificării detalierii prețului ofertat, autoritatea contractantă putea stabili realitatea și corectitudinea formării acestuia.

Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont ***de toate prevederile legale în vigoare***, astfel nu pot propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate, doar în baza unei simple decizii comerciale. În încercarea de a oferta un preț cât mai scăzut, operatorii economici nu pot face reduceri de costuri având la bază simpla prezumție că *„nivelul de salarizare practicat (...) reprezintă un nivel mai ridicat față de cel mediu*" și că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei sale, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în prețul ofertat.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus în acest sens, și nu să declare admisibilă și câștigătoare o ofertă despre care nu are certitudinea că reflectă realitatea, astfel cum a procedat în mod eronat ...." când a acceptat drept justificare concludentă a prețului răspunsul Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA care nu include nicio dovadă concludentă din care să rezulte nivelul de salarizare al personalului ofertantului și costurile implicate, astfel cum solicitase comisia de evaluare.

Totodată, Consiliul va reține că autoritatea contractantă nu avea dreptul nici să reitereze solicitarea de transmitere a dovezilor concludente privind elementele de cost din oferta Asocierii SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA deoarece un astfel de demers ar fi constituit avantaj evident în favoarea respectivului ofertant cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016 mai sus citate.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege și de stabilire a ofertelor admisibile, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f), h) și k) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această

verificare nu s-a făcut în cazul ofertei câștigătoare cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA este fondată, urmând să fie admisă.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat comportamentul părtinitor, superficial și nelegal al autorității contractante în etapa de evaluare a ofertei depusă de Asocierea SC ..... SRL – ..... – SC ..... SA.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea .....01/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....” iar, pe cale de consecință, va respinge cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....” iar, pe cale de consecință, respinge cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 53 (cincizecișitrei) pagini.