

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de ..., cu sediul în, unde se vor comunica toate actele de procedură, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. ... și a raportului procedurii nr. ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ..., în cadrul procedurii atribuire simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ..., s-au solicitat următoarele:

1. anularea rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. ..., semnată electronic la data de ..., privind declararea ofertei depuse de asocierea ... - ... admisibilă și câștigătoare;

2. anularea raportului procedurii nr. ..., semnat electronic la data de ... și toate actele subsecvente întocmite în baza acestui raport în partea care privește declararea ofertei depuse de asocierea ... - ... admisibilă și câștigătoare;

3. obligarea autorității contractante să reevalueze oferta asocierii ... - ... și să stabilească oferta câștigătoare;

4. obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecata prezentei contestații, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică comunicarea rezultatului procedurii nr. ... și raportul procedurii nr. 689/ 22.03.2024, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, autorul acesteia arată că, în mod netemeinic și nelegal, comisia de evaluare a declarat admisibilă și câștigătoare oferta depusă de asocierea ... - ... în condițiile în care acesta trebuia respinsă ca inacceptabilă și inadmisibilă din următoarele considerente:

II. Oferta ... nu îndeplinește cerința privind cash flow-ul, întrucât:

- documentele prezentate pentru demonstrarea acestei cerințe nu dovedesc îndeplinirea la nivelul sumei solicitate;
- nu a fost respectată nici perioada pentru care s-a solicitat cash flow-ul (minim 6 luni);
- nici că sumele menționate vor fi utilizate exclusiv îndeplinirii contractului ce face obiectul prezentei cauze;
- nici independența de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.

III. Oferta ... nu îndeplinește cerința privind experiența similară, deoarece:

- ofertantul a prezentat patru contracte pentru demonstrarea experienței similare, însă în toate aceste patru contracte societatea ... a participat în asociere cu societățile ... și ...;
- ... nu a executat lucrări de asfaltare în cadrul acestor contracte, aspect dovedit cu facturile și situațiile de lucrări atașate prezentei contestații.

IV. Oferta ... nu îndeplinește cerința privind utilajele, instalațiile și echipamentul tehnic cu privire la:

- cilindru compactor terasamente;
- perie mecanică pentru curățat carosabil;
- stație de betonare sau contract de furnizare betoane;
- stație de preparat mixturi asfaltice sau contract de furnizare mixturi asfaltice.

V. Oferta ... nu îndeplinește cerința privind traducerea documentelor prezentate în ofertă. Documentele prezentate nu au fost de însoțite de traduceri autorizate.

VI. Ofertantul ... și-a modificat oferta având în vedere că, raportat la cerința din fișa de date a achiziției, pct. IV.4.1 - *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, aceasta nu cuprindea următoarele:

- procedura tehnică pentru Execuție strat de macadam;
- adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării.

Comisia de evaluare a solicitat clarificări cu privire la lipsa acestor documente din propunerea tehnică, iar ofertantul și-a modificat oferta depunând aceste documente, motiv pentru care devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

VII. Oferta ... nu îndeplinește cerința privind prezentarea structurii WBS, diagramei PERT și curbei S de program lunar.

VIII. Oferta ... nu îndeplinește cerința privind accesul la specialiști întrucât:

- nu este îndeplinită cerința din fișa de date a achiziției, punctul IV.4.1, întrucât ofertantul nu a arătat modul în care și-a asigurat accesul la serviciile specialistului desemnat (contract de colaborare, contract individual de muncă, etc.);

- persoana desemnată pentru funcția de responsabil de mediu nu are pregătirea profesională solicitată prin documentația de atribuire, respectiv nu are pregătirea profesională ca Responsabil de mediu; în plus, documentele prezentate nu sunt eliberate de Ministerul Muncii/Ministerul Educației sau echivalent.

IX. Oferta ... cuprinde un preț neobișnuit de scăzut pentru organizarea de șantier și nu cuprinde elementele obligatorii conform legii. Conține prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate, preturi care nu sunt corelate cu elementele propunerii tehnice, dar și preturi sau costuri neobișnuit de scăzute în raport cu serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016, precum și dispozițiile legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. a solicitat respingerea contestației, învederând următoarele aspecte:

- Referitor la neîndeplinirea cash-flow-ului de către asocierea ...

-...:

Conform fișei de date secțiunea III.1.2) - *Capacitatea economică și financiară*, ofertantul câștigător a prezentat în cadrul documentelor justificative: Scrisoare de acces resurse pentru participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică din care reiese ca ofertantul va avea acces la disponibil resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza un cash-flow-...

Comisia de evaluare, în evaluarea documentelor, nu a identificat, și nici nu este de obligația acesteia, să facă investigații referitoare la autenticitatea documentului Scrisoare de acces resurse pentru participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică emisă și semnată de

- Referitor la experiența similară:

Potrivit contractelor puse la dispoziție de ofertantul câștigător, ... a executat lucrări similare cu cele ce fac obiectul contractului, acoperind valoarea cumulată de minim lei fără TVA. Autoritatea contractantă a considerat că cerințele minime privind experiența similară a operatorului economic sunt respectate, având în vedere certificările depuse, nefiind necesare clarificări.

- Raportat la necesarul de utilaje, instalații și echipament necesar, autoritatea contractantă arată că, dacă un grup de operatori economici depune o ofertă comună, cerința se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.

- Raportat la modificarea ofertei:

Autoritatea contractantă arată că a solicitat clarificări în sensul indicării procedurii referitoare la execuția stratului de macadam astfel cum s-a solicitat prin proiectul tehnic, respectiv prezentarea informațiilor cu privire la Adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării, față de care asocierea a răspuns.

Precizând că aspectele care s-au solicitat a fi clarificate reprezintă omisiuni/abateri tehnice minore în înțelesul legii, autoritatea contractantă apreciază că nu a încălcat prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

- Raportat la Graficul general de realizare a investiției publice:

Autoritatea contractantă menționează că, în caietul de sarcini, a inserat o notă conform căreia se acceptă și prezentarea mai multor grafice și/sau forme diferite cu condiția ca acestea să conțină elemente comune astfel încât să poată fi analizate simultan. Astfel, analizând Graficele depuse de ofertantul câștigător, comisia de evaluare a considerat că, deși are un mod de prezentare diferită, respectă cerințele minime din caietul de sarcini, fiind în mod corespunzător perioadele de execuție aferente fiecărei activități.

- Raportat la accesul la specialiști:

Autoritatea contractantă învederează că a respectat prevederile art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, întrucât ofertantul câștigător nu avea obligația de a prezenta, în cadrul ofertei tehnice, Planul de management de mediu aplicat la lucrare, respectiv certificările pentru personalul responsabil de mediu, acestea fiind depuse obligatoriu ulterior semnării contractului.

- Raportat la prețul neobișnuit de scăzut:

Autoritatea contractantă învederează că a respectat prevederile art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, întrucât ofertantul câștigător nu avea obligația de a prezenta, în cadrul ofertei tehnice, detalierea organizării de șantier, acestea fiind stabilite ulterior semnării contractului, considerentele invocate de contestator fiind neîntemeiate.

Având în vedere cele de mai sus, ... solicită respingerea contestației depusă de către ... ca fiind neîntemeiată, precum și respingerea cererii acestuia la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației.

În drept, se invocă dispozițiile art. 12 și următoarele din Legea nr. 101/2016, prevederile Legii nr. 98/2016, precum și dispozițiile din NCPC.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a formulat concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante

reiterând și detaliind cele anterior expuse și solicitând admiterea contestației cu cheltuieli de judecată.

... a constituit cautiunea, în quantum de

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului având ca obiect

Valoarea estimată totală a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*.

Au fost primite în cadrul procedurii 4 oferte, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. ..., prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de Asocieria ... – ..., cu o propunere financiară de ... lei, în timp ce oferta depusă de ..., contestatorul de față, a fost clasată pe locul 2, având o propunere financiară de lei, fără TVA.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, pentru motivele evocate în cele ce preced, ... a depus contestația de față, prin care reclamă legalitatea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare.

Fără a fi ținut să examineze criticile în ordinea expusă prin contestație, Consiliul constată că, una dintre acestea, este constituită de susținerea contestatorului conform căreia ofertantul câștigător și-a modificat propunerea tehnică pe calea răspunsului la clarificări.

În soluționare, din înscrisurile aflate la dosar, rezultă că în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a transmis asocierii câștigătoare solicitarea de clarificări nr., în care, la pct. 1 și 3, apar inserate întrebările:

1. Prin Fișa de date secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice se solicită prezentarea Metodologiei de executare a lucrărilor.

Nu a putut fi identificată în oferta depusă procedura tehnică referitoare la execuția stratului macadam astfel cum s-a solicitat prin proiectul tehnic, motiv pentru care se vor solicita clarificări.

Vă rugăm să clarificați unde anume în ofertă se pot identifica aceste informații sau să transmiteți informațiile necesare.

(...)

3. Conform Fișei de date și a formularului de propunere tehnică, se solicită prezentarea informațiilor cu privire la Adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării.

Vă solicităm să clarificați cum este îndeplinită cerința având în vedere că în Propunerea tehnică lipsește prezentarea informațiilor solicitate la punctul 11. Adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării.

Prin adresa nr. asocieria a formulat răspunsul:

1. Alăturat la prezenta vă transmitem Procedura tehnică de execuție referitoare la execuția stratului Macadam.

(...)

3. **Anexat prezentei transmitem adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării.**

Consiliul reține că prevederile cap. IV.4.1 – *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date la care face autoritatea contractantă trimitere, prezintă conținutul:

Ofertantul are obligația de a elabora și a prezenta Propunerea Tehnică astfel încât să corespundă cerințelor minime prevăzute în Caietul de sarcini din cadrul Documentației de Atribuire, respectând cel puțin conținutul minim indicat în formularul de propunere tehnică și va conține următoarele informații:

- Metodologia de executare a lucrărilor
(...)
- Adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării.

De asemenea, în cadrul formularului de propunere tehnică, la pag. 4 se regăsește pct. 4 – *Metodologia de executare a lucrărilor*, respectiv la pag. 14, pct. 11 – *Adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării*.

Fiind fără vreun dubiu că ofertanții aveau obligația de a prezenta în propunerea tehnică inclusiv *procedura tehnică referitoare la execuția stratului macadam*, dar și *adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării*, Consiliul reține că asocierea desemnată câștigătoare a completat propunerea tehnică pe calea răspunsului la clarificări.

Contrar opiniei autorității contractante de a considera concludent răspunsul primit, Consiliul arată că prevederile legale pe linia achizițiilor publice permit modificarea propunerii tehnice inițial depuse doar în cazurile expres și limitativ prevăzute.

Astfel, pornind de la regula conformării întrutotul cerințelor documentației de atribuire, statuată de dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 123 alin. (1) din HG nr.395/2016, dispozițiile art. 134 alin. (7) din HG nr.395/2016 stabilesc că:

(7) Prin excepție de la dispozițiile alin.6, oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una dintre categoriile de mai jos:

- a) **pot fi încadrate în categoria viciilor de formă;**
- b) **reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.**

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

Or, lipsa unui document din propunerea tehnică, solicitat la nivelul documentației de atribuire adusă la cunoștința tuturor operatorilor

economici interesați prin publicarea acesteia în SEAP la data de 11.01.2024, ca și a unei părți a acesteia, pe care ofertantul a omis a le prezenta, nu poate fi încadrată în categoria viciilor de formă în contextul în care nu există un alt document depus deja care să confirme informațiile lipsă.

În cauză nu poate fi vorba nici despre o abatere tehnică minoră, în sensul art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, câtă vreme nu poate fi pusă problema unei cuantificări monetare în privința documentului procedură tehnică pe care contestatorul a omis a-l prezenta și nici a adecvării la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării.

Relevante sunt și dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care:

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Așadar, chiar dacă documentele anexate răspunsului fac dovada celor solicitate, în condițiile în care autoritatea contractantă a permis asocierii să modifice propunerea tehnică astfel încât să respecte rigorile de întocmire a propunerii tehnice, avantajul procurat prin acceptarea modificării este unul mai mult decât evident. Respectiv, oferta asocierii a fost transformată din una care nu se încadrează în categoria celor admisibile, în ofertă admisibilă și ulterior câștigătoare.

De interes sunt și dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. 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 (...), a căror aplicare a fost efectuată în mod necorespunzător de autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificări transmise contestatorului.**

Acceptarea unui răspuns la clarificări prin care se modifică propunerea tehnică depusă, reprezintă, pe lângă încălcarea principiului tratamentului egal de a cărui respectare autoritatea contractantă trebuie să se îngrijească pe parcursul procedurii, și încălcarea principiului proporționalității, deoarece nerespectarea cerințelor caietului de sarcini este expres sancționată de lege, fără posibilitatea unor concesi în afara incidenței cazurilor de excepție despre care s-a făcut vorbire deja și s-a demonstrat că oferta asocierii nu se circumscrie niciuneia dintre acestea.

Relevantă în cauză este și practica CJUE, respectiv cauza **C-42/13**, în care a reținut instanța europeană următoarele:

42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea **obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții** sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

În concluzie, în mod eronat, autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de Asocierea ... - ..., cele evocate mai sus ducând la infirmarea acestei măsurii, pe cale de consecință reținându-se temeinicia celor criticate.

Cât privește celelalte critici din contestație, Consiliul nu va mai proceda la analiza lor, deoarece, oricare ar fi rezultatul acestei analize, situația juridică a ofertei asocierii menționate nu poate fi schimbată.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite, contestația și va anula raportul procedurii nr. ..., în partea care privește evaluarea ofertei asocierii Asocierea ... - ..., precum și actele subsecvente părții anulate, autoritatea contractantă urmând să continue procedura cu reevaluarea ofertei menționate, în considerarea celor de mai sus, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Cu privire la cererea contestatorului de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației, reprezentând onorariul de avocat în quantum de 9.460,79 lei, conform facturii nr.

Analizând temeinicia pretențiilor contestatorului referitor la quantumul cheltuielilor reprezentând onorariu avocat, Consiliul apreciază însă că se impune reducerea la suma de lei, din următoarele considerente:

Având în vedere faptul că procedura de soluționare este o procedură scrisă, potrivit art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, facultativă și gratuită potrivit art. 24 alin. (4) din Constituția României, și faptul că, în speță, nu s-au dispus audieri sau depunerea de concluzii orale, Consiliul apreciază că suma solicitată de acesta este excesivă. Cheltuielile de judecată cuprind orice cheltuieli pe care partea care a câștigat procesul va dovedi că le-a făcut, cum sunt onorariile de avocat, costul dactilografierii actelor depuse la dosar etc., dar numai cele strict necesare pentru buna desfășurare a soluționării prezentei contestații.

Potrivit prevederilor art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă și, ținând seama de serviciile prestate de avocat, analizând prin prisma dispozițiilor art. 451 alin. (2) din Codul de procedură, cererea de plată a sumei de 9.460,79 lei, reprezentând „onorariu avocat” suportat de contestator cu ocazia soluționării prezentei contestații, Consiliul apreciază că respectiva sumă este nepotrivit de mare în raport de muncă depusă de avocat și complexitatea cauzei. Astfel fiind, raportat la gradul de complexitate a aspectelor reclamate în această cerere și la volumul de muncă pe care l-a presupus susținerea prezentului demers, Consiliul urmează a reduce quantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la suma de 5.000,00 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plată către contestator.

Consiliul va da eficiență dispozițiilor art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016, în sensul că va reduce onorariul de avocat, considerând că prin aceasta nu se intervine în convenția încheiată de contestator, în calitate de client, și avocatul său, pentru că în acest fel ar fi încălcate dispozițiile art. 1270 Cod civil.

De asemenea, se apreciază că nu se aduce atingere nici dispozițiilor Legii nr. 51/1995, potrivit căreia avocații sunt liberi ca prin înțelegere cu clienți lor să stabilească onorarii, întrucât Consiliul nu face altceva decât să stabilească, în cadrul raportului juridic procesual civil, cheltuielile de judecată, astfel că, prin aplicarea dispozițiilor art. 68 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 451 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul nu cenzurează contractul de asistență juridică, ci doar stabilește în mod corespunzător cuantumul cheltuielilor de judecată, în raport de munca depusă de avocat, criticile admise, complexitatea cauzei, valoarea pricinii, proporționalitatea onorariului față de volumul de muncă presupus de pregătirea apărării în această cauză.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii nr. ..., în partea care privește evaluarea ofertei asocierii Asocierea ... - ..., precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să continue procedura cu reevaluarea ofertei menționată, în considerarea celor arătate în motivare în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestator a sumei de lei, cu titlu de cheltuieli ocazionate cu soluționarea contestației, reduse.

Obligatorie.

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