C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva adresei nr. 4645/12.03....., emisă de către ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....", cod CPV: 71322000-1, s-a solicitat: admiterea prezentei contestații; obligarea autorității contractante la anularea deciziei de declarare drept câștigătoare a ofertei SC ,....SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SC ,....SRL și la continuarea procedurii, în conformitate cu prevederile legale în vigoare aplicabile în materia achizițiilor publice, precum și cu respectarea principiilor consacrate de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

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

În fapt, contestatorul precizează că în data de 12.03..... i-a fost transmisă adresa nr. 4645/12.03....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, potrivit căreia: „(...) comisia de evaluare a finalizat faza de verificare – analiză a elementelor DUAE, tehnice, financiare si al elementelor justificative DUAE iar oferta dumneavoastră este necâștigătoare și se află pe locul II în clasamentul final. Aplicând criteriul de evaluare „prețul cel mai scăzut" oferta declarată câștigătoare cu o valoare de 20.000 RON este cea depusă de către SC ,....SRL". De

asemenea, arată că în data de 12.03..... a luat la cunoștință și despre raportul procedurii nr. 4643/12.03..... Prin adresa nr. 637/13.03..... a solicitat autorității contractante studierea dosarului achiziției publice. Ulterior studierii dosarului a constatat că oferta depusă de SC ,....SRL este inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În susținerea inacceptabilității ofertei câștigătoare, contestatorul aduce următoarele argumente:

- Neîndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară.

Față de cerința din fișa de date a achiziției, Cap. III. 1.3.a) *„Capacitatea tehnică și/sau profesională Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluare a respectării cerințelor menționate (...)*", rezultă că ofertantul declarat câștigător a prezentat în vederea susținerii experienței similare solicitate contracte pentru care nu a prezentat procese verbale de predare primire și recepție și nici alte documente justificative care să ateste că serviciile au fost finalizate în mod corespunzător, în conformitate cu cerința din cuprinsul fișei de date a achiziției. Totodată în DUAE a fost declarată ca dată de predare / finalizare a documentațiilor data de 24.12.2017 într-o zi nelucrătoare - duminica. Nu în ultimul rând, în cadrul DUAE, cu privire la contractul nr. 11638 / 26.06.2018 a fost declarată suma de 32.000 lei, cu toate că nu toată suma reprezintă servicii similare conform solicitării fișei de date. În acest sens, contestatorul invocă jurisprudența Curților de Apel. De asemenea, apreciază că în situația în care s-ar admite contestația și s-ar dispune reevaluarea ofertei, autoritatea contractantă nu mai are dreptul de a-i solicita alte clarificări, în urma cărora eventual acesta să demonstreze îndeplinirea cerinței deoarece, pe de o parte, în conformitate cu adagiul latin „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", nimeni nu poate invoca in susținerea intereselor sale propria sa culpă, iar pe de altă parte s-ar crea aparența incidenței emiterii *pro causa* a respectivelor documente.

- Implicarea ofertantului declarat câștigător în pregătirea procedurii care face obiectul prezentei cauze.

Contestatorul precizează că urmare a studierii informațiilor prezentate în SEAP, se constată că autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția tuturor ofertanților DALI cu parte scrisă și desenată (documente întocmite de către ofertantul declarat câștigător al prezentei proceduri, după cum rezultă din paginile 11-12 din caietul de sarcini publicat în SICAP), nici în urma solicitărilor de clarificări în acest sens. Astfel, contestatorul arată că în data de 15.02....., ora 15:23, a solicitat autorității contractante următoarele clarificări: „Pentru a se putea întocmi o ofertă corectă vă rugam să corelați documentația de atribuire (caiet de sarcini, Tema de proiectare, Anexa la formular de oferta) în ceea ce privește serviciile solicitate a se oferta. Dacă se ofertează doar Faza PT + Verificare tehnică + Obținere avize și acorduri, vă rugăm să postați documentația în faza DALI/SF ce a stat la baza

aprobării indicatorilor tehnico-economici ai investiției precum și studiile de teren întocmite (Topo+GEO+Hidro)", aceasta răspunzând: „întreaga documentație DALI/SF (DALI + studii geo, topo și expertiza tehnică) se va pune la dispoziția ofertantului câștigător în format listat, semnat și însușit de către beneficiar", fiind astfel destul de evident faptul că ofertantul declarat câștigător a beneficiat de informații suplimentare în raport cu ceilalți participanți, fiind avantajat. În acest sens, invocă prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

- Prezentarea unui certificat cu datorii.

În cadrul documentelor depuse în susținerea celor declarate în DUAE, ofertantul declarat câștigător a prezentat Certificat taxe și impozite locale cu datorii, ori conform fișei de date a achiziției, punct III. 1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - Cerința 1 punctul b), se solicită: Certificat taxe și impozite locale care să ateste lipsa datoriilor restante la momentul depunerii.

În susținerea neconformității ofertei câștigătoare, contestatorul aduce următoarele argumente:

- Neîndeplinirea cerințelor obligatorii referitoare la prezentarea atestatelor și autorizărilor solicitate, precum și a personalului necesar pentru executarea contractului

Conform solicitărilor caietului de sarcini: „*Proiectul tehnic va fi verificat de verificatori de proiecte atestați de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice - alții decât specialiștii care au întocmit proiectul - și este în sarcina ofertantului*." Ofertantul declarat câștigător nu a declarat ca asociat sau subcontractant un verificator de proiecte atestat. În acest sens invocă următoarele prevederi legale: art. 3, art. 1851 alin. (1), art. 1852 alin. (1) din noul cod civil; art. 26 alin. (1) din Legea nr. 10/18.01.1995; HG nr. 925/1995.

Prin urmare, arată că verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții având, în opinia sa, obligația de a declara entitatea care urmează să presteze aceste servicii, în calitate de subcontractant, întrucât acesta urmează a realiza părți din obiectul contractului.

Totodată, contestatorul arată că a declarat subcontractant pentru partea de verificare a proiectului și a prezentat documente relevante în acest sens, respectiv DUAE și atestat pentru verificatorul de proiect nominalizat precum și descrierea, în cadrul ofertei tehnice, a modalității în care urmează a se desfășura activitatea de verificare a proiectului.

Față de cerințele obligatorii prevăzute în caietul de sarcini, se constată că ofertantul declarat câștigător:

- nu a prezentat niciun certificat solicitat ca obligatoriu și nici nu a declarat niciun subcontractant/asociat responsabil de îndeplinirea unor părți din contract conform solicitărilor caietului de sarcini;
- nu a prezentat lista cu personalul implicat în prestarea serviciilor (director proiect, șef proiect, ingineri proiectanți, topograf, verificator);

- nu a prezentat în cadrul propunerii tehnice descrierea modalității în care se va realiza activitatea de verificare tehnică a proiectului, care trebuie realizată prin verificatori autorizați, fie ca aceștia își desfășoară activitatea în mod independent, fie că sunt salariați ai unor persoane juridice care au un astfel de obiect de activitate, altele decât cele care întocmesc proiectul tehnic.

- Oferta de preț nu este rezultatul liberei concurențe și nu poate fi justificată

Valoarea estimată a contractului este de 43.800 lei + TVA. Oferta depusă de SC ..... SRL a fost de 36.000 de lei + TVA (82,19% din valoarea estimată a contractului), iar oferta SC ,....SRL de 20.000 de lei + TVA (45,66 % din valoarea estimată a contractului). Ofertantul declarat câștigător nu a prezentat detalierea și fundamentarea economică / justificarea prețului neobișnuit de scăzut în conformitate cu obligația ce-i incumbă potrivit prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/ 2016, ci s-a limitat doar la prezentarea a unei descrieri sumare, fără nici un calcul de tarif orar personal implicat, prețuri materiale, prețuri echipamente, utilaje, transport etc., iar autoritatea contractantă a admis în mod nelegal aceasta justificare, în condițiile în care, oferta acestuia reprezintă mai puțin de 50% din valoarea estimată a contractului.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 12215/02.04..... contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205325873/1, tranzacția nr. 839312961/1584744456 din data de 19.03..... emisă de CEC Bank – unitatea: sucursala Cluj, în valoare de 400 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*".

Prin adresa nr. 6905/11.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 13786/12.04....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie. De asemenea, precizează că nu formulează un punct de vedere, în apărarea sa, față de contestația depusă.

Întrucât prin adresa nr. 688/12.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 13881/12.04....., contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 14028/.....-...../15.04....., Consiliul îi comunică acestuia, termenul limită de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; contestatorul s-a prezentat la sediul CNSC în data de 15.04.....

Ulterior, prin adresa nr. 692/16.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 14183/16.04....., contestatorul depune concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului, subliniind faptul că își menține în integralitate, contestația depusă.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....”, cod CPV: 71322000-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este de: 43.800 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul este nemulțumit de modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat oferta desemnată câștigătoare depusă de SC ,....SRL Oradea.

Având în vedere criticile contestatorului, Consiliul va reține următoarele aspecte:

În cadrul caietului de sarcini, care reprezintă necesitatea autorității contractante, aceasta a detaliat activitățile de proiectare care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, anexând totodată, tema de proiectare și devizul general.

La secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[...../00002] FisaDate_DF1038634.pdf”, autoritatea contractantă a precizat că „Propunerea tehnică se va elabora astfel încât să rezulte că sunt îndeplinite în totalitate cerințele caietului de sarcini și va cuprinde:

*a) Oferta tehnică, care **va conține o descriere detaliată a serviciilor prestate**, prin care să se demonstreze corespondența serviciilor ofertate cu cerințele caietului de sarcini.*

b) Ofertanții (lider, asociat, subcontractant, terț susținător) trebuie să indice în cadrul ofertei tehnice că la întocmirea ei a ținut cont de regulile obligatorii la condițiile de muncă și de protecție a muncii. Informațiile privind regulile obligatorii referitoare la condițiile de muncă și de protecția muncii, care sunt în vigoare și care trebuie să fie respectate pe parcursul îndeplinirii contractului, se pot obține de la Inspectoratele Teritoriale de Munca județene. Se va prezenta formularul „Declarație pe propria răspundere privind respectarea condițiilor de muncă și protecția muncii” de către toți participanții: lider, asociat, subcontractant, terț susținător.

Oferta tehnică este obligatorie, lipsa ei duce la respingerea ofertei ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. k) din HG nr. 395/2016”.

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună

anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

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

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită produselor ce fac obiectul contractului să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unor servicii de proiectare având caracteristici particulare, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui tip de servicii de proiectare deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unora care trebuie să aibă anumite caracteristici determinate de natura și amplasamentul drumurilor care vor fi reabilitate iar potrivit precizărilor de la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din instrucțiunile pentru ofertanți intitulate generic „*fișa de date*”, ofertanții aveau obligația să includă în ofertă o descriere detaliată a serviciilor prestate, prin care să se demonstreze corespondența serviciilor ofertate cu cerințele caietului de sarcini astfel încât să rezulte că sunt îndeplinite în totalitate cerințele caietului de sarcini.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Potrivit cerințelor din fișa de date a achiziției, operatorii economici participanți aveau obligația să includă în propunerea tehnică

descrierea/detalierea/comentariul detaliat al serviciilor ofertate, înscrisuri prin care să demonstreze modalitatea concretă în care vor duce la îndeplinire contractul care urmează a fi atribuit în urma prezentei proceduri de atribuire.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că cerințele din caietul de sarcini, instrucțiunile pentru ofertanți referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice și cu privire la serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

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

- obligația de a include în propunerea tehnică toate documentele și informațiile solicitate (inclusiv descrierea detaliată a serviciilor ofertate),
  cât și
- riscurile ce decurg din neincluderea acestor informații în propunerea tehnică, parte a ofertei depusă în SEAP.

Procedând la verificarea propunerii tehnice depusă de SC ,....SRL, Consiliul reține că aceasta nu conține nicio descriere detaliată a serviciilor prestate astfel cum a solicitat în mod expres autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției, ci este formată doar din 2 pagini, după cum urmează:

- un tabel care cuprinde termenul de predare (de 30 de zile de șa semnarea contractului) pentru cele 7 tipuri de documente solicitate la pag. 1 din caietul de sarcini și pentru activitatea de verificare a proiectului (pag. 221 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei);
- certificatul de atestare nr. 334/28.09.2017 emis de Ministerul Apelor și Pădurilor conform Ordinului ministrului agriculturii, pădurilor și dezvoltării rurale nr. 576/2009, prin care se atestă că SC ,....SRL are dreptul să elaboreze documentații tehnico-economice în domeniul proiectării de drumuri forestiere (pag. 220 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei).

Prin elaborarea propunerii tehnice în acest mod, SC ,....SRL nu a respectat în fapt documentația de atribuire, deoarece în cadrul propunerii tehnice acesta avea obligația să includă descrierea detaliată a serviciilor prestate, prin care să demonstreze conformitatea serviciilor ofertate cu specificațiile din caietul de sarcini.

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, fiind

incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

Legislația în domeniu prevede că o ofertă care nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, o ofertă neconformă, iar potrivit alin. (4) și (5) din același articol, doar *„ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile. Comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile*".

Având în vedere că în oferta SC ,....SRL nu se regăsește descrierea detaliată a serviciilor prestate, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a desemnat în mod eronat drept admisibilă oferta acestuia, criticile contestatorului privind acest aspect urmând a fi admise.

În cazul în care înscrisurile din documentația de atribuire (instrucțiunile pentru ofertanți denumite generic „fișa de date", caietul de sarcini sau tema de proiectare) erau considerate ca fiind contradictorii/ eronate/ambiguu formulate sau abuzive, operatorii economici aveau dreptul de a contesta respectivele cerințe, potrivit prevederilor legale.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul ofertei sale a informațiilor minimale solicitate de către autoritatea contractată potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul caietului de sarcini și a temei de proiectare care sunt serviciile care îi sunt necesare iar în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți denumite generic „fișa de date" a precizat informațiile care trebuie incluse în propunerea tehnică.

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

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

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

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

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

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

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

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

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

În cauza C-523/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647,

punctul 40, precum și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)".

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Cerințele din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „„[...../00002] FisaDate_DF1038634.pdf" cu privire la modul de elaborare a propunerii tehnice sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al elaborării neconforme/incomplete/superficiale a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care înscrisuri trebuie depuse în cadrul propunerii tehnice și ce trebuie să conțină aceste înscrisuri.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a desemnat în mod greșit drept admisibilă oferta depusă de SC ,....SRL deoarece prin înscrisurile depuse în cadrul propunerii sale tehnice, acest ofertant nu a demonstrat că oferă autorității contractante serviciile de care aceasta are nevoie.

Potrivit prevederile art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 oferta care cuprinde și propunerea tehnică reprezintă actul juridic prin care operatorii economici își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică.

Astfel, propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini.

Ori, în speță, Consiliul constată că, practic, nu există o propunere tehnică a SC ,....SRL, motiv pentru care va admite critica din contestație și va dispune reevaluarea a ceea ce SC ,....SRL a denumit *„propunere tehnică*" în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și normele legale mai sus menționate.

În soluționare Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă a indicat în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[...../00002] FisaDate_DF1038634.pdf" modul în care trebuie elaborată oferta tehnică,

subliniind faptul că ofertanții au obligația de a depune descrierea detaliată a serviciilor prestate, astfel încât procesul de evaluare a ofertelor să permită verificarea caracteristicilor/performanțelor serviciilor ofertate cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini.

În cazul în care prevederile documentației de atribuire erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, ofertantul SC ,....SRL avea dreptul de a le contesta potrivit prevederilor legale.

Astfel, conform unei jurisprudențe constante a CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special 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 Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37). Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură (a se vedea Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 42).

În cauza C-131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca ..... depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă".

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv instrucțiunile pentru

ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul „[...../00002] FisaDate_DF1038634.pdf” și caietul de sarcini) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin depunerea ofertelor, ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul caietului de sarcini, motiv pentru care aveau obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că prin oferta depusă, SC ,....SRL nu a făcut dovada conformității specificațiilor tehnice oferite cu cerințele obligatorii stabilite în caietul de sarcini și care reprezintă necesitatea/exigențele autorității contractante, criticile contestatorului privind propunerea tehnică depusă de SC ,....SRL urmând să fie admise.

Referitor la criticile contestatorului privind implicarea ofertantului declarat câștigător în pregătirea prezentei proceduri, Consiliul va reține că, așa cum rezultă din procesul verbal de avizare a investiției nr. 178/07.12.2018 (pag. 2 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), anterior inițierii acestei proceduri, a fost elaborată, de către SC ,....SRL, documentația de avizare a lucrărilor de intervenție (DALI). Acest DALI nu face parte din documentația de atribuire și nu a fost pus la dispoziția potențialilor ofertanți.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că, deși, prin solicitarea de clarificări nr. 6 din 15.02..... (pag. 53 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), societatea contestatoare a cerut ca acest DALI precum și studiile „topo+geo+hidro” să fie publicate în SEAP, autoritatea contractantă a răspuns că va pune la dispoziția câștigătorului procedurii toate aceste informații, în format listat.

Potrivit prevederilor art. 9 alin. (1) din HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice „*documentația de avizare a lucrărilor de intervenții este documentația tehnico-economică, similară studiului de fezabilitate, elaborată pe baza expertizei tehnice a construcției/construcțiilor existente și, după caz, a studiilor, auditurilor ori analizelor de specialitate în raport cu specificul investiției*”.

De asemenea, potrivit art. 12 alin. (1) din același act normativ, „*proiectul tehnic de execuție constituie documentația prin care proiectantul dezvoltă, detaliază și, după caz, optimizează, prin propuneri tehnice, scenariul/ opțiunea aprobat(ă) în cadrul studiului de fezabilitate/documentației de avizare a lucrărilor de intervenții; componenta tehnologică a soluției tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiții, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuție, în condițiile respectării indicatorilor tehnico-economici aprobați și a autorizației de construire/desființare*”.

Prin urmare, elaborarea proiectului tehnic de execuție (PTE), etapă de proiectare care face obiectul prezentei proceduri, succede elaborării documentației de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI), și se bazează pe studiile cuprinse în DALI.

Consiliul va reține că, în situația în care la procedură nu ar fi participat ca ofertant operatorul economic care a realizat DALI, toți ofertanții ar fi avut condiții egale de elaborare a ofertei, contestatorul însuși demonstrând că a putut elabora o ofertă conformă fără a avea acces la DALI. Însă, participând ca ofertant în cadrul prezentei proceduri, SC ,....SRL a fost evident avantajat atunci când a elaborat oferta financiară, aspect recunoscut de acesta prin manifestarea propriei voințe în răspunsul la solicitarea de justificare a prețului ofertat (pag. 238 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), în care a precizat:

„Firma noastră, SC ,....SRL, a întocmit „DALI Reabilitare DF Sibila I și Sibila II", astfel că o parte din etapele de proiectare au fost deja parcurse. (...)

1. Studii de teren = 0 lei

- studiile de teren au fost întocmite în cadrul DALI la nivel de PT, fiind culese toate datele necesare întocmirii proiectului tehnic, astfel că nu mai este necesară refacerea sau completarea acestora. (...)

6. Prețul aferent întocmirii documentației pentru obținere avize și acorduri = 500 lei

- Documentație pentru obținerea avizelor a fost pregătită la faza DALI fiind necesare doar o actualizare a acesteia".

Dacă toți ceilalți participanți la procedură ar fi avut acces la DALI, atunci și aceștia ar fi avut cunoștință de studiile efectuate și de documentațiile întocmite în DALI și ar fi întocmit oferta financiară în funcție de aceste elemente, nu numai SC ,....SRL care a realizat DALI.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„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*".

Cu privire la posibilele măsuri de remediere care ar fi putut fi adoptate de către autoritatea contractantă pe parcursul procedurii de atribuire, Consiliul va reține prevederile art. 140 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora:

„(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.

(3) Înainte de orice astfel de excludere, candidații sau ofertanții trebuie să aibă posibilitatea de a demonstra că implicarea lor în pregătirea procedurii de achiziție nu poate denatura concurența".

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, prin nepunerea la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți a DALI și participarea la procedură a operatorului economic care a elaborat DALI, a fost distorsionată concurența, SC ,....SRL fiind avantajat în acest caz, iar, la momentul actual, situația nu mai poate fi remediată prin nicio altă măsură potrivit prevederilor art. 140 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, Consiliul va admite această critică și va dispune reevaluarea ofertei depusă de SC ,....SRL în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei depusă de SC ,....SRL este fondată, urmând să fie admisă.

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

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

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

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

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

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini