



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2007/08.09.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38293/09.09.2020, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., împotriva documentației de atribuire emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru investiția «Extindere, Modernizare și Dotare cu Echipamente și Aparatură Medicală a Ambulatoriului Spitalului Municipal ...»”*, se solicită admiterea contestației, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității, respectiv eliminarea specificațiilor tehnice criticate și finalizarea procedurii de achiziție publică cu respectarea dispozițiilor legale incidente în materie.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..., critică documentația de atribuire emisă de autoritatea contractantă, respectiv unele secțiuni din caietul de sarcini, pe care le consideră nelegale, astfel:

- pag. 23: *„Pentru mai buna aplicare a proiectului tehnic elaborat și potrivit prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, este necesară prezența pe șantier a proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor de consolidare, reabilitare și modernizare infrastructură”;*

- pag. 28: *„Asistența tehnică se derulează atât pe durata desfășurării procedurii de achiziție a lucrărilor de construcții, cât și ulterior, pe perioada execuției lucrărilor și pe perioada de garanție până la recepția finală a obiectivului, inclusiv asistență tehnică pentru participarea proiectantului la fazele incluse în Programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de ISC*

și va consta în următoarele: (...) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului”;

- pag. 44: *„Plata serviciilor de proiectare și asistență tehnică se va face astfel:*

1. Pentru serviciile de elaborare documentație (etapa I), plata se va face după aprobarea/avizarea Proiectului tehnic de către OI/AMPOR și semnarea procesului verbal de recepție”;

- pag. 44: *„Prestatorul va solicita și obține în numele și cu acceptul beneficiarului, toate certificatele, avizele, acordurile și orice alte documente necesare pentru/sau în legătură cu realizarea obiectului contractului”.*

Contestatorul apreciază faptul că autoritatea contractantă a încălcat următoarele prevederi legale:

I. Art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prin impunerea prezenței pe șantier a proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor de consolidare, reabilitare și modernizare infrastructură (caiet de sarcini, pag. 23), solicitare care nu se regăsește nicăieri în legislația și reglementările de referință și care constituie introducerea unui obstacol nejustificat, deoarece acestea sunt atribuții ce revin responsabililor tehnici cu execuția, precum și diriginților de șantier, conform Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții - Secțiunea a 4-a Obligații și răspunderi ale specialiștilor verficatori de proiecte, ale responsabililor tehnici cu execuția și ale experților tehnici, atestați, art. 26 *„alin. (2) Responsabilii tehnici cu execuția autorizați răspund, conform atribuțiilor ce le revin, pentru realizarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale la lucrările de construcții pentru care sunt angajați; alin. (3) Verificarea calității lucrărilor executate pentru realizarea construcțiilor și a intervențiilor la construcțiile existente, pentru care se emit, în condițiile legii, autorizații de construire sau de desființare, este obligatorie și se efectuează de către investitori prin diriginți de șantier autorizați, angajați ai investitorilor și prin responsabili tehnici cu execuția autorizați, angajați ai executanților”.*

II. Art. 50 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prin impunerea urmăririi pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi (caiet de sarcini, pag. 28), solicitare care nu este fundamentată în baza legislației și a reglementărilor de referință și care constituie o restrângere artificială a concurenței, în scopul favorizării operatorilor economici aflați pe o rază teritorială care să le permită îndeplinirea cerinței, deoarece acestea sunt atribuții ce revin responsabililor tehnici cu execuția, precum și diriginților de șantier, conform Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții - Secțiunea a 4-a Obligații și răspunderi ale specialiștilor verficatori de proiecte, ale responsabililor tehnici cu execuția și ale experților tehnici, atestați, art. 26 alin. (2) și (3) citate la punctul anterior.

III. Art. 4 alin. (1) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori: *„(1) O clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă, dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților”,*

prin impunerea clauzei referitoare la plată (pag. 44 din caietul de sarcini – *„Plata serviciilor de proiectare și asistență tehnică se va face astfel: 1. Pentru serviciile de elaborare documentație (etapa I), plata se va face după aprobarea/avizarea Proiectului tehnic de către OI/AMPOR și semnarea procesului verbal de recepție”*).

Așa cum reiese din:

- caietul de sarcini, secțiunea Atribuțiile și responsabilitățile părților, pag. 30: autoritatea contractantă este responsabilă pentru *„achitarea contravalorii prestațiilor executate de către Contractant, în baza facturilor emise de către acesta din urmă, așa cum este stabilit prin contract”*,

- formularul Contract de Servicii - Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru investiția „Extindere, modernizare și dotare cu echipamente și aparatură medicală a ambulatoriului Spitalului Municipal ...”, Art. 8 (pag. 6): Obligațiile Principale ale Achizitorului: *„Plata facturilor se va face în termenele prevăzute de lege, raportat la data prestării efective a serviciilor și a furnizării și recepției acestora”*, plata serviciilor este o obligație a autorității contractante care, dacă este condiționată în contract nu doar de respectarea de către prestator a legislației și a reglementărilor de referință, ci și de aprobarea/avizarea documentației de către terțe părți (în acest caz OI/AMPOR), reprezintă introducerea unui dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, fapt denunțat atât de legislația națională, cât și de directivele europene în materie (Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993).

Contestatorul menționează faptul că obligațiile și răspunderile proiectanților în domeniu sunt prevăzute de Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, Secțiunea a 2-a. Totodată, instrumentul pe care autoritatea contractantă îl are la dispoziție pentru a fi asigurată îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică îl reprezintă Garanția de bună execuție (conform art. 39 alin. 1 din H.G. nr. 395/2018).

IV. Art. 5 alin. (1) din Legea nr. 50/1991, privind autorizarea executării lucrărilor de construcții: *„(1) Avizele și acordurile stabilite prin certificatul de urbanism se solicită de către investitor/beneficiar și se obțin de la autoritățile competente în domeniu înaintea depunerii documentației pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții la autoritățile administrației publice competente”* - prin introducerea cerinței adresate contractantului de a solicita (depune spre avizare) toate *„certIFICATELE, avizele, acordurile și orice alte documente necesare pentru/sau în legătură cu realizarea obiectului contractului”*, în condițiile în care obiectul achiziției îl constituie, conform codului CPV - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (în speță - elaborarea Documentațiilor tehnice necesare în vederea obținerii avizelor) și nu Servicii de administrație publică, Servicii poștale și de curierat, etc.

Ca urmare a nerespectării prevederilor legale enumerate anterior, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității, respectiv eliminarea specificațiilor tehnice menționate și finalizarea procedurii de achiziție publică cu respectarea dispozițiilor legale incidente în materie, precum și respectarea principiilor prevăzute în art. 2 din Legea nr. 98/2016.

În drept, ... arată că își întemeiază contestația pe dispozițiile următoarelor legi:

- 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 servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea C.N.S.C., cu modificările și completările ulterioare;

- Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare;

- H.G. nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare;

- Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, cu modificările și completările ulterioare;

- Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, cu modificările și completările ulterioare;

- Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare.

Prin punctul de vedere nr. 22232/15.09.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 39407/15.09.2020, ... solicită respingerea contestației ... ca nefondată, pentru următoarele motive:

I. Context:

În data de 02.09.2020 s-a publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice anunțul de participare simplificat ... și, odată cu documentația de atribuire a fost publicat și caietul de sarcini care conține toate specificațiile tehnice solicitate, precum și procesul de prestare a serviciilor ce urmează a fi realizate și respectate de către viitorul contractant.

La data de 07.09.2020, ... a transmis o serie de solicitări de clarificări, precizând că în cazul în care documentația de atribuire nu va fi modificată în conformitate cu cerințele acestuia, va contesta procedura de atribuire.

La data de 08.09.2020, înainte de a se publica răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, ... a transmis contestația cu nr. 2.007/08.09.2020.

Autoritatea contractantă arată că în data de 09.09.2020, conform art. 160 alin. (2) coroborat cu prevederile art. 161 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a răspuns tuturor solicitărilor de clarificări, transmise în termenul indicat la capitolul 1.3) Comunicare din fișa de date a achiziției.

La data de 11.09.2020 ora 16:51 (după programul de lucru al autorității contractante), ... a transmis cererea de suspendare cu nr. 2044 din 11.09.2020.

II. Punct de vedere referitor la suspendarea procedurii de atribuire

Autoritatea contractantă menționează că solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire a fost depusă în afara termenului de 7 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. (b) din Legea nr. 101/2016, iar prin contestația depusă prin adresa nr. 2.007/08.09.2020 nu a avut nici un capăt de cerere privind suspendarea procedurii de atribuire. Având în vedere prevederile art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016, este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Contractul de achiziție care face obiectul contestației este finanțat prin Programul Operațional Regional 2014-2020 și, prin urmare, autoritatea contractantă are de respectat un calendar strict pentru a nu se rezilia contractul de finanțare. În concluzie, interesul public este de a se continua procedura de atribuire, până la o decizie contrară a CNSC sau a unei alte instanțe de judecată.

III. Punct de vedere referitor la elementele contestației

Cu privire la capătul de cerere nr. 1

Autoritatea contractantă precizează că la data de 14.09.2020 ora 15 a fost termenul limită de depunere a ofertelor, iar în acest termen au fost depuse 4 oferte: ... - cu sediul în ... (509 km), ... - cu sediul în ... (228 km), ... - cu sediul în ... (132 km) și S... - cu sediul în ... (132 km).

După cum se poate observa, există cel puțin un ofertant care se situează la aceeași distanță rutieră față de autoritatea contractantă ca și contestatorul, respectiv ..., care este tot din ..., cât și o ofertă depusă de un operator economic din ..., care este la o distanță dublă față de distanța de la contestator la autoritatea contractantă.

Atât timp cât la prezenta procedură au fost depuse oferte din partea unor operatori economici situați la distanțe egale dintre contestator și autoritatea contractantă sau chiar de operatori economici de la o distanță dublă față de cea a contestatorului, nu se poate concluziona că autoritatea contractantă a pus un obstacol în calea participării la procedura de atribuire.

În continuare, autoritatea contractantă evocă prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, în care se regăsesc obligațiile minime impuse de legiuitor, așa cum rezultă din interpretarea *per a contrario* a tezei (2) de la art. 7: *„În contracte nu se pot înscrie niveluri și cerințe fundamentale, referitoare la calitate, inferioare reglementărilor în vigoare, cu privire la cerințele fundamentale prevăzute la art. 5”* și, prin urmare, nu se interzice de către legiuitor solicitarea unor elemente de calitate superioare decât cele solicitate de Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

Acest raționament este susținut și de teza (1) de la art. 7 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, unde se regăsește următoarea cerință: *„În contractele care se încheie ori, după caz, în dispozițiile (...) ce se emit, factorii prevăzuți la articolul precedent sunt obligați să înscrie clauzele referitoare la nivelul de calitate al construcțiilor, corespunzătoare cerințelor fundamentale, precum și garanțiile materiale și alte prevederi, care să conducă la realizarea acestor clauze.”*

Faptul că cerința menționată nu se regăsește în Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, nu poate fi interpretată în sensul că îi este interzis autorității contractante de a solicita metodologii de prestare a serviciilor care să conducă la premisa creșterii calității în construcții (atât timp cât ele sunt exprese și adresate oricărui prestator care va câștiga prezentul contract).

Ori, așa cum este menționat în fișa de date a achiziției la cap. II.2.3 Locul de executare, locul principal de executare este Municipiul ..., județul Dacă în partea de elaborare a proiectului tehnic, cea mai mare parte a activității de proiectare se va desfășura la sediul Prestatorului, în partea de execuție a lucrărilor, cea mai mare parte de activitate se va desfășura la locul unde se execută lucrările și, în mod secundar, la sediul prestatorului.

Dacă distanța sediului prestatorului /executantului față de locul efectiv de execuție a lucrărilor ar fi fost un obstacol, atunci nu ar fi participat decât operatori economici din localitatea unde se prestează/execută efectiv lucrările, dar, după cum se poate observa, la prezenta procedură nu a participat nici un ofertant din ..., existând ofertanți care își au sediul chiar la distanțe duble față de contestator, neconfirmându-se teoria sa că metodologia de prestare a serviciilor reprezintă un obstacol de a participa la procedura de atribuire.

Într-o altă ordine de idei, faptul că urmărirea executării corecte a lucrărilor intră și în sarcina diriginților de șantier (responsabilii tehnici cu execuția nefiind angajați ai investitorului) nu exclude ca investitorul să solicite, pentru siguranța executării unor lucrări de calitate, ca în activitatea de asistență tehnică realizată de către proiectant, să includă și obligația ca proiectantul lucrării (prin experții desemnați de aceștia) să se prezinte fizic la șantierul lucrării, pentru a urmări cum este pusă în operă documentația sa. Scopul acestei solicitări este pentru a urmări dacă soluția de proiectare propusă de proiectant, corespunde realității din șantier, și după caz, în cazul în care nu corespunde, pentru a se lua măsuri din timp, în scopul fie de a se evita eventuale întârzieri fie de a se evita executarea unor lucrări care nu respectă cerințele minime de calitate.

Activitatea menționată este o specificație tehnică (declarată) conform art. 154 alin. (2) din Legea 98/2016 care vizează procesul de realizare a serviciilor în cadrul viitorului contract, are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și este proporțională prin raportare la valoarea (în sensul că valoarea estimată acoperă și costul acestei activități) și obiectivele viitorului contract (în sensul asigurării unui nivel de calitate superior decât cel solicitat prin Legea calității).

Faptul că această activitate conduce la creșterea costurilor, nu poate fi considerat un obstacol, în aprecierea autorității contractante, deoarece toți ofertanții trebuie să aibă în vedere la elaborarea ofertei acest cost, indiferent de locul unde își au sediul. Ar fi putut fi considerat un obstacol, doar în cazul în care autoritatea contractantă impune ca o condiție de calificare, obligația ca ofertantul să fie dintr-un anumit areal geografic. Ori, după cum se poate lesne constata, nu există formulată nici o astfel de cerință, fapt care ar fi fost evident nelegal.

Cu privire la capătul de cerere 2:

Autoritatea contractantă face aceleași aprecieri ca și la pct. anterior, cu privire la numărul de oferte depuse, distanța rutieră față de sediul acesteia, prevederile art. 7 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, cap. II.2.3 Locul de executare din fișa de date a achiziției, iar suplimentar, evocă următoarele:

Referitor la activitatea de *„Urmărire pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toata durata contractului”*, autoritatea contractantă arată că este o specificație tehnică (declarată) conform art. 154 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care vizează procesul de realizare a serviciilor în cadrul viitorului contract, are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și este proporțională prin raportare la valoarea (în sensul că valoarea estimată acoperă și costul acestei activități) și obiectivele viitorului contract (în sensul

asigurării unui nivel de calitate superior decât cel solicitat prin Legea calității).

Autoritatea contractantă precizează că a solicitat, în mod expres, ca pe perioada de asistență tehnică, proiectantul să asigure prezența unui expert pe o durată de minim 4 ore/zi, tocmai cu scopul de a nu avantaja sau dezavantaja vreun ofertant, ca ofertanții să poată prevedea acest cost în propunerea financiară și că aceasta să poată analiza unitar ofertele depuse, iar în cazul în care nu ar fi stabilit această durată, exista posibilitatea ca unii ofertanți să cuprindă doar 1 oră/zi de asistență tehnică, iar alții nici măcar atât, făcând imposibilă compararea ofertelor.

Faptul că această activitate conduce la creșterea costurilor, nu poate fi considerat un obstacol, deoarece toți ofertanții trebuie să aibă în vedere la elaborarea ofertei acest cost, indiferent de locul unde își au sediul. Se consideră că ar fi putut fi considerat un obstacol, doar în cazul în care autoritatea contractantă impune ca o condiție de calificare, obligația ca ofertantul să fie dintr-un anumit areal geografic. Ori, după cum se poate constata, nu există formulată nicio astfel de cerință, fapt care ar fi fost nelegal.

Cu privire la capătul de cerere 3:

Autoritatea contractantă face mențiunea că garanția de bună execuție are un alt scop decât cel al unui document de confirmare a prestării serviciilor. Scopul final al prezentului contract nu este elaborarea proiectului tehnic, ci realizarea investiției pentru care se face proiectul tehnic.

Un proiect elaborat, dar neavizat de instituția care finanțează această investiție, este lipsit de valoare pentru autoritatea contractantă, scopul fiind avizarea Proiectului tehnic, pentru a debloca mai departe resursele financiare pentru această investiție.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră a fi necesar avizul OI/AMPOR /ADR pentru a fi considerat ca „recepționat” proiectul tehnic.

Mai mult decât atât, în Lista cuprinzând clauzele considerate ca fiind abuzive din Legea nr. 193/2000, nu se regăsește ca fiind abuzivă condiționarea recepției unui serviciu, de avizarea unei terțe persoane. În aceeași ordine de idei, inclusiv legiuitorul impune la art. 22 lit. (c) din Legea nr. 10/1995 că proiectantul are obligația de a prezenta proiectele elaborate în fața verifcatorilor stabiliți de investitor.

Totodată, termenul de plată menționat în documentația de atribuire respectă termenele de plată impuse de Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezidând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante), precum și cu dispozițiile art. 319 alin. (16) din Codul Fiscal.

Cu privire la capătul de cerere 4:

Autoritatea contractantă arată că la pct. (3) din Răspunsul consolidat publicat în SEAP prin adresa nr. 21.685/09.09.2020, s-a clarificat că *„Depunerea către autorități/deținătorii de utilități cade în sarcina Autorității Contractante”* și, prin urmare, se consideră ca rămas fără obiect acest capăt de cerere.

IV. Concluzii

Autoritatea contractantă arată că specificațiile tehnice solicitate a fi eliminate sunt niște specificații tehnice (declarat) conform art. 154 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care vizează procesul de realizare a serviciilor în cadrul viitorului contract, are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și este proporțională prin raportare la valoarea (în sensul că valoarea estimată acoperă și costul acestei activități) și obiectivele viitorului contract (în sensul asigurării unui nivel de calitate superior decât cel solicitat prin Legea calității).

Așa cum se poate vedea din Declarația de participare publicată în SEAP, la procedura de atribuire au fost depuse un număr de 4 (patru) oferte, prin urmare nu a existat un obstacol real în a participa la procedură, existând și un ofertant care se situează la o distanță rutieră dublă față de cea a contestatorului.

Eliminarea specificațiilor indicate de ... ar avea ca efect faptul că autoritatea contractantă nu va mai putea compara ofertele depuse, introducând premisa ca unii dintre ofertanți să nu își bugeteze corespunzător activitatea de asistență tehnică, ceea ce ar conduce inerent la realizarea unei lucrări de slabă calitate.

Niciuna dintre cerințele contestate nu este o cerință de calificare, orice ofertant putând depune ofertă, cu sau fără aceste solicitări ale caietului de sarcini. După cum se poate observa, contestatorul a decis unilateral să nu mai depună ofertă, demonstrând printre altele că acțiunea lui a avut doar un scop șicanator.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată.

Prin adresa nr. 2164/22.09.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 40813/22.09.2020, ... transmite „Completare la contestație”, ca urmare a primirii adresei nr. 22232/15.09.2020, reprezentând punctul de vedere al autorității contractante cu privire la contestația sa, prin care solicită Consiliului considerarea următoarelor elemente în formularea deciziei:

Referitor la secțiunea I. Context:

Punctele 1-5: având în vedere că toate prevederile documentației de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare, modelul de contract de servicii, au forță obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedură, ..., în calitate de ofertant, a solicitat cu bună-credință adoptarea măsurilor de remediere autorității contractante, iar apoi, în lipsa unui răspuns și pentru a avea posibilitatea depunerii ofertei în condițiile acceptate de legislația în vigoare, a exercitat drepturile oferite de art. 3 din Legea nr. 101/2016

Punctul 6: art. 22 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 nu prevede termeni referitori la programele de lucru ale autorităților contractante, precum nu prevede nici pentru programele de lucru ale ofertanților; legea prevede termenul „de îndată”, la care autoritatea contractantă are obligația de a prezenta Consiliului punctul său de vedere asupra cererii.

Referitor la secțiunea III. Punct de vedere referitor la elementele contestației:

Punctul 12 (Capăt de cerere 1 și Capăt de cerere 2):

... este un ofertant care analizează în detaliu documentațiile de atribuire la procedurile de achiziții la care participă. Faptul că în termenul

limită de depunere a ofertelor au fost depuse 4 oferte, dintre care un ofertant care se situează la aceeași distanță rutieră față de autoritatea contractantă ca și contestatorul, respectiv S..., care este tot din ..., cât și o ofertă depusă de un operator economic din ..., care este la o distanță dublă față de distanța de la contestator la autoritatea contractantă, nu are efect și nicidecum nu anulează caracterul nelegal al neregulilor semnalate; faptul că au fost depuse 4 oferte, dintre care 2 oferte ale operatorilor economici având puncte de lucru aflate în proximitatea sediului autorității contractante și altele 2 ale unor operatori economici aflați la alte depărțări, nu reprezintă un criteriu obiectiv care să garanteze faptul că documentația de atribuire respectă prevederile legale;

- „obstacolul” pus de autoritatea contractantă nu poate fi evaluat prin prisma argumentului subiectiv al capacității a 4 operatori economici de a analiza documentația de atribuire, ci prin argumentul obiectiv al normelor legale incidente;

- referitor la mențiunea: *„obligațiile minime impuse de legiuitor așa cum rezultă din interpretarea per a contrario a tezei (2) de la art. 7: În contracte nu se pot înscrie niveluri și cerințe fundamentale, referitoare la calitate, inferioare reglementărilor în vigoare, cu privire la cerințele fundamentale prevăzute la art. 5”*. Prin urmare, nu se interzice de către legiuitor solicitarea unor elemente de calitate superioare decât cele solicitate de Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

Astfel, contestatorul menționează că prezența pe șantier a proiectantului pe toată perioada execuției lucrărilor, minim 4 ore/zi, nu reprezintă un element de asigurare a calității în construcții superior și, în acest sens, citează prevederile art. 3, art. 4 alin. (1), art. 8 și art. 9 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

În sensul celor expuse de actul normativ, contestatorul apreciază ca fiind eronată interpretarea dată de autoritatea contractantă termenilor: obligații minime impuse de legiuitor, elemente de calitate superioare, cerințe fundamentale de calitate în construcții, niveluri și cerințe fundamentale, clauze referitoare la nivelul de calitate al construcțiilor etc, asociate prezenței pe șantier a proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor, ca element de calitate superior, decât cele solicitate de Legea nr. 10/1995, așa cum este precizat în punctul de vedere. În nici un element al sistemului calității în construcții și în nici o reglementare tehnică nu este prevăzută asigurarea unei creșteri a calității în construcții prin impunerea prezenței proiectantului pe șantier. Elementele superioare de asigurare a calității construcțiilor nu pot fi prevăzute decât prin niveluri superioare ale elementelor constitutive ale sistemului și nu prin volumul de timp în care proiectantul este prezent pe șantier.

Referitor la *„cerința menționată nu se regăsește în Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, nu poate fi interpretată în sensul că îi este interzis autorității contractante de a solicita metodologii de prestare a serviciilor care să conducă la premisa creșterii calității în construcții (atât timp cât ele sunt exprese și adresate oricărui prestator care va câștiga prezentul contract)”*, premisa nu este atinsă, deoarece metodologia solicitată de autoritatea contractantă își propune creșterea calității în construcții pe

baza unor elemente externe sistemului calității în construcții, așa cum este prevăzut de Legea nr. 10/1995.

Referitor la: *„Într-o altă ordine de idei, faptul că urmărirea executării corecte a lucrărilor, intră și în sarcina diriginților de șantier (responsabilii tehnici cu execuția nefiind angajați ai investitorului) nu exclude ca investitorul să solicite, pentru siguranța executării unor lucrări de calitate, ca în activitatea de asistență tehnică realizată de către proiectant, să includă și obligația ca proiectantul lucrării (prin experții desemnați de aceștia) să se prezinte fizic la șantierul lucrării, pentru a urmări cum este pusă în operă documentația sa. Scopul acestei solicitări este pentru a urmări dacă soluția de proiectare propusă de proiectant, corespunde realității din șantier, și după caz, în cazul în care nu corespunde, pentru a se lua măsuri din timp, în scopul fie de a se evita eventuale întârzieri fie de a se evita executarea unor lucrări care nu respectă cerințele minime de calitate”.*

Așa cum s-a precizat și în solicitarea de clarificări, dar și în contestația depusă, Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții conține la Cap. II: Sistemul Calității în Construcții, prevederi clare pentru factorii implicați care separă în mod precis rolurile, obligațiile și responsabilitățile părților implicate și se citează prevederile art. 13 alin. (3) și art. 23 lit. e), g) și i).

Faptul că Legea nr. 10/1995 prevede în mod precis etapele în care proiectantul trebuie să asigure prezența pe șantier, arată că sistemul calității în construcții acordă în mod obiectiv fiecărei părți implicate pârghiile necesare îndeplinirii exigențelor specifice. În acest sens, autoritatea contractantă nu poate solicita substituirea activităților specifice unui factor implicat pe un anumit palier, cu activitățile altei părți.

Referitor la: *„Activitatea menționată este o specificație tehnică (declarată) conform art. 154 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care vizează procesul de realizare a serviciilor în cadrul viitorului contract, are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică și este proporțională prin raportare la valoarea (în sensul că valoarea estimată acoperă și costul acestei activități) și obiectivele viitorului contract (în sensul asigurării unui nivel de calitate superior decât cel solicitat prin Legea calității)”.*

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă își propune creșterea calității în construcții pe baza unor elemente externe sistemului calității în construcții, așa cum este prevăzut de Legea nr. 10/1995, contestatorul precizează că activitatea menționată nu este proporțională prin raportare la obiectivele viitorului contract.

Referitor la: *„Faptul că această activitate conduce la creșterea costurilor, nu poate fi considerat un obstacol, deoarece toți ofertanții trebuie să aibă în vedere la elaborarea ofertei acest cost, indiferent de locul unde își au sediul. Considerăm că ar fi putut fi considerat un obstacol, doar în cazul în care autoritatea contractantă impune ca o condiție de calificare, obligația ca ofertantul să fie dintr-un anumit areal geografic. Ori, după cum se poate lesne constata, nu există formulată nici o astfel de cerință, fapt care ar fi fost evident nelegal”.*

Contestatorul susține faptul că, caracterul nelegal de obstacol al cerinței din documentația de atribuire este dat de impunerea unei activități fără obiect în caietul de sarcini, ca „activitate ce trebuie realizată de Contractant”.

Capăt de cerere 3

Referitor la „*Garanția de bună execuție are un alt scop decât cel al unui document de confirmare a prestării serviciilor*”, contestatorul evocă prevederile art. 39 și art. 41 din H.G. nr. 395/2018.

Referitor la:

„*Scopul final al prezentului contract nu este elaborarea proiectului tehnic, ci realizarea investiției pentru care se face proiectul tehnic*”;

„*Un proiect elaborat, dar neavizat de instituția care finanțează această investiție este lipsit de valoare pentru autoritatea contractantă, scopul fiind avizarea Proiectului tehnic, pentru a debloca mai departe resursele financiare pentru această investiție*”;

„*În concluzie, considerăm a fi necesar avizul OI/AMPOR/ADR pentru a fi considerat ca recepționat proiectul tehnic*”,

contestatorul menționează prevederile fișei de date a achiziției, Secțiunea II: Obiectul contractului, II.1 Obiectul achiziției, II.1.1 Titlu: Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru investiția ..., unde obiectul contractului este foarte clar, iar obligațiile contractuale trebuie îndeplinite în raport cu acesta. Mai mult, scopul contractului nu este definit în formularul Contractului de servicii, iar plata acestora este obligația autorității contractante.

În plus, pentru a se asigura că plățile în cadrul tuturor contractelor necesare implementării proiectului (proiectare și asistență tehnică, informare și publicitate, execuție lucrări etc) se realizează cu respectarea întocmai a prevederilor instituției finanțatoare, autoritatea contractantă a finalizat (anunț de participare simplificat nr. SCN1067565) procedura de atribuire a contractului: „Servicii de consultanță pentru managementul execuției proiectului Extindere, modernizare și dotare cu echipamente și aparatură medicală a ambulatoriului Spitalului Municipal ... în cadrul POR 2014-2020” (anunț de atribuire la anunțul simplificat .../16 iul. 2020) care prevede, între altele „consultanță financiară, consultanță tehnică și consultanță juridică”, rolul consultantului fiind „de a cunoaște multitudinea de norme care se aplică acestor finanțări și de a le aplica în cazul proiectului în lucru” precum și „de a identifica cele mai bune modalități de atingere a obiectivelor proiectului, în condițiile respectării restricțiilor impuse de utilizarea unei finanțări nerambursabile”.

În cadrul acelui contract, prestatorul desemnat câștigător are următoarele obligații, conform caietului de sarcini:

- notifică, în timp util, echipa de implementare a proiectului despre eventualele nereguli, întârzieri, abateri privind activitatea prestatorilor sau a activităților proiectului și elaborează propuneri de soluționare a acestora;

- urmărește permanent încadrarea în graficul de derulare a proiectului și propune soluții de remediere în cazul apariției abaterilor de orice fel;

- analizează evoluția de ansamblu a proiectului în conformitate cu graficul de derulare, identifică abaterile de la acesta și de la obiectivele lui și informează autoritatea contractantă, ori de câte ori este cazul, cu privire la orice întârziere în derularea proiectului, motivele apariției acestora și formulează propuneri clare de remediere și readucere a graficului activităților în parametrii inițiali;

- urmărește derularea tuturor contractelor de achiziție încheiate de autoritatea contractantă în cadrul proiectului, aducând la cunoștința acesteia

eventuale întârzieri, nerespectări de clauze sau necesitatea realizării unor acte adiționale;

- informează EIP asupra posibilelor neconcordanțe de ordin tehnic din cadrul relațiilor contractuale cu contractorii și elaborează propuneri de soluționare a acestora;

- asigură interfața de comunicare în ceea ce privește relațiile contractuale dintre autoritatea contractantă și partenerii săi contractuali din cadrul implementării proiectului;

- asigură expertiza tehnică în ceea ce privește derularea și modificarea de soluție tehnică, care pot eventual să apară în derularea contractului de execuție lucrări.

Referitor la secțiunea IV. Concluzii:

Pe lângă aspectele enumerate anterior, contestatorul apreciază că legalitatea/nelegalitatea cerințelor documentației de atribuire sau asigurarea calității în construcții pot fi stabilite doar prin mijloace obiective reglementate de lege, și nu prin factori subiectivi cum ar fi capacitatea de analiză a altor ofertanți sau numărul de ore solicitat proiectantului pe șantier.

Referitor la faptul că *„nici una dintre cerințele contestate nu este o cerință de calificare”*, se constată nota superficială în care autoritatea contractantă a ales să evalueze contestația depusă, deoarece în document se regăsesc enumerate punctele considerate introduse în mod nelegal. Documentația acceptată în calitate de ofertant la procedură, în forma publicată de autoritatea contractantă, ar fi impus urmarea cu strictețe a prescripțiilor acesteia, sens în care dispune și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, modificată și completată, pe care îl citează. Prin depunerea ofertei la prezenta procedură, se însușește documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu i se poate scuza ofertantului nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

Corelativ, documentația de atribuire este obligatorie și pentru autoritatea contractantă, aceasta având obligația de a verifica conformitatea propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și fișa de date, după cum prevede articolul 127 alin. (1) lit. b) și f) din H.G. nr. 395/2016 modificată și completată.

Având în vedere precizările expuse anterior, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru investiția «Extindere, Modernizare și Dotare cu Echipamente și Aparatură Medicală a Ambulatoriului Spitalului Municipal ...»”*, cod CPV 71322000-1 – Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de servicii este de 353.972,55 lei, fără TVA.

Prin Încheierea nr. 1697/C7/1929/18.09.2020, C.N.S.C. a admis cererea contestatorului de suspendare a procedurii de atribuire, până la soluționarea pe fond a cauzei.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează prevederi din documentația de atribuire, fiind formulate critici cu privire la aceasta, de către ..., respectiv eliminarea din caietul de sarcini a următoarelor cerințe:

-cerința prevăzută la pagina 23: *„Pentru mai buna aplicare a proiectului tehnic elaborat și potrivit prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, este necesară prezența pe șantier a proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor de consolidare, reabilitare și modernizare infrastructură”;*

-cerința prevăzută la pagina 28: *„Asistența tehnică se derulează atât pe durata desfășurării procedurii de achiziție a lucrărilor de construcții, cât și ulterior, pe perioada execuției lucrărilor și pe perioada de garanție până la recepția finală a obiectivului, inclusiv asistență tehnică pentru participarea proiectantului la fazele incluse în Programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de ISC și va consta în următoarele: (...) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului”;*

-cerința prevăzută la pagina 44: *„Plata serviciilor de proiectare și asistență tehnică se va face astfel: 1. Pentru serviciile de elaborare documentație (etapa I), plata se va face după aprobarea/avizarea Proiectului tehnic de către OI/AMPOR și semnarea procesului verbal de recepție”,*

- cerința prevăzută la pagina 44: *„Prestatorul va solicita și obține în numele și cu acceptul beneficiarului, toate certificatele, avizele, acordurile și orice alte documente necesare pentru/sau în legătură cu realizarea obiectului contractului”;*

- Consiliul constată că, aspectele în divergență se referă la constatarea caracterului excesiv al cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, menționate anterior, solicitându-se eliminarea acestora.

În soluționare, raportat la critica adusă de către ... în referire la cerința prevăzută la pagina 23 din caietul de sarcini, conform căreia: *„Pentru mai buna aplicare a proiectului tehnic elaborat și potrivit prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, este necesară prezența pe șantier a proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor de consolidare, reabilitare și modernizare infrastructură”*, Consiliul constată-ca de altfel și în referire la celelalte critici formulate-că ... se rezumă să enumere o serie de prevederi legale care, în opinia sa, ar fi fost încălcate de achizitoare, însă nu demonstrează caracterul excesiv al cerințelor, pentru a determina Consiliul să dispună eliminarea/modificarea acestora.

Or, relativ la această susținere a contestatorului ce vizează aspectul legat de *prezența pe șantier a proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor de consolidare, reabilitare și modernizare infrastructură*, Consiliul are în vedere și punctul de vedere al autorității contractante, exprimat prin adresa nr. 22232/15.09.2020, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 39407/15.09.2020, conform căruia *„faptul că urmărirea executării corecte a lucrărilor intră și în sarcina diriginților de șantier (responsabilii tehnici cu execuția nefiind angajați ai investitorului) nu exclud ca investitorul să solicite, pentru siguranța executării unor lucrări de calitate, ca în activitatea de asistență tehnică*

realizată de către proiectant, să includă și obligația ca proiectantul lucrării (prin experții desemnați de aceștia) să se prezinte fizic la șantierul lucrării, pentru a urmări cum este pusă în operă documentația sa. Scopul acestei solicitări este pentru a urmări dacă soluția de proiectare propusă de proiectant, corespunde realității din șantier, și după caz, în cazul în care nu corespunde, pentru a se lua măsuri din timp, în scopul fie de a se evita eventuale întârzieri fie de a se evita executarea unor lucrări care nu respectă cerințele minime de calitate."

Aspectul în analiză este considerat nereserios de către Consiliu în condițiile în care solicitarea achiziției nu contravine în vreun fel dispozițiilor legale aplicabile în materia lucrărilor de construcții, activitatea solicitată a fi efectuată, menționată în caietul de sarcini, fiind o cerință impusă în baza art. 154 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care vizează procesul de realizare a serviciilor în cadrul viitorului contract, având, așadar, legătură cu *obiectul* contractului de achiziție publică și este proporțională prin raportare la valoarea acestuia.

Mai mult, verificând „Strategia de contractare” nr. 20670/26.08.2020 și celelalte documente care au stat la baza demarării procedurii de atribuire, inclusiv modul de determinare a valorii estimate a achiziției, Consiliul constată că în stabilirea valorii achiziției a avut în vedere inclusiv activitatea în discuție.

Totodată, este relevantă de punctat în soluționare și susținerea achiziției, exprimată în punctul de vedere nr. 22232/15.09.2020, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 39407/15.09.2020, conform căreia *activitatea legată de prezența pe șantier a proiectantului pe toată durata execuției lucrărilor de consolidare, reabilitare și modernizare infrastructură „ar fi putut fi considerată un obstacol, doar în cazul în care era impusă ca o condiție de calificare, obligația ca ofertantul să fie dintr-un anumit areal geografic."*

Într-o atare situație, constatând că simplele susțineri ale contestatorului nu pot determina eliminarea acestei cerințe din documentația de atribuire, aceasta fiind menținută ca atare, Consiliul respinge critica adusă, ca nefondată.

Constatând caracterul *similar* al cerinței de la pagina 28, conform căreia „Asistența tehnică se derulează atât pe durata desfășurării procedurii de achiziție a lucrărilor de construcții, cât și ulterior, pe perioada execuției lucrărilor și pe perioada de garanție până la recepția finală a obiectivului, inclusiv asistență tehnică pentru participarea proiectantului la fazele incluse în Programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de ISC și va consta în următoarele: (...) Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului”, cu cel al cerinței analizată anterior, Consiliul pune aceleași concluzii de respingere a criticilor aduse, ca nefondate, reținând suplimentar faptul că achiziția și-a justificat necesitatea impunerii acestei cerințe motivat de faptul că scopul avut în vedere a constat tocmai în a evita să nu avantajeze sau dezavantajeze vreun ofertant, urmărind ca ofertanții să poată prevedea acest cost în propunerea financiară și că aceasta să poată analiza unitar ofertele depuse, iar în cazul în care nu ar fi stabilit această durată, exista posibilitatea ca unii ofertanți să cuprindă doar 1 oră/zi de asistență tehnică, iar alții nici măcar atât, făcând imposibilă compararea ofertelor.

În ceea ce privește aspectul legat de cerințele prevăzute la pagina 44: „Plata serviciilor de proiectare și asistență tehnică se va face astfel: 1. Pentru

serviciile de elaborare documentație (etapa I), plata se va face după aprobarea/avizarea Proiectului tehnic de către OI/AMPOR și semnarea procesului verbal de recepție”, Consiliul constată că prevederea respectivă, impusă de achiziitoare, este în concordanță cu prevederile legale incidente, respectiv cu dispozițiile Legii nr. 72/2013, privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezidând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, precum și cu dispozițiile art. 319 alin. (16) din Codul Fiscal, ținându-se cont de faptul că proiectul aferent procedurii de atribuire trebuie avizat de instituția care finanțează această investiție, în speță OI/AMPOR/ADR.

Așadar, în condițiile în care cerința respectivă are legătură cu *obiectul* achiziției, impunerea acesteia nu poate fi considerată abuzivă, cum eronat susține contestatorul, motiv pentru care cerința va fi menținută iar critica respinsă, ca nefondată.

Ultimul aspect contestat viza cerința prevăzută la pagina 44 conform căreia *„Prestatorul va solicita și obține în numele și cu acceptul beneficiarului, toate certificatele, avizele, acordurile și orice alte documente necesare pentru/sau în legătură cu realizarea obiectului contractului”*.

Or, în condițiile în care, anterior suspendării prezentei proceduri de atribuire, dispusă de către Consiliu prin Încheierea nr. 1687/C7/1929/18.09.2020, achizițtoarea a dispus măsuri de remediere a documentației de atribuire, iar referitor la cerința menționată anterior, la pct. (3) din Răspunsul consolidat publicat în SEAP prin adresa nr. 21.685/09.09.2020, s-a clarificat că *„Depunerea către autorități/deținătorii de utilități cade în sarcina Autorității Contractante”*, Consiliul constată că această critică a rămas fără obiect, motiv pentru care respinge această critică în acest sens.

Prin urmare, pentru toate considerentele anterioare, Consiliul constată că, în mod corect, a întocmit autoritatea contractantă documentația de atribuire, urmând a menține conținutul cerințelor contestate în prezenta cauză, motiv pentru care respinge criticile formulate sub acest aspect.

Acestea fiind, în contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ..., cu sediul în ..., județul ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ..., județul ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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,
Consilier ...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini.