

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 29352/07.06.2021, formulată de ..., cu sediul în localitatea ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI .. reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, formulată împotriva raportului procedurii nr. 3220/ 27.05.2021, elaborat de ..., cu sediul în Iași, bd..., în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*lucrări de întreținere pe drumurile județene pe timp de vară pentru perioada 2021 – 2022, loturile 1, 2, 3 și 4*”, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii nr. 3220/27.05.2021 și actelor anterioare și subsecvente acestuia, în ceea ce privește declararea ca acceptabilă și câștigătoare a procedurii a ofertei .. pentru Lotul 1.

- repunerea în termenul de a detalia motivele contestației ulterior accesului la documentele existente la dosarul cauzei, dat fiind refuzul autorității contractante de a-i permite accesul la o parte a dosarului achiziției publice.

Prin cererea de intervenție, înregistrată la Consiliu cu nr. 31774/ 18.06.2021, formulată de ... cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal prin Gafița Iuliana, s-a solicitat, în principal, respingerea ca nefondată a contestației ... anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente cu obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei, în vederea declarării acesteia ca neconformă și inacceptabilă și, în subsidiar, calificarea cererii de intervenție ca fiind accesorie, în interesul autorității contractante.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant a cărei ofertă a fost clasată pe locul 2, critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare a procedurii oferta depusă de ..., apreciind că aceasta ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă și neconformă, motivat de faptul că ofertantul în cauză nu a făcut dovada deținerii personalului solicitat prin fișa de date a achiziției, respectiv personalul/coordonatorul în materie de sănătatea și securitatea muncii (SSM).

Potrivit contestatoarei, din interpretarea prevederilor documentației de atribuire, deținerea personalului tehnic responsabil/coordonator în materia sănătății și securității muncii este o cerință de calificare și selecție, dovada acesteia putând fi făcută și prin intermediul unui subcontractant sau terț. Astfel, contestatoarea arată că ofertantul declarat câștigător a nominalizat pentru funcția în cauză pe dl. Zota Bogdan Cristinel și că, astfel cum rezultă din documentele existente la dosarul achiziției, acest personal este asigurat prin intermediul unei societăți comerciale terțe, DISTRITECH COM SRL, care nu este asociat și nici nu a fost declarată subcontractant la momentul depunerii ofertei.

Astfel, oferta depusă de este inacceptabilă și neconformă pentru nedeținerea capacității tehnice și umane pentru realizarea lucrărilor, a utilajelor solicitate în cadrul caietului de sarcini pentru realizarea lucrărilor și pentru faptul că prețurile oferite nu sunt rezultatul liberei concurențe și nu pot fi justificate.

Cu privire la prețul ofertat, contestatoarea precizează că nu poate justifica prețurile unitare oferite pentru mixturile asfaltice și că, pentru lucrările de execuție a acestei categorii luat în calcul la elaborarea ofertei nu este în concordanță cu prețul pieței (min. 20,00 lei/mp) și nu poate fi justificat. Ofertantul în cauză, a luat în calcul la fundamentarea prețului total ofertat pentru transporturi și utilaje toate costurile aferente, salarii deservenți/șoferi, combustibil, cheltuieli de întreținere, asigurări, taxe, contribuții al bugetul de stat etc. De asemenea, s-a avut în vedere și o cotă de cheltuieli indirecte care nu acoperă necesarul de cheltuieli prevăzut de Ordinul nr. 1568/2002.

Mai arată contestatoarea că, potrivit documentației de atribuire, ofertantul trebuia să facă dovada că dispune de personal tehnic de specialitate, respectiv de șef șantier, responsabil tehnic cu execuția, responsabil cu managementul calității, responsabili SSM. Luând în calcul un salariu minim de 3000 lei/lună la care se aplică coeficientul de ierarhizare de 1,7 pentru persoanele cu studii superioare de lungă durată, rezultă că salariul minim al fiecărui specialist menționat anterior este de 5100 lei; prin urmare, remunerația personalului tehnic, care nu intră în categoria cheltuielilor directe este de minim 81.600 (șef de șantier) sau de 61.200 lei pentru RTE, CQ, SSM.

