



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 898/07.01.2021, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin Cabinet de avocat ..., cu sediul ales în vederea comunicării actelor de procedură în ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 130747/29.12.2020, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizarea de bunuri și dotări aferente proiectului «Oază de verdeață din cartierul nostru - program comunitar de revitalizare a spațiilor publice abandonate/degradate de mici dimensiuni», SMIS 126441”, cod CPV 37535200-9, s-a solicitat:

- *anularea actului administrativ nr. 130747/29.12.2020, ca netemeinic și nelegal;*

- *remedierea încălcării legislației achiziției publice constând în aprecierea de către comisia de evaluare, în mod netemeinic, a caracterul admisibil (acceptabil și conform) a ofertei declarate câștigătoare, respectiv cea a asocierii SC ... SRL – SC ...SRL;*

- *constatarea caracterului temeinic și fondat al criticilor cu privire la nelegalitatea modului de evaluare a ofertei declarate câștigătoare (... SRL - ...SRL), respectiv cu încălcarea dispozițiilor art. 137 alin. (1) și (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 coroborate cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, referitor la neconformitatea ofertei, și ale 134 alin. (5) din HG*

nr. 395/2016 coroborate cu dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, referitor la inacceptabilitatea acesteia;

- obligarea comisiei de evaluare la reevaluarea ofertei prezentate de ofertantul declarat câștigător, cu respectarea cerințelor minime din documentația de atribuire, a legislației aplicabile în materia achizițiilor publice și a principiilor consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;

- anularea deciziei de desemnare a ofertei asocierii ... SRL - ...SRL, ca fiind câștigătoare;

- anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente în ceea ce privește stabilirea caracterului acceptabil și conform al ofertei declarate câștigătoare și reevaluarea acesteia cu respectarea cerințelor minime din documentația de atribuire și a tuturor dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice;

- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

Prin cererea de intervenție nr. 08/13.01.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2007/13.01.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., în calitate de lider al asocierii formată din SC ... SRL – SC ...SRL, reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ... – Cabinet de avocat, cu sediul în ..., în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii, a solicitat respingerea contestației și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată (onorariu avocat în suma de 5.000 lei), conform art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 ofertantul SC ...SRL critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta asocierii SC ... SRL – SC ...SRL.

În susținerea interesului în formularea contestației, petenta invocă prevederile art. 2 și art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016, considerând că a îndeplinit condițiile de participare la procedura de atribuire, aspect pe care îl apreciază esențial în ceea ce privește legitimitatea interesului său, cât și al caracterului născut și actual al acestuia.

Pe fondul contestației, aceasta arată că, prin adresa nr. 130747/29.12.2020, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 2, cu un punctaj

de 80,66 puncte, oferta desemnată câștigătoare fiind cea depusă de asocierea ... SRL - ...SRL, cu 92,51 puncte.

Din analiza informațiilor din cuprinsul comunicării, coroborate cu datele publicate în SEAP și conținutul Cap. II.2.5 – Criterii de atribuire din fișa de date, petenta a dedus că ofertantul declarat câștigător și-a asumat furnizarea tuturor echipamentelor și produselor de mobilier care formează obiectul contractului în termen de 1 zi (o zi), față de cele 30 zile ofertate de SC ...SRL sau față de termenul maxim de 60 zile impus de autoritatea contractantă.

În aceste condiții, petenta este nemulțumită de punctajul obținut de asocierea SC ... SRL – SC ...SRL (20 puncte), ce i-a permis acestuia să ofere un preț cât mai apropiat de cel estimat, în scopul obținerii unui punctaj superior față de ceilalți ofertanți, și care să-i permită câștigarea procedurii la un preț cât mai mare.

În opinia sa, termenul de furnizare a echipamentelor, de o zi de la solicitarea autorității contractante este unul fals și fără nicio posibilitate de fundamentare reală, iar acceptarea de către membrii comisiei de evaluare a acestuia nu reprezintă altceva decât o încălcare a principiilor eficienței utilizării a fondurilor publice, al tratamentului egal, nediscriminării și, mai ales, a condițiilor de calitate impuse prin documentația de atribuire.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a înțeles semnificația și importanța acestui termen, având în vedere că a solicitat asocierii SC ...SRL – SC ... SRL – SC ... SRL, în mod repetat, prin adresele nr. 96.646/23.09.2020 și nr. 111.881/03.11.2020 transmiterea de „...dovezi concludente (situația stocurilor, oferte de preț de la furnizori/producători din care să reiasă termenul de livrare de 30 zile de la ordinul de livrare ofertat, etc.) în vederea fundamentării ofertei depuse și în vederea verificării posibilității de îndeplinire a contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire”, însă nu a procedat la fel și cu ofertantul declarat câștigător.

În opinia sa, asemenea solicitarea se impunea în cazul tuturor ofertanților, întrucât acest termen constituia un factor de evaluare care reprezenta 20% din punctajul total și 50% din punctajul tehnic. În ceea ce o privește, contestatoarea susține că a transmis în cuprinsul răspunsului o detaliere completă și fundamentată a tuturor factorilor care au condus la asumarea termenului de 30 zile.

Contestatoarea învederează că răspunsul său a fost unul serios, riguros și detaliat și a avut în vedere atât termenul de furnizare de 20 zile asumat de producători/furnizori (declarațiile acestora fiind atașate răspunsului la solicitarea de clarificări), cât și termenele necesare unor operațiuni obligatorii precum transportul, instalarea, montajul, punerea în funcțiune, recepționarea (cu respectarea cerinței din pct. 4.3 caiet de sarcini) și eventualele întârzieri imprevizibile generate de pandemia COVID.

În continuare, petenta critică refuzul autorității contractante de a-i permite studierea dosarului achiziției, respectiv oferta declarată câștigătoare. Aceasta apreciază că simpla declarare a unei oferte ca fiind confidențială nu mai este suficientă, prin prisma dispozițiilor art. 217 alin. (5) - (6) din Legea nr. 98/2016, astfel cum acestea au fost modificate.

Refuzul autorității de a pune la dispoziție documentele din dosarul achiziției, precum și documentele ofertei declarate câștigătoare, solicitările de clarificări și răspunsurile la clarificări ale ofertantului declarat câștigător este nelegal, având în vedere că răspunsul emis de către SC ... SRL este unul generic, formal, care nu dovedește/probează, sub nici o formă, caracterul confidențial al ofertei depuse. În concreto, pretinsul mijloc de dovedire a caracterului confidențial al ofertei declarate câștigătoare constă în Hotărârea AGA, emisă la data de 01.10.2019, prin care se arată că „...planul de afaceri al societății pe anul 2020...țin de natura secretului comercial”. În opinia sa, trimiterea la un pretins document din 2019 nu poate proba, sub nici o formă, caracterul confidențial al unei oferte care conține date și informații concrete depuse în cursul lunii septembrie 2020, răspunsul fiind evident unul formal.

De asemenea, învederează Consiliului nerespectarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 58 - 62 din Legea nr. 98/2016, care reglementează și sancționează conflictul de interese, insistând pe necesitatea remedierii acestei situații prin excluderea ofertantului ... SRL & ...SRL din cadrul acestei proceduri.

In concreto, arată că din documentația de atribuire rezultă că proiectantul care a întocmit documentația tehnică este ... SRL. Un alt aspect vizează faptul că acesta, în calitate de proiectant în cadrul acestei proceduri, se circumscrie noțiunii de furnizor de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire conform art. 60 mai sus citat, cu atât mai mult cu cât acest operator economic a încheiat cu Municipiul ..., inclusiv contractul având ca obiect „Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor de construcție aferente proiectului «Oază de verdeață din cartierul nostru-program comunitar de revitalizare a spațiilor publice abandonate/degradate de mici dimensiuni»”, ce vizează verificarea/monitorizarea/controlul execuției lucrărilor de execuție care au fost câștigate de asocieria ... SRL & ...SRL.

Contestatoarea învederează că proiectantul ... SRL a deținut calitatea de partener-asociat în urma cu cca. 2 luni (22.07.2020) înainte de a participa la această procedură cu care cei doi operatori economici care formează asocieria declarată câștigătoare în cadrul prezentei proceduri (constituită din ... SRL și ...SRL) în vederea obținerii contractului proiectare și execuție aferent celor 28 locuri de joacă în Municipiul

Față de cele arătate mai sus, consideră că acest aspect nu trebuia să fie ignorat de către comisia de evaluare, cu atât mai mult cu cât dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 sunt foarte explicite, inclusiv în ceea ce privește distorsionarea concurenței în materia achizițiilor publice, aspect ce constituie o speță (nr. 994) în cadrul Ghidului Achizițiilor Publice publicat pe site-ul ANAP.

În demonstrarea caracterului neconform și inacceptabil al ofertei ... SRL & ...SRL, petenta subliniază că acest ofertant s-a obligat să furnizeze pe amplasamente toate echipamentele și produsele de mobilier urban care formează obiectul acestui contract în termen de o zi de la data primirii solicitării în acest sens, termen, în opinia sa, care nu poate fi dovedit decât în situația absurdă în care aceste echipamente s-ar afla deja pe aceste locații, ceea ce ar demonstra caracterul temeinic și fondat al susținerilor sale în legătură cu sprijinul proiectantului ... SRL, anterior atribuirii acestui contract.

Așadar, își exprimă convingerea că termenul de o zi ofertat de această asociere presupune că acest ofertant ar fi cunoscut din timp conținutul proiectului, a listelor de cantități și al listelor aferente dotărilor întocmite de proiectantul ... SRL, pentru a fi în măsură să achiziționeze aceste echipamente de la furnizori (care aveau nevoie de un timp semnificativ de producție), să le încarce/ transporte/ descarce/ depoziteze, cu mult anterior datei de depunere a ofertelor sau de atribuire a acestui contract.

Contestatoarea învederează Consiliului că autoritatea contractantă are în derulare două proiecte, finanțate din fonduri europene prin *Programul Operațional Regional 2014-2020, Axa prioritară 4 - Sprijinirea dezvoltării urbane durabile*, la ambele proceduri fiind câștigătoare asocierea ... SRL - ...SRL.

SC ...SRL precizează că a participat la ambele proceduri și a ofertat cel mai mic preț, obținând punctaj maxim, astfel că, în opinia sa, prin modul de acordare a unui punctaj maxim aferent factorului de evaluare *durata de livrare și timp rezolvare incidente* au fost ignorate complet principiile transparenței, nediscriminării și mai ales cel al utilizării eficiente a fondurilor, contrar intereselor Uniunii Europene și ale beneficiarului Municipiul ... și contrar scopului și obiectivelor avute în vedere în cadrul acestor contracte.

De asemenea, contestatoarea susține că asocierea SC ... SRL – SC ...SRL a depus o ofertă neconformă, deoarece nu îndeplinește condițiile legale pentru a realiza lucrările de montaj/asistență la montaj și reparații/întreținere/revizie echipamente pentru agrement, în conformitate cu cerințele Legii nr. 64/2008, HG nr. 435/2010 și prescripției tehnice PT R 19 - 2002 - Cerințe tehnice de securitate privind echipamentele și instalațiile montate și utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă emise de

Potrivit informațiilor obținute de la organismul de certificare ISCIR, niciunul dintre membrii asocierii declarate câștigătoare nu deține autorizația ISCIR pentru executarea obiectului contractului.

