

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de ..., lider al asocierii ... - ... - ... - ... - ..., cu sediul în ..., unde se vor comunica toate actele de procedură, împotriva raportului procedurii de atribuire nr. ... și a comunicării rezultatului procedurii nr. ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., ... în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ..., s-au solicitat:

1. admiterea prezentei contestații, astfel cum aceasta a fost formulată;

2. anularea raportului procedurii de atribuire nr. ...;

3. anularea comunicării rezultatului procedurii;

4. obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de evaluare a ofertei asocierii ... de la etapa în care aceasta a fost respinsă;

5. dispunerea de măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, în sensul constatării caracterului conform și acceptabil al ofertei asocierii ... și, drept urmare:

6. constatarea inaplicabilității art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2018, cu consecința obligării autorității contractante a reluării procedurii de achiziție, prin solicitarea documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire;

7. obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

Acordarea cheltuielilor de judecată efectuate cu prezenta pricină, în baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

**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 raportul procedurii de atribuire nr. ... și comunicarea rezultatului procedurii nr. 4182/ 31.01.2024, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii învederând că actele autorității contractante sunt nelegale, acestea nerespectând etapele și limitele de evaluare și prevederile legale aplicabile.

Contestatorul subliniază că, acționând cu depășirea limitelor legalității, situația constatată de către autoritatea contractantă este eronată, aceasta ignorându-și propriile prevederi din documentația de atribuire. Acționând nelegal și ajungând la o concluzie vădit eronată cu privire la oferta asocierii ... (unica ofertă admisibilă ca urmare a parcurgerii etapei de evaluare tehnică), autoritatea contractantă a făcut aplicarea art. 212 alin (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 și a procedat la anularea procedurii.

Ulterior finalizării fazei de evaluare a propunerilor tehnice și a constatării caracterului conform și acceptabil din punct de vedere tehnic al ofertei asocierii ..., autoritatea contractantă, în cadrul fazei de evaluare a ofertei financiare, a constatat, în mod eronat, că oferta asocierii ... este o ofertă alternativă.

Față de cele de mai sus, contestatorul apreciază că se impune a fi constatată inaplicabilitatea art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2018, cu consecința reluării procedurii de achiziție, prin solicitarea documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire.

De asemenea, autorul contestației apreciază că analiza unei oferte ca fiind sau nu alternativă vizează aspectele tehnice, respectiv modul de întocmire a propunerii tehnice raportat la cerințele din caietul de sarcini și nu modul de întocmire a propunerii financiare (astfel cum rezultă din analiza motivului de respingere).

Totodată consideră că oferta sa nu poate fi calificată în vreun fel ca ofertă alternativă, în sensul art. 162 din Legea nr. 98/2016, deoarece aceasta corespunde cerințelor minime ale caietului de sarcini. Asocierea ... nu a propus o soluție diferită, care să nu respecte cerințele minime ale caietului de sarcini prin oferta depusă în procedura de achiziție publică, ci, din contră, a elaborat o propunere tehnică care a luat în considerare toate elemente și constrângerile din cadrul documentației de atribuire, în perfectă corelare cu obiectul procedurii de achiziție publică.

În acest sens, subliniază că oferta sa nu reprezintă o soluție alternativă, ci doar transpunere în calculul de dimensionare a piloților ansamblul informațiilor avute la faza de ofertare, soluția propusă fiind tot

aceea de fundare indirectă, așa cum este prevăzut și în Studiul de fezabilitate. Modificările de ordin dimensional (lungimi, număr) reprezintă doar corecții ale unor elemente din soluția tehnică inițială.

Contestatorul precizează că a propus din punct de vedere tehnic suprastructura din grinzi de beton, aceasta fiind și soluția tehnică propusă în Studiul de fezabilitate, schimbând doar dimensiunea, numărul și forma grinzilor, acestea nefiind cerințe imperative (impuse) în niciunul din documentele puse la dispoziția ofertanților.

Astfel, consideră că propunerea sa tehnică nu reprezintă o modificare a soluției tehnice sau o soluție alternativă, deoarece aceasta nu alterează în niciun fel soluția aleasă prin Studiul de fezabilitate, scopul fiind de a asigura o mentenanță mai facilă beneficiarului, respectiv costuri reduse pe durata de viață a proiectului.

Față de cele de mai sus, autorul contestației subliniază că autoritatea contractantă nu i-a adresat nicio solicitare de clarificări în legătură cu presupusul caracter alternativ al ofertei sale, ci doar a cerut clarificări în legătură cu modalitatea de cotare a două categorii de lucrări în cadrul Graficului de eșalonare a prețurilor, în cadrul formularului fiind menționat că acest document va fi pregătit și completat de către ofertant.

În susținerea afirmațiilor sale, ... invocă jurisprudența Curții de Apel București, precum și pe cea a Consiliului.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată din următoarele considerente:

Conform raportului procedurii nr. ..., s-a decis anularea procedurii de atribuire. Raportul de anulare al procedurii a fost postat în SEAP la data de ..., toți operatorii economici înscriși la procedură fiind informați pe această cale.

Potrivit procesului verbal de evaluare financiară nr. în urma analizării propunerii financiare prezentată de asocieră ..., a constatat, arată autoritatea contractantă, neconcordanțe între Anexa 1 la Formularul de oferta - Graficul de eșalonare a prețurilor (pag. 4-5) prezentată de ofertant și Anexa 1 din documentația de atribuire.

Prin adresa nr. ..., au fost solicitate clarificări ofertantului cu privire la aceste aspecte. Asocieră ... a răspuns la solicitare postând răspunsul semnat cu semnătură electronică extinsă, în SEAP, la data de ...

Analizând răspunsul primit, susține organizatoarea procedurii, a apreciat că acesta este neconcludent întrucât există neconcordanțe între caietul de sarcini/studiul de fezabilitate și propunerea tehnică/financiară prezentată de ofertant constând în: diametrul piloților foraj, lungimea acestora cât și numărul lor; lungimea pasajului, numărul de deschideri, numărul grinzilor, cât și lungimea acestora.

Având în vedere cele de mai sus, ... a hotărât respingerea ofertei asocierii ... ca:

- inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât răspunsul la solicitarea de clarificări nr. ... privind propunerea financiară a fost neconcludent;

- neconformă, în baza prevederilor art. 137, alin.(2) lit. c) din HG 395/2016, întrucât ofertantul a propus un viaduct cu alte caracteristici tehnice decât cele solicitate în documentația de atribuire iar oferta „(...) constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini”, alternativă care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunțul de participare nu este precizată, în mod explicit, posibilitatea depunerii unor oferte alternative;

Referitor la criticele formulate în contestație privind nelegalitatea deciziei comisiei de evaluare cu privire la respingerea ofertei asocierii ..., autoritatea contractantă face următoarele precizări:

1. Studiul de fezabilitate aferent obiectivului de investiții, devizul general și indicatorii tehnico - economici aferenți, alături de de aprobare a acestora au fost, împreună cu alte documente, controlate și ...

Documentele avizate au fost întocmite într-un format conform regulilor impuse de caracteristicile principale ale investiției fiind parte constituantă a anexelor documentației avizate.

Finanțarea este acordată exact pentru lucrările avizate de specialiștii

Un studiu de fezabilitate cu caracteristicile lucrărilor nu poate fi considerat doar informativ din punct de vedere al scenariului tehnic aprobat.

Informativă se poate considera o Temă de proiectare, așa cum este definită în HG nr. 907/2016. Caracterul orientativ poate fi invocat doar pentru Devizul general al studiului (o parte constituantă a SF), ca document care oferă estimări financiare a cheltuielilor necesare pentru realizarea obiectivului, operatorii neavând obligația să se raporteze la deviz pentru elaborarea ofertei financiare.

În situația în care ofertantul asocierii ... dorea schimbarea/ajustarea/corectarea soluției tehnice avizate și aprobate, în speța de față pentru obiectul nr. 2 (viaduct) al investiției era necesar ca acesta să comunice, notifice și să ceară relații și clarificări UAT Suceava în etapa de clarificări, anterior termenului limită de depunere a ofertelor.

2. Tocmai pentru a se evita orice confuzie posibilă și pentru a analiza în mod echidistant ofertele, autoritatea contractantă a inclus în cadrul Formularului de ofertă (formularul nr. 9), care este obligatoriu conform caietului de sarcini, pag. 36, anexa nr. 1, anexă care conține în mod clar și neechivoc tabele cu enumerarea tuturor componentelor (proiectare și execuție) ce trebuie ofertate, inclusiv pentru obiectul nr. 2 viaduct, conform tabelelor prezentate în studiul de fezabilitate.

3. Autoritatea contractantă își asumă eroarea de a fi scăpat din vedere la etapa de verificare a ofertei tehnice neconcordanța dintre caracteristicile tehnice ale viaductului prezentat de ofertantul Asocieria ... și caracteristicile și specificațiile din SF avizat și aprobat, dar acesta eroare a fost corectată în etapa de verificare a ofertei financiare.

Întrucât ambele oferte depuse la această procedură au fost declarate inacceptabile și neconforme, comisia de evaluare, prin raportul procedurii nr. ..., a hotărât, în mod just, anularea procedurii în conformitate cu prevederile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Ulterior studierii dosarului cauzei, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ... contestatorul formulează note scrise, reiterând cele anterior expuse și subliniind că argumentele autorității contractante nu sunt în măsură și nici nu pot înlătura de la aplicare prevederile legale, conform cărora Studiul de fezabilitate este un proiect ilustrativ cu rol informativ, neputând fi ridicat la rang de reper obligatoriu la momentul analizării propunerii financiare prezentate de către ofertanți.

... a constituit cauțiunea în cuantum de

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect

Valoarea estimată a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cadrul procedurii au fost primite două oferte, printre care se regăsește și cea a asocierii al cărei lider este contestatorul, formată din ... - ... - ... - ... - ..., în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. ..., potrivit cu care ambele oferte depuse au fost respinse iar procedura anulată.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, despre care a fost încunoștințat prin adresa nr. ..., Asocieria ... a depus contestația de față, prin care critică decizia de respingere a ofertei sale.

În soluționare, Consiliul ia act că, potrivit raportului procedurii nr. ... și adresei nr. ..., oferta Asocierii ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. c) din HG nr. 395/2016, cu motivarea:

Răspunsul dumneavoastră la solicitarea de clarificări nr. 319539/19.12.2023 privind propunerea financiară a fost **neconcludent** din următoarele motive:

- a) În răspunsul dumneavoastră la pct. 1 menționați că în propunerea tehnică, ...

De asemenea, oferta a fost declarată și neconformă în baza prevederilor art. 137 alin. 92) lit. c) din HG nr. 395/2016 *întrucât ofertantul a propus un viaduct cu alte caracteristici tehnice decât cele solicitate în documentația de atribuire iar oferta „... constituie o alternativă la prevederile caietului de sarcini alternativă care nu poate fi luată în considerare deoarece în anunțul de participare nu este precizată în mod explicit posibilitatea depunerii unor oferte alternative; (...)*

Din parcurgerea motivării expuse, Consiliul constată că, în esență, ceea ce impută autoritatea contractantă asocierii reprezintă o serie de neconformități ale propunerii tehnice, stabilite prin raportare la cerințele caietului de sarcini și studiului de fezabilitate, care nu au putut fi surmontate pe calea clarificărilor.

Astfel, a reținut autoritatea contractantă că asocierea a ofertat, în cazul obiectului 2 Viaduct:

- piloți forți de diametru 1200mm, 4 piloți cu lungimea fișei pilotului de 20.00m și 4 piloți cu lungimea fișei pilotului de 25.00m, deși în **caietul de sarcini și studiul de fezabilitate** s-au cerut 8 piloți cu lungimea de 10,00m, situație în care nu s-a respectat diametrul piloților forți, lungimea lor și numărul lor;

- lungimea pasajului de 938ml compus din 37 de deschideri, fiind dispuse pe fiecare deschidere câte 4 grinzi la o distanță interax de 3.00m având lungimea de 24.00, respectiv 32.00m, deși în **caietul de sarcini și studiul de fezabilitate** s-a cerut o lungime a pasajului de 1015 ml compus din 41 de deschideri, cu câte 9 grinzi având lungimea de 24,00m pe fiecare deschidere.

Știut fiind că neconformitatea propunerii tehnice duce la respingerea ofertei potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu consecința înlăturării sale din procedură în etapa de evaluare tehnică, așa cum corect susține și asocierea contestatoare, autoritatea contractantă a declarat propunerea tehnică a asocierii drept admisibilă, concluzie consemnată în procesul-verbal nr. 48434/05.12.2023, și abia apoi, în etapa pe evaluare a propunerilor financiare, urmare a unei solicitări de clarificări, a decis respingerea ofertei.

Relevantă în contextul conturat prezintă afirmația autorității contractante regăsită la pct. 3 al punctului de vedere transmis la dosar, având conținutul: *Autoritatea contractantă (comisia de evaluare) își asumă eroarea de a fi scăpat din vedere la etapa de verificare a ofertei tehnice neconcordanța dintre caracteristicile tehnice ale viaductului prezentat de ofertantul Asocierea ... și caracteristicile și specificațiile din SF avizat și aprobat, dar această eroare a fost corectată în etapa de verificare a ofertei financiare.*

Având în vedere această recunoaștere a erorii comise în evaluarea tehnică, criticile asocierii contestatoare cu privire la netemeinicia deciziei de respingere a ofertei sale fundamentată pe neconformități ale propunerii tehnice, deși aceasta a fost considerată admisibilă, apar întemeiate însă nu suficiente, în opinia Consiliului, pentru înlăturarea

respectivei decizii înainte de efectuarea unei analize cu scopul de a se stabili dacă neconformitățile reținute sunt apte a fi determinat respingerea ofertei asocierii în etapa de evaluare tehnică. Cu alte cuvinte, ar fi excesiv de formalist a se anula actele de evaluare criticate doar pentru ca autoritatea contractantă să procedeze la respingerea ofertei asocierii în etapa dedicată evaluării propunerilor tehnice.

Totodată, se impune precizarea că autoritatea contractantă nu poate fi obligată să desemneze câștigătoare o ofertă neconformă din punct de vedere tehnic doar pentru că a depășit etapa în care aceasta ar fi trebuit respinsă.

Așadar, trecând la analiza neconformităților sesizate de autoritatea contractantă spre a stabili dacă sunt apte a fundamenta o decizie de respingere a ofertei asocierii, Consiliul observă că asocierea contestatoare nu contestă existența acestora, ci susține, în apărare, că studiul de fezabilitate are un caracter informativ/facultativ astfel că, prin propunerea tehnică depusă, a adus corecții soluției tehnice din studiul de fezabilitate în contextul în care obiectul contractului de achiziție ce va fi încheiat constă în *proiectare* și execuție.

Consiliul nu achiesează însă acestei opinii, deoarece este în dezacord cu prevederile HG nr. 907/2016 *privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice*.

Astfel, studiul de fezabilitate pe care autoritatea contractantă l-a pus la dispoziția ofertanților în procedura de față, reprezintă o fază de proiectare conform art. 5 alin. (1) din actul normativ menționat și este definit la art. 7 alin. (1) din același act, după cum urmează:

(1) **Studiul de fezabilitate este documentația tehnico-economică prin care proiectantul, fără a se limita la datele și informațiile cuprinse în nota conceptuală și în tema de proiectare și, după caz, în studiul de prefezabilitate, analizează, fundamentează și propune minimum două scenarii/opțiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat și documentat, scenariul/opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiții.**

relevante fiind și alin. (2) și (7) ale aceluiași articol, având conținutul:

(2) **Scenariul/Opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă), recomandat(ă) potrivit alin. (1), cuprinde:**

a) soluția tehnică;

b) principalii indicatori tehnico-economici aferenți obiectivului de investiții;

c) certificatul de urbanism, avizele conforme pentru asigurarea utilităților, precum și avize, acorduri și studii specifice, după caz, în funcție de specificul obiectivului de investiții;

d) strategia de implementare, exploatare/operare și de întreținere a investiției.

(7) **Studiul de fezabilitate se aprobă** potrivit competențelor stabilite prin Legea nr. 500/2002, cu modificările și completările ulterioare, și Legea nr. 273/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Pe de altă parte, proiectul tehnic de execuție ca parte a obiectului contractului de achiziție care va fi încheiat, este definit la art. 12 alin. (1) din HG nr. 907/2016, după cum urmează:

(1) 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.

Așadar, documentul prin care se realizează optimizarea soluției tehnice din studiul de fezabilitate pus la dispoziția ofertanților în procedura de față este proiectul tehnic care va fi întocmit, în speța de față, ulterior încheierii contractului de achiziție în vederea atribuirii căruia se derulează prezenta procedură, iar nu propunerea tehnică pe care asocierea contestatoare a înțeles să o depună, perspectivă din care susținerea conform căreia studiul de fezabilitate nu ar fi obligatoriu în etapa de ofertare este nefondată.

Dincolo de prevederile HG nr. 907/2016, în cadrul etapei de ofertare asocierii contestatoare îi revenea obligația de a acționa cu respectarea art. 75 din Legea nr. 98/2016 (Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției ...) și a art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 (Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire ...), deci de a oferi oferta întocmai ceea ce s-a cerut, iar ulterior încheierii contractului în ipoteza în care era desemnată câștigător al procedurii, în lumina HG nr. 907/2016, dacă considera necesar, să optimizeze soluția tehnică prin proiectul tehnic pe care avea să-l întocmească.

Totodată, acceptarea unei oferte care nu respectă documentația de atribuire reprezintă un comportament sancționabil deoarece autoritatea contractantă însăși are, la rândul său, obligația de a acționa cu respectarea art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016 (verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini), relevantă în acest sens fiind și jurisprudența CJUE, obligatorie pentru statele comunitare, care a statuat că în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, **unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit**

Cum contestatorul a întocmit propunerea tehnică cu nesocotirea studiului de fezabilitate parte a documentației de atribuire pusă la dispoziția ofertanților, așa cum și recunoaște, Consiliul constată că neconformitățile sesizate de autoritatea contractantă sunt de natură a justifica o respingere a ofertei asocierii din punct de vedere tehnic.

În acest context în care neconformitățile identificate de autoritatea contractantă sunt unele clare, nefiind puse la îndoială sub aspectul existenței lor nici chiar de asocierea contestatoare, decizia de respingere

a ofertei acesteia, fiind lipsit de utilitate, așa cum s-a arătat deja, anularea actelor de evaluare doar pentru ca oferta asocierii să fie respinsă în etapa dedicată.

Pe cale de consecință, va fi menținută și decizia de anulare a procedurii, întemeiată pe dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Cererea de acordare a cheltuielilor de judecată va fi respinsă.

Decizia este obligatorie pentru părți, în temeiul art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de Asocieria ... - ...
- ... - ... - ..., în contradictoriu cu

Respinge cererea de acordare a cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

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.