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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....
Data:...

Prin contestaţia nr. 1965/21.08.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 33145/26.08.2019, depusă de SC ..... SA, cu sediul în municipiul ....., str. ....., județul ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal de împuternicit ..., privind procedura de negociere fără publicarea prealabilă a anunț de participare pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”...”, cod CPV 45246000-3, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea procesului verbal nr. 12613/19.08.2019 al ședinței comisiei de evaluare privind achiziția prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare;
- anularea tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă după întocmirea procesului verbal nr. 12613/19.08.2019 și oricăror alte acte incidente ori conexe acestora, precum a tuturor efectelor juridice cauzate de aceasta;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, cu luarea în considerare a motivelor prezentate în contestație, cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SA reclamă procesul verbal nr. 12613/19.08.2019 al ședinței comisiei de evaluare privind achiziția prin procedura de negociere fără publicarea prealabila a unui anunț de participare, în care s-a stabilit că "..." prin aplicarea criteriului de atribuire prețul cel mai mic, și "încheierea contractului de achiziție publică prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare cu SC ... SRL în suma totală de 8.448.833,4 lei inclusiv TVA".

În fapt, contestatorul arată că la data de 14.08.2019 autoritatea contractantă i-a comunicat invitația de participare nr. 12405/14.08.2019 pentru procedura de atribuire a contractului având ca obiect ”...", în perioada februarie - mai 2019 - execuție Lucrări C+M".

Contestatorul precizează că a întocmit și depus oferta pentru această procedură cu respectarea întocmai a condițiilor impuse prin documentația de atribuire.

Prin procesul verbal nr. 12613/19.08.2019, contestatorul arată că autoritatea contractantă l-a informat că, în urma finalizării procesului de evaluare, oferta sa a fost considerată admisibilă, însă nu a fost declarată câștigătoare deoarece, aplicând criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut", aceasta s-a situat pe locul 2, având prețul de 7.538.162,94 lei, fără TVA.

Contestatorul menționează că procedura de atribuire are ca obiect atribuirea unui contract de lucrări și, raportat la acest aspect, evaluarea trebuie să fie realizată cu maximă prudență de către autoritatea contractantă, aceasta, deși criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut", având obligația de a analiza fiecare element al ofertelor participanților, atât din perspectivă tehnică, cât și din perspectivă financiară.

Cu toate acestea, așa cum va arăta în continuare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a realizat o evaluare superficială a ofertei depuse de către ofertantul declarat câștigător, considerând-o admisibilă, deși aceasta trebuia să fie respinsă ca inacceptabilă și neconformă.

I. Cu titlu prealabil, contestatorul solicită acordarea accesului la dosarul achiziției, inclusiv la propunerile tehnice și financiare ale ofertantului clasat pe locul I.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că accesul la propunerile tehnice și financiare ale ofertantului clasat pe locul 1 este esențial pentru detalierea argumentelor sale în baza cărora susține că această ofertă este inacceptabila și neconformă, atât prin faptul că prezintă un preț neobișnuit de scăzut, pentru care nu există justificare, aceste prețuri nefiind conforme cu realitatea de pe piață, fiind complet nesustenabile, cât și prin faptul că nu s-au respectat cerințele din cadrul documentației de atribuire.

În acest sens, contestatorul arată că prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 dispun în mod expres și imperativ următoarele:

„(1) La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă".

De asemenea, contestatorul arată că practica CNSC și a instanțelor de judecată, aflată în acord cu prevederile exprese ale art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, este în sensul că partea care invocă, caracterul confidențial al informațiilor din ofertă are obligația de a demonstra că documentele declarate confidențiale îndeplinesc condițiile cumulative reglementate limitativ prin art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv:

- documentele declarate ca fiind confidențiale cuprind, dar fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii;
- dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

Necesitatea dovedirii caracterului confidențial al informațiilor din dosarul achiziției este confirmată și de art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care dispune că ofertantul va trebui să indice motivat în cuprinsul ofertei depuse care informării din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.

În speță, contestatorul precizează că ofertantul clasat pe locul I trebuie să dovedească cu mijloace de probă concrete calificarea documentelor depuse ca fiind confidențiale și prejudiciul adus ca urmare a dezvăluirii acestora, acest ofertant neputând să aleagă să menționeze, cu titlu general, că propunerea tehnică și financiară în totalitate au caracter confidențial.

Contestatorul menționează că restricționarea accesului la dosarul achiziției publice pentru motive de confidențialitate este o excepție de la principiul transparenței procedurii de atribuire, excepție care este de strictă interpretare și aplicare, neputând fi una arbitrară, ce anulează însăși valoarea principiului transparenței.

Astfel, contestatorul precizează că, în condițiile în care ofertantul clasat pe locul I nu demonstrează cu mijloace de probă concrete necesitatea garantării confidențialității acestor documente și prejudiciul dus ca urmare a dezvăluirii acestora, are dreptul de a lua cunoștință de întreg dosarul achiziției publice, inclusiv propunerile tehnice și financiare ale acestui ofertant, clarificările solicitate și răspunsurile la acestea, prevalând respectarea dreptului la apărare al părților, astfel încât procedura în soluționarea contestației formulate să respecte dreptul la un proces echitabil.

II. Contestatorul consideră că procesul verbal nr. 12613/19.08.2019 a fost fiind emis cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, respectiv art. 137 și urm. din Legea nr. 98/2016 și art. 93 și art. 94 din HG nr. 395/2016, precum și a prevederilor documentației de atribuire, pentru următoarele motive:

a) Autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 137 și urm. din Legea nr. 98/2016 și art. 93 și art. 94 din HG nr. 395/2016 în ceea ce privește evaluarea propunerilor financiare depuse de ofertantul clasat pe locul I.

Contestatorul precizează că din datele la care a avut acces până la data formulării contestației, reiese că oferta SC ... SRL prezintă un preț aparent nejustificat de scăzut pe care ofertantul nu ar putea să îl justifice.

Astfel, contestatorul arată că potrivit invitației de participare nr. 12405/14.08.2019, valoarea estimată a achiziției este de 8.151.260,50 lei fără TVA, iar conform procesului verbal ofertantul clasat pe locul I a ofertat un preț neobișnuit de scăzut, respectiv 7.099.860 lei fără TVA, un preț care, din punctul său de vedere este nesustenabil.

În atare condiții, contestatorul menționează că autoritatea contractantă trebuia să facă aplicabilitatea art. 137 alin. (1) ce prevede următoarele: „(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme".

b) Contestatorul arată că o altă inadvertență pe care o semnalează autorității contractante constă în neîndeplinirea condițiilor din cadrul caietului de sarcini impuse pentru resursele umane ce urmează a fi alocate în vederea executării acestui proiect.

Astfel, contestatorul arată că potrivit informațiilor publice, ce se regăsesc în cadrul SEAP, în data de 21.08.2019, în ceea ce privește contractul de achiziție publică ce are ca obiect: "...", publicat de către ..., acest contract a fost atribuit aceluiași ofertant clasat pe locul I și în cadrul acestei proceduri.

Contestatorul învederează faptul că, în momentul participării la cele două proceduri, ofertantul clasat pe locul I a folosit aceleași resurse umane, mai precis la Șeful de șantier, pentru a îndeplini condițiile impuse de către caietul de sarcini. Respectiv, atât la lucrarea antemenționată cât și la lucrarea în discuție, ofertantul de pe locul I a folosit același personal cheie, respectiv același Șef de șantier.

Astfel, contestatorul precizează că în vederea executării contractului, ofertantul are obligația de a respecta cerințele obligatorii privind personalul cheie, și să asigure personal calificat pentru executarea contractului, personal care conform dispozițiilor legale în materie trebuie să fie prezent la locul desfășurării activității în baza unui contract de muncă cu normă întreagă.

Prin urmare, odată ce personalul cheie reprezentat de Șeful de șantier va fi deja alocat lucrării deja atribuite, cu obiectul "Refacerea capacității de tranzitare a viiturilor pe râul Dipșa la Teaca, jud. Bistrița Năsăud", ofertantul clasat pe locul I nu mai îndeplinește condițiile impuse în cadrul caietului de sarcini de către autoritatea contractantă.

Având în vedere cele menționate, contestatorul menționează că autoritatea contractantă era obligată să facă aplicabilitatea dispozițiilor

art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și să declare oferta clasată pe locul I ca fiind neconformă, deoarece nu a respectat condițiile impuse de prin documentația de atribuire reprezentată de caietul de sarcini.

c) Totodată, contestatorul susține că ofertantul de pe locul I nu a respectat cerințele minime impuse de caietul de sarcini, în ceea ce privește *„lista principalelor lucrări prestate în ultimii 5 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați din care să rezulte că s-au prestat servicii similare (execuție lucrări hidrotehnice) cu cele care fac obiectul prezentului caiet de sarcini, unul sau mai multe obiective similare în domeniul construcțiilor hidrotehnice și să fi participat activ la recepția la terminarea lucrărilor, dovedită prin recomandări*" în valoare totală de 8.151.260,50 lei cât reprezintă de altfel valoarea estimată a contractului în discuție.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit solicitărilor din caietul de sarcini, fiecare lucrare pe care ofertantul o prezintă ca și experiență similară trebuie însoțită de: contract valoare, proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor și recomandare aferentă fiecărei lucrări.

Contestatorul precizează că, din cunoștințele sale, o parte dintre contractele depuse în vederea justificării experienței similare a ofertantului clasat pe locul I nu reprezintă contracte în cadrul cărora ofertantul clasat pe locul I își poate aroga calitatea de executant/prestator pentru beneficiarul final al lucrării executate, beneficiarul final al lucrării executate fiind practic singurul în măsură să certifice prin semnarea procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor calitatea și cantitatea de lucrări executată, confirmând astfel valoarea lucrării și faptul că aceasta s-a executat conform contractului.

Confirmările făcute de diverși intermediari, persoane juridice private, prin semnarea unor procese verbale, în cadrul contractelor unde calitatea de beneficiari finali o dețin autoritățile publice, nu pot fi luate în considerare, în măsura în care nu este vorba de o eventuală asociere sau subcontractare declarată, conform dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, deoarece doar beneficiarul final al unei lucrări poate confirma executarea lucrării în conformitate cu dispozițiile contractuale asumate.

Totodată, contestatorul arată că un aspect important de reținut în vederea analizării de către autoritatea contractantă a îndeplinirii condițiilor din cadrul caietului de sarcini de către ofertantul de pe locul I, îl reprezintă și lipsa recomandărilor din partea beneficiarilor finali pentru contractele depuse în vederea susținerii experienței similare de către autoritatea contractantă.

Având în vedere cele menționate, contestatorul precizează că autoritatea contractantă era obligată să facă aplicabilitatea dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și să declare oferta clasată pe locul I ca fiind neconformă, deoarece nu a respectat condițiile impuse prin documentația de atribuire reprezentată de caietul de sarcini.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației conform petitului, anularea procesului verbal nr. 12613/19.08.2019 al ședinței comisiei de evaluare privind achiziția prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă și a oricăror documente și a actelor anterioare sau

subsecvente și/sau conexe și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei clasate pe locul I.

Prin adresa nr. 13282/02.09.2019 înregistrată la Consiliu sub nr. 34170/02.09.2019, ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SA.

Cu privire la solicitarea contestatorului privind anularea rezultatului procedurii de atribuire consemnat în procesul verbal de negociere nr. 12413/19.08.2019 și a tuturor actelor subsecvente, autoritatea contractantă solicită respingerea cererii formulate de către SC ..... SA ca netemeinică, pentru următoarele:

Ofertantul SC ..... SA solicită descalificarea ofertantului clasat pe locul I în urma aplicării criteriului de departajare "prețul cel mai scăzut” pe motiv ca acesta "nu are capacitatea tehnică și profesională de a executa lucrarea, motivând timpul scurt în care trebuie finalizată lucrarea dar și un alt contract pe care SC ... SRL îl are în execuție.

În continuare, autoritatea contractantă dorește să evidențieze motivele pentru care această solicitare este una care depășește competențele SC ..... SA, în calitatea acestuia de ofertant, dar și faptul că nu există temei legal pentru a da curs acestei solicitări.

În fapt, autoritatea contractantă arată că urmare a inundațiilor produse în perioada februarie-mai 2019 ... a promovat o serie de lucrări imperios necesare a fi executate în vederea înlăturării efectelor calamităților, dar mai ales protejarea pe viitor a populației împotriva unor astfel de evenimente.

De îndată ce finanțarea a fost asigurată, prin publicarea HG 441/2019, din fondul de urgență aflat la dispoziția Guvernului, ... a demarat procedura de contractare a serviciilor de proiectare, execuție lucrări și supraveghere tehnică a execuției lucrărilor pentru obiectivele de investiție promovate, prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în conformitate cu art. 104 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În data de 14.08.2019, autoritatea contractantă arată că au fost transmise invitații de participare către 3 potențiali ofertanți care, în prealabil, și-au exprimat intenția de a participa la realizarea lucrărilor în regim de urgență, și anume: SC ... SRL, SC ..... SA, SC ... SRL. SC ...SRL nu a răspuns invitației de participare, în schimb au depus oferte de participare de către SC ..... SA, respectiv SC ... SRL.

Comisia de evaluare a deschis documentele de calificare, respectiv ofertele tehnice, în prezența ambilor ofertanți, documentele fiind studiate și citite cu voce tare tocmai pentru a nu exista suspiciuni referitoare la ofertele depuse de către ambii ofertanți. Apoi, în sala, au rămas pe rând, în ordinea depunerii ofertelor, câte un ofertant, în vederea deschiderii ofertelor financiare. Odată finalizată această parte a procedurii, comisia a chemat în sală reprezentanții ambelor societăți participante. Membrii comisiei de evaluare au decis ca runda de negociere să fie într-o singură etapă, tocmai pentru a evita situațiile în care reprezentanții celor 2 societăți vor face oferte de preț nejustificat de scăzute și care, în cele din

urmă, vor duce la imposibilitatea executării lucrărilor și nerespectarea indicatorilor tehnico-economici prevăzuți în HG.

După cum reiese și din procesul verbal de negociere nr. 12613/19.08.2019, membrii comisiei de negociere au solicitat ambilor ofertanți să scrie pe o hârtie ultimul preț la care aceștia consideră că poate fi executată lucrarea, iar fără a ști prețul celuilalt au transmis membrilor comisiei valoarea negociată.

Comisia de evaluare a comparat cele 2 oferte de preț, atât cu devizele prezentate în oferta financiară de către fiecare ofertant pentru a vedea articolele de deviz de unde s-au scăzut prețurile unitare, dar și ofertele de preț pentru principalele materiale care vor fi puse în operă, oferte solicitate prin caietul de sarcini, parte din oferta financiară.

Astfel, prin aplicarea criteriului de departajare *„prețul cel mai scăzut"* comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL.

Sub aspect formal, în opinia autorității contractante, analiza făcută de către comisia de evaluare nu poate fi catalogată drept superficială, deoarece ambii reprezentanți ai celor 2 societăți care au participat la negociere au fost prezenți în sală în perioada evaluării ofertelor.

a) Autoritatea contractantă arată că valoarea estimată de către membrii ... a lucrărilor de C+M este de 8.151.260,5 lei, fără TVA, valoare prevăzută și în caietul de sarcini.

După contractarea serviciilor de proiectare, în urma măsurătorilor efectuate și urmare a întocmirii listei de cantități inițiale, proiectanții de specialitate au comunicat autorității contractante costul lucrărilor de C+M în valoare de 7.699.860,00 lei, fără TVA. Acest preț a fost comunicat ambilor ofertanți în momentul solicitării prezentării ultimului preț la care aceștia consideră că poate fi executată lucrarea.

După cum se poate deduce din procesul verbal de negociere nr. 12613/19.08.2019, SC ..... SA a ofertat 7.538.162,94 lei, fără TVA, un procent cu 2.1% mai jos față de prețul estimat de proiectant, în timp ce SC ... SRL a ofertat un preț de 7.099.860,0 lei, fără TVA, un procent cu 7.79% mai mic decât prețul estimat de proiectant. Având în vedere aceste procente mici și perfect justificabile, membrii comisiei de evaluare nu au considerat că vreunul din prețurile ofertate sunt nejustificat de scăzute.

b) Autoritatea contractantă arată că în caietul de sarcini a solicitat ofertanților prezentarea listei cu personalul pe care îl va utiliza pentru a executa lucrarea, printre care și șeful de șantier. Pentru poziția de șef șantier, ofertanții erau obligați să prezinte numele persoanei desemnate, proiecte similare în care a ocupat această poziție, precum și CV-ul persoanei desemnate.

Astfel, autoritatea contractantă susține că niciunde, în cadrul documentației de atribuire, a Legilor în vigoare, dar și a Normativelor tehnice aplicabile, nu scrie că șeful de șantier trebuie să fie prezent în permanență pe șantier.

Autoritatea contractantă precizează că nu putea impune prin documentația de atribuire o astfel de clauză considerată abuzivă.

În ceea ce privește acuza contestatorului potrivit căreia șeful de șantier desemnat de ofertantul SC ... SRL este implicat în derularea unui

alt contract aflat în execuție, autoritatea contractantă precizează că această acuză este, în esența ei, puerilă din mai multe puncte de vedere.

În primul rând, autoritatea contractantă menționează că în conformitate cu prevederile Legilor aflate în vigoare, nu poate impune unui ofertant folosirea personalului cheie desemnat exclusiv în cadrul unui singur contract de execuție, această cerință fiind una abuzivă.

În al doilea rând, folosind argumentul contestatorului, autoritatea contractantă precizează că, din cunoștințele sale, șeful de șantier desemnat de către SC ..... SA este în continuare implicat in derularea mai multor contracte aflate în execuție ale ..., deci prezența acestuia pe șantier ar fi avut un caracter nepermanent de asemenea.

c) Autoritatea contractantă menționează că, în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, membrii comisiei de evaluare au considerat faptul că ambii ofertanți au respectat cerința din caietul de sarcini privind experiența similară solicitată, prezentând declarații cu principalele lucrări executate în ultimii 5 ani raportați la termenul limită de depunere a ofertelor, recomandări și procese verbale de recepție prin care au dovedit faptul că au executat lucrări de natură hidrotehnică similare cu cele prevăzute în caietul de sarcini.

Întrucât starea de fapt reținută de comisia de negociere în procesul verbal de negociere nr. 12613/19.08.2019 nu este răsturnată de ofertantul SC ..... SA, ci dimpotrivă acesta recunoaște faptul că prețul ofertat este mai mare decât cel al ofertantului clasat pe primul loc, autoritatea contractantă consideră că se impune respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 2133/06.09.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 35063/09.09.2019, contestatorul formulează concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției publice, prin care își menține petitul și motivele din cadrul contestației formulate, urmând să dezvolte motivele expuse în cadrul contestației:

Așa cum a precizat și în cadrul contestației, contestatorul consideră că procesul verbal nr. 12613/19.08.2019 al ședinței comisiei de evaluare privind achiziția prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este nelegal și netemeinic, a fost emis cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, respectiv art. 137 și urm. din Legea nr. 98/2016 și art. 93 și art. 94 din HG nr. 395/2016, precum și a prevederilor documentației de atribuire.

Astfel, deși a descris pe larg în contestație care sunt motivele concrete pentru care a criticat decizia comisiei de evaluare de a declara câștigătoare oferta SC ... SRL, contestatorul precizează că în urma studierii dosarului la CNSC a constatat că argumentele sale sunt mai mult decât pertinente, urmând să dezvolte și să indice în mod expres documentele depuse de către ofertantul clasat pe locul I, care nu corespund cerințelor documentației de atribuire.

a) În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 137 și urm. din Legea nr. 98/2016 și art. 93 și art. 94 din HG nr. 395/2016 în ceea ce privește evaluarea propunerilor financiare depuse de ofertantul clasat pe locul I.

Contestatorul precizează că din datele la care a avut acces, reiese că oferta SC ... SRL prezintă un preț aparent nejustificat de scăzut pe care ofertantul nu ar putea să îl justifice.

Astfel, contestatorul arată că potrivit invitației de participare nr. 12405/14.08.2019, valoarea estimată a achiziției este de 8.151.260,50 lei fără TVA, iar conform procesului verbal ofertantul clasat pe locul I a ofertat un preț neobișnuit de scăzut, respectiv 7.099.860 lei fără TVA, un preț care din punctul său de vedere este nesustenabil.

În atare condiții, contestatorul menționează că autoritatea contractantă trebuia să facă aplicabilitatea art. 137 alin. (1), dispoziție ce prevede următoarele: „(*1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme*".

b) Contestatorul arată că o altă inadvertență pe care o semnalează Consiliului constă în neîndeplinirea condițiilor prevăzute în cadrul caietului de sarcini impuse pentru resursele umane ce urmează a fi alocate în vederea executării acestui proiect de către ofertantul clasat pe locul I.

Astfel, contestatorul arată că potrivit informațiilor publice, ce se regăsesc în cadrul SEAP, în data de 21.08.2019, în ceea ce privește contractul de achiziție publică ce are ca obiect "..., acest contract a fost atribuit aceluiași ofertant clasat pe locul I și în cadrul acestei proceduri.

Prin urmare, contestatorul precizează că în momentul participării la cele două proceduri, ofertantul clasat pe locul I a folosit aceleași resurse umane, referindu-se mai precis la șeful de șantier, pentru a îndeplini condițiile impuse de către caietul de sarcini. Respectiv, atât la lucrarea antemenționată cât și la lucrarea în discuție, ofertantul de pe locul I a folosit același personal cheie, respectiv același șef de șantier.

Astfel, contestatorul menționează că, urmare a studierii dosarul achiziției publice la CNSC, a constatat faptul că la pag. 80 din cadrul ofertei tehnice a SC ... SRL, în cadrul Formularului personalului de specialitate, este indicat ca și șef de șantier d-nul ..., care la data de 16.08.2019, când semnează Declarația de disponibilitate (pag. 88 din cadrul ofertei tehnice) avea cunoștință, atât dânsul, cât și SC ... SRL, că acesta se află în imposibilitatea de a-și exercita atribuțiile legate de funcția deținută în vederea executării contractului ce face obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, deoarece SC ... SRL deja își adjudecase câștigarea contractului având ca obiectiv de investiție "...", publicat de către ..., proiect în cadrul căruia d-nul ... deținea deja funcția de șef de șantier.

Contestatorul precizează că în vederea executării contractului, ofertantul are obligația de a respecta cerințele obligatorii privind personalul cheie, și să asigure personal calificat pentru executarea contractului, personal care conform dispozițiilor legale în materie trebuie să fie prezent la locul desfășurării activității în baza unui contract de muncă cu normă întreagă.

Prin urmare, contestatorul menționează că odată ce personalul cheie reprezentat de șeful de șantier va fi deja alocat lucrării deja atribuite, cu obiectul "...", ofertantul clasat pe locul I nu mai îndeplinește condițiile impuse în cadrul caietului de sarcini de către autoritatea contractantă.

Având în vedere cele menționate, contestatorul precizează că autoritatea contractantă era obligată să facă aplicabilitatea dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr.98/2016 și să declare oferta clasată pe locul I ca fiind neconformă, deoarece nu a respectat condițiile impuse de prin documentația de atribuire reprezentată de caietul de sarcini.

c) Totodată, contestatorul susține că ofertantul de pe locul I nu a respectat cerințele minime impuse de către caietul de sarcini cu privire la procedura în discuție în ceea ce privește *„lista principalelor lucrări prestate în ultimii 5 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați din care să rezulte că s-au prestat servicii similare (execuție lucrări hidrotehnice) cu cele care fac obiectul prezentului caiet de sarcini, unul sau mai multe obiective similare în domeniul construcțiilor hidrotehnice și să fi participat activ la recepția la terminarea lucrărilor, dovedită prin recomandări*" în valoare totală de 8.151.260,50 lei cât reprezintă de altfel valoarea estimată a contractului în discuție.

Contestatorul precizează că potrivit solicitărilor din cadrul caietului de sarcini, fiecare lucrare pe care ofertantul o prezintă ca și experiență similară trebuia însoțită de: contract valoare, proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor și recomandare aferentă fiecărei lucrări.

De asemenea, contestatorul arată că în cadrul contestației a susținut că o parte dintre contractele depuse în vederea justificării experienței similare a ofertantului clasat pe locul 1 nu reprezintă contracte în cadrul cărora ofertantul clasat pe locul I își poate aroga calitatea de executant/prestator pentru beneficiarul final al lucrării executate, beneficiarul final al lucrării executate fiind practic singurul în măsură să certifice prin semnarea procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor calitatea și cantitatea de lucrări executată, confirmând astfel valoarea lucrării și faptul că aceasta s-a executat conform contractului.

În opinia contestatorului, confirmările făcute de diverși intermediari, persoane juridice private, prin semnarea unor procese verbale, în cadrul contractelor unde calitatea de beneficiari finali o dețin autoritățile publice, nu pot fi luate în considerare, în măsura în care nu este vorba de o eventuală asociere sau subcontractare declarată, conform dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, deoarece doar beneficiarul final al unei lucrări poate confirma executarea lucrării în conformitate cu dispozițiile contractuale asumate.

Raportat la afirmațiile anterioare, cât și în urma studierii dosarului achiziției publice la CNSC, cu privire la aceste aspecte, contestatorul învederează următoarele:

La pag. 162-163 în cadrul ofertei tehnice se regăsește Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani, depusă de SC ... SRL. La pag. 163, poziția a doua din cadrul tabelului, este indicat un contract care are ca și obiect: "...". Contractul cu acest obiect este cel indicat în cadrul propunerii tehnice la pag. 324 și urm., unde se regăsește Contractul de prestări servicii nr. 1659/03.10.2016 încheiat între SC ... SA în calitate de Beneficiar și SC ... SRL în calitate de Prestator.

Deși privind părțile contractului, este evident că în discuție se află un contract încheiat între două persoane juridice, niciuna dintre ele neavând caracterul de autoritate publică, a cărui beneficiar este SC ...SA, în cadrul

completării Declarației privind experiența similară a ofertantului pentru lucrări similare în ultimii 5 ani, declarație ce se regăsește la pag. 323 din cadrul propunerii tehnice a celor de la SC ... SRL, cu privire la obiectivul de investiție "..." este indicat ca și beneficiar ..., deși din cadrul contractului reiese în mod clar că cel care are calitatea de beneficiar este SC ... SA. Niciunde în cadrul contractului nr. 1659/03.10.2016 nu este precizată existența vreunui alt beneficiar în afară de ... SA.

De asemenea, contestatorul arată că inclusiv procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 463/08.05.2017, aferent contractului menționat anterior, este semnat de părțile contractante, în cadrul acestuia nefigurând niciunde ca beneficiar ....

Astfel, contestatorul precizează că toate aspectele din cadrul Declarației privind experiența similară a ofertantului pentru lucrări similare în ultimii 5 ani, cu privire la obiectivul de investiție "..", în cadrul căreia SC ... SRL declară ca având calitatea de beneficiar la acest obiectiv de investiții pe cei de la ..., deși din cadrul contractului reiese că beneficiar este SC ...SA, conform documentelor atașate de către aceștia, sunt date sub sancțiunea dispozițiilor Codului penal privind falsul în înscrisuri.

Contestatorul arată că într-o situație similară sunt și documentele depuse la pag. 355-362 din cadrul propunerii tehnice, aferente contractului încheiat între ... SRL în calitate de Beneficiar și SC ... SRL în calitate de prestator.

De asemenea, contestatorul reiterează un aspect deosebit de important de reținut în vederea analizării de către CNSC a îndeplinirii condițiilor din cadrul caietului de sarcini de către ofertantul de pe locul I, respectiv lipsa recomandărilor din partea beneficiarilor finali pentru contractele depuse în vederea susținerii experienței similare în fața autorității contractante.

Astfel, contestatorul precizează că în urma analizării dosarului achiziției publice la CNSC a constatat că SC ... SRL nu a depus nicio recomandare de la beneficiarii lucrărilor depuse în cadrul ofertei tehnice ca și experiență similară, așa cum de altfel a solicitat în mod expres autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini.

Mai mult decât atât, ca să își aplaneze lipsa de vigilență cu privire la omiterea constatării acestor aspecte, de natură a atrage obligativitatea aplicării dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și declararea ofertei SC ... SRL ca fiind neconformă, contestatorul arată că autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, la pag. 3 lit. c), declară cu o deosebită nonșalanță că SC ... SRL a "... prezentat recomandări și procese verbale de recepție...", conformându-se astfel dispozițiilor prevăzute în cadrul caietului de sarcini.

Contestatorul subliniază faptul că, deși autoritatea contractantă în momentul declarării câștigătoare a ofertei SC ... SRL era conștientă de neconformitatea acestei oferte, și deși avea posibilitatea de a lua măsuri de remediere în urma înaintării de către societatea sa a contestației la CNSC, a preferat să trimită un punct de vedere în cadrul căruia să își mențină aprecierile eronate asupra documentelor ce alcătuiesc oferta tehnică a SC ... SRL, încălcând astfel în mod flagrant și cu bună știință dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, eludând astfel scopul și

principiile pe care le-a avut în vedere legiuitorul, în momentul adoptării acestor dispoziții.

De asemenea, contestatorul precizează că aspectele invocate anterior nu reprezintă simple observații, simple neconcordanțe, care pot fi trecute cu vederea de către instituțiile de control, sau care pot fi corectate ulterior, ci reprezintă abateri grave, în detrimentul societății sale ce a prezentat o oferta fundamentată, sustenabilă, conformă cu documentația de atribuire și care asigură atingerea indicatorilor tehnico-economici ai investiției și dispune de resursele umane aferente ducerii la bun sfârșit a unui proiect de o asemenea amploare.

Având în vedere cele menționate, contestatorul menționează că autoritatea contractantă era obligată să facă aplicabilitatea dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și să declare oferta clasată pe locul I ca fiind neconformă, deoarece nu a respectat condițiile impuse de prin documentația de atribuire reprezentată de caietul de sarcini.

În concluzie, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum aceasta a fost formulată și susținută și prin prisma concluziilor scrise, anularea procesului verbal nr. 12613/19.08.2019 al ședinței comisiei de evaluare privind achiziția prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă și a oricăror documente și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei clasate pe locul I, în ceea ce privește procedura ce face obiectul prezentului dosar.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de negociere fără publicarea prealabilă a anunț de participare pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”...”, cod CPV 45246000-3, transmițând invitații de participare operatorilor economici SC ... SRL, SC ..... SA și SC ... SRL la data de 14.08.2019.

În procesul-verbal nr. 12613/19.08.2019, s-a consemnat depunerea a două oferte printre care și a contestatorului, admisibilitatea acestora, precum și desemnarea ofertei depuse de SC ... SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 7.099.860 lei, fără TVA.

Împotriva procesului-verbal nr. 12613/19.08.2019, SC ..... SA a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. 1699/2019.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația SC ..... SA, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Susținerea SC ..... SA potrivit căreia ofertantul clasat pe locul I a ofertat un preț neobișnuit de scăzut, respectiv 7.099.860 lei fără TVA, este, în aprecierea Consiliului, neîntemeiată. Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, se reține că valoarea estimată pentru execuția lucrărilor ce fac obiectul contractului de achiziție publică este de 7.669.860,00 lei, fără TVA (conform listei de cantități întocmită de proiectantul lucrării- SC ... SA). În aceste condiții, în mod evident o ofertă financiară care reprezintă 92,56% din valoarea estimată nu poate fi apreciată ca având un preț aparent neobișnuit de scăzut. În opinia Consiliului, chiar raportarea la

valoarea estimată precizată de contestator, respectiv 8.151.260,50 lei fără TVA, nu ar putea conduce la prezența unui preț aparent neobișnuit de scăzut, de vreme ce oferta financiară este reală și conformă ofertei tehnice prezentate în procedură. De altminteri, însuși contestatorul nu aduce nicio probă concretă care să demonstreze susținerile privind nesustenabilitatea propunerii financiare a ofertantului desemnat câștigător, ci face simple afirmații fără un suport real.

În ceea ce privește criticile contestatorului referitoare la faptul că, în oferta tehnică, ofertantul desemnat câștigător SC ... SRL a indicat ca șef de șantier aceeași persoană indicată în derularea unui alt contract de achiziție publică, Consiliul, de asemenea, le apreciază ca fiind neîntemeiate. Astfel, nicio dispoziție legală nu impune prezența permanentă a șefului de șantier pentru executarea în bune condiții a contractului. În același timp, Consiliul reține că autoritatea contractantă, în caietul de sarcini, a precizat că persoana desemnată ca șef de șantier *„va asigura coordonarea activității de execuție a lucrărilor de construcții și va reprezenta ofertantul la fazele determinante și în relațiile cu beneficiarul”*, ceea ce evident nu presupune prezența permanentă a acestuia la locul de execuție al lucrărilor.

Totodată, se poate observa că obiectul prezentului contract de achiziție publică este „... iar obiectul contractului pe care același operator economic l-ar avea în desfășurare este, conform chiar afirmațiilor contestatorului, „...", aria de prestare a lucrărilor respective fiind, în mod evident, apropiată. În același timp Consiliul reține și faptul că autoritatea contractantă, în punctul de vedere, afirmă că „șeful de șantier desemnat de către SC ..... SA este în continuare implicat in derularea mai multor contracte aflate în execuție ale ...”, afirmație care nu a fost negată de contestatorul din prezenta cauză.

Față de criticile contestatorului referitoare la faptul că ofertantul câștigător SC ... SRL nu ar îndeplini cerința din fișa de date a achiziției privind experiența similară, Consiliul reține următoarele:

Criticile contestatorului privesc, în fapt, contractul nr. 1659/03.10.2016 având ca obiect „...", în sensul că acesta nu ar fi încheiat cu ... (beneficiar) ci cu SC ..SA. Verificând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că, într-adevăr, contractul nr. 1659/03.10.2016 este încheiat de SC ... SRL, în calitate de prestator, cu SC ... SA, în calitate de beneficiar, obiectul contractului fiind „...", prin care prestatorul se obligă să execute lucrări de construcții-montaj pentru beneficiar, iar conform procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr.463/08.05.2017, prețul contractului a fost de 910.543,31 lei fără TVA. În opinia Consiliului, relevant în cauză este faptul că ofertantul câștigător a executat contractul în bune condiții, contract care face parte din categoria contractelor solicitate în documentația de atribuire pentru demonstrarea experienței similare, și nu faptul că beneficiarul ar fi o autoritate publică sau o persoană juridică privată.

În ceea ce privește susținerile contestatorului referitoare la faptul că ofertantul desemnat câștigător nu ar fi prezentat recomandări de la beneficiarii lucrărilor executate, Consiliul reține că documentele prezentate de SC ... SRL pentru demonstrarea experienței similare (contracte de execuție lucrări însoțite de procesele verbale de recepție la terminarea

lucrărilor) sunt suficiente și dovedesc executarea corespunzătoare a contractelor. Chiar dacă SC ... SRL nu a prezentat și recomandări din partea beneficiarilor, înscrisurile depuse în susținerea experienței similare sunt relevante și demonstrează experiența similară. Faptul că, dintr-o eroare, numele unui beneficiar din lista privind principalelor lucrări prestate în ultimii 5 ani, a fost menționat greșit nu conduce și nici nu poate conduce la excluderea unui operator economic dintr-o procedură de achiziție publică, din moment ce obiectul contractului și modul de executare a acestuia dovedesc experiența similară.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SA în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....

...