Aceasta arată că, deși autoritatea contractantă nu a obligat operatorii economici să prezinte autorizația ISCIR, acest aspect nu este de natură să absolve ofertanții de obligația de a depune o ofertă care să satisfacă necesitatea autorității contractante, respectiv prin care să facă dovada că au posibilitatea/capacitatea legală de a realiza toate activitățile ce fac obiectul achiziției.

Prin urmare, în contextul în care ... SRL și ...SRL cunoșteau, încă de la momentul depunerii ofertei, că nu dispun de autorizația necesară montajului/asistenței la montaj și activităților de reparație, întreținere, revizie a echipamentelor de agrement, aveau obligația fie de a coopera alți operatori economici care dețin această autorizație, fie de a subcontracta partea din contractul de achiziției către operatorii economici care dețin autorizația în discuție, dar și să depună în cadrul ofertei o procedură tehnică de execuție aferentă acestor categorii de lucrări.

În concluzie, având în vedere că ... SRL și ...SRL nu pot face dovada că au capacitatea de a executa, în conformitate cu prevederile legale în domeniu, lucrările care formează obiectul contractului, comisia de evaluare avea obligația de a respinge oferta asocierii ca neconformă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Referitor la inacceptabilitatea și neconformitatea ofertei prezentate de asocierea SC ... SRL – SC ...SRL, prin prisma imposibilității respectării termenului de furnizare de 1 zi, petenta susține următoarele:

a) termenul furnizare de o zi ofertat de asocierea SC ... SRL – SC ...SRL este nerealist, ceea ce determină caracterul imposibilității deținerii pe stoc a unei asemenea cantități mari de produse/echipamente (a blocării unei sume de 1.765.000 lei fără a avea certitudinea câștigării acestei proceduri), având în vedere că aceste produse sunt speciale, au un gabarit/greutate/volum mare, se fabrică la comandă și, mai ales, asocierea declarată câștigătoare a fost nevoită să corecteze diferențele de dimensiuni ale produselor la nivel de cm/mm, precum și natura materialelor din care sunt fabricate, conform solicitării autorității contractante nr. 94.583/18.09.2020. Prin urmare, din moment ce aceste dimensiuni și materiale au fost corectate/modificate, devine certă imposibilitatea susținerii că aceste echipamente/produse ar fi existat pe stocul ofertantului declarat câștigător.

Totodată, aduce la cunoștința Consiliului că nicio societate nu poate să dețină pe stoc aceste produse, deoarece nu sunt produse cu fabricare în serie, ci sunt produse ce se fabrică la comanda, iar cantitățile sunt mari, fiind imposibil ca o societate să își asigure stocul cu aceste cantități de produse și echipamente absolut distincte, produse de furnizori diferiți (camere CCTV, stâlpi iluminat, bănci, leagane, etc).

De aici, aceasta deduce că este imposibil ca un operator economic să-și asigure un asemenea stoc fără să cunoască din timp listele de dotări, și astfel să fie sigur că va câștiga procedura.

Potrivit pct. 3.3 din caietul de sarcini:

„Transport și montare

Operatorul economic are obligația de a asigura transportul produselor până la locația de livrare unde vor fi amplasate, montate și puse în funcțiune în maxim 60 de zile de la data primirii ordinului de livrare”.

În opinia sa, termenul de o zi este imposibil de respectat chiar și în ipoteza în care produsele ar exista pe stocul ofertantului declarat câștigător, întrucât:

- sediul SC ... SRL (a cărui contribuție în cadrul contractului este de 70% din totalul asocierii) se află în ..., la o distanță semnificativă față de

....

- există posibilitatea ca beneficiarul să solicite furnizorului declarat câștigător livrarea tuturor echipamentelor/produselor de mobilier urban într-o singură tranșă, fiind evident că, nici dacă aceste echipamente s-ar afla în ... nu ar fi posibilă respectarea termenului de o zi pentru încărcarea, transportul, descărcarea, montarea și punerea în funcțiune, recepționarea, de exemplu, a 61 bucăți stâlpi iluminat de 4 m, 104 stâlpi mici iluminat, 14 pergole, 2 fântâni arteziene, 66 bucăți ansamblu bancă+coș de gunoi, adăposturi biciclete etc.

Potrivit contractului de furnizare publicat de Municipiul ..., la art. 14.11 se stipulează: *„Livrarea produselor se consideră încheiată în momentul în care sunt îndeplinite prevederile clauzelor de recepție a produselor”.* Plecând de la prezumția ca această recepție nu va fi una formală, reprezentanții beneficiarului ar trebui să inspecteze produsele și să verifice respectarea specificațiilor tehnice și a standardelor tuturor echipamentelor, să constate deficiențele/neconcordanțele, să întocmească rapoartele de verificare și recepție în mai puțin de o zi (având în vedere că acestea trebuie transportate, montate și puse în funcțiune pe amplasamentul lucrărilor în aceeași zi), ceea ce duce efectiv în derizoriu termenul de o zi ofertat de asocieria SC ... SRL – SC ... SRL.

În opinia sa, această pretinsa detinere pe stoc a tuturor echipamentelor și produselor de mobilier urban oferite ar fi trebuit verificată de membrii comisiei de evaluare în mod minuțios și detaliat, prin identificarea exactă a acestor produse și verificarea documentelor de proveniență și a certificatelor care să ateste standardele impuse prin caietul de sarcini (categorie, tip, dimensiuni, parametri cantitativi/calitativi etc).

În consecință, raportat la toate criticile de mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să constate incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și a art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește neconformitatea ofertei ... SRL & ... SRL, iar referitor la inacceptabilitatea acele... oferte invocă dispozițiile art. 134 alin. (5) din

HG nr. 395/2016, coroborate cu cele ale art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, în lumina celor mai sus expuse, solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată și motivată.

Cu adresa nr. 3266/12.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 1747/12.01.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere față de contestația formulată de SC ...SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată și netemeinică

În ceea ce privește solicitarea de anulare a raportul procedurii nr. 130250/28.12.2020, autoritatea contractantă precizează că își menține toate deciziile, considerând că au fost luate cu respectarea legislației și ca urmare a analizei ofertelor depuse în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire.

Referitor la solicitarea de remediere a aprecierii caracterului admisibil (acceptabil și conform), autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere din raportul procedurii, întrucât toate deciziile au fost luate cu respectarea legislației achizițiilor publice și în urma analizei ofertelor depuse în conformitate cu cerințele și criteriile de evaluare din documentația de atribuire;

În ceea ce privește *"caracterul nelegal al refuzului autorității contractante de a permite studierea integrală a dosarului achiziției"*, aceasta consideră că a respectat dovezile legale transmise de asocierea ... SRL - ... SRL, prin adresa nr. 131297/29.12.2020, și anume secretul comercial probat, conform art. (1¹) din Legea nr. 11/1991 cu completările și modificările ulterioare, prin Hotărârea AGA din 01.10.2019;

Cu privire la critica ce vizează factorul *"durata de livrare"*, autoritatea consideră că a aplicat principiile tratamentului egal și nediscriminării, solicitând tuturor ofertanților dovezi concludente privind durata de livrare ofertată;

În ceea ce privește punctajul acordat asocierii câștigătoare, autoritatea arată că a aplicat criteriile de atribuire din fișa de date;

Referitor la *nerespectarea dispozițiilor art. 58-62 din Legea nr. 98/2016* care reglementează și sancționează conflictul de interese, comisia de evaluare consideră că s-a respectat legislația în domeniul achizițiilor publice, iar faptul că asocierea declarată câștigătoare a participat în trecut la o altă achiziție publică împreună cu societatea care a realizat proiectarea tehnică pentru actuala procedură, nu constituie conflict de interese și nici nu este de natură de a denatureze concurența;

Față de critica privind *încălcarea principiului eficienței economice*, autoritatea nu consideră că s-a încălcat principiul eficienței economice și precizează că își menține punctul de vedere, întrucât procedura de atribuire a fost demarată pe baza criteriului de atribuire *"cel mai bun raport calitate - preț"*, toți operatorii economici participanți la achiziție fiind evaluați în raport cu criteriul de atribuire menționat în fișa de date;

În ceea ce privește critica contestatarei, potrivit căreia oferta asocierii câștigătoare este neconformă", comisia de evaluare susține a analizat ofertele depuse raportat la cerințele din documentația de atribuire, respectiv din caietul de sarcini și din fișa de date, iar autorizarea ISCIR nu mai este necesară.

Autoritatea contractantă precizează că a solicit clarificări, în baza art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și arată că își menține punctul de vedere din raportul procedurii.

Pentru toate aceste considerente, solicită Consiliului să constate caracterul profund netemeinic al contestației formulate de SC ...SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante, înregistrată la Consiliu cu nr. 2007/13.01.2021, SC ... SRL solicită respingerea contestației și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată (onorariu avocat în sumă de 5.000 lei), conform art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește interesul său în formularea cererii de intervenție, SC ... SRL arată că prin contestația SC ...SRL formulată împotriva rezultatului procedurii, s-a solicitat anularea raportului procedurii și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii SC ... SRL – SC ...SRL.

Pe fondul cererii, intervenienta precizează următoarele:

1. Referitor la susținerile petentei potrivit cărora termenele de livrare (de 1 zi) este unul nerealist, formulat doar cu scopul obținerii unui punctaj superior, aceasta invocă adresa nr. 102936/09.10.2020, prin care comisiei de evaluare a solicitat clarificări, astfel:

„(...) Prin urmare, raportat la durata de livrare ofertată de asocierea SC ... SRL - SC ...SRL - 1 zi de la ordinul de livrare, în raport cu prevederile legislației în vigoare art. 136 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016 actualizată și art. 210 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2020 comisia de evaluare va solicita să transmiteți dovezi concludente (situația stocurilor, oferte de preț de la furnizori/producători din care să reiasă termenul de livrare de 1 zi de la ordinul de livrare ofertat, etc.) în vederea fundamentării ofertei depuse și în vederea verificării posibilității de îndeplinire a contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.”

SC ... SRL arată că a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr. 228/14.10.2020, furnizând autorității contractante informațiile solicitate.

Asupra acestei chestiuni comisia de evaluare a revenit cu adresa nr. 107456/22.10.2020, prin care solicita: (...) *vă rugăm să confirmați că veți respecta durata de livrare de 1 zi de la ordinul de livrare emis de către autoritatea contractantă către Asocierea SC ... SRL - SC ...SRL, ordin de livrare care poate fi emis oricând pe durata celor 26 luni de valabilitate a contractului.*

De asemenea vă rugăm să confirmați că în cazul în care autoritatea contractantă va emite ordinul de livrare a doua zi după constituirea

garanției de bună execuție, Asocieria SC ... SRL - SC Coil Ted Company SRL va respecta termenul de livrare ofertat de 1 zi de la ordinul de livrare ceea ce înseamnă că într-o zi de la ordinul de livrare, bunurile/echipamentele ce fac obiectul ordinului de livrare vor fi aduse la locația de livrare.

Totodată, prin solicitarea nr. 102936/09.10.2020 autoritatea contractantă a solicitat dovezi concludente din care să reiasă termenul de livrare de 1 zi de la ordinul de livrare. Prin răspunsul dumneavoastră ați răspuns parțial la solicitarea autorității contractante în sensul ca ați transmis oferte de preț pentru echipamentele de irigații și pentru echipamentele de supraveghere fără a face dovada celorlalte bunuri/echipamente oferite ce urmează a fi livrate în termen de 1 zi”.

Intervenienta susține că a răspuns și acestei solicitări, cu adresa nr. 239/27.10.2020, prin care a confirmat că va respecta termenul de livrare ofertat, respectiv 1 zi de la ordinul de livrare emis, ordin de livrare care poate fi emis oricând pe durata celor 26 luni de valabilitate a contractului.

Așadar, comisia de evaluare și-a exprimat temerile legate de termenul ofertat, însă după examinarea celor arătate în răspunsurile la solicitările sale de clarificări, aceasta a apreciat că în mod justificat aceste termen poate fi luat în considerare la calculul punctajului ofertei noastre.

2. În ceea ce privește critica petentei referitoare la refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție, în vederea studierii, oferta asocierii SC ... SRL - SC ...SRL, intervenienta învederează că, urmare adresei nr. 107456/22.10.2020, prin care comisia de evaluare a solicitat probarea caracterului confidențial al ofertei, a răspuns prin adresa nr. 239/27.10.2020, anexând Hotărârea Adunării Generale a Asociaților din 01.10.2019. Autoritatea contractantă a apreciat ca fiind concludente atât explicațiile furnizate prin adresa nr. 239/27.10.2020, cât și modalitatea de dovedire a caracterului confidențial al ofertei.

3. În ceea ce privește solicitarea de excludere a asocierii SC ... SRL - SC ...SRL din procedură, ca urmare a existenței unui pretins conflict de interese, generat de faptul că operatorul economic SC „...” SRL a fost asociat în proceduri anterioare, intervenienta arată că:

- datele invocate fiind cunoscute încă de la lansarea achiziției și după deschiderea ofertelor, astfel că ...SRL, dacă avea asemenea suspiciune, trebuia să formuleze contestație împotriva participării asocierii în procedură. Drept urmare, sub acest aspect, consideră că cererea ...SRL este tardivă;

- petenta nu a clarificat în ce mod situația expusă a creat o distorsiune a competiției;

- această situație nu concordă cu vreun temei legal care să justifice cererea ...SRL, iar societatea ... SRL nu a participat la pregătirea procedurii de față.

- cele indicate de ...SRL nu pot justifica un conflict de interese, nici sub forma coluziunii între asocierea SC ... SRL - SC ...SRL și autoritatea contractantă, nici sub aspectul existenței unei înțelegeri frauduloase între un proiectant și operatori economici alături de care a participat la alte proceduri de achiziție publică decât cea de față.

4. În ceea ce privește critica petentei referitoare la nerespectarea principiului eficienței economice, intervenienta consideră că motivarea este lipsită de interes, întrucât modul în care apreciază o autoritate publică eficiența unei investiții este supusă cenzurii în alte contexte legale decât cele ale legislației achizițiilor publice.

5. În ceea ce privește critica ce vizează lipsa unor autorizări specifice, nicăieri în documentația de atribuire (anunț de atribuire, fișa de date, caiet de sarcini, anexe) nu este precizată cerința privind capacitatea tehnică și profesională pe care o invocă petenta, respectiv autorizarea specifică dedusă din prevederile Prescripției tehnice PT R 19-2002.

În opinia sa, legea este clară în sensul respingerii tezei susținute de petentă potrivit căreia autorizarea trebuie dedusă din textele legale. Astfel, potrivit prevederilor art. 181 din Legea nr. 98/2016 *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.”* Demonstrarea capacității tehnice și profesionale trebuie să se facă numai prin raportare la experiența similară.

Dacă ar fi existat neclarități cu privire la conținutul ofertei sale, precum cele referitoare la lipsa unor autorizări care țin de demonstrarea capacității tehnice și profesionale a fiecărui ofertant, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Aprecierea caracterului necesar și adecvat al cerințelor stabilite este apanajul exclusiv al autorității contractante și niciun ofertant nu poate invoca existența altor cerințe decât cele declarate clar, limpede, fără ambiguități de către autoritatea contractantă. Or, cerința pretinsă de contestatoare a fi demonstrată încă din faza ofertării, nu există în documentația de atribuire.

Totodată, intervenienta subliniază că, pe site-ul ISCIR (<https://iscir.ro/doc/comunicate/cmei.pdf>) se precizează că *„... pentru echipamentele acționate sub propria greutate sau forța fizică a ființei umane și destinate (conform instrucțiunilor de utilizare și inscripționărilor prevăzute la art. 5 alin. (1) și alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 435/2010) folosirii pe un spațiu colectiv de joacă, temporar sau permanent, NU este necesară autorizarea persoanelor juridice de către ISCIR pentru efectuarea activității de montare a echipamentelor menționate anterior.”*

Propunerea sa tehnică include echipamente de joacă fabricate în UE, care dețin certificate de conformitate cu standardul EN 1176:2017

«Echipamente pentru spații de joacă și suprafețe ale spațiilor de joacă», astfel cum este specificat în fișele tehnice, parte a ofertei (cerința «Condiții privind conformitatea cu standardele relevante») și care sunt inscripționate din fabrică cu toate specificațiile referitoare la producător, denumire, cod, seria, anul de fabricație, grupa de vârstă, numărul maxim de utilizatori conform legislației în vigoare.

De aceea, consideră că cerințele legale referitoare la montare, revizie și întreținere sunt îndeplinite de oferta sa, conform normelor stipulate de standardul *EN 1176-7:2017 Echipamente pentru spații de joacă și suprafețe ale spațiilor de joacă. Partea 7: Ghid de instalare, de control, de întreținere și de utilizare*, care precizează că instalarea poate fi efectuată *"în conformitate cu specificațiile producătorului și a dosarului tehnic al acestuia"*.

Intervenienta consideră că îndeplinește condițiile privind montarea și repararea echipamentelor aferente spațiilor de joacă, astfel cum sunt acestea specificate de legislația în vigoare, întrucât:

- procedeele de montaj prezentate în oferta tehnică nu sunt dintre cele specificate prin PT R 19-2002;

- autorizația de revizie și întreținere echipamente de joacă nu este obligatorie:

- i) nici conform PT R 19-2002 - care prevede la Cap 8. ÎNTREȚINEREA ȘI REVIZIA art 8.1 *"Întreținerea și revizia echipamentelor/instalațiilor trebuie să fie executată de personal calificat și instruit de deținător sau producător în acest scop"*; iar la pct. 8.2 *"Întreținerea și revizia se vor efectua în conformitate cu procedura de inspecție și întreținere a echipamentului/instalației elaborată de proiectant"*;

- ii) nici conform Standardului, care precizează că reviziile periodice și întreținerea se realizează conform prescripțiilor producătorului.

Autorizațiile de montare și revizie se acordă de ISCIR societăților care folosesc în exclusivitate anumite tipuri de proceduri de montaj, precum tăiere - formare - sudare - tratamente termice.

Astfel, potrivit PT R 19-2002, Cap 6: Montarea și punerea în funcțiune, pct. 6.1.3 *"Conținutul documentației necesare pentru obținerea autorizației de către agenții economici care montează echipamente și instalații utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă este prezentat în anexa B."* În anexa B sunt detaliate procedeele de montaj care privesc: tăiere - formare - sudare - tratamente termice.

În concluzie, intervenienta susține că a oferat numai echipamente de joacă prefabricate (tăiate, tratate termic din fabrică, sudate din fabrică) care necesită montaj prin asamblare cu șurub, piulițe și chei franceze și nu prin tăiere/formare/sudare/tratamente termice. Totodată, aceasta arată că „*montator echipamente de joacă*” nu se regăsește în situația ocupațiilor reglementate de ISCIR INSPECT, astfel cum sunt acestea definite în Ordinul ISCIR nr. 8/2009, iar autorizația de montare

este acordată acelor societăți care utilizează procedee de montaj la care este necesar personal calificat ISCIR.

Pentru toate motivele expuse în cererea de intervenție, intervenienta solicită respingerea contestației formulate de ...SRL.

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă și a cererii de intervenție înaintată de SC ... SRL, ...SRL a formulat concluzii scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 4414/27.01.2021, prin care solicită constatarea caracterului netemeinic și lipsit de fundament legal al susținerilor acestora, urmând a fi respinse ca atare, având în vedere argumentele din contestație și următoarele precizări:

Aceasta reiterează că Asocierea SC ... SRL – SC ...SRL a depus o ofertă neconformă, care nu îndeplinește condițiile legale pentru a realiza lucrările de montaj/asistență la montaj și reparații/întreținere/revizie echipamente pentru agrement, în conformitate cu cerințele Legii nr. 64/2008, HG nr. 435/2010 și a Prescripției tehnice emise de

Având în vedere comunicatul ISCIR din 10.05.2018, invocat de cele două părți, petenta învederează că, începând cu data de 17.04.2019, acest act normativ a suferit modificări substanțiale, iar textul art. 2 din Legea nr. 64/2008 a fost completat prin introducerea obligativității obținerii acestei autorizații emise de către ISCIR.

În aceste condiții, pentru a evita orice posibilitate de interpretare echivocă sau subiectivă, la data de 14.01.2021, a formulat o solicitare către MINISTERUL ECONOMIEI, ENERGIEI ȘI MEDIULUI DE AFACERI- ... (ISCIR), având ca obiect:

„...emiterea unui punct de vedere prin care să ne aduceți la cunoștință dacă:

1. Comunicatul ISCIR din 10.05.2018 mai poate fi considerat ca fiind valabil, având în vedere modificările legislative majore mai sus indicate?

2. Activitățile de montaj/asistență la montaj și respectiv reparare, întreținere sau revizie a echipamentelor pentru spații de joacă pot fi executate în prezent de persoane fizice/juridice care nu dețin certificările/autorizațiile ISCIR necesare”, având în vedere:

„- Autorizația ISCIR nr. B/CR4/C,O/36/3751/0/30.10.2020 aferentă domeniului de autorizare reparare (fără lucrări de sudare) întreținere și revizie la Echipamente pentru agrement având capacitate echipament mai mică sau egală 150 persoane emisă pentru ... SRL;

- Autorizația ISCIR nr. B/CR4/B/36/3750/0/30.10.2020 aferentă domeniului de autorizare montare la Echipamente pentru agrement având capacitate echipament mai mică sau egală 250 persoane emisă pentru ... SRL;

- Conținutul PRESCRIPTIEI TEHNICE PT R 19 – 2002 - cerințe tehnice de securitate privind echipamentele și instalațiile montate și utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă;

- COMUNICATUL ISCIR din 10.05.2018 care face trimitere (în principal) la art. 2 din Legea nr. 64/2008 și Anexa 2, pct. 9 din Legea nr. 64/2008- varianta publicată în mai 2016, valabilă până în luna iunie 2018;

- Modificările suferite de Legea nr. 64/2008, varianta în vigoare începând cu data de 17.04.2017”.

La data de 18.01.2021, ISCIR a răspuns cu adresa nr. 325, care clarifică situația acestui comunicat și a autorizărilor, astfel:

„(...) 2) Utilizarea echipamentelor pentru spații de joacă intră sub incidența prevederilor Legii nr. 64/2008, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și ale prescripției tehnice PT R19-2002;

3) Activitățile de montare, reparare, întreținere și revizie a echipamentelor pentru spații de joacă intră sub incidența Prescripției tehnice PT 19-2002. Pentru a putea efectua activitățile mai sus menționate, persoanele juridice se autorizează potrivit prevederilor prescripției tehnice PT CR4-2009 pentru aceste tipuri de activități;

4) Personalul tehnic de specialitate nominalizat al persoanei juridice autorizate trebuie să fie atestat în condițiile prevăzute în Ordinul Inspectorului de Stat Șef al ISCIR nr. 165/2011, cu modificările și completările ulterioare;

5) Activitatea de supraveghere a echipamentelor pentru spații de joacă se realizează de către operatorul RSVTI autorizat al deținătorului/utilizatorului, conform prevederilor Ordinului Inspectorului de Stat Șef al ISCIR nr. 130/2011;

6) Comunicatul ISCIR din data de 10.05.2018 cu privire la efectuarea activității de montare a echipamentelor pentru spații de joacă la care faceți referire în adresa dumneavoastră și-a încetat valabilitatea de la data intrării în vigoare a prevederilor Legii nr. 40/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 64/2008 (17.04.2010)".

Potrivit art. 1.1 din cuprinsul Prescripției Tehnice PT CR4-2009 la care face trimitere ISCIR: „Prezenta prescripție tehnică stabilește condițiile de autorizare în România a persoanelor juridice în vederea efectuării de activități în domeniul ISCIR".

Art. 2.1 din cuprinsul acele... prescripții stipulează: „Activitățile supuse regimului de autorizare ISCIR potrivit prevederilor prezentei prescripții tehnice sunt prevăzute în Anexa 1".

Potrivit Prescripției tehnice PT R19-2002 - Cerințe tehnice de securitate privind echipamentele și instalațiile montate și utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă emise de ISCIR (al doilea document la care face trimitere expresă ISCIR):

„Prevederile prescripțiilor tehnice sunt obligatorii pentru toți cei care distribuie, montează, instalează, repară, întrețin, dețin, exploatează sau verifică echipamente și instalații montate și utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă.

6 MONTAREA ȘI PUNEREA ÎN FUNCȚIUNE

6.1 Montarea și demontarea

6.1.1 Montarea echipamentelor și instalațiilor utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă poate fi făcută de agenți economici care dispun de mijloace tehnice corespunzătoare și sunt autorizați de ISCIR-INSPECT.

6.1.4 Agentul economic autorizat pentru montarea-demontarea echipamentelor/instalațiilor montate și utilizate în parcurile de distracții și spațiile de joacă are următoarele obligații:

c) să prezinte echipamentele, instalațiile și toate documentațiile tehnice necesare (cartea instalației-parte de montare), în timpul și la sfârșitul montării, la verificările care se efectuează de către inspectorii de specialitate ai ISCIR-INSPECT sau, cu împuternicire scrisă din partea ISCIR-INSPECT, de către personalul tehnic de specialitate propriu autorizat pentru verificarea lucrărilor de montare;

j) să asigure măsurile corespunzătoare astfel încât personalul tehnic de specialitate propriu, autorizat de ISCIR-INSPECT, să-și poată îndeplini în bune condiții sarcinile prevăzute la pct. 6.1.5 și 6.1.6.

9 REPARAREA

9.1 Repararea echipamentelor și instalațiilor montate și utilizate în parcurile de distracții și spațiile de joacă va fi efectuată în condițiile menționate la pct. 6.2.6.2, 6.2.6.5 și 6.2.6.11.

6.2.6.5 *Repararea echipamentelor și instalațiilor montate și utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă poate fi făcută de agenți economici care dispun de mijloace tehnice corespunzătoare și sunt autorizați de ISCIR-INSPECTIT".*

În concluzie, petenta susține că autorizațiile ISCIR prezentate atât pentru activitatea de montare, cât și pentru activitățile de reparare (fără lucrări de sudare), întreținere și revizie a echipamentelor pentru agrement nu fac altceva decât să demonstreze modalitatea prin care un ofertant are dreptul de a executa, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare, obiectul contractului în discuție. Pe lângă interdicția executării acestor activități în lipsa deținerii autorizațiilor reglementate prin texte de lege clare, dispozițiile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 64/2008 incriminează efectiv desfășurarea acestor activități fără autorizații.

Totodată, petenta subliniază că nu a invocat inacceptabilitatea ofertei asocierii SC ... SRL – SC ...SRL, ca urmare a nerespectării vreunei cerințe din cuprinsul fișei de date a achiziției, ci neconformitatea ofertei prezentate de către o asocierie care nu deține capacitatea tehnică de a executa niciuna dintre lucrările care formează obiectul acestui contract. Ofertanții au obligația de a depune o ofertă care să satisfacă necesitatea autorității contractante, respectiv prin care să facă dovada că au posibilitatea/capacitatea legală de a realiza toate activitățile ce fac obiectul achiziției.

Contrar susținerilor intervenientei, este irelevantă lipsa indicării în cuprinsul fișei de date a obligativității deținerii acestor autorizații de către ofertenți, atât timp cât activitățile ofertate sunt condiționate expres prin lege de deținerea acestor autorizări.

În susținere, petenta invocă deciziile CNSC și ale instanțelor de judecată, astfel: Decizia CNSC nr. 2762/09/3053 din 24.10.2018, Decizia CNSC nr. 2865/C10/3036 din 07.11.2018, Decizia civilă nr. 3854/26.09.2018, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Decizia Curții de Apel ... nr. 607/2018.

În concluzie, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta asocierii ca neconformă, potrivit art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016, având în vedere că SC ... SRL și SC ...SRL nu pot face dovada că au capacitatea tehnică de a executa, în conformitate cu prevederile legale în domeniu, aplicabile la data prezentării ofertei, lucrările care formează obiectul contractului.

În continuare, aceasta reiterează criticile din contestație privind inacceptabilitatea și neconformitatea ofertei prezentate de asocieria SC ... SRL – SC ...SRL, prin prisma imposibilității respectării termenului de furnizare de 1 zi, suplimentar precizând următoarele:

Având în vedere răspunsul SC ... SRL nr. 228/14.10.2020, ca urmare a solicitării Municipiul ... nr. 102936/09.10.2020 (prin care s-a cerut justificarea termenului de livrare de 1 zi), contestatoarea constată că ofertantul a înțeles să garanteze acest termen pretinzând că toate echipamentele le deține pe stoc, fără a fi prezentată ofertă din partea vreunui furnizor. Astfel, aceasta consideră că autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice în detaliu situația stocurilor, cu analiza denumirii

produselor, a parametrilor acestora, a producătorilor, în scopul constatării dacă acest ofertant deține în stoc ceea ce pretinde.

Analizând Situația stocurilor, aferentă perioadei 01.08.2020-31.08.2020, prezentată de către SC ... SRL, petenta susține că a constatat că niciunul dintre echipamentele solicitate prin caietul de sarcini nu se regăsește în cuprinsul acesteia. Mai exact, susține că ofertantul a prezentat un inventar deținut de o societate cu specific lucrări construcții, în proporție de 99% materiale de construcții (de exemplu: stobiela - 21.317,12 lei; materiale mărunte - 62.006 lei; oțel - 1.830 kg; binder - 689.265; materiale construcție - ..., ..., adeziv, granule, materiale mărunte, poliuretan, tâmplărie, nisip, beton - cca. 2.200.000 lei), fără nicio legătură cu echipamente solicitate prin caietul de sarcini.

În opinia sa, este imposibil ca un operator economic să își asigure un asemenea stoc fără să cunoască din timp listele de dotări și să fie sigur că va câștiga procedură.

Cu referire la același răspuns al societății ... SRL, petenta apreciază că asocierea a confirmat imposibilitatea respectării termenului de furnizare/montaj de 1 zi de la emiterea Notei de comandă, având în vedere mențiunea potrivit căreia SC ...SRL va furniza/monta echipamentele în termen de 1 zi de la primirea Notei de comandă „...de la depozitul său local...” (nu 1 oră, 5 ore sau 10 ore), ceea ce demonstrează că termenul necesar pentru ca aceste echipamente să ajungă de la ... (sediul pretinsului furnizor ...) depășește termenul de zi.

În consecință, răspunsul SC ... SRL nr. 228/14.10.2020 este neconcludent în ceea ce privește încercarea de demonstrare a respectării termenului de livrare de 1 zi ofertat.

Totodată, contestatoarea reiterează că termenul de 1 zi ofertat de către aceasta asociere contractantă presupune că acest ofertant ar fi cunoscut din timp conținutul proiectului, a listelor de cantități și a listelor aferente dotărilor întocmite de către proiectantul ... SRL, pentru a fi în măsură să achiziționeze aceste echipamente de la furnizori, cu mult anterior datei de depunere a ofertelor sau de atribuire a acestui contract.

În concluzie, în lumina celor mai sus expuse, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată, motivată și dezvoltată, urmand să fie respinse, ca netemeinice și lipsite de fundament legal, atât punctul de vedere al autorității, cât și cererea de intervenție formulată de Asocierea ...&CON TED COMPANY.

În replică, cu adresa nr. 16/28.01.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 4620/28.01.2021, intervenienta a depus concluzii scrise prin care solicită respingerea argumentelor promovate de contestatoare prin concluzii, și pe fond, respingerea contestației, având în vedere următoarele motive:

- Nemenționarea unei anumite cerințe referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională în anunțul de participare - chiar dacă aceasta ar fi menționată în celelalte acte ale documentației de atribuire - produce

efectul prevăzut de art. 30 alin. (6) HG nr. 395/2016. Cu atât mai mult nu se poate susține că ar exista vreo asemenea cerință în virtutea unor dispoziții legale nementionate precis în orice parte a documentației de atribuire, astfel încât orice operator economic să fie informat asupra condițiilor de participare la atribuirea unui contract de achiziție.

În opinia sa, chiar dacă ar fi fondată o asemenea susținere, cerința pretinsă a fi necesară pentru atribuirea contractului de achiziție în speță este de fapt o cerință de executare a contractului de achiziție. Dacă autoritatea contractantă va considera necesar, la momentul executării contractului, să verifice modul de executare și sub aspectul necesității prezentării unei asemenea autorizări, atunci va fi în măsură să prezinte capacitatea în cauză.

- Existența unei retractări a poziției ISCIR, exprimată prin comunicatul din 18.04.2018, nu este una publică, fiind emisă la o cerere individuală a unei părți interesate. Evident că ISCIR nu poate modifica un act normativ, pe calea unui răspuns la o petiție.

Potrivit Ordinului MEC nr. 4/2006 pentru modificarea Prescripției tehnice PT R 19-2002, ediția 1 *„Cerințe tehnice de securitate privind echipamentele și instalațiile montate și utilizate în cadrul parcurilor de distracții și spațiilor de joacă”* - act normativ în vigoare,

„1. La capitolul 1, punctul 1.2 va avea următorul cuprins:

1.2. Domeniu de aplicare

Prezenta prescripție tehnică se aplică echipamentelor și instalațiilor montate și utilizate în cadrul parcurilor de distracții și pentru sporturi extreme.

Echipamentele pentru spațiile de joacă concepute sau destinate pentru a fi utilizate în special de copii, la care intervine exclusiv greutatea sau forța fizică a ființei umane, și destinate folosirii pe un spațiu colectiv de joacă, temporar sau permanent, nu necesită autorizație de funcționare de la ISCIR.”

De asemenea, intervenienta susține că autoarea contestației a marșat pe o echivalență semantică, care, de fapt, nu există, respectiv între *„echipament pentru agrement”* și *„echipament pentru spații de joacă”*.

Art. 2 din HG nr. 435/2010 stabilește următoarele definiții ale acestor echipamente:

„În înțelesul prezentei hotărâri, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

- a) echipament pentru agrement - orice utilaj, instalație sau dispozitiv acționat prin forța ori greutatea omului, electric, pneumatic, hidraulic, mecanic și/sau prin orice altă/alte sursă/surse de energie, ce funcționează pe un amplasament temporar ori definitiv și care este destinat agrementului, jocului sau destinderii consumatorilor;*
- b) echipament pentru spații de joacă - echipament pentru agrement, acționat exclusiv prin greutatea sau forța fizică a omului, destinat*

pentru a fi utilizat în special de copii, pe un spațiu de joacă, temporar ori permanent".

În argumentarea sa, petenta se referă la acte normative care reglementează situația echipamentelor pentru agrement, echipamente care nu fac obiectul achiziției în speță și nerelevante ca fundament legal, pentru contestația sa.

Referitor la motivul de inacceptabilitate și neconformitate a ofertei asocierii ... SRL&...SRL, prin prisma imposibilității respectării termenului de furnizare de 1 zi ofertat, intervenienta arată că petenta invocă un motiv neprevăzut de lege, respectiv: imposibilitatea unui ofertant de a-și asuma termene (considerate de un terț) nerealiste de îndeplinire a propriilor obligații.

Inacceptabilitatea ofertei, întemeiată pe art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 (caracterul neconcludent al răspunsului la o solicitare de clarificare a autorității contractante), este ab initio lipsită de fundament, căci caracterul neconcludent trebuie să fie constatat de comisia de evaluare, iar nu de un competitor. Așadar, lipsește temeiul legal al respingerii unei oferte pentru motivul invocat de contestatoare.

Totodată, intervenienta consideră că aprecierea petentei se bazează pe situații ipotetice, pe speculații, precum:

- dacă autoritatea contractantă ar solicita îndeplinirea obligației de livrare a tuturor echipamentelor *uno ictu*;
- dacă asociera nu are în stoc echipamentele necesare îndeplinirii obligației de livrare.

În concluzie, intervenienta arată că, atât timp cât aprecierile contestatoarei nu sunt întemeiate pe probe, nu pot constitui motive de admitere a contestației.

În ceea ce privește nerespectarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 58-62 din Legea nr. 98/2016, care reglementează și sancționează conflictul de interese, respectiv necesitatea remedierii acestei situații prin excluderea ofertantului ... SRL&...SRL din cadrul acestei proceduri, intervenienta precizează următoarele:

a). ...SRL nu se apară în fața excepției tardivității solicitării de a fi excluși din procedură, invocată prin cererea de intervenție, datorită pretinsului conflict de interese invocat, intervenienta reiterând că despre această situație CNC a aflat încă de la data publicării declarației de participare (07.09.2020), respectiv știa cine este furnizorul proiectului tehnic (S.C. "... SRL) și, totodată, știa că ... SRL&...SRL participă la această procedură.

Din acest motiv, intervenienta solicită admiterea excepției și decăderea ...SRL din dreptul de formula aceasta critică.

b). Nu are „relații comerciale” cu S.“...” SRL în prezenta procedură de achiziție, considerând că „relațiile comerciale” pe care le-au avut în alte proceduri de achiziție nu creează în sine situația de conflict de interese invocată de ...SRL.

c). Niciunul dintre membrii ... SRL&...SRL nu a participat la pregătirea anterioară a procedurii de față, iar activitatea SC. „...” SRL de realizare a proiectului tehnic al prezentei achiziții nu este o activitate a membrilor asocierii din prezenta achiziție.

d). Prezumptiva informare anterioară a asocierii de către S.C. „...” SRL asupra datelor proiectului nu numai că nu este probată, dar pentru chestiunea creării din vreme a stocului necesar pentru îndeplinirea obligației de livrare în termen de 1 zi de la comanda AC este absolut lipsită de importanță, întrucât de la lansarea achiziției și până la data semnării contractului de achiziție este destul timp pentru pregătirea livrării conform ofertei prezentate. Așadar, nu era nevoie de vreo înștiințare prealabilă lansării achiziției, intervalul de timp arătat fiind mai mult decât suficient pentru pregătirea livrării.

Concluzionând, Asocierea ... SRL&...SRL învederează că nu există deci nicio situație de conflict de interese.

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

În calitate de autoritate contractantă, MUNICIPIUL ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizarea de bunuri și dotări aferente proiectului «Oază de verdeață din cartierul nostru - program comunitar de revitalizare a spațiilor publice abandonate/degradate de mici dimensiuni», SMIS 126441”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../28.07.2020.

Valoarea estimată a contractului este de 1.783.639 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare, timp rezolvare incidente - pondere 20%, prețul ofertei - pondere 60% și durata de livrare - pondere 20%.

Conform procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 89819/07.09.2020 și a declarației de participare publicată în SEAP în data de 07.09.2020, au depus oferte 2 operatori economici, respectiv contestatoarea ...SRL și intervenienta asocierea SC ... SRL – SC ...SRL.

Potrivit raportului procedurii nr. 130744/29.12.2020, oferta contestatoarei ...SRL s-a clasat pe locul 2 cu 80,66 puncte și un preț de 1.588.566,70 lei, fiind declarată câștigătoare a procedurii oferta depusă de asocierea SC ... SRL – SC ...SRL, cu 96,08 puncte și un preț de 1.765.066,10 lei fără TVA.

Împotriva acestui rezultat, ...SRL a formulat prezenta contestație, criticând oferta declarată câștigătoare.

După depunerea contestației, ...SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 114/13.07.2020, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația împotriva procedurii CN

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânării definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

După depunerea contestației, a formulat cerere de intervenție SC ... SRL, câștigătoare declarată a procedurii de atribuire, prin care a solicitat respingerea acestei contestații ca nefondate.

Având în vedere faptul că, în calitate de câștigătoare a procedurii în analiză, SC ... SRL are interesul a se păstra actele întocmite de autoritatea contractantă în forma lor actuală, în temeiul art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Pe fondul cauzei, preliminar, Consiliul are în vedere că obiectul acestei proceduri constă în furnizarea de mobilier urban, echipamente de joacă și asigurarea utilităților necesare pentru 5 amplasamente din MUNICIPIUL

Lista dotărilor cuprinde tipuri diferite de dotări, respectiv: panouri interactive, panou de cățărare, copac cățăratoare, echipament cățărat, ansamblu cățărare, leagăn, echipament de cățărare cu tobogan, carusel - copii dizabilități, 3 tipuri de bănci (obișnuite, circulare și modulare), pachet coșuri de gunoi (gunoi stradal, deșeuri animale, colectare selectivă), pachet mobilier urban (rastel biciclete, set cișmele stradale, pachet supraveghere video (înregistrator video digital, cameră video exterior, HDD, UPS), pachet sistem irigații (programator sisteme irigații, modul control irigații WI-FI, mini - stație meteo), pachet pompare apă (pompă apă, releu pornire pompă).

De exemplu, pentru locația „scur Dacia” sunt 65 repere, iar pentru toate cele 5 locații urmează a fi furnizate și montate/pune pe poziție un număr de 325 repere.

Contractul se întinde pe o perioadă de 26 luni, îndeplinirea contractului urmând să se facă în această perioadă, în termen de 60 de zile de la emiterea ordinului de livrare.

1. Prima critică din contestație se referă la acceptarea de către autoritatea contractantă a unui termen de livrare complet nerealist, de o zi de la emiterea ordinului de livrare, pentru oferta declarată câștigătoare.

În soluționare, Consiliul are în vedere că, potrivit prevederilor fișei de date, factorul de evaluare „durata de livrare” vizează componenta tehnică a ofertei și are o pondere de 20%, algoritmul de calcul fiind următorul:

„Algoritm de calcul: Punctajul pentru factorul de evaluare «Durata de livrare», cu o valoare de 20 puncte din totalul de 100 de puncte și cu o pondere de 50% din totalul factorului de evaluare (tehnic), se vor acorda după cum urmează:

a) Pentru oferta admisibilă cu cea mai redusă durată de livrare – 20 puncte

b) Pentru restul ofertelor admisibile, punctajul se va calcula utilizând următoarea formulă:

$$P_{durata\ de\ livrare\ (n)} = \frac{Durata\ de\ livrare\ (min)}{Durata\ de\ livrare\ (n)} \times 20,$$

unde:

$P_{durata\ de\ livrare\ (n)}$: punctajul obținut de către oferta admisibilă aflată sub evaluare

Durata de livrare (min): cea mai redusă dintre duratele de livrare ale ofertelor admisibile;

Durata de livrare (n): durata de livrare a ofertei admisibile aflată sub evaluare.”

Pentru acest factor de evaluare tehnic, asocierea contestatoare a ofertat un termen de 30 de zile, în timp ce ofertanta declarată câștigătoare a prevăzut în oferta sa un termen de o zi.

Potrivit procesului-verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz, factorii de evaluare nr. 97659/25.09.2020, pentru acest factor de evaluare oferta contestatoarei a obținut 0,66 puncte, iar oferta declarată câștigătoare 20 puncte.

Consiliul reține că anterior întocmirii acestui proces-verbal de evaluare, autoritatea contractantă nu a făcut o reală verificare a posibilității de îndeplinire a termenului ofertat, ci, printr-o solicitare de clarificări identică transmisă celor doi ofertanți a solicitat doar confirmarea perioadei de livrare de maximum 60 de zile de la primirea ordinului de livrare, la care, prin adresa nr. 206/23.09.2020, SC ... SRL a răspuns astfel: „Confirmăm că termenul de livrare ofertat de către asocierea noastră este de o zi de la comanda beneficiarului (conform specificație pag. 7, Tabel rând 1- Propunerea tehnică), așadar se încadrează în termenul solicitat de maxim 60 de zile”.

În urma răspunsului la această solicitare de clarificare, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal de analiză oferte tehnice nr. 97659/25.09.2020 împreună cu fișele de punctaj pentru factorii de evaluare tehnici (timp rezolvare incidente - pondere 20% și durata de livrare - pondere 20%).

Consiliul reține că autoritatea contractantă a efectuat verificări cu privire la posibilitatea de îndeplinire a termenului ofertat pentru acest factor de evaluare abia în cadrul evaluării propunerilor financiare.

Astfel, prin adresa nr. 102936/09.10.2020, autoritatea contractantă a formulat următoarea solicitare:

„Prin urmare, raportat la durata de livrare ofertată de Asocierea SC ... SRL - SC ...SRL - 1 zi de la ordinul de livrare, în raport cu prevederile legislației în vigoare art. 136 alin. 1 și 2 din HG nr. 395/2016 actualizată și art. 210 alin. 1 și 2 din Legea 98/2020, comisia de evaluare vă solicită să transmiteți dovezi concludente (situația stocurilor, oferte de preț de la furnizori/producători din care să reiasă termenul de livrare de 1 zi de la ordinul de livrare ofertat, etc) în vederea fundamentării ofertei depuse și în vederea verificării posibilității de îndeplinire a contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.”

Cu adresa nr. 228/14.10.2020, SC ... SRL a răspuns astfel:

„În condițiile în care termenul contractului este de 26 de luni și «termenul pentru livrarea și punerea în funcțiune» este de maxim 60 zile de la data primirii ordinului de livrare, relevanța termenului de livrare ofertat are legătura directă în această procedură cu modalitatea de organizare și procesul logistic strategic pentru îndeplinirea contractului și NU cu stocurile ofertantului la momentul deschiderii ofertelor.

Pe cale de consecință, ofertantul câștigător are timpul necesar să aprovizioneze din fabricile de profil produsele întrucât termenul de livrare solicitat de către autoritatea contractantă se calculează de la primirea ordinului de livrare și nu de la

semnarea contractului, iar **termenul de montaj poate fi dus la îndeplinire în max 60 zile.**"

În urma analizării răspunsurilor la primul set de solicitări de clarificări transmise ambilor ofertanți, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv a verificării conformității acestora cu propunerile tehnice nr. 10745/2.10.2020, prin care s-a decis solicitarea unor noi clarificări asocierii SC ... SRL - SC ...SRL, transmisă prin adresa nr. 107456/20.10.2020, potrivit căreia:

„Drept urmare, ținând cont de cele prezentate mai sus vă rugăm să confirmați că veți respecta durata de livrare de 1 zi de la ordinul de livrare emis de către autoritatea contractantă către Asocieria SC ... SRL - SC ...SRL, ordin de livrare care poate fi emis oricând pe durata celor 26 luni de valabilitate a contractului.

De asemenea, vă rugăm să confirmați că în cazul în care autoritatea contractantă va emite ordinul de livrare a doua zi după constituirea garanției de bună execuție, Asocieria SC ... SRL - SC ...SRL va respecta **termenul de livrare oferat de 1 zi de la ordinul de livrare ceea ce înseamnă că într-o zi de la ordinul de livrare, bunurile/echipamentele ce fac obiectul ordinului de livrare vor fi aduse la locația de livrare.**"

Cu adresa nr. 239/27.10.2020, SC ... SRL a răspuns astfel acestei solicitări:

„Confirmăm că vom respecta termenul de livrare oferat, respectiv 1 zi de la ordinul de livrare emis de către autoritatea contractantă, ordin de livrare care poate fi emis oricând pe durata celor 26 luni de valabilitate a contractului.

Confirmăm că, în cazul în care autoritatea contractantă va emite ordinul de livrare a doua zi după constituirea garanției de bună execuție, asocieria ... SRL - ...SRL va **respecta termenul de livrare oferat de 1 zi de la ordinul de livrare și va livra bunurile/ echipamentele ce fac obiectul ordinului de livrare la locația de livrare indicată.**"

Consiliul constată că în procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv a verificării conformității acestora cu propunerile tehnice nr. 109750/29.10.2020, autoritatea contractantă a prezentat extrase din răspunsul asocierii declarată câștigătoare și, fără alte comentarii a specificat: *„Comisia de evaluare a concluzionat că răspunsul este concludent”*, declarând admisibilă această ofertă în urma evaluării financiare.

Consiliul are în vedere modul diferit de interpretare către părți a factorului de evaluare „durata de livrare”.

Astfel în timp ce contestatoarea interpretează acest factor de evaluare în sensul extins, respectiv că acesta cuprinde atât livrarea, cât și montajul și punerea în funcțiune a produselor, asocieria câștigătoare și autoritatea contractantă interpretează în sensul restrâns, respectiv că livrare înseamnă doar aducerea produselor la amplasamente, fără a include montajul, punerea în funcțiune și recepția acestora.

În acest sens, Consiliul are în vedere prevederile art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(8) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.”

Prin urmare, un punctaj ridicat pentru un factor de evaluare înseamnă că acea ofertă prezintă un avantaj mai mare decât o ofertă care obține un punctaj mai scăzut pentru același factor de evaluare. De exemplu, o ofertă cu un preț mai scăzut obține un punctaj mai mare și este mai avantajoasă pentru autoritatea contractantă decât o ofertă cu un preț mai mare. De asemenea o perioadă de garanție mai mare reprezintă un avantaj pentru autoritatea contractantă față de o perioadă de garanție mai mică.

În cazul nostru concret, un termen de livrare în sensul de aducere a produselor la amplasament nu reprezintă un avantaj pentru autoritatea contractantă, atâta timp cât termenul de montare și recepție este cel limită prevăzut în caietul de sarcini, de 60 de zile.

Mai mult, având în vedere prevederile pct. 4. Recepția produselor din caietul de sarcini, potrivit căroră: *„După recepția cantitativă, echipamentele și dotările vor rămâne în custodia beneficiarului în ambalajul de transport, până la punerea în funcțiune/pe poziție”*, o perioadă scurtă de livrare, urmată de o perioadă lungă pentru montare și punere în funcțiune/pe poziție a acestor produse este de natură a aduce dezavantaje autorității contractante prin faptul că aceasta trebuie să asigure paza respectivelor produse o perioadă de timp mai mare (de la aducerea produselor la montare), precum și să efectueze eventuale cheltuieli cu depozitarea pe perioada custodiei.

Autoritatea contractantă obține într-adevăr un avantaj real doar în situația în care factorul de evaluare „durata de livrare” este interpretat în sensul perioadei până la recepția calitativă a produselor.

Consiliul reține că nici în fișa de date și nici în caietul de sarcini nu există o definiție a termenului „durată de livrare”. În caietul de sarcini la pct. 3.2 Termenul de livrare se precizează că „livrarea se va face în maxim 60 zile de la data primirii ordinului de livrare emis de către autoritatea contractantă”, același termen de 60 de zile fiind prevăzut și la pct. 3.3 Transport și montare: „Operatorul economic are obligația de a asigura transportul produselor până la locația de livrare unde vor fi amplasate, montate și puse în funcțiune în maxim 60 zile de la data primirii ordinului de livrare”.

Însă, din prevederile corelative ale caietului de sarcini și ale modelului de contract, părți ale documentației de atribuire, reiese că termenul de livrare cuprinde nu doar transportul, ci și montarea și punerea în funcțiune/pe poziție a acestor produse. Astfel, conform pct. 14.11 din Modelul de contract: **„Livrarea produselor se consideră încheiată în momentul în care sunt îndeplinite prevederile clauzelor de recepție (a) produselor”**, iar la pct. 4. Recepția produselor din caietul de sarcini se prevede:

„Recepția cantitativă se va face la locația stabilită de autoritatea contractantă. După recepția cantitativă, echipamentele și dotările vor rămâne în custodia beneficiarului în ambalajul de transport, până la punerea în funcțiune / pe poziție.

Recepția calitativă se va face după montajul sau punerea pe poziție a echipamentelor / dotărilor unde, după verificarea configurației și a cantităților se va încheia un proces-verbal de recepție conform cerințelor din contract. Montajul și punerea pe poziție se va face, ulterior recepției cantitative și la comanda beneficiarului și se va încheia un proces-verbal de recepție calitativă.

Dacă la recepție (cantitativă și/sau calitativă) se constată că nu a fost livrată întreaga cantitate și/sau că produsele nu respectă în totalitate specificațiile tehnice din caietul de sarcini, atunci furnizorul va fi obligat să remedieze neconformitățile în decurs de 5 zile de la constatarea lor. Neconformitățile vor fi consemnate într-o Notă de constatare.

În cazul în care neconformitățile nu sunt remediate în termenul stabilit, autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a rezilia contractul și de a solicita plata de daune-interese."

Potrivit acestor prevederi ale documentației de atribuire durata de livrare se consideră **de la emiterea ordinului de livrare și până la întocmirea procesului-verbal de recepție calitativă a produselor.**

Toate aceste prevederi ale documentației de atribuire au fost cunoscute de toți participanții și potențialii participanți la procedură fiind publicate în SEAP atașate anunțului de participare.

Că factorul de evaluare trebuie înțeles în acest sens este și definiția acestuia din Strategia de contractare nr. 69932/15.07.2020, întocmită de autoritatea contractantă, unde la subsolul pag. 11 (pagina 32 din dosarul achiziției publice) cu privire la factorul de evaluare „durata de livrare” există următoarea definiție: „produs livrat înseamnă că toate activitățile în cadrul contractului au fost realizate și produsul /echipamentul este instalat, funcționează la parametri agreeți și este acceptat de autoritatea contractantă.”

Pentru toate acestea, Consiliul va admite critica și va dispune reevaluarea ofertei depusă de Asocierea ... SRL - ...SRL cu privire la factorul de evaluare „durată de livrare” și, ca o consecință a acestei reevaluări, recalcularea punctajului ofertei contestatoarei pentru acest factor de evaluare.

2. A doua critică din contestație vizează faptul că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 58-62 din Legea nr. 98/2016 cu privire la conflictul de interese și remedierea acestei situații prin excluderea ofertantului ... SRL.

Contestatoarea susține că ... SRL a participat la alte proceduri de atribuire în asociere cu S.C. ... SRL, care a câștigat procedura de atribuire a contractului de prestare servicii de Asistență din partea proiectantului pe perioada derulării prezentului contract și a întocmit documentația tehnică pentru prezentul contract (caiet de sarcini, liste de dotări, notele proiectantului). Având astfel de relații cu S.C. ... SRL, contestatoarea susține că ... SRL este avantajată în această procedură, întrucât ar fi cunoscut dinainte prevederile caietului de sarcini cu privire la dotările care urmează a fi furnizate, ceea ce i-ar fi dat posibilitatea să oferteze termenul de o zi pentru factorul „durata de livrare”.

Preliminar, Consiliul are în vedere că, așa cum s-a analizat mai sus, ... SRL nu a obținut niciun avantaj pentru factorul de evaluare „durata de

livrare”, oferta acestei asocieri urmând să fie reevaluată cu privire la acest factor de evaluare.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei cu privire la încălcarea prevederilor art. 58-62 din Legea nr. 98/2016, Consiliul consideră necesar să citeze integral aceste prevederi.

„Art. 58. - Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a preveni, identifica și remedia situațiile de conflict de interese, în scopul evitării denaturării concurenței și al asigurării tratamentului egal pentru toți operatorii economici.

Art. 59. - În sensul prezentei legi, prin conflict de interese se înțelege orice situație în care **membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante**, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența lor în contextul procedurii de atribuire.

Art. 60. - (1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

a) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care dețin părți sociale, părți de interes, acțiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători sau subcontractanți propuși ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;

b) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soț/soție, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;

c) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informații concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situație de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare;

d) situația în care ofertantul individual/ofertantul asociat/ candidatul/ subcontractantul propus/terțul susținător are drept membri în cadrul consiliului de administrație/organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;

e) situația în care ofertantul/candidatul a nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), prin acționar sau asociat semnificativ se înțelege persoana care exercită drepturi aferente unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social sau îi conferă deținătorului cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală.

Art. 61. - Ofertantul declarat câștigător cu care autoritatea contractantă a încheiat contractul de achiziție publică nu are dreptul de a angaja sau încheia orice

alte înțelegeri privind prestarea de servicii, direct ori indirect, în scopul îndeplinirii contractului de achiziție publică, cu persoane fizice sau juridice care au fost implicate în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor depuse în cadrul unei proceduri de atribuire ori angajați/foști angajați ai autorității contractante sau ai furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire cu care autoritatea contractantă/furnizorul de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire a încetat relațiile contractuale ulterior atribuirii contractului de achiziție publică, pe parcursul unei perioade de cel puțin 12 luni de la încheierea contractului, sub sancțiunea rezoluțiunii ori rezilierii de drept a contractului respectiv.

Art. 62. - (1) În cazul în care autoritatea contractantă identifică o situație potențial generatoare de conflict de interese în sensul art. 59, aceasta are obligația de a întreprinde orice demersuri necesare pentru a stabili dacă situația respectivă reprezintă o situație de conflict de interese și de a prezenta candidatului/ofertantului aflat în respectiva situație o expunere a motivelor care, în opinia autorității contractante, sunt de natură să ducă la un conflict de interese.

(2) În cazul prevăzut la alin. (1), autoritatea contractantă solicită candidatului/ofertantului transmiterea punctului său de vedere cu privire la respectiva situație.

(3) În cazul în care, în urma aplicării dispozițiilor alin. (1) și (2), autoritatea contractantă stabilește că există un conflict de interese, autoritatea contractantă adoptă măsurile necesare pentru eliminarea circumstanțelor care au generat conflictul de interese, dispunând măsuri cum ar fi înlocuirea persoanelor responsabile cu evaluarea ofertelor, atunci când le este afectată imparțialitatea, acolo unde este posibil, **sau eliminarea ofertantului/candidatului aflat în relație cu persoanele cu funcții de decizie din cadrul autorității contractante.**"

Din cele susținute, dar neprobate de contestatoare, Consiliul reține că, deși S.C. ... SRL s-ar putea încadra ca furnizor de servicii de achiziție, totuși situația prezentată nu se încadrează în niciuna dintre situațiile potențial generatoare de conflict de interese, prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016. Consiliul mai constată că în anunțul de participare nu este nominalizată nicio persoană din afara autorității contractante care să fi participat la pregătirea procedurii de atribuire, deși, dacă ar fi existat astfel de persoane, autoritatea contractantă avea obligația de a le preciza în conformitate cu prevederile art. 21 alin. (5) și (6) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(5) În îndeplinirea funcțiilor sale, ANAP are acces la formularul de integritate completat de autoritatea contractantă în baza prevederilor Legii nr. 184/2016 privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictului de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, precum și la orice informații referitoare la identificarea persoanelor care dețin funcții de decizie care sunt implicate în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia în cadrul autorității contractante, precum și a celor cu putere de reprezentare din partea furnizorului de servicii auxiliare, dar și a celor implicate în procedură din partea acestuia din urmă, necesare pentru verificarea îndeplinirii de către autoritatea contractantă a obligației prevăzute la art. 58 din Lege.

(6) Numele, prenumele și funcția deținută de persoanele prevăzute la alin. (5) se precizează și în cadrul anunțului de participare/simplificat pentru a da posibilitatea operatorilor economici interesați de procedura de atribuire să analizeze o potențială incidență a unei situații de natura celor precizate de art. 60 din Lege. (5) În îndeplinirea funcțiilor sale, ANAP are acces la formularul de integritate completat de autoritatea contractantă în baza prevederilor Legii nr. 184/2016 privind instituirea unui mecanism de prevenire a conflictului de interese în procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, precum și la orice informații referitoare la

identificarea persoanelor care dețin funcții de decizie care sunt implicate în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia în cadrul autorității contractante, precum și a celor cu putere de reprezentare din partea furnizorului de servicii auxiliare, dar și a celor implicate în procedură din partea acestuia din urmă, necesare pentru verificarea îndeplinirii de către autoritatea contractantă a obligației prevăzute la art. 58 din Lege.”

Consiliul constată că SC ...SRL nu a făcut dovada susținerilor sale, potrivit cărora ... SRL ar fi depus ofertă în asociere cu S.C. ... SRL în cadrul procedurii nr. SCN... organizată de MUNICIPIUL ... pentru 28 locuri de joacă pentru copii. Anunțul respectiv este cu privire la procedura de atribuire a contractului «Proiectare și execuție “Extindere sistem de alimentare cu apă și rețea de apă uzată în comuna ..., județul»”, organizat de COMUNA ... și la care nu a participat niciunul dintre operatorii economici vizați de contestatoare. În punctul de vedere, autoritatea contractantă nu neagă participarea la o procedură pe care a organizat-o a unei asocieri din care să facă parte S.C. ... SRL și ... SRL. Însă, la dosarul cauzei nu există nicio dovadă că la data inițierii acestei proceduri sau pe timpul desfășurării acesteia asocierea a câștigat o astfel de procedură.

Consiliul consideră că situația prezentată de contestatoare ca fiind conflict de interese nu poate fi încadrată nici în prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) coroborat cu alin (7¹) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora:

„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

f) participarea anterioară a operatorului economic la pregătirea procedurii de atribuire a condus la o distorsionare a concurenței, iar această situație nu poate fi remediată prin alte măsuri mai puțin severe.”

Consiliul consideră astfel, având în vedere că între publicarea anunțului de participare și data limită de transmitere a ofertelor a existat o perioadă de 40 de zile, suficientă pentru pregătirea ofertei de către toți operatorii economici interesați, astfel încât eventuala participare a S.C. ... SRL la pregătirea procedurii de atribuire nu ar fi fost de natură a denatura concurența. Stabilirea unui termen mai lung pentru depunerea ofertelor reprezintă una dintre măsurile necesare a fi luate de autoritatea contractantă pentru a nu denatura concurența, potrivit art. 140 din Legea nr. 98/2016, în conformitate cu care:

„(1) În situația în care un candidat/ofertant sau o entitate care are legături cu un candidat/ofertant a oferit opinii, sugestii sau recomandări autorității contractante în legătură cu pregătirea procedurii de atribuire, în cadrul consultărilor prevăzute la art. 139 sau în orice alt mod, inclusiv ca parte a unor servicii de consultanță, ori a participat în alt mod la pregătirea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă ia toate măsurile necesare pentru a se asigura că participarea respectivului candidat/ofertant la procedura de atribuire nu este de natură a denatura concurența.

(2) Măsurile prevăzute la alin. (1) pot include, printre altele, comunicarea către ceilalți candidați/ofertanți a informațiilor relevante care au fost transmise în contextul participării candidatului/ofertantului la pregătirea procedurii de atribuire sau care decurg din această participare și **stabilirea unor termene corespunzătoare pentru depunerea ofertelor.**”

În consecință, Consiliul constată, pe de o parte că susținerile din contestație nu sunt probate și pe de altă parte că, și în situația în care acestea ar putea fi probate, participarea în trecut a asocierii ... SRL - ...SRL la o altă achiziție publică împreună cu societatea care a realizat proiectarea tehnică pentru acest contract nu constituie conflict de interese și nici nu este de natură a denatura concurența, motiv pentru care va respinge această critică.

3. O altă critică se referă la faptul că oferta asocierii ... SRL - ...SRL nu îndeplinește condițiile legale de realizare a lucrărilor de montaj, în conformitate cu prevederile Legii nr. 64/2008, HG nr. 435/2020 și a prescripției tehnice emise de ISCIR, niciunul dintre membrii asocierii nefiind autorizat ISCIR.

Consiliul reține că procedura în analiză este o licitație deschisă, iar cerințele de calificare referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, capacitatea tehnică și profesională, respectiv specialiștii implicați, sunt întotdeauna menționate în anunțul de participare, potrivit principiului transparenței.

Consiliul va reține că această critică este nefondată, din moment ce în fișa de date și în anunțul de participare nu sunt prevăzute astfel de cerințe de calificare, iar în caietul de sarcini nu sunt prevăzute nici specificații tehnice referitoare la aceste autorizații.

Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 30 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criterii de calificare ce au fost stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Prin criteriile de calificare (reprezentând criterii minime pe care trebuie să le îndeplinească operatorii economici), autoritatea contractantă stabilește cadrul procedurii de achiziție, cu evidențierea clară a cerințelor de ordin tehnic, financiar și organizatoric necesare pentru ca operatorii economici interesați să depună o ofertă. În etapa de calificare, obiectivul autorității contractante este de a selecta ofertanții care sunt capabili să execute contractul ce urmează să fie atribuit, la standardele de calitate prevăzute de legislația în vigoare în domeniul contractului. Ca urmare, cerințele privitoare la această capacitate trebuie să fie relevante pentru obiectul contractului. Criteriile de calificare stabilite de către autoritatea contractantă au drept scop demonstrarea potențialului tehnic și organizatoric al fiecărui ofertant, potențial ce va reflecta posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a remedia eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi desemnată câștigătoare. Stabilirea criteriilor de

calificare se realizează cu respectarea principiului proporționalității, criteriile trebuind să aibă legătură concretă cu obiectul contractului care urmează să fie atribuit, fără a se crea premisele utilizării acestora ca mijloc de restricționare a concurenței. În acest sens, autoritatea contractantă are obligația să justifice alegerea criteriilor de calificare și, după caz, a criteriilor de selecție în cadrul Strategiei de contractare, evidențiind modul de aplicare a principiului proporționalității, inclusiv prin demonstrarea relevanței cerințelor minime și a criteriilor stabilite în raport cu natura, complexitatea și dimensiunea obiectului contractului.

Se observă că, prin art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, s-a urmărit evitarea unor practici incorecte ale unor autorități contractante care să aducă atingere principiului transparenței procedurii, prin inserarea unor criterii de calificare și criterii de selecție în cadrul caietului de sarcini, fără ca acestea să poată fi regăsite în fișa de date/anunțul de participare. Astfel, anunțul de participare, ca parte distinctă a documentației de atribuire, trebuie să cuprindă toate criteriile de calificare și selecție pe care autoritatea contractantă dorește să le aplice în cadrul respectivei proceduri de atribuire. Criteriile de calificare și selecție prevăzute în anunțul de participare se preiau în mod automat în fișa de date și se vor regăsi în cadrul DUAE generat electronic de către autoritatea contractantă, ce conține informațiile solicitate ofertanților în raport cu criteriile de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire. Din interpretarea art. 1225 din Noul cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009, rezultă că o clauză nescrisă încalcă o dispoziție legală imperativă, mai precis o normă juridică de la care nu se poate deroga. Așadar, clauza este considerată nescrisă pentru că nesocotește un interes ocrotit de dispoziția respectivă. O clauză nescrisă nu produce efecte juridice, este înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile. Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice. Deci, dacă respectivele autorizații nu au fost solicitate nici prin anunț, ca și criterii privind capacitatea, și nici în caietul de sarcini, necesitatea lor reieșind doar implicit din anumite prevederi legale, pentru etapa de execuție a lucrărilor, nu se pot solicita în etapa de evaluare. O ofertă nu poate fi respinsă pentru motive care nu se regăsesc explicit în documentația de atribuire.

În soluționarea acestei critici, Consiliul ține seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză referitoare la documente de calificare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unor avize, raționament invalidat de Curtea de Apel:

«(..)petentele au invocat, în cadrul plângerii, încălcarea obligației de transparență în procedurile de achiziție publică în temeiul jurisprudenței CJUE – Hotărârile din cauzele C 278/14, C-6/05, C-27/15, susținând că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din

partea autorității contractante și că este încălcată această obligație dacă autoritatea contractantă respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care sunt prevăzute în anunțul menționat.

În soluționarea plângerii, cu privire la acest principiu dezvoltat din jurisprudența CJUE, instanța s-a limitat doar să arate că „în cauză nu a fost încălcat principiul transparenței întrucât cerința privind prezentarea agrementelor tehnice AFER pentru lucrările de sudură a căilor de cale ferată rezultată dintr-o interpretare a documentației de atribuire efectuată strict pe baza elementelor prezentate în documentație, ci nu a unor elemente noi invocate de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării și care nu fuseseră aduse la cunoștința ofertanților”.

Curtea observă însă că principiul transparenței care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauză.

Potrivit art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, „autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională”. Textul de drept UE anterior menționat este preluat literal din art. 2 din Directiva 2004/18 pe care o abrogă.

Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39”).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo anterior menționată, „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)”.

Mai mult, în Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.” (punctul 54).

Situația de fapt din cauză relevă faptul că, prin adresa nr. 11/1/59/23.01.2019, autoritatea contractantă a respins oferta R.... pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3 a), calificări profesionale ale operatorului economic, cerință care ar consta în deținerea agrementului tehnic pentru activitatea de sudură.

Din examinarea fișei de date a achiziției, rezultă ca s-a impus, la punctul III.2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnică a ofertaților, deținerea autorizației de furnizor feroviar și agrement tehnic feroviar emise de AFER valabile la data prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructură, suprastructură, lucrări de artă, tuneluri, electrificare și

energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviară și lucrări de construcții civile.

Conform aceluiași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării.

Astfel, prezentarea documentelor AFER pentru sudură nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui acord AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuiunile, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație, iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de ofertă.

Instanța care a soluționat plângerea formulată de petenta A....a arătat că cerința poate fi dedusă din aceea că s-a prevăzut obligativitatea deținerii acordurilor pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, iar calitatea de lucrare critică a activității de sudură rezultă din lista produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc, publicată pe website-ul www.afer.ro.

A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză. Or, normele din dreptul Uniunii referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări servesc, în special, îndeplinirii liberei prestări a serviciilor, astfel cum s-a decis de către CJUE prin Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. 1-73, punctul 43, Hotărârea Michaniki, C-213/07, Rep., p. 1-9999, punctul 39 și Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania, C-480/06, punctul 47. Unui ofertant de altă naționalitate decât română, precum este revizuiunea din prezenta cauză, accesul la o astfel de procedură ar fi îngreunat în atare condiții.»

În consecință, Consiliul va respinge și această critică.

În ceea ce privește faptul că autoritatea contractantă nu a permis accesul contestatoarei la oferta declarată câștigătoare și la răspunsurile la clarificări depuse de Asocieria ... SRL - ...SRL, Consiliul are în vedere că aceasta nu a produs vreo vătămare contestatoarei SC ...SRL, care a avut posibilitatea studierii în integralitate a dosarului aflat la Consiliu, inclusiv a ofertei integrale depuse de Asocieria ... SRL - ...SRL.

Consiliul a luat decizia permiterii accesului nerestricționat a părților la dosarul cauzei având în vedere prevederile art. 217 alin. (4) și (5), colaborat cu art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, potrivit căror:

„Art. 217 (5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat

decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

Art.57 (4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)."

Pe de o parte, Consiliul constată că, împreună cu oferta, Asocierea ... SRL - ...SRL nu a depus vreo dovadă privind confidențialitatea propunerii tehnice și financiare. Această dovadă, sub forma unei Hotărâri interne AGA a fost depusă de această asocieră în urma solicitării de clarificări a autorității contractante nr. 107456/22.10.2020 (ultima solicitare de clarificări în etapa evaluării propunerilor financiare).

Consiliul constată că din acest document nu reiese caracterul confidențial al ofertei.

Astfel, această Hotărâre AGA are 4 puncte, cu importanță în cauză și invocat de intervenientă fiind doar punctul 1, pe care Consiliul îl citează integral:

„Aprobarea Planului de afaceri al ... SRL «Creșterea competitivității economice a societății ... SRL» și implementarea acestuia în perioada 02.10.2019-31.12.2020 cu scopul de consolidare a poziției pe piața IMM-urilor în domeniile competitive: sector parcuri de joacă și sector sport.”

Având în vedere că la pct. 2-4 din această hotărâre s-a decis numirea unor persoane în organigrama societății, deci fără legătură cu protejarea unor secrete tehnice sau comerciale, iar Planul de afaceri nu a fost depus, Consiliul nu a identificat niciun element doveditor al caracterului confidențial al vreunei informații din oferta depusă de Asocierea ... SRL - ...SRL, motiv pentru care a permis accesul nerestricționat al contestatoarei la această ofertă.

Cu respectarea principiului tratamentului egal, Consiliul ar fi oferit și intervenientei accesul nerestricționat la oferta contestatoarei, în situația în care aceasta nu ar fi renunțat la cererea de studiu a dosarului cauzei.

Pentru toate aceste motive, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC ...SRL în contradictoriu cu MUNICIPIUL ..., va anula raportul procedurii nr. 130744/29.12.2020 și actele subsecvente cu privire la evaluarea ofertei depusă de Asocieria ... SRL - ...SRL pentru factorul de evaluare „durata de livrare” și cu privire la punctajul obținut de oferta SC ...SRL pentru acest factor de evaluare și va dispune reevaluarea ofertei depusă de Asocieria ... SRL - ...SRL pentru factorul de evaluare „durata de livrare” în conformitate cu considerentele de mai sus și, ca o consecință a acestei reevaluări, recalcularea punctajului ofertei SC ...SRL pentru acest factor de evaluare.

În conformitate cu prevederile art. 26 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, măsurile de remediere dispuse vor fi duse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicare.

În consecință, Consiliul respinge cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

În ceea ce privește cererea contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, raportat la art. 453 din C.proc.civ., Consiliul o va admite, în parte.

Probatoriul cauzei a relevat că MUNICIPIUL ... s-a aflat în culpă procesuală, motiv pentru care contestatoarea a inițiat atacarea rezultatului evaluării pe cale administrativ-jurisdicțională. Existând o culpă procesuală din partea ei, se impune ca autoritatea contractantă să suporte cheltuielile efectuate de SC ...SRL.

În consecință, date fiind cheltuielile avansate de contestatoare în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și va admite solicitarea de obligare a autorității contractante aflate în culpă la plata celor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației. Cheltuielile solicitate sunt în sumă de 4055,52 lei și reprezintă „Onorariu avocat” pentru Cabinetul de Avocat „RUSU ANDREI BOGDAN”, facturat cu nr. 192/04.01.2021 și achitat de societatea contestatoare prin tranzacție interbancară la 04.01.2021 (BRD), potrivit actelor depuse la dosarul cauzei.

Pornind de la dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 451 alin. (2) C. proc. civ. – Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Raportat la constatarea că deși speța de față nu este de o complexitate mare, totuși contestatoarea nu a reușit să identifice, deși a avut acces la dosarul cauzei, motivul pentru care a fost admisă contestația, respectiv modul de interpretare a factorului de evaluare „durata de livrare”, Consiliul urmează a reduce cuantumul sumei pretinse

cu titlu de cheltuieli de soluționare la suma de 1.500 lei față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plata către contestatoare.

În luarea deciziei, Consiliul consideră că cheltuielile suportate trebuie să fie echitabile și raționale, să asigure acoperirea unui onorariu just, iar nu exagerat, disproporționat față de previziunile firești ale părților în proces, susceptibil de a fi o cauză de ruinare a uneia dintre părți și de îmbogățire a alteia sau de pedeapsă civilă stabilită în folosul celui care câștigă în proces. Așadar, Consiliul poate acorda un quantum mai redus al cheltuielilor decât cel solicitat de parte, în prezenta speță stabilind suma de 1500 lei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu MUNICIPIUL

Anulează raportul procedurii nr. 130744/29.12.2020 și actele subsecvente cu privire la evaluarea ofertei depusă de Asocieria ... SRL - ...SRL pentru factorul de evaluare „durata de livrare” și cu privire la punctajul obținut de oferta SC ...SRL pentru acest factor de evaluare și va dispune reevaluarea ofertei depusă de Asocieria ... SRL - ...SRL pentru factorul de evaluare „durata de livrare” în conformitate cu considerentele prezentei decizii și, ca o consecință a acestei reevaluări, recalcularea punctajului ofertei SC ...SRL pentru acest factor de evaluare.

Măsurile dispuse vor fi duse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicare.

Admite, în parte, cererea prin care contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată și obligă MUNICIPIUL ... la plata sumei de 1500 lei către SC ...SRL.

Respinge cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE,
Doina-Florica ENIȚĂ

MEMBRU,
Dan TRĂSNEA

MEMBRU,
Daniela NANU

Redactată în 5 exemplare, conține 35 (treizecișicinci) pagini.
Redactată practica deciziei, Angela Achim.