C.N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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. 095/13.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48355/14.11.2017, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva adreselor nr. 8533/01.11.2017, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și nr. 8803/09.11.2017, de răspuns la notificarea prealabilă, emise de către ..., cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în comuna ..., județul ...”, s-a solicitat admiterea contestației, anularea adreselor nr. 8533/01.11.2017. de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și nr. 8803/09.11.2017. de răspuns la notificarea prealabilă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Prin adresa nr. 568/24.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50474/24.11.2017, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ...,..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... și având CUI RO ..., a înaintat cerere de intervenție în interes propriu, prin care solicită încuviințarea, în principiu, a cererii de intervenție, respingerea, ca nefondată, a contestației ..., precum și menținerea actelor emise de autoritatea contractantă.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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 ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., critică decizia autorității contractante de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale.

Contestatorul precizează că, în cadrul prezentei spețe, C.N.S.C. urmează a analiza dacă actele administrative contestate, emise de către autoritatea contractantă, îndeplinesc rigorile de fond și de formă impuse de către legislația din domeniul achizițiilor publice, precum și dacă instituția detașării, prevăzută în Codul Muncii, este compatibilă cu atribuirea și execuția unui contract de achiziție publică.

Totodată, în cadrul contestației, ... arată faptul că sancțiunea dispusă de către autoritatea contractantă este disproporționată, având în vedere faptul că aceasta nu a solicitat clarificări suplimentare de la ofertant, ci a dispus măsura respingerii ofertei ca inacceptabilă, fără a clarifica cu totul aspectele respective. Cu privire la posibilitatea detașării unui angajat, contestatorul susține faptul că acest mecanism este permis de către legislația din materia achizițiilor publice și potrivit dispozițiilor din cadrul Codului Muncii, angajatul detașat fiind considerat un angajat al angajatorului la care a fost detașat, iar raporturile de subordonare se realizează cu acesta.

Astfel, contestatorul precizează că la data de 10.10.2017, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, astfel: „unde în cadrul propunerii tehnice depuse inițial s-a făcut mențiunea că personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...”, la care, acesta a răspuns, arătând faptul că angajații menționați în cadrul propunerii tehnice sunt angajați ai ..., ca urmare a unei detașări de la ...

Cu privire la răspuns, contestatorul menționează că autoritatea contractantă a reținut faptul că acesta este irelevant și a decis în unanimitate respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă, invocând în acest sens dispozițiile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2006. Totodată, autoritatea contractantă a arătat că nu poate accepta acest răspuns al contestatorului, din cauza faptului că s-ar putea aduce atingere principiului tratamentului egal, prevăzut de dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, însă fără a preciza în mod concret cum este încălcat acest principiu și care ar fi prejudiciul suferit de către autoritatea contractantă și de către ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Cu privire la faptul că actele autorității contractante sunt nemotivate, respectiv neîndeplinirea obligației de a indica motivele concrete pentru care s-a dispus măsura excluderii ofertei contestatorului, acesta evocă obligația acesteia de a arăta în concret motivele pentru care s-a dispus măsura respingerii ofertei, ce rezultă din dispozițiile art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Or, în prezenta cauză, contestatorul susține că nu poate critica sau formula apărări în mod complet, în lipsa unor argumente indicate în cadrul

actelor administrative atacate, iar C.N.S.C. nu poate exercita în mod efectiv un control de legalitate al actelor emise de către autoritatea contractantă. Autoritatea contractantă nu arată în mod concret de ce s-ar încălca principiul tratamentului egal prin acceptarea în cadrul procedurii a unei propuneri tehnice în cadrul căreia se regăsesc menționați angajați detașați de la o altă societate.

În concluzie, ... consideră că autoritatea contractantă nu a respectat obligația prevăzută de dispozițiile art. 215 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și, pe cale de consecință, urmează a se dispune anularea actelor contestate.

Referitor la măsura dispusă de către autoritatea contractantă, de respingere a ofertei ca fiind inacceptabilă, contestatorul consideră că aceasta este excesivă, întrucât nu s-au solicitat clarificări suplimentare pentru a se putea lămuri cu privire la situația angajaților menționați în cadrul propunerii tehnice ce au fost detașați de la o altă societate și îl consideră motiv de nulitate.

Astfel, contestatorul învederează faptul că C.N.S.C. s-a pronunțat într-o speță similară, în sensul că s-a reținut că măsura respingerii unei oferte ca fiind inacceptabilă este excesivă, în cazul în care ofertantul nu a prezentat documente privind detașarea unor angajați, documente ce nu fuseseră anterior solicitate de către autoritatea contractantă, pe care o anexează și din care citează: *„Vizavi de cel de-al treilea motiv de respingere privind accesul la resursele necesare, Consiliul reține că, în răspunsul la clarificări, s-a explicat că, în Formularul 8, asocierea a declarat că dispune de 40 de muncitori calificați și necalificați. Au fost anexate Protocolul de detașare nr. ..., încheiat între ... și ..., respectiv Protocolul de detașare nr. ..., încheiat între ... și ..., din care rezultă că asocierea dispune de un număr maxim de 53 de muncitori, din care urmează a folosi un număr de maxim 40 pentru execuția lucrărilor ce fac obiectul procedurii”.*

... susține că autoritatea contractantă a reținut că nu au fost prezentate contracte de detașare și nu a fost făcută dovada disponibilității persoanelor și nici că acestea sunt angajate ale celor două societăți. Aceste aspecte trebuiau să facă obiectul unor solicitări suplimentare, cu aplicarea art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Față de informațiile aduse prin răspunsul la clarificări, o măsură de respingere a ofertei pe motiv că nu au fost prezentate extrase Revisal și/sau alte documente din care să rezulte că este posibilă asigurarea personalului necesar execuției, în condițiile în care acestea puteau fi obținute în urma unor clarificări suplimentare, este excesivă, apreciază contestatorul , citând din pag. 18, par. 7-9 din decizia C.N.S.C. anexată.

Or, în cazul din prezenta speță, contestatorul afirmă că autoritatea contractantă nu i-a solicitat niciun document, ci s-a rezumat la a transmite doar o solicitare de clarificări și a reținut că răspunsul primit nu este relevant, dispunând măsura respingerii ca inacceptabile a ofertei.

Contestatorul evocă prevederile art. 134 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 395/2016, arătând că autoritatea contractantă, dacă nu ar fi fost pe deplin clarificată cu privire la situația angajaților prezentați în propunerea tehnică, ar fi trebuit, în mod obligatoriu, să ceară informații suplimentare atât de la acesta, cât și de la societatea de la care erau detașați acești muncitori.

În situația în care autoritatea contractantă ar fi solicitat documente din care să rezulte că este posibilă asigurarea personalului necesar execuției, contestatorul precizează că ar fi arătat că pentru personalul menționat în cadrul propunerii tehnice există decizii de detașare și, cu titlu exemplificativ, anexează două decizii privind detașarea unor angajați de la ... la ...

Contestatorul precizează că jurisprudența Consiliului este constantă, în sensul că orice decizie a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar nu pe elemente deduse din context, care ar defavoriza un ofertant, căruia trebuia să i se acorde dreptul de a își demonstra cu claritate conformitatea ofertei.

În concluzie, contestatorul apreciază că sancțiunea aplicată de către autoritatea contractantă este una excesivă, întrucât aceasta nu a solicitat clarificări suplimentare și din care se putea observa faptul că există decizii de detașare a personalului indicat în cadrul propunerii tehnice.

Cu privire la instituția detașării, contestatorul arată că aceasta este prevăzută de dispozițiile art. 45 din Codul Muncii și este compatibilă cu legislația din materia achizițiilor publice.

Din conținutul actelor administrative atacate nu rezultă în mod concret care este motivul pentru care autoritatea contractantă a considerat că oferta contestatorului este inacceptabilă, precum nu rezultă care este argumentul juridic pentru care aceasta nu poale accepta, în cadrul procedurii de atribuire, detașarea angajaților ce urmează a executa lucrarea, iar în cadrul legislației din materia achizițiilor publice, nu există nicio dispoziție prin care să se interzică ofertanților posibilitatea detașării personalului ce urmează a executa contractul de lucrări.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 45 din Codul Muncii, ce prevăd că detașarea este actul prin care se dispune schimbarea temporară a locului de muncă, din dispoziția angajatorului, la un alt angajator, în scopul executării unor lucrări în interesul acestuia, alin. (3) al art. 46, prin care angajatul detașat nu poate refuza detașarea decât în cazuri excepționale, acesta trebuie doar informat cu privire la detașare, nefiind necesar acordul acestuia, precum și art. 52 alin. (1) lit. d), în care, pe perioada detașării, Contractul Individual de Muncă al salariatului se suspendă din inițiativa angajatorului cedent, activitatea salariatului desfaşurându-se în baza deciziei de detașare la angajatorul cedat. Ca efect al suspendării Contractului Individual de Muncă, angajatul detașat devine practic angajat la angajatorul la care a fost cedat și este considerat angajat al acestuia.

Având în vedere aceste efecte ale detașării, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să considere că persoanele menționate în cadrul propunerii tehnice sunt angajate la acesta, ca urmare a deciziilor de detașare. Deci, ca urmare a detașării, nu există niciun impediment pentru ca în cazul în care contractul ar fi atribuit contestatorului, aceasta să poată duce la bun sfârșit execuția contractului de lucrări.

Totodată, contestatorul menționează și faptul că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse cerințe cu privire la un număr minim de angajați, precum nu a fost solicitat ofertanților indicarea unui

personal cheie, cu o anumită pregătire și experiență profesională. În lipsa unor asemenea cerințe, ofertanții au libertate deplină cu privire la modalitatea în care aceștia înțeleg să folosească forța de muncă, putând decide numărul de angajați optim necesar finalizării lucrării și pot modifica numărul și persoanele angajate pe parcursul execuției lucrărilor, fără a fi necesar acordul autorității contractante.

Pentru toate argumentele mai sus arătate, ... solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea adreselor nr. 8533/01.11.2017 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și nr. 8803/09.11.2017 de răspuns la notificarea prealabilă, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, anexând o serie de documente justificative.

În punctul său de vedere nr. 9068/20.11.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 50050/22.11.2017, ... solicită respingerea contestației ca nefondată.

Referitor la considerentele contestatorului, precum că nu s-a solicitat clarificări suplimentare acestuia, ci a dispus măsura respingerii ofertei ca inacceptabilă, fără a clarifica cu totul aspectele arătate de către contestator, autoritatea contractantă consideră că este complet eronată, întrucât s-au solicitat clarificări acestuia, prin adresele nr. 6436/21.08.2017, nr. 7118/12.09.2017 și nr. 7939/09.10.2017, respectiv 3 seturi de solicitări de clarificări cu privire la un singur aspect și consideră că a întreprins toate demersurile pentru a putea clarifica situația privind personalul disponibil pentru îndeplinirea contractului.

În fapt, autoritatea contractantă arată că la data de 10.10.2017, a solicitat clarificări, prin care s-a cerut să se precizeze *„unde în cadrul propunerii tehnice depuse inițial, s-a făcut mențiunea că personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...”*, la care contestatorul, a răspuns în SEAP – secțiunea Întrebări, la data de 13.10.2017 ora 08:59, prin adresa nr. 86/13.10.2017, în cadrul căreia a menționat următoarele: *„Rugăm comisia de evaluare să constate faptul că prin răspunsul formulat în data de 14.09.2017, nu am creat sub nici o formă neconcordanțe între propunerea tehnică depusă inițial și cele reținute de comisie prin răspunsul formulat de subscrisa în data de 14.09.2017. Pentru a lămuri situația, de fapt rugăm comisia să rețină următoarele: Detașarea, așa cum este definită în Codul Muncii la art. 45, reprezintă Actul prin care se dispune schimbarea temporară a locului de muncă, din dispoziția angajatorului, la un alt angajator, în scopul executării unor lucrări în interesul acestuia.*

Astfel, detașarea presupune trimiterea temporară a salariatului, din dispoziția angajatorului, la un alt angajator pentru executarea unor lucrări ale angajatorului la care este detașat salariatul. Pe întreaga perioadă a detașării, salariatul detașat va fi subordonat angajatorului la care s-a dispus detașarea, ceea ce înseamnă că, pe această perioadă contractul individual de muncă al salariatului detașat - încheiat cu angajatorul care a dispus detașarea - va fi suspendat. În acest sens, detașarea va reprezenta o dislocare, cu caracter temporar, a salariatului de angajatorul care este parte a contractului individual de muncă.

Astfel că, contractul de muncă va fi suspendat la inițiativa angajatorului conform art. 52 alin. (1) lit. d) din Codul Muncii, el făcând obiectul unei cesiuni temporare și parțiale între doi angajatori. Sub acest

aspect, cele reținute de comisie în răspunsul formulat în data de 14.09.2017, nu pot fi încadrate ca neconcordanțe, întrucât contractele individuale de muncă ale salariaților ... se suspendă pe perioada detașării - conform art. 52 alin. (1) lit. d) din Codul Muncii - și se cesionează ...

În atare situație, exprimările invocate precum «subscrisa a prezentat lista de personal», «situația personalului din societatea noastră», «personalul din societatea noastră», sunt reale sub aspect juridic. Sub aspectul efectelor juridice produse de detașare, comisia de evaluare a înțeles corect, prin sintagma «societatea noastră» că personalul aparține ...

Detașarea suspendând contractul individual de muncă, personalul poate fi considerat că nu mai aparține ...

În concluzie, având în vedere cele menționate, coroborate cu dispozițiile legale în materie, considerăm că atât legislația care reglementează situația de fapt, cât și fișa de date prezentei proceduri de licitație, nu obligă ca subscrisa să menționeze în propunerea tehnică inițială că personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...

În răspunsul formulat la o clarificare anterioară, am făcut precizări lămuritoare cu privire la faptul că personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...”

În continuare, autoritatea contractantă arată că a analizat răspunsul transmis și a considerat că justificarea că pentru această lucrare se va folosi personal detașat de la ..., cât și afirmația „*Detașarea suspendând contractul individual de muncă, personalul poate fi considerat că nu mai aparține ... [..] considerăm că atât legislația care reglementează situația de fapt, cât și fișa de date prezentei proceduri de licitație, nu obligă ca subscrisa să menționeze în propunerea tehnică inițială că personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...*”, sunt irelevante.

Totodată, autoritatea contractantă susține că nu poate accepta ca personalul să fie detașat de la ... la ..., întrucât acest lucru poate influența executarea contractului supus achiziției publice, iar cele două persoane juridice sunt entități distincte, cu personalitate juridică și răspundere individuală. Mai mult decât atât, în nici unul din documentele ofertei depuse de către ..., comisia de evaluare nu a regăsit că operatorul economic ... ar avea vreo calitate (calitate reglementată de legislația achizițiilor publice).

Astfel, acceptarea în acest moment al procedurii de achiziție a răspunsului contestatorului, din punctul de vedere al autorității contractante, ar putea duce la încălcarea principiului tratamentului egal, așa cum este reglementat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere răspunsul transmis de contestator, ... arată că a considerat că acesta este neconcludent și a decis ca oferta depusă de asocierea contestatoare este inacceptabilă, în conformitate cu art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, pe care îl citează.

Cu privire la decizia C.N.S.C. invocată de către contestator, autoritatea contractantă consideră că situația prezentată în aceasta este complet diferită, întrucât așa cum se menționează în contestația transmisă „*Au fost Anexate Protocolul de detașare nr. ...”*, ori în cadrul prezentei proceduri de atribuire, asocierea contestatoare nu a menționat nicăieri în cadrul

propunerii tehnice că personalul folosit pentru lucrare va fi detașat de la o altă societate. Ba mai mult, în cadrul propunerii tehnice prezentate, la capitolul resurse disponibile, acesta a făcut precizările *„subscrisa a prezentat lista de personal”*, *„situația personalului din societatea noastră”*, *„personalul din societatea noastră”*.

În susținerea celor relatate mai sus, autoritatea contractantă invocă decizia C.N.S.C. nr. 2730/C11/3263 din 19.10.2017, având o speță similară, acesta fiind formulata de același operator economic ..., în contradictoriu cu aceeași autoritate contractantă, cu privire la o procedură similară, aflată în desfășurare. În cadrul acestei decizii, Consiliul a respins ca nefondată contestația formulată.

Pentru toate considerentele expuse mai sus, ... consideră contestația depusă de asocierea ... – ... ca nefondată.

Prin adresa nr. 568/24.11.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 50474/24.11.2017, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., a înaintat cerere de intervenție în interes propriu, prin care solicită încuviințarea, în principiu, a cererii de intervenție, respingerea ca nefondată a contestației ..., precum și menținerea actelor emise de autoritatea contractantă.

Referitor la capătul de cerere principal, intervenientul evocă faptul că respectiva cerere este întemeiată pe prevederile art. 16^1 din Legea nr. 554/2004, art. 61 alin. (1) și (2) din Codul de procedură civilă și art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În fapt, intervenientul arată că interesul său a interveni în cadrul contestației formulate de către ... rezidă în:

- posibilitatea modificării clasamentului ofertanților prin pierderea beneficiului câștigat de către acesta, având în vedere că se contestă raportul procedurii de atribuire/rezultatul procedurii;

- respectarea dreptului la apărare și la un proces echitabil, prin oferirea posibilității formulării unor apărări corespunzătoare de natură a dovedi lipsa de temeinicie și fundament a criticilor contestatorului, cu privire la legalitatea rezultatului procedurii de atribuire.

- dreptul de a interveni în cadrul procedurii de soluționare a contestației și în cadrul unor eventuale căi de atac, rezidă în calitatea de ofertant declarat câștigător, având drept scop introducerea sa în cauză pentru a-și asigura apărarea interesului legitim în ceea ce privește legalitatea rezultatului procedurii de atribuire și implicit a deciziei de atribuire a contractului în favoarea sa.

Mai mult, intervenientul evocă practica în materie, care este în sensul admiterii unor astfel de cereri și face trimitere în acest sens, cu titlu de exemplu, la decizia civilă nr. 575/CA din 18.11.2009 a Curții de Apel Constanța.

Referitor la criticile formulate de către contestator și ținând cont de conținutul contestației, intervenientul precizează că autoritatea contractantă a acționat conform dispozițiilor Legii nr. 98/2016, care potrivit art. 209 alin. (1), consfințește dreptul acesteia de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor

prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

Astfel, intervenientul menționează că asocierea contestatoare a transmis răspunsuri incomplete sau neconcludente la clarificările solicitate, astfel intrând sub incidența art. 134 alin. (5) din Legea nr. 395/2016, pe care îl citează.

Față de cele mai sus menționate, ... solicită Consiliului să admită cererea de intervenție și să respingă contestația formulată de către ..., prin admiterea apărărilor formulate în cuprinsul cererii de intervenție, iar în măsura în care contestatorul, pe calea concluziilor scrise, va înțelege să prezinte motive de fapt noi, cu depășirea termenului stabilit prin art. 8, art. 10 și art. 11 din Legea nr. 101/2016, să procedeze la respingerea acestora ca fiind inadmisibile și să anuleze contestația.

Totodată, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, intervenientul solicită accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice depuse la C.N.S.C.

Intervenientul arată că proba celor menționate, înțelege să o facă cu înscrisurile anexate cererii de intervenție și cu documentele existente la dosarul achiziției publice pe care le va menționa în concret, ca urmare a studierii documentelor depuse la Consiliu în legătură cu acest litigiu și, în drept, își întemeiază cererea pe dispozițiile H.G. nr. 395/2016, ale Legii nr. 101/2016, precum și alte articole/acte normative menționate în acesteia.

Prin adresa nr. 579/13.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 53366/13.12.2017, ... transmite concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice și prin care solicită admiterea cererii sale de intervenție, astfel cum a fost formulată și arată că își menține criticile aduse, cu privire la clarificările incomplete ale contestatorului, ținând cont că asocierea ... – ... nu poate invoca drept motivare faptul că „*cele două societăți comerciale ... și ... aparțin aceleiași familii, sunt aceiași asociați cu interese comune și responsabilități identice*”, deoarece acestea sunt persoane juridice române distincte, înregistrate la ONRC sub numere diferite, care dețin elemente de identificare diferite și, mai mult decât atât, ... devine astfel un operator economic care poate influența derularea contractului de achiziție publică, deși nu deține vreo calitate în cadrul procedurii inițiate prin anunțul de participare, fapt ce contravine cu art. 3 alin. (1) lit. hh) și jj) din Legea nr. 98/2016, care definesc oferta, respectiv operatorul economic.

Astfel, intervenientul susține că asocierea contestatoare nu a respectat Anexa 1 – Formulare, deoarece lista cu personalul este prezentată la nivel de societate (pag. 398 - 402 din oferta), nefiind relevantă pentru întreaga lucrare. Totodată, în urma studierii dosarului achiziției publice, s-a constatat că nu este prezentat Inginerul CFDP, Topograf, Responsabil Tehnic cu execuția, experți imperios necesari în realizarea lucrărilor conform normelor cerute de legislația în vigoare.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de către asocierea ... – ..., prin admiterea excepțiilor și/sau a apărărilor formulate în cuprinsul cererii de intervenție și a concluziilor scrise.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... (COMUNA ...) a inițiat o procedură simplificată – într-o singură etapă, aplicată integral prin utilizarea mijloacelor electronice, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în comuna ..., județul ...”*, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare simplificat nr. ....

Conform invitației de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este în valoare de 4.450.851,45 lei, fără TVA.

Potrivit mențiunilor existente în procesul-verbal nr. 5003/20.06.2017 al ședinței de verificare DUAE, 4 operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., contestatorul din prezenta cauză.

Prin adresa nr. 8533/01.11.2017, autoritatea contractantă i-a transmis ofertantului ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., comunicarea privind rezultatul etapei de evaluare a propunerilor financiare, aducându-i la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, pentru răspuns neconcludent.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 092/03.11.2017, solicitând anularea rezultatului procedurii și reevaluarea ofertei sale, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. 8803/09.11.2017, precizând faptul că nu adoptă măsuri de remediere, împotriva acestor acte administrative fiind formulată prezenta contestație.

Preliminar, Consiliul are în vedere că, după depunerea contestației de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., a fost formulată cererea de intervenție de către ..., în calitate de lider al asocierii ...- ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 50474/24.11.2017, prin care solicită respingerea respectivei contestații.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție, Consiliul reține că ..., în calitate de lider al asocierii ...- ... a depus ofertă în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică, aceasta fiind declarată admisibilă, aspect evidențiat în cuprinsul procesului verbal nr. 8535/01.11.2017, rezultând că acest ofertant are interes în procedura de atribuire în cauză, având șansa ca oferta sa, depusă în asociere, să devină câștigătoare a contractului de achiziție publică, fiind respectate prevederile art. 61 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă potrivit cărora *„Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare”* și, în măsura în care în cuprinsul cererii de intervenție susține poziția autorității contractante, aceasta este calificată ca fiind cerere de intervenție accesorie, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din același act normativ.

Într-o atare situație Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 50474/24.11.2017, formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ...- ...

Analizând fondul cauzei, respectiv aspectele criticate de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, a documentelor aflate la dosarul achiziției publice și luând în considerare susținerile părților, Consiliul constată că demersul contestatorului, de criticare a deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale, este justificat, motiv pentru care va admite contestația formulată de acesta.

În acest sens, în soluționare, Consiliul are în vedere conținutul adresei nr. 8533/01.11.2017, privind comunicarea rezultatului procedurii, prin care autoritatea contractantă l-a informat pe ofertantul contestator cu privire la oferta sa, și anume: *„Având in vedere ca în data de 10.10.2017 comisia de evaluare a solicitat clarificări prin care a solicitat sa precizeze "unde în cadrul Propunerii tehnice depuse inițial s-a făcut mențiunea ca personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...."*

Iar în data de 13.10.2017 ora 08:59, s-a răspuns în SEAP, în secțiunea „întrebări", prin adresa de răspuns nr. 86/13.10.2017, adresa în care s-au menționat următoarele:

"Rugam comisia de evaluare sa constate faptul ca prin răspunsul formulat in data de 14.09.2017, nu am creat sub nici o forma neconcordante intre propunerea tehnica depusa inițial si cele reținute de comisie prin răspunsul formulat de subscrisa in data de 14.09.2017. Pentru a lamuri situația de fapt rugam comisia sa retina următoarele: Detașarea, așa cum este definită în Codul Muncii la art. 45, reprezintă: „Actul prin care se dispune schimbarea temporară a locului de muncă, din dispoziția angajatorului, la un alt angajator, în scopul executării unor lucrări în interesul acestuia".

Astfel, detașarea presupune trimiterea temporară a salariatului, din dispoziția angajatorului, la un alt angajator pentru executarea unor lucrări ale angajatorului la care este detașat salariatul. Pe întreaga perioadă a detașării, salariatul detașat va fi subordonat angajatorului la care s-a dispus detașarea, ceea ce înseamnă că, pe această perioadă contractul individual de muncă al salariatului detașat -încheiat cu angajatorul care a dispus detașarea- va fi suspendat. In acest sens, detașarea va reprezenta o dislocare, cu caracter temporar, a salariatului de angajatorul care este parte a contractului individual de muncă. Astfel ca, contractul de muncă va fi suspendat la inițiativa angajatorului conform art. 52 alin. 1 lit. d din Codul Muncii, el făcând obiectul unei cesiuni temporare și parțiale între doi angajatori. Sub acest aspect, cele reținute de comisie in răspunsul formulat in data de 14.09.2017, nu pot fi încadrate ca neconcordante, întrucât contractele individuale de munca ale salariaților ... se suspenda pe perioada detașării (conform art. 52 alin. 1 lit. d din Codul Muncii) si se cesionează ....

In atare situație exprimările invocate precum „subscrisa a prezentat lista de personal", „situația personalului din societatea noastră", personalul din societatea noastră", sunt reale sub aspect juridic. Sub aspectul efectelor juridice produse de detașare, comisia de evaluare a înțeles corect, prin sintagma „societatea noastră" ca personalul aparține ....

Detașarea suspendând contractul individual de munca, personalul poate fi considerat ca nu mai aparține ....

In concluzie având in vedere cele menționate, coroborate cu dispozițiile legale in materie, consideram ca atât legislația care reglementează situația de fapt, cat si fisa de date prezentei proceduri de licitație, nu obliga ca subscrisa sa menționeze in propunerea tehnica inițiala ca personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ....

In răspunsul formulat la o clarificare anterioara, am făcut precizări lămuritoare cu privire la faptul ca personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...."

Comisia de evaluare a analizat răspunsul transmis si considera ca justificarea ca pentru prezenta lucrare ca se va folosi personal -detașat de la ...» cat si afirmația "Detașarea suspendând contractul individual de munca, personalul poate fi considerat ca nu mai aparține .... [..] consideram ca atât legislația care reglementează situația de fapt, cat si fisa de date prezentei proceduri de licitație, nu obliga ca subscrisa sa menționeze in propunerea tehnica inițiala ca personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ...", sunt irelevante.

Totodată comisia de evaluare nu poate accepta personalul sa fie detașat de la ... la ..., întrucât acest lucru poate influenta executarea contractului supus achiziției publice, iar cele doua persoane juridice sunt entități distincte, cu personalitate juridica si răspundere individuala. Mai mult decât atât in nici unul din documentele ofertei depuse de către ofertantul ... comisia de evaluare nu a regăsit ca operatorul economic ... ca ar avea vreo calitate (calitate reglementata de legislația achizițiilor publice, in procedura de achiziție, publica derulata pentru atribuirea contractului de Execuție lucrări pentru obiectivul „Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în comuna ..., județul ...".

Acceptarea in acest moment al procedurii de achiziție a răspunsului ofertantului, din punctul de vedere al comisiei de evaluare, ar putea duce la încălcarea principiului tratamentului egal, așa cum este acest principiu reglementat de prevederile art. 2 alin. 2 lit. b) din Legea nr.98/2016.

Având in vedere răspunsul transmis, comisia de evaluare considera ca acesta este neconcludent si decide in unanimitate ca oferta depusa de ASOCIEREA...- ... este inacceptabila in conformitate cu art. 134 alin 5 din HG 395/2016 «în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă".

Din cele redate anterior, prin raportare la criticile aduse de către ..., în asociere, Consiliul constată că motivul care a stat la baza deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei contestatorului a vizat faptul că, deși în propunerea financiară, în „Lista personal" (a se vedea pagina 398 din ofertă), ofertantul în discuție a menționat sintagma „La data de 01.05.2017 *situația personalului din societatea noastră*, era următoarea (...)", în realitate, personalul declarat era al unui alt operator economic, ...

De asemenea, se reține faptul că, deși ofertantul contestator a demonstrat că personalul implicat în contract este al operatorului economic ..., în baza „Acordului Detașare de Personal" nr. 1095/A din 21.01.2015, ... (...) nu a luat în considerare acest acord, motivat de faptul că „(...) *nu poate accepta ca personalul să fie detașat de la ... la ..., întrucât acest lucru poate influenta executarea contractului supus achiziției publice, iar cele două persoane juridice sunt entități distincte, cu personalitate juridică și răspundere individuală. Mai mult decât atât, în nici unul din documentele ofertei depuse de către ofertantul ... comisia de evaluare nu a regăsit ca operatorul economic ... ca ar avea vreo calitate (calitate reglementata de legislația achizițiilor publice, in procedura de achiziție,*

publica derulata pentru atribuirea contractului de Execuție lucrări pentru obiectivul „Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în comuna ..., județul ...”.

Verificând legalitatea deciziei luată de autoritatea contractantă în sarcina ofertei depusă de către ..., în asociere, Consiliul consideră că se impune a fi subliniat faptul că în conținutul documentației de atribuire, aferentă procedurii de atribuire în cauză, autoritatea contractantă **nu a impus** ofertanților nicio cerință referitoare la personalul ce va fi implicat în executarea contractului de achiziție publică, singura cerință care are legătură cu personalul implicat fiind cea din fișa de date a achiziției, de la capitolul IV, secțiunea IV.4.1-”Modul de prezentare a propunerii tehnice” unde s-a prevăzut că „d) *Pentru demonstrarea faptului că ofertantul a înțeles și își asumă prevederile prezentei documentații, se vor întocmi și următoarele formulare, cu respectarea tuturor cerințelor impuse în acestea*:

Anexa 1 *Organigrama* completată, semnată și ștampilată în conformitate cu cerințele modelului prezentat în secțiunea *Formulare*”.

Așadar, era fără niciun dubiu că, prin modul în care a înțeles autoritatea contractantă să-și elaboreze și întocmească documentația de atribuire pentru procedura în cauză, aceasta nu a impus ofertanților nicio cerință referitoare la personalul implicat în derularea contractului.

Mai mult, dacă aprecia că era necesar să impună vreo cerință referitoare la personalul implicat în executarea contractului, ... trebuia să prevadă această mențiunea în documentația de atribuire, relevante în acest sens fiind dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, conform cărora „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține **toate** informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Astfel, luând în considerare cele menționate anterior, Consiliul constată că, în condițiile în care ofertanții își demonstrau cele susținute în cadrul ofertelor depuse, legat de existența vreunui contract/convenție/declarație, întocmit(ă) legal, cu privire la personalul implicat, autoritatea contractantă nu putea decide respingerea ofertei, pe acest considerent, acest aspect fiind important de subliniat cu atât mai mult cu cât la art. 123 din HG nr. 395/2016, se prevede că „(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”.

Cu toate acestea, așa cum s-a subliniat anterior, deși nu a impus cerințe referitoare la personalul implicat, în mod eronat, autoritatea contractantă nu a luat în considerare justificările aduse de ofertantul contestator, prin răspunsurile la clarificări.

În luarea acestei decizii, Consiliul are în vedere faptul că, în conținutul ofertei depusă, ..., în asociere, a propus un număr de 112 persoane implicate în executarea contractului.

Într-adevăr, Consiliul constată că, în mod eronat, ofertantul în cauză a susținut în ofertă că acest personal aparține societății sale, aspect clarificat ulterior de către ..., în asociere, prin răspunsurile la clarificările solicitate de comisia de evaluare.

Dar, cu toate acestea, în condițiile în care ofertantul contestator a probat faptul că personalul implicat aparține operatorului economic ..., precum și faptul că între societatea sa și acest operator economic există un „Acord Detașare de Personal” nr. 1095/A din 21.01.2015, încheiat pe o durată nedeterminată, Consiliul constată că decizia de respingere, a ofertei, pe considerentul că operatorul economic ... nu are nicio calitate în cadrul procedurii de atribuire în cauză (conform legislației achizițiilor publice), apare ca excesivă și nelegală.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, „Orice operator economic are **dreptul** de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară constituite în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege.”

Prin raportare la textul legal citat anterior, reiese dreptul operatorului economic de a participa la procedură de atribuire individual **ori** în comun cu alți operatori economici, aceasta fiind opțiunea fiecăruia, Consiliul constatând că ... a participat în asociere cu ..., depunând ofertă comună în cadrul procedurii.

În ceea ce privește aspectul legat de personalul implicat, în urma verificării ofertei depusă de asociere, precum și a documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, în evaluarea ofertei, autoritatea contractantă i-a solicitat ofertantului în cauză o serie de clarificări (adresa nr. 6436/21.08.2017, nr. 7118/12.09.2017, nr. 7939/09.10.2017), referitoare, printre altele, și la „Lista personal”, aspect clarificat de ofertant prin următoarele argumente *„Angajații menționați sunt pe societatea ..., cele doua societăți comerciale aparțin aceleiași familii, sunt aceiași asociați cu interese comune si responsabilități identice. Formele de comunicare sunt aceleași, adresa de email, fax, telefon. Pentru prezenta lucrare se va folosi personal detașat de la ....” (a se vedea adresa nr. 064/24.08.2017), „În cadrul propunerii tehnice subscrisa a prezentat lista de personal, în acest sens am atașat extrasul Revisal.*

Personalul așa cum se regăsește în propunerea tehnică, va fi detașat de la ..., în baza Acordului de detașare între ... și ... nr. 1095/A/21.01.2015, acord pe care îl atașăm prezentului răspuns.

Întrucât lucrarea se va executa cu personal detașat, vă rugăm să constatați faptul că la prezenta procedură ... nu are calitate.” (a se vedea adresa nr. 073/14.09.2017), „Rugăm comisia de evaluare să constate faptul că prin răspunsul formulat în data de 14.09.2017, nu am creat sub nici o formă neconcordanțe între propunerea tehnică depusă inițial și cele reținute de comisie prin răspunsul formulat de subscrisa în data de 14.09.2017.(...) În concluzie, având în vedere cele menționate, coroborate cu dispozițiile legale în materie, considerăm că atât legislația care reglementează situația de fapt, cât și fișa de date prezentei proceduri de licitație, nu obligă ca subscrisa să menționeze în propunerea tehnică inițială că personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ....

În răspunsul formulat la o clarificare anterioară, am făcut precizări lămuritoare cu privire la faptul că personalul folosit pentru execuția lucrării va fi detașat de la ....”(a se vedea adresa nr. 086/13.10.2017).”

Așadar, deși ofertantul contestator a adus lămuriri concludente legate de personalul implicat în executarea contractului aferent procedurii, precizând că acest personal provine de la un operator economic, sens în care a prezentat acordul încheiat cu acesta, pe durată nedeterminată, al cărui obiect îl constituie *detașarea personalului de la o societate la cealaltă și invers, ori de câte ori este necesar* (art. 2 din Acord Detașare de Personal nr. 1095A/21.01.2015-a se vedea pagina 172 din D.A.P.), iar prezența în cadrul contractului se va face prin detașare, conform dispozițiilor Codului muncii, Consiliul constată că, în mod eronat, autoritatea contractantă nu a luat în considerare aceste justificări.

Astfel, în ceea ce privește primul motiv invocat de ... (... în adresa nr. 8533/01.11.2017, privind comunicarea rezultatului procedurii, și anume faptul că *„nu poate accepta ca personalul să fie detașat de la ... la ..., întrucât acest lucru poate influenta executarea contractului supus achiziției publice*", Consiliul constată că, în susținerea acestei afirmații, autoritatea contractantă nu a adus niciun argument, fiind o simplă susținere, aceasta nearătând și nedemonstrând în ce măsura implicarea personalului, prin detașare, ar putea influența executarea contractului aferent procedurii de atribuire.

De asemenea, în ceea ce privește cel de-al doilea motiv invocat de autoritatea contractantă în cadrul aceleiași adrese, și anume faptul că *„cele două persoane juridice sunt entități distincte, cu personalitate juridică și răspundere individuală. Mai mult decât atât, în nici unul din documentele ofertei depuse de către ofertantul ... comisia de evaluare nu a regăsit ca operatorul economic ... ca ar avea vreo calitate (calitate reglementata de legislația achizițiilor publice, in procedura de achiziție, publica derulata pentru atribuirea contractului de Execuție lucrări pentru obiectivul „Modernizarea rețelei de drumuri de interes local în comuna ..., județul ..."*, Consiliul constată că nu are nicio relevanță faptul că operatorul economic ... nu ar avea vreo calitate în procedură, în conformitate cu legislația în materie achizițiilor publice (ofertant asociat, terț susținător, s.a.), în condițiile în care, așa cum s-a subliniat anterior, este dreptul operatoriului economic de a opta pentru asociere sau pentru a beneficia de vreo susținere în cadrul unei proceduri de atribuire.

Or, în speță, nu poate fi vorba despre nicio susținere acordată de către operatorul economic ... pentru ofertantul ..., în asociere, așadar despre vreo calitate a operatorului economic ... în cadrul procedurii de atribuire, ci despre justificarea de către ... a personalului declarat în ofertă.

Pentru considerentele anterioare, Consiliul constată că evaluarea efectuată de către autoritatea contractantă a fost una excesivă și nelegală, cu încălcarea dispozițiilor art. 132 și următoarele din HG nr. 395/2016, în condițiile în care se constată că ofertantul în cauză a adus justificări pertinente legate de personalul implicat în contract, ca element important al ofertei, a depus documente concludente și a invocat dispoziții incidente ale Codului muncii, răspunsurile fiind de natură să lămurească aspectele neclare din conținutul ofertei.

În aceste condiții, constatând că se impune reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei depusă de către ofertantul ..., în asociere, prin reverificarea răspunsurilor la clarificările furnizate de acest ofertant, în asociere, cu luarea în considerare a celor precizate anterior în motivare, în

baza dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., în contradictoriu cu ... (...).

Anulează, în parte, procesul-verbal nr. 8535/01.11.2017, „de evaluare a răspunsurilor solicitărilor privind propunerea financiară în corespondență cu informațiile din fișa de date” , în ceea ce privește mențiunile referitoare la ofertantul ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., precum și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... (...) ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire și să reevalueze oferta depusă de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., prin reverificarea răspunsurilor la clarificările furnizate de acest ofertant prin adresele nr. 064/24.08.2017, nr. 073/14.09.2017 și nr. 086/13.10.2017, cu luarea în considerare a celor precizate anterior în motivare

Pe cale de consecință, dată fiind soluția pe fondul cauzei și impunându-se reluarea procedurii de atribuire, Consiliul respinge cererea de intervenție formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ...,..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., județul ....

Anulează, în parte, procesul-verbal nr. 8535/01.11.2017, „de evaluare a răspunsurilor solicitărilor privind propunerea financiară în corespondență cu informațiile din fișa de date” , în ceea ce privește mențiunile referitoare la ofertantul ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., precum și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... (...) ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire și să reevalueze oferta depusă de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., prin reverificarea răspunsurilor la clarificările furnizate de acest ofertant prin adresele nr. 064/24.08.2017, nr. 073/14.09.2017 și nr. 086/13.10.2017, cu luarea în considerare a celor precizate în motivare.

Respinge cererea de intervenție formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ..., ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
...	...	...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 17 (șaptesprezece) pagini.