De asemenea, potrivit calculelor contestatoarei, pentru execuția volumelor de lucrări corespunzătoare cantităților maxime ale acordului-cadru este necesar un număr de aproximativ 192.910 ore de manoperă; contribuția aferentă concediului de odihnă fiind de 192.478,75 ore x 17,928 lei/oră x 7,94% (coeficientul privind concediul de odihnă la 1 oră de muncă) = 273.990,27 lei. Rezultă, astfel că suma ofertată pentru cheltuielile indirecte nu este suficientă pentru retribuirea personalului indirect productiv și plata contribuțiilor aferente concediilor de odihnă, fără a mai ține cont și de celelalte cheltuieli care intră în categoria cheltuielilor indirecte și care ar trebui să se regăsească în recapitulația devizelor.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 31116/15.06.2021, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației EKY SAM SRL, motivat de următoarele aspecte:

- în conformitate cu prevederile secțiunii III.1.3 a) Capacitatea tehnică și sau profesională, coroborate cu cele ale art. 2 alin. (1) lit. b) din Instrucțiunea nr. 1/2017 a ANAP, un operator economic poate să își îndeplinească funcțiile fie prin resurse interne, reflectate ca atare în posturi/poziții în structura organizatorică, fie prin externalizare, prin utilizarea unei terțe părți în vederea desfășurării de către acesta, în mod continuu, pe bază contractuală, a unor activități ce trebuie efectuate în mod obișnuit, sau prin externalizare în lanț, în care terța persoană subcontractează, la rândul său către o altă entitate, realizarea unor părți componente aferente activităților pe care le-a preluat pe bază contractuală pentru ducere la îndeplinire;

- astfel, din informațiile prezentate în DUAE, s-a apreciat că ofertantul declarat câștigător a îndeplinit cerința referitoare la deținerea unui responsabil coordonator în materia SSM prin externalizare, prezentând contractul de prestări servicii nr. 11/07.01.2019, încheiat între ofertantul declarat câștigător și în care dl. Zota Bogdan are calitatea de reprezentant legal. La contract s-au atașat documente doveditoare din care rezultă că persoana care va presta serviciile prevăzute la art. 2 deține calificările necesare îndeplinirii cerinței impuse de autoritatea contractantă. S-a considerat că terța parte care și-a asumat prestarea serviciilor din contractul de colaborare încheiat cu ofertantul trebuie să fie o persoană fizică sau juridică autorizată, care să-și desfășoare activitatea conform legislației în domeniu, deoarece sumele încasate de persoana fizică implicată în prestarea efectivă a serviciilor trebuie declarate la Agenția Națională de Administrare Fiscală (ANAF) în vederea stabilirii impozitului pe venit, a contribuțiilor sociale obligatorii etc., potrivit prevederilor Codului fiscal și a altor legi incidente;

- contestatoarea se află în eroare când afirmă că această cerință trebuia îndeplinită, exclusiv, prin subcontractare. În contextul prezentat, astfel cum rezultă și din modul de îndeplinire a cerinței specificată în fișa de date (acord de colaborare), și din reglementările art. 2, alin. (1), lit. b) din Instrucțiunea nr. 1/2017, ofertantul avea dreptul să externalizeze serviciile necesare îndeplinirii contractului, pe baza contractuală cu o terță parte, sau să externalizeze în lanț activitatea respectivă (externalizare în cadrul căreia terța parte amintită mai sus subcontractează, la rândul său, către alte entități, realizarea unor elemente componente aferente activităților pe care le-a preluat pe bază contractuală pentru ducere la îndeplinire);

- contractul de prestări servicii prezentat reprezintă un contract de colaborare, reglementat de Noul Cod Civil, care are ca obiect prestarea unei munci determinate, menționată la art. 1, pentru care s-a stabilit o

plată, cu asumarea din partea prestatorului a obligațiilor ce decurg din actul normativ care reglementează activitatea de SSM, la cap. III;

- rezultă, fără echivoc, ca subcontractarea serviciilor privind deținerea unui responsabil/coordonator în materie de SSM reprezintă un drept al ofertantului, nu o obligație, legislația terțiară, Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, oferind posibilitatea ofertanților de a externaliza serviciile necesare unor persoane calificate și competente, care totodată dețin și calitatea de reprezentant legal al terței părți cu care s-a încheiat acordul de colaborare;

- obiectul contractelor menționate îl reprezintă prestarea unor servicii, în timp ce obiectul acordului - cadru ce face obiectul contestației este execuția de lucrări. Conform art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 furnizorul este definit ca „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, nu are calitate de subcontractant”.

Având în vedere cele expuse anterior autoritatea contractantă consideră că argumentele contestatoarei cu privire la neîndeplinirea condiției privind dovada deținerii personalului solicitat prin fișa de date a achiziției, respectiv responsabilul/coordonatorul în materia de sănătate și securitatea muncii, este neîntemeiată.

Referitor la criticile de la pct. 12 și 13 din contestație, prin care contestatoarea declară că oferta depusă de este neconformă deoarece nu deține capacitatea tehnică și umană privind realizarea lucrărilor, precum și pentru faptul că nu deține capacitatea tehnică-respectiv utilajele solicitate în cadrul caietului de sarcini pentru realizarea lucrărilor, face referire la cerințele din fișa de date a achiziției, secțiunea IV.4./ Modul de prezentare a propunerii tehnice și din Anexă la caietul de sarcini, lit. C) și D), precizând că:

1. Personalul cheie: un șef de șantier/șef punct de lucru - ing. CFDP și un responsabil tehnic cu execuția atestat, conform normelor în vigoare, în domeniul contractului, se regăsește nominalizat la pag. 43 în propunerea tehnică, după cum urmează:

- șef de șantier-Lungu Dan Marian, inginer CFDP, angajat al ofertantului, conform Revisal; RTE: Lemnaru Dorin, atestat RTE-construcții rutiere drumuri, poduri (II), conform legitimație RTE nr. 576/10.04.2017, cu valabilitate până în data de 10.04.2022, în baza contractului de colaborare nr. 6/2017+AA nr.3/03.01.2020 de prelungire a ctr., încheiat cu SC Construct Test SRL, unde persoana nominalizată are calitate de reprezentant legal. La pag. 51-73&91-105, s-au prezentat și documente doveditoare pentru persoanele nominalizate.

2. Lista cu echipamentele/instalațiile/utilajele propuse pentru desfășurarea contractului, se regăsește la pag. 48-50 în propunerea tehnică. Ofertantul declarat câștigător a prezentat lista cu echipamentele/instalațiile/utilajele propuse pentru desfășurarea contractului, conform cerinței autorității contractante. S-au prezentat informații cu referire la:

modalitatea de asigurare a accesului la echipamentul/instalația/utilajul propus, momentul din procesul tehnologic de execuție al lucrărilor când intenționează să utilizeze echipamentul/instalația/utilajul este prezentat în tabelul cu resursele folosite. La pag. 117 s-a prezentat declarație de asumare a listei prezentată.

3. Accesul la un laborator autorizat în construcții, de minimum grad II, cu profile corespunzătoare pentru lucrările de infrastructură rutieră a fost îndeplinit astfel:

- la pag. 241-248, în propunerea tehnică s-a prezentat contractul de servicii nr.431/2017+AA nr.2/29.06.2020 de prelungire până la 29.06.2022, încheiat cu Coremis Impex SRL, pentru laborator de grad II. S-a prezentat pentru laboratorul de gr. II autorizația nr. 3148/2016, reautorizată în 28.05.2020, conform Anexă nr.2;

- la pag.249-255, s-a prezentat contractul de servicii încheiat cu SC Conest SA nr.49/ 01.10.2015. Conform Anexa la contract, laboratorul de gr. II deține autorizație în termen de valabilitate - nr. 3486/18.07.2019, cu profilele corespunzătoare lucrărilor de infrastructură rutieră. La art.3 din contract, este menționat faptul că "se prelungește automat pe perioade identice cu cea inițial dacă niciuna din părțile contractante nu solicită încetarea lui". S-a constatat că din contractul prezentat nu rezultă că acesta este în termen de valabilitate, fiind încheiat la data de 01.10.2015, iar termenul de 1 an s-a împlinit în 2016. Prin adresa nr. 2633/29.04.2021, s-a solicitat ofertantului să facă dovada valabilității contractului de servicii prezentat pentru asigurarea accesului la un laborator de încercări în construcții de minimum gr. II. În răspunsul transmis, ofertantul prezintă actul adițional nr. 1/28.09.2017 la contractul nr. 49/01.10.2015, prin care se prelungește perioada de valabilitate a contractului nr. 49/01.10.2015 până la data de 01.10.2022. S-au mai depus și documente cu privire la relația curentă a ofertantului cu furnizorul de servicii - Conest SA: factură fiscală curentă, cu devizul de cheltuieli anexat.

Comisia a declarat răspunsul transmis concludent, iar cerința privind asigurarea accesului la un laborator de încercări în construcții, de minimum gr. II, îndeplinită; în urma procesului de verificare și evaluare a informațiilor din documentele depuse de ofertantul declarant câștigător, s-a constatat că propunerea tehnică corespunde cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini, în conformitate cu art. 133 alin. (2) din HG 395/2016.

În ceea ce privește criticile de la pct.14 din contestație, prin care contestatoarea declară ca oferta depusă de este neconformă deoarece conține prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe, autoritatea contractantă consideră că nu pot fi primite raportat la următoarele aspecte:

- la verificarea propunerilor financiare s-a avut în vedere: verificarea corelării cu propunerile tehnice prezentate; verificarea cantităților de lucrări solicitate în listele de cantități și cantitățile prezentate de ofertant; verificarea consumurilor de resurse declarate (materiale și transport), a

preturilor acestora funcție de prețurile avute în vedere de autoritatea contractantă la stabilirea valorii estimate; identificării și remedierii erorilor aritmetice și corectării acestora în condițiile admise de lege; încadrării în valoarea estimată a achiziției, cu respectarea prevederilor normelor de aplicare a legislației în domeniul achizițiilor publice; asigurării ca prețul propus sau componente ale acestuia nu este neobișnuit de scăzut în raport cu ce urmează a fi prestat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

- în urma evaluării ofertei financiare depusă de ofertantul, s-a constatat că aceasta respectă listele de cantități impuse prin documentația tehnică, formularul F3, pentru unitățile de măsură prevăzute în conținutul formularului, iar prețurile unitare finale (cu toate cheltuielile aferente), rezultate pentru fiecare stadiu fizic, stau la baza elaborării anexelor: Anexa_cant_min și max AC_LOT 1 și Anexa cant_min și max CS_LOT 1. S-a procedat și la verificarea listelor cuprinzând consumurile de materiale, mână de lucru (manoperă), ore de funcționare a utilajelor, precum și consumurile privind transporturile (formularele C6, C7, C8 și C9).

- față de cele susținute de contestatoare la pct. 14.1, respectiv că ofertantul câștigător nu poate justifica prețurile ofertate pentru mixturile asfaltice și pentru manoperă, precizăm faptul că, prețul ofertat de către acesta la mixtură asfaltică-5/4 este de 359,55 lei/tonă, iar la mixtură asfaltică - BADPC22,4, este de 279,78 lei/tonă.

- prin analogie cu prețurile ofertate de contestatoare, supunem atenției faptul că prețurile ofertate de ofertantul declarat câștigător sunt cu mult mai mari. Prețul ofertat de contestatoare la mixtură asfaltică-5/4 este de 253,46 lei/tonă, iar la mixtură asfaltică-BADPC22,4, este de 171,46 lei/tonă, acesta din urmă fiind considerat de comisie aparent nejustificat de mic prin raportare la prețul avut în vedere de autoritatea contractantă la stabilirea valorii estimate.

Referitor la manoperă, ofertantul declarat câștigător a respectat legislația muncii în vigoare - din prețul ofertat pentru oră manoperă, de 17,93 lei/h, rezultă că se va garanta în plată minimum de 3.000 lei lunar pentru domeniul construcțiilor, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, în conformitate cu art. 71 din OUG 114/2018 cu modificările și completările ulterioare. Pentru plata manoperei, ofertantul declarat câștigător a respectat legislația muncii în vigoare - din prețul ofertat pentru oră manoperă, de 17,93 lei/h, rezultă că se va garanta în plată minimum de 3.000 lei lunar pentru domeniul construcțiilor, în conformitate cu art.71 din OUG 114/2018 cu modificările și completările ulterioare. La categoria de lucrări "execuție șanțuri de beton noi", unitatea de măsură prevăzută în conținutul formularului F3 și în Anexa_cant_min si max AC LOT 1 si Anexa cant min și max CS LOT 1 este ml, iar contestatoarea face referire la o valoare de 20,00 lei/mp, fără a

prezenta argumente care să justifice unitatea de măsură la care s-a raportat.

Referitor la critica privind faptul că ofertantul declarat câștigător - Enviro Construct SRL a luat în calcul la fundamentarea prețului total oferat o cotă de cheltuieli indirecte care nu acoperă necesarul de cheltuieli prevăzut de Ordinul 1568/2002, autoritatea contractantă a calculat valoarea cheltuielilor indirecte plecând de la niște supoziții privind quantumul salariilor acordate de ofertantul câștigător personalului care nu intră în categoria cheltuielilor directe, la care adaugă cheltuiala aferentă indemnizației de concediu, prin raportare la consumul de manoperă necesar realizării cantităților maxime din acordul cadru, în condițiile în care ofertanții au deplina libertate de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri de manoperă. Ordinul invocat de către contestatoare se referă numai la structura cheltuielilor indirecte și nu face referire la quantumul valoric minim sau maxim al acestora, fiecare operator având libertatea de a-și stabili propriile cheltuieli.

Cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei persoane juridice în ansamblul ei. Din moment ce cheltuielile indirecte nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, o detaliere a lor este improprie și inutilă. Totodată, potrivit art. 3.3.3 din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determină prin aplicarea unei cote aferente acestora la valoarea: TOTAL CHELTUIELI DIRECTE. Această cotă se stabilește de către fiecare unitate de execuție pe baza propriilor analize.

Faptul că în oferta câștigătorului există o cotă de cheltuieli indirecte, apreciată de contestatoare scăzută, nu conduce la concluzia insuficienței prețului, din moment ce în documentația de atribuire și în legislația contabilă aferentă nu există vreo dispoziție legală care să stabilească un nivel minim (sau maxim) al cheltuielilor indirecte, așa cum există, de exemplu, în materie salarială.

Calculul prezentat de contestatoare, prin raportare la plata salarială a personalului de specialitate, anume: RTE, CQ, SSM și șef șantier nu este relevant, deoarece acesta, cu excepția șefului de șantier, poate fi plătit în baza unui raport de muncă "part-time", despre care contestatoarea nu are cunoștință.

Contestatoarea nu a adus niciun argument concret, dintre cele care se regăsesc în Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice și nici nu a indicat anume norme legale, din domeniul contabilității care au fost încălcate de ofertantul declarat câștigător. Neexistând o limită inferioară în acest sens, legiuitorul a lăsat la latitudinea fiecărui operator

economic în a-și calcula procentul/valoarea acestui indicator pe baza cifrelor/informațiilor proprii.

... nu aduce nici un fel de argumente din care să rezulte care sunt motivele pentru care se consideră vătămat de adresa referitoare la comunicarea rezultatului procedurii, exprimându-și „îndoiala” că autoritatea contractantă ar fi realizat o evaluare temeinică a modului în care ofertantul declarat câștigător justifică prețurile oferite la anumite componente ale ofertei financiare.

Mai mult, contestatoarea acuză că ar exista suspiciuni privind modalitatea în care autoritatea contractantă a analizat și verificat oferta câștigătoare, aducând în atenție încălcarea dispozițiilor art. 137, alin.3, lit. g din HG 395/2016, apreciind că oferta financiară conține prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate, bazându-se pe o interpretare proprie asupra unor presupuse situații pe care autoritatea contractantă le-ar fi întreprins sau nu.

Evaluarea propunerii financiare a ofertantului declarat câștigător nu s-a realizat prin raportare la prețurile oferite de contestatoare, care se dovedesc a fi situate la un nivel mai mic față de cele ale ofertantului câștigător. Elementul de comparație l-a constituit Formularul C6 reprezentând lista cuprinzând consumurile principalelor resurse materiale, cu prețurile luate în calcul de autoritatea contractantă la stabilirea valorii estimate, care se află la dosarul achiziției, astfel că nu se poate invoca nerespectarea art. 137, alin. 3, lit. g) din HG 395/2016, prin prisma prețurilor practicate de contestatoare.

Cu privire la cererea de repunere în termenul de detaliere a motivelor contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia motivat de faptul că autoarea contestației a avut acces la dosarul achiziției astfel cum reiese din procesul-verbal nr. 3288/28.05.2021, ceea ce înseamnă că a avut timpul necesar pentru completarea contestației.

Prin cererea de intervenție formulată, ... precizează în primul rând că cererea sa de intervenție este una principală prin care urmărește nu doar prezervarea calității de ofertant declarat câștigător ci și reevaluarea ofertei clasate pe locul 2. În acest caz, interesul său de a critica oferta ... rezultă din calitatea de participant la procedură declarat câștigător al acesteia. Pe fond, aduce o serie de argumente pentru care consideră că se impune reevaluarea ofertei depuse de

Totodată, în legătură cu motivele pentru care apreciază că trebuie respinse criticile contestatoarei legate de oferta sa, intervenienta invocă, în general, aceleași argumente invocate și de autoritatea contractantă în punctul acesteia de vedere.

De asemenea, intervenienta a depus la dosarul cauzei și concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 33565/29.06.2021, în care face o serie de aprecieri cu privire la oferta depusă de ..., ca urmare a accesului la dosarul achiziției la sediul autorității contractante.

La data de 02.07.2021, intervenienta a depus concluzii scrise înregistrate la CNSC cu nr. 34236 în care arată cu titlu de practică o decizie a Consiliului ce a fost desființată de Curtea de Apel Iași.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... a formulat cerere de intervenție prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată. Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul autorității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Licitația deschisă a fost inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„lucrări de întreținere pe drumurile județene pe timp de vară pentru perioada 2021 – 2022, loturile 1, 2, 3 și 4”*, prin transmiterea spre publicare în SEAP a anunțului de participare CN1028596, criteriul de atribuire aplicat a fost *„prețul cel mai scăzut”*, valoarea estimată a contractului fiind de 67.057.274,07 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207247707/1 emisă de CEC Bank, în cuantum de 218.459,67 lei.

Analizând criticile contestatoarei privind evaluarea ofertei ...rmătoarea cerință de la cap. III.1.3.a) din fișa de date a achiziției, capacitatea tehnică: *„(...) Pentru contractele de achiziție de lucrări: tehnicieni sau organisme tehnice pentru executarea lucrărilor. Ofertantul trebuie să facă dovada că dispune de cel puțin următorul personal de specialitate necesar pentru îndeplinirea contractului: un responsabil/coordonator în materie de sănătatea și securitatea muncii (SSM), în conformitate cu HG 319/2006. Modalitatea de îndeplinire: Prezentare DUAЕ, conform art. 193, alin. (1) din Legea 98/2016. Toți operatorii economici participanți la procedura de atribuire, indiferent de calitatea lor (ofertant unic, lider de asociere, asociat, subcontractant, tert susținător), vor completa câte un DUAЕ separat cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul situat pe locul I în clasamentul intermediar, conform art. 196 din Legea nr. 98/2016. Se vor prezenta: 1. CV – uri; 2. Diplome/ certificate/atestate/autorizații/decizie internă; 3. Fișe de post/ contract de muncă/REVISAL/acord de colaborare; 4. Alte documente similare. NOTA: Operatorul economic are dreptul să invoce susținerea unui/unor tert/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale doar dacă tertul va desfășura efectiv lucrările în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări”*.

Prin subcontractant se înțelege orice operator economic care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției, ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop, conform art. 3 alin. (1) pct. 51.yy) din cadrul Legii nr. 98/2006, pe când prin terț susținător se înțelege dreptul operatorului economic, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectiv, conform art. 182 alin. (1) din cadrul Legii nr. 98/2006.

În referire la acest aspect, Consiliul constată incidența următoarelor dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 182: „(1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi. (2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări. (3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților. (4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament;

- art. 183: „(1) Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/ terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea

sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167. (2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)";

- art. 193 alin. (2): „În cazul în care ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități, invocând, după caz, susținerea unui terț, DUAЕ, împreună cu angajamentul de susținere, trebuie să fie completat separat și de către terțul/terții susținător (i) pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul. DUAЕ prezentat de terțul/terții susținător (i) va include toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și informațiile de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță pentru susținerea acordată în cadrul procedurii de atribuire respective”.

Potrivit susținerilor părților și a documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că nu a uzat de prevederile art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește susținerea unui terț pentru activitatea SSM care intră în obiectul contractului, iar transformarea prestatorilor de servicii în terți susținători/subcontractanți nu este permisă de lege în această etapă nici măcar cu acordul autorității contractante.

Având în vedere specificul obiectului prezentului contract de achiziție publică și activitățile care urmează a fi realizate de responsabili SSM, Consiliul consideră că îndeplinirea acestor categorii de activități trebuie realizată de ofertant/asociat/subcontractant al ofertantului.

Astfel, pentru a depune o ofertă admisibilă, ofertanții, în cazul în care nu puteau, în mod legal, să realizeze părți din obiectul contractului, aveau obligația să facă dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin precizarea părții din contract pe care o subcontractează, dar și nominalizarea subcontractantului.

De subliniat, în acest context, este obligația corelativă a autorității contractante de a verifica capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul sub toate aspectele sale, inclusiv în ceea ce privește realizarea activităților SSM.

Date fiind cele expuse, Consiliul stabilește că prestatorul de servicii pentru activitatea SSM ar fi trebuit declarat subcontractant.

Prin urmare, Consiliul consideră că îi era interzis autorității contractante ca, pe baza actelor menționate, să considere, fără dubiu, că îndeplinește cerințele analizate mai sus.

Având în vedere aspectul analizat, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, în mod eronat și nelegal, a declarat admisibilă oferta prezentată de, decizia încălcând prevederile art. 137 alin. (1), alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În contextul celor expuse, Consiliul apreciază că este de prisos analizarea celorlalte critici din contestație, caracterul inadmisibil al ofertei clasate pe locul 1 neputând fi înlăturat prin aceasta.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze oferta depusă de ..., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente. Pe cale de consecință, va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de ..., în partea ce privește oferta sa.

Criticile intervenientei, în partea ce privește oferta contestatoarei, vor fi respinse ca inadmisibile, întrucât configurația instituției cererii de intervenție nu permite, în reglementarea Legii nr. 101/2016, contestarea rezultatului procedurii pe calea intervenției în cadrul contestației formulate la Consiliu de către un alt ofertant, fără respectarea termenului și condițiilor prevăzute de lege pentru contestație.

De asemenea, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, și cererea intervenientei privind acordarea cheltuielilor de judecată.

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației (...)”. Cum nu se poate stabili culpa

procesuală a contestatoarei în raport cu intervenientul accesoriu, întrucât acesta sprijină apărarea autorității contractante, nu este întemeiată cererea de acordare a cheltuielilor către această parte.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere și practica instanțelor de judecată (decizia nr. 1098 din 1 martie 2012, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. din 18 decembrie 2013, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 861 din 13 septembrie 2016, Curtea de Apel Suceava, SCAF; deciziile civile nr. 1464 din 21 martie 2013, nr. 8253 din 9 octombrie 2014 și nr. 4898 din 14 iulie 2015, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal).

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și anulează rezultatul procedurii. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze oferta depusă de .., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente. Pe cale de consecință, respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de .. SRL, în partea ce privește oferta sa și ca inadmisibilă, în partea ce privește oferta contestatoarei. Respinge, ca inadmisibilă, cererea intervenientei privind acordarea cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

..

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini.