



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. ...

Prin contestația nr.2293/24.12.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.53264/24.12.2019, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI ..., reprezentată legal prin și convențional de ..., unde se vor comunica toate actele procedurale, împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.27404/19.12.2019, de către ..., cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „”, s-au solicitat:

- anularea adresei nr.27404/19.12.2019 și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia;
- anularea raportului procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor care au stat la baza respingerii ofertei ...;
- anularea deciziei prin care oferta depusă de ...a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei depusă de ...

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

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, ... critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.27404/19.12.2019, de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de sribuire simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „...”, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... arată că, la solicitarea de clarificări nr.25004/26.11.2019 prin care autoritatea contractantă i-a cerut lămuriri cu privire la situația dl...., nominalizat în prezenta procedură ca expert, dar și ca RTE în contractul având ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor la același obiect de investiții, situație incompatibilă în conformitate cu dispozițiile art.16 din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate aprobat prin H.G. nr.925/1995, societatea sa a răspuns prin adresa nr.1025/29.11.2019, în care a precizat că, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, expertul nominalizat ...va renunța la colaborarea pentru poziția de Specialist atestat pentru executare lucrări cu Asocierea ...-...

Cu toate acestea, susține contestatorul, comisia de evaluare a apreciat răspunsul ca fiind neconcludent potrivit dispozițiilor art.134 alin.5, coroborat cu art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016, decizie care, în opinia contestatorului, este netemeinică și nelegală având în vedere următoarele argumente:

1. Decizia de respingere a ofertei nu se încadrează în niciunul din motivele de respingere prevăzute expres și limitativ la art.137 din H.G. nr.395/2016, întrucât comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nu face referire la o cerință anume din caietului de sarcini ce a fost încălcată.

În acest sens, arată contestatorul, chiar dacă s-a reținut incidența prevederilor art.134 alin. 5 din anexa la H.G. nr. 395/2016, care prevăd respingerea unei oferte atunci când răspunsul la solicitarea de clarificări este neconcludent, pentru a se dispune respingerea unei oferte pe acest temei este necesar ca solicitarea/neclaritatea comisiei de evaluare să privească cerințele minime ale documentației de atribuire, situație ce nu este incidentă în cazul de față întrucât vizează executarea contractului.

Contestatorul apreciază că, pentru a reține existența unui răspuns neconcludent, este necesar ca solicitarea să vizeze situațiile de la art.215 alin.4 și alin.5 din Legea nr. 98/2016, ori situația de fapt nu se poate încadra în niciunul dintre cazurile de respingere reglementate de legiuitor, astfel că, în opinia sa, oferta a fost respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, în mod netemeinic și nelegal.

2. Oferta ... este admisibilă, astfel că, în temeiul art.3 din Legea nr.53/2003, este posibilă depunerea unei cereri din partea persoanei desemnată inițial ca făcând parte din personalul cheie pentru execuția lucrărilor, prin care solicită înlocuirea acestuia, orice interpretare în sens contrar reprezintă o încălcare gravă a libertății muncii, sens în care s-a pronunțat și CNSC prin decizia publicată în B02018_6363.

Drept urmare, susține contestatorul, existența unei declarații de disponibilitate din partea dl.... nu poate reprezenta un impediment ca, ulterior, pe parcursul derulării contractului de proiectare și execuție, să renunțe la poziția pentru care a fost nominalizat ca expert, cu atât mai mult cu cât, în momentul de față, între dl.... și Asocierea ...-... nu există niciun angajament legal semnat.

Totodată, contestatorul apreciază că cele reținute de autoritatea contractantă sunt în contradicție inclusiv cu prevederile art.162 din H.G. nr.395/2016.

Precizează că înlocuirea personalului nu reprezintă o modificare substanțială în sensul statuat de legislația în materia achizițiilor publice, iar în măsura în care societatea sa este declarată câștigătoare Asocierea ...-... are posibilitatea de a solicita autorității contractante înlocuirea dl-ui ..., fără a fi necesar, contrar susținerilor autorității contractante, ca o astfel de înlocuire să fie solicitată înainte de finalizarea prezentei proceduri, înlocuirea intervenind doar în situația în care ... este declarată câștigătoare.

Contestatorul susține că nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei întemeiată pe presupusa irevocabilitate a declarației de disponibilitate rezultă din cuprinsul propriilor reguli stabilite în caietul de sarcini, potrivit cărora este posibilă înlocuirea personalului de specialitate, fără ca o posibilă declarație de disponibilitate să fie considerată irevocabilă, în același fel fiind posibilă înlocuirea personalului nominalizat în cadrul contractului având ca obiect proiectare și execuție semnat cu Asocierea ...-...

În considerarea celor susmenționate, contestatorul apreciază că oferta sa a fost respinsă în mod formal, pentru motive inexistente, contrar scopului pentru care a fost inițiată și derulată procedura de atribuire, respectiv semnarea contractului în condiții de calitate și eficiență economică.

Dat fiind faptul că autoritatea contractantă are ca scop semnarea contractului și nu respingerea ofertelor primite, prin modul de analiză și de evaluare aceasta trebuia, în opinia contestatorului, să aibă certitudinea că ofertele respinse nu asigură respectarea cerințelor tehnice și de calitate enunțate în caietul de sarcini, fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, precum și să confere securitate juridică deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punct al obiectului, motivate, prin raportare la prevederile documentației de atribuire și cu un termen de răspuns adaptat, aspecte reținute și în practica Curții de Apel București.

De asemenea, contestatorul invocă și Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union si alții, C-157/96, pct. 60, potrivit căreia drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unui singur competitor, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

În drept se invocă dispozițiile art. 8 alin. 1, lit. b) și art. 10 din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.27948/2019/06.01.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.124/06.12.2019, ... a solicitat respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată, pentru următoarele considerente:

În cadrul procedurii de atribuire, ... l-a nominalizat, în cadrul ofertei, pe dl.... ca având calitatea de team leader - diriginte de șantier construcții civile, industriale și agricole și instalații sanitare, termovenilații aferente construcțiilor precum și diriginte instalații aferente construcțiilor 8.1 - instalații electrice și 8.2 - instalații sanitare, termovenilații.

Autoritatea contractantă precizează că, în cadrul proiectului "...", Program Operațional Regional 2014 - 2020, Axa prioritară 5 - îmbunătățirea mediului urban și conservarea, protecția și valorificarea durabilă a patrimoniului cultural, a fost încheiat contractul de achiziție publică de lucrări având ca obiect Elaborare documentații tehnico-economice - fază PT-, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări de construcții în cadrul proiectului "...", având ca executant Asocierea S.C. ... - S.C. ..., asocierea care a indicat în Lista personalului propus pentru realizarea activităților de proiectare și asistență tehnică prezentată în oferta tehnică, ca specialist atestat pentru executare lucrări - E, domeniul restaurare arhitectură - 1, conform art. 35 din Ordinul 2495/26.08.2010, pe d-l Pentru această persoană s-au prezentat documente suport și anexe la contract, Declarația de disponibilitate semnată și datată 30.07.2018, autorizația de responsabil tehnic cu execuția și legitimația de responsabil tehnic cu execuția.

Apreciază că declarația de disponibilitate a dl.... pentru ofertantul Asocierea S.C. ... - S.C. ..., echivalează cu promisiunea unilaterală, respectiv un act juridic unilateral (angajament unilateral), care dă naștere prin el însuși unui raport juridic obligațional ce leagă două persoane ca urmare a declarației de voință a unei singure persoane, emitentul actului. Așadar, în esență, promisiunea unilaterală reprezintă un act unilateral cu valoare de angajament unilateral. Actul juridic unilateral reprezintă un izvor de obligații care presupune o singură manifestare de voință, numai aceea a autorului său. Invocă art.1327 Cod civil.

Autoritatea contractantă menționează faptul că declarația de disponibilitate a d-lui Petrecă Sebastian este o promisiune unilaterală sub condiția suspensivă a desemnării câștigătoare a ofertei depusă de Asocierea S.C. ...- S.C. ...

Întrucât Asocierea S.C. ... - S.C. ... a fost declarată câștigătoare în procedura de atribuire a contractului de lucrări având ca obiect Elaborare documentații tehnico-economice-fază PT- asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări de construcții în cadrul proiectului "...", autoritatea contractantă susține că dl.... face parte din echipa de implementare a proiectului pe toată durata derulării contractului.

Arată că la data limită de depunere a ofertelor pentru procedura de față, era în vigoare contractul de lucrări nr.14314/19.07.2019-592/22.07.2019, încheiat cu Asocierea S.C. ... - S.C. ..., în cadrul căruia dl.... este nominalizat drept personal cheie în echipa constructorului, iar până la data limită de depunere a ofertelor, Asocierea câștigătoare nu a depus nicio solicitare de înlocuire a d-lui ..., în conformitate cu prevederile art.162 din H.G. nr.395/2016.

Autoritatea contractantă precizează că în conformitate cu prevederile art.1191 din Codul civil, oferta este irevocabilă, or, simpla adeziune prin semnarea declarației de disponibilitate, parte a ofertei tehnice a contractului de Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului "...", anexă a contractului de lucrări, reprezintă irevocabilitatea ofertei depuse, implicit a participării ca specialist în cadrul contractului.

Invocând prevederile art.13 din H.G. nr.925/2016, autoritatea contractantă apreciază că dl.... nu poate exercita, în cadrul aceleiași investiții activitatea de responsabil tehnic cu execuția și diriginte de șantier, oferta depusă de ... fiind declarată inacceptabilă și neconformă, potrivit art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr.45/09.01.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.896/10.01.2020, ... a depus note de răspuns prin care a susținut că autoritatea contractantă se află într-o eroare deoarece dl.... a fost nominalizat în cadrul Contractului de lucrări nr.14314/19.07.2019, încheiat cu Asocierea ... - ..., ca specialist atestat pentru executare lucrări – E, domeniul restaurare arhitectură – 1, conform art.35 din Ordinul nr.2495/26.08.2010, în aceste sens fiind și declarația de disponibilitate, iar nu ca responsabil tehnic cu execuția, pentru a se putea pune în discuție eventuala interdicție reglementată la art.16 din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, aprobat prin H.G. nr.925/1995.

În probațiune, s-au depus, în copie, înscrisuri.

... a studiat documentele aflate la dosarul cauzei la data de 15.01.2020, ulterior precizând, prin adresa nr.83/15.01.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.1650/15.01.2020, că nu înțelege să formuleze concluzii scrise.

Față de înscrisurile aflate la dosar, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, a contractului de servicii având ca obiect „...«...»”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat

Valoarea estimată a contractului este de 192.036,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Au fost depuse două oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost vizualizate în SEAP la data de 04.11.2019, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.23157.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.27358/18.12.2019, autoritatea contractantă a respins ofertele depuse și a anulat procedura de atribuire.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, respectiv a deciziei de respingere a ofertei sale, ... a depus contestația de față, consemnând cauțiunea în cuantumul prevăzut de lege.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr.27358/18.12.2019, oferta depusă de ... a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016, deoarece răspunsul la solicitarea de clarificări a fost neconcludent, și neconformă, în temeiul art.137 alin.1 lit.a din H.G. nr.395/2016, deoarece oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Pentru a decide astfel, comisia de evaluare a avut în vedere următoarele:

„În oferta tehnică depusă pentru ...”...”, domnul ... este nominalizat team leader, diriginte construcții civile, industriale și agricole și instalații sanitare, termovenilații aferente construcțiilor, precum și diriginte instalații aferente construcțiilor 8.1-instalații electrice și 8.2-instalații sanitare, termovenilații.

Totodată, în oferta declarată câștigătoare pentru atribuirea contractului Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului ”...” ofertă depusă de Asocieria S.C. ... lider - S.C. ... - asociat, și pentru care s-a încheiat contract de lucrări, în Lista personalului propus pentru realizarea activităților de proiectare și asistență tehnică este nominalizat ca Specialist atestat pentru executare lucrări - E, domeniul restaurare arhitectură -1, conform art.35 din Ordin 2495/26.08.2010 tot domnul ..., prezentându-se ca documente suport și anexe la contract Declarația de disponibilitate semnată și datată 30.07.2018, autorizația de responsabil tehnic cu execuția și legitimația de responsabil tehnic cu execuția.

În conformitate cu prevederile art.16 din Hotărârea Guvernului nr. 925/1995 din 20 noiembrie 1995 pentru aprobarea Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, cu modificările și completările ulterioare: Persoana fizică atestată sau autorizată nu poate exercita, la aceeași investiție, decât una dintre următoarele activități:

- a) verificator de proiecte;***
- b) expert tehnic;***
- c) responsabil tehnic cu execuția;***
- d) diriginte de șantier.***

Comisia de evaluare a solicitat ofertantului un punct de vedere privind situația apărută. Termen de răspuns 29.11.2019

Ofertantul a răspuns în termen, la secțiunea "Solicitări de clarificare/întrebări/ Comunicări" pe site-ul www.e-licitatie.ro în SICAP și precizează faptul că, ***în cazul în care ...va fi declarată câștigătoare contractului de ...”...”, domnul ... va renunța la colaborarea pentru poziția de Specialist atestat pentru executare lucrări - E, cu Asocieria S.C. ... lider - S.C. ... - asociat în favoarea poziției de team leader, diriginte construcții civile, industriale și agricole și instalații sanitare, termovenilații aferente construcțiilor, precum și diriginte instalații aferente***

construcțiilor 8.1 instalații electrice și 8.2 instalații sanitare, termoventilații, propusă de ofertanta ...

Comisia de evaluare a analizat răspunsurile la solicitările de clarificări și a constatat că acestea nu sunt concludente și nu remediază situația apărută, deoarece renunțarea în această fază la colaborarea pentru poziția de Specialist atestat pentru executare lucrări - E, cu asocierea Asocierea ... - ...- asociat este tardivă.

La data depunerii ofertei pentru serviciile de dirigenție de șantier în cadrul proiectului "... de către ..., era în vigoare contractul de lucrări nr.14314/19.07.2019-592/22.07.2019 încheiat cu Asocierea ...- S.C. ... - asociat pentru servicii de Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului "..., în cadrul căruia dl. ... este nominalizat drept personal cheie în echipa constructorului, rezultând astfel faptul că dl ... a încălcat dispozițiile art.16 din H.G. nr.925/1995, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: (...)

În conformitate cu prevederile art.1191 din Codul civil, (...)

Or, simpla adeziune prin semnarea declarației de disponibilitate, parte a ofertei tehnice a contractului de Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului "...", **anexă a contractului de lucrări** invocat mai sus, reprezintă irevocabilitatea ofertei depuse, implicit a participării ca specialist în cadrul contractului.

Contractul este supus dispozițiilor legii în vigoare la data când a fost încheiat în tot ceea ce privește încheierea, interpretarea, efectele, executarea și încetarea sa.

Declarația de disponibilitate a domnului ... pentru ofertantul S.C. ... echivalează cu o promisiunea unilaterală, respectiv un act juridic unilateral (angajament unilateral), care dă naștere prin el însuși unui raport juridic obligațional, care leagă două persoane ca urmare a declarației de voință a unei singure persoane - emitentul actului. Așadar, în esență, promisiunea unilaterală reprezintă un act unilateral cu valoare de angajament unilateral. Actul juridic unilateral reprezintă un izvor de obligații care presupune o singură manifestare de voință, numai aceea a autorului său.

Conform art. 1327 cod civil: (...)

Menționăm faptul că declarația de disponibilitate a domnului ... este o promisiune unilaterală sub condiția suspensivă a desemnării câștigătoare a ofertei SC LEMAR INDUSTRIES SRL.

Întrucât S.C. ... a fost declarată câștigătoare în procedura de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect Elaborare documentații tehnico-economice - fază PT-, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări de construcții în cadrul proiectului "...", arătăm faptul că domnul ... face parte din echipa de implementare a proiectului pe toată durata derulării contractului, neexistând nicio solicitare de înlocuire a acestuia din partea S.C. ..., în conformitate cu prevederile art.162 din HG 395/2016.

În această situație, având în vedere prevederile art.16 din H.G. 925/1995, cu modificările și completările ulterioare, (...)

Prin urmare, domnul ... nominalizat ca responsabil tehnic cu execuția în cadrul contractului mai sus menționat, nu poate avea în același timp și calitatea de dirigenție de șantier.

În conformitate cu prevederile art.134 al.5) din H.G. 395/2016 (...) **oferta este considerată inacceptabilă.**

Mai mult, în caietul de sarcini, la Capitolul 4. se precizează setul de norme legislative care trebuie respectate la elaborarea ofertei:

„în cadrul prestării serviciilor ce fac obiectul contractului se vor respecta întru totul cerințele legislației în vigoare în domeniul construcțiilor:

- Legea nr. 10/1995 privind calitatea în constructiv cu completările și modificările ulterioare;

• *Hotărârea Guvernului nr. 925/1995 privind Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor; a execuției lucrărilor și a construcțiilor."*

Prin depunerea ofertei, pentru serviciile de dirigenție, aceste cerințe legislative au fost însușite de către ofertant și cuprinse în cadrul ofertei tehnice, acesta declarând că va respecta legislația în vigoare la elaborarea ofertei. Or, toate cele prezentate mai sus indică faptul că această legislație nu a fost respectată.

În conformitate cu prevederile art.137 al.3), lit.a) din HG nr.395/2016, respectiv: "în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații:

*a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;" **oferta este considerată neconformă.***

În consecință, oferta depusă de ...este respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă."

Considerente enunțate au fost aduse la cunoștința contestatorului, în mod corespunzător, prin comunicarea rezultatului procedurii nr.27404/19.12.2019.

Având a se pronunța asupra legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că aceasta a fost adoptată, în esență, ca urmare a constatării unei imposibilități legale a d-lui ..., de a deține:

- calitatea de „Specialist atestat pentru executare lucrări – E, domeniul restaurare arhitectură -1, conform art.35 din Ordinul nr.2495/26.08.2010” în cadrul contractului de lucrări nr.14314/19.07.2019-592/22.07.2019, având ca obiect „Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului «...»”;

- calitățile de „team leader, diriginte construcții civile, industriale și agricole și instalații sanitare, termoventilații aferente construcțiilor, precum și diriginte instalații aferente construcțiilor 8.1 – instalații electrice și 8.2 – instalații sanitare, termoventilații”, în cadrul contractului ce se va încheia în urma derulării procedurii de față, respectiv contractul având ca obiect „Servicii de asistență tehnică – dirigenție de șantier în cadrul proiectului „...”.

Imposibilitatea legală menționată, a fost reținută de autoritatea contractantă prin raportare la dispozițiile art.16 din H.G.925/1995 pentru aprobarea Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate. De asemenea, s-a mai reținut și incidența dispozițiilor art.1191 și art.1327 Cod civil.

Se observă că ... nu contestă situația faptică reținută de autoritatea contractantă și anume că dl. ... cumulează de maniera arătată calitățile menționate.

Având în vedere că autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei contestatorului, ca inacceptabilă, deoarece răspunsul la clarificări a fost considerat neconcludent și, apoi, ca neconformă, deoarece s-a considerat că oferta nu îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini, Consiliul va proceda la analiza legalității deciziei de respingere în această ordine, adică plecând de la analiza răspunsului la clarificări și terminând cu decizia de respingere a ofertei, ca neconformă, această

ultimă decizie fiind, în mod evident, consecința logică a stabilirii caracterului neconcludent al răspunsului la clarificări.

Așadar, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, prin adresa nr.25004/26.11.2019, autoritatea contractantă a solicitat contestatorului după cum urmează:

„Situatie constatată

În oferta tehnică depusă pentru, domnul ... este nominalizat team leader, diriginte construcții civile, industriale și agricole și instalații sanitare, termovenilații aferente construcțiilor precum și diriginte instalații aferente construcțiilor 8.1- instalații electrice și 8.2 - instalații sanitare, termovenilații. Totodată, în oferta declarată câștigătoare pentru atribuirea contractului Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului "...", ofertă depusă de Asocierea ... - ...- asociat, și pentru care s-a încheiat contract de lucrări, în Lista personalului propus pentru realizarea activităților de execuție lucrări în cadrul contractului, la poziția 2, este nominalizat ca Specialist atestat pentru executare lucrări - E, domeniul restaurare arhitectura - 1, conform art.35 din Ordin 2495/26.08.2010 tot domnul ..., prezentându-se ca documente suport și anexe la contract Declarația de disponibilitate semnată și datată 30.07.2018, autorizația de responsabil tehnic cu execuția și legitimația de responsabil tehnic cu execuția.

În conformitate cu prevederile art.16 din Hotărârea Guvernului nr.742/2018 privind modificarea Hotărârii Guvernului nr.925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor: (...)

Prin urmare, aceeași persoană fizică atestată sau autorizată nu poate desfășura la aceeași investiție activități de dirigenție de șantier și responsabil tehnic cu execuția în echipa de execuție a constructorului."

Contestatorul a formulat, prin adresa nr.1025/29.11.2019, următorul răspuns:

„Având în vedere solicitarea de clarificări din adresa nr.25004/26.11.2019, vă comunicăm că întrucât nu există un contract comercial încheiat între domnul ...si Asocierea ...- lider ...pentru poziția de specialist atestat pentru executare lucrări în contractul de lucrări, în cazul în care ...va fi declarată câștigătore contractului de servicii de asistență tehnică-dirigenție de șantier în cadrul proiectului "Conservarea, protejarea si promovarea Muzeului de Istorie si Arheologie Piatra Neamț", domnul ...va renunța la colaborarea pentru poziția de Specialist atestat pentru executare lucrări, cu asocierea ...- lider ..., în favoarea poziției de team leader, diriginte construcții civile, industrial și agricole și instalații sanitare, termovenilații aferente construcțiilor precum și diriginte instalații aferente

construcțiilor 8.1 instalații electrice și 8.2 instalații sanitare, termoventilații, propusă de ofertanta

Acest răspuns a fost considerat neconcludent de autoritatea contractantă, deoarece „renunțarea în această fază la colaborarea pentru poziția de Specialist atestat pentru executare lucrări - E, cu asocierea Asocierea ... - ...- asociat este tardivă.

La data depunerii ofertei pentru serviciile de dirigenție de șantier în cadrul proiectului "... de către ..., era în vigoare contractul de lucrări nr.14314/19.07.2019-592/22.07.2019 încheiat cu Asocierea ...- S.C. ... - asociat pentru servicii de Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului "..., în cadrul căruia dl. ... este nominalizat drept personal cheie în echipa constructorului, rezultând astfel faptul că dl ... a încălcat dispozițiile art.16 din H.G. nr.925/1995, cu modificările și completările ulterioare (...)"

În susținerea deciziei sale, autoritatea contractantă invocă și dispozițiile art.1191 și 1327 Cod civil.

Reține Consiliul că dispozițiile art.16 din H.G. nr.925/1995 pentru aprobarea Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, în raport cu care autoritatea contractantă a stabilit existența stării de interdicție legală în privința ofertei contestatorului, prevăd că:

„Persoana fizică atestată sau autorizată nu poate exercita, la aceeași investiție, decât una dintre următoarele activități:

- a)verificator de proiecte;
- b)expert tehnic;
- c)responsabil tehnic cu execuția;
- d)diriginte de șantier".

Rațiunea acestei interdicții, față de obiectul contractului ce se va încheia urmare a procedurii de față, rezidă din prevederile aceluiași act normativ, și anume:

- la art.17 alin.2 din H.G. nr.925/1995, se prevede că:

„(2) Dirigintele de șantier îndeplinește, în condițiile legii, în principal, următoarele atribuții:

a) cunoaște prevederile proiectului pentru autorizarea executării/desființării lucrărilor de construire și ale proiectului tehnic de execuție, verificat potrivit legii;

b) verifică existența fișelor și proiectelor tehnologice de execuție, a procedurilor de realizare a lucrărilor, planurilor de verificare a execuției, proiectelor de organizare a execuției lucrărilor, precum și graficele de realizare a construcțiilor, actualizate prin eventualele dispoziții de șantier emise pe parcursul derulării lucrărilor;

c) asigură secretariatul comisiei de recepție la terminarea lucrărilor și întocmește, în numele investitorului/proprietarului/administratorului, documentele de recepție la terminarea lucrărilor și constituie cartea tehnică a construcției;

d) participă la toate fazele de verificare a execuției lucrărilor, inclusiv la fazele determinante prevăzute în planul de control al calității lucrărilor de construcții;

e) oprește execuția lucrărilor de construcții când constată neconformități care pot afecta calitatea acestora;

f) oprește execuția lucrărilor de construcții și înștiințează Inspectoratul de Stat în Construcții - I.S.C. sau, după caz, structurile proprii de control din cadrul instituțiilor prevăzute la art. 34 din Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, în cazul în care se produc accidente tehnice și/sau constată abateri de la prevederile proiectului tehnic de execuție.”;

- la art.2 lit.d din același act normativ, dirigintele de șantier este definit astfel: **„d) diriginte de șantier - specialist cu activitate în construcții autorizat, cu atribuții privind verificarea execuției corecte a lucrărilor de construcții, în conformitate cu documentațiile tehnice/documentațiile tehnico-economice aferente.”**

Așadar, dirigintele de șantier are atribuții de control cu privire la lucrările efectuate de executantul lucrării, astfel că, prin interdicția în discuție legiuitorul a dorit să înlăture orice suspiciune cu privire la obiectivitatea celui care verifică, suspiciune care ar plana în situația în care cel care execută părți din lucrare ar fi chemată, mai apoi, să verifice ceea ce a executat.

Din propunerea tehnică depusă de ..., rezultă că în cadrul înscrisului *“Lista personalului cheie nominalizat și a resurselor tehnice minime nominalizate în propunerea tehnică”*, dl.... a fost nominalizat pentru pozițiile de team lider, diriginte construcții civile, industriale și agricole și instalații sanitare, termoventilații aferente construcțiilor, respectiv diriginte instalații aferente construcțiilor 8.1 instalații electrice și 8.2 instalații sanitare, termoventilați, aceeași persoană care, în cadrul contractului de lucrări nr.14314/19.07.2019-592/22.07.2019, ocupă poziția de *„Specialist atestat pentru executare lucrări – E, domeniul restaurare arhitectură”*.

Această ultimă poziție, reține Consiliul, corespunde aceleia de expert tehnic, noțiune definită la art.2 lit.b H.G. nr.925/1995, după cum urmează: *„expert tehnic – specialist cu activitate în construcții atestat în unul sau mai multe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, care efectuează expertiza tehnică a construcțiilor, a execuției lucrărilor de construcții și, în situațiile prevăzute de lege, efectuează expertizarea tehnică a proiectelor.”*

Având în vedere că interdicția legală, prevăzută de art.16 din H.G. nr.925/1995 vizează și expertul tehnic, împrejurarea că autoritatea contractantă a menționat în solicitarea de clarificări și a reținut la un moment dat în cadrul motivării deciziei de respingere a ofertei contestatorului că persoana în discuție ar ocupa în cadrul contractului de lucrări nr.14314/19.07.2019-592/22.07.2019 poziția de responsabil tehnic cu execuția, este lipsită de relevanță.

Analizând răspunsul contestatorului, conform căruia:

*„(...) în cazul în care ...va fi declarată câștigătoare contractului de servicii de asistență tehnică- dirigenție de șantier (...), **domnul ...va renunța la colaborarea pentru poziția de Specialist atestat pentru executare lucrări, cu asocierea ...- lider ..., în favoarea poziției de team leader, diriginte construcții civile, industrial și agricole și instalații sanitare, termoventilații aferente construcțiilor precum și diriginte instalații aferente construcțiilor 8.1 instalații electrice și 8.2 instalații sanitare, termoventilații, propusă de ofertanta**”*

Consiliul constată că ... are cunoștință și acceptă existența stării de interdicție legală a dl. ... de a ocupa pozițiile susmenționate privitor la aceeași investiție.

Totodată, se observă că ... precizează că va renunța la colaborarea pentru poziția de Specialist atestat pentru executare lucrări, cu Asocierea formată din ... și ..., dacă oferta depusă de ... va fi desemnată câștigătoare, condiționând, astfel, respectarea dispozițiilor legale susmenționate de decizia de desemnare drept câștigătoare în cadrul procedurii de față, a ofertei depusă de ...

Acest răspuns este neconcludent în opinia Consiliului, din următoarele considerente:

Condiționarea la care se referă contestatorul este nelegală de vreme ce ofertantul trebuie să depună oferta cu respectarea documentației de atribuire, astfel cum prevăd dispozițiile art.75 din Legea nr.98/2016 [*„Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției (...).*], dar și a întreg ansamblului de dispoziții legale incidente, printre care se află și H.G. nr.925/1995.

Prin urmare, contestatorului îi revenea obligația ca la data depunerii ofertei în procedura de față să fi renunțat deja la poziția ocupată în cadrul contractului de lucrări nr.14314/19.07.2019-592/22.07.2019, în favoarea celei din cadrul contractului ce se va încheia, iar nu ca respectiva renunțare să aibă loc ulterior desemnării ofertei ... drept câștigătoare și să fie la latitudinea exclusivă a acestuia.

Practic, contestatorul dorește ca autoritatea contractantă să fi nesocotit interdicția legală prevăzută de H.G. nr.925/1995 și, deși avea cunoștință despre aceasta, să declare câștigătoare oferta depusă de ...

Un asemenea comportament al autorității contractante ar fi fost, însă, nelegal, deoarece obligația de a verifica ofertele depuse spre a se asigura că respectă dispozițiile documentației de atribuire și legislația incidentă revine autorității contractante anterior desemnării ofertei câștigătoare, astfel cum prevăd explicit:

- art.127 alin.1 lit.f, k și m din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care comisia de evaluare are printre atribuții și pe cele de:

„f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;

k) stabilirea ofertelor admisibile;

m) stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii;"

- art.137 alin.4 și 5 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care:

„(4) Ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile.

(5) Comisia de evaluare are obligația de stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile.”

De asemenea, dispozițiile art.3 lit.gg și jj din Legea nr.98/2016, definesc noțiunile de ofertant și operator economic după cum urmează: „gg) ofertant – orice operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire;”, „jj) operator economic – orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, **care oferă în mod licit pe piață** executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități;”

Așadar, nu există niciun dubiu că autoritatea contractantă are obligația de a stabili respectarea documentației de atribuire, dar și că ofertantul oferă licit pe piață lucrări/produse/servicii, anterior momentului stabilirii ofertei drept câștigătoare, iar nu ulterior acestui moment, așa cum a dorit contestatorul să se întâmple în cazul ofertei sale.

Contestatorul nu poate pretinde autorității contractante să îi permită intrarea în legalitate ulterior desemnării ofertei sale drept câștigătoare, întrucât o asemenea posibilitate nu există.

Este adevărat că, potrivit art.162 din H.G. nr.395/2016, care prezintă conținutul:

„(1) Înlocuirea personalului de specialitate nominalizat pentru îndeplinirea contractului se realizează numai cu acceptul autorității contractante, și nu reprezintă o modificare substanțială, așa cum este aceasta definită în art.221 din Lege, decât în următoarele situații: (...)

(2) În situațiile prevăzute la alin.1, contractantul are obligația de a transmite pentru noul personal documentele solicitate prin documentația de atribuire fie în vederea demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare/selecție stabilite, fie în vederea calculării punctajului aferent factorilor de evaluare.”,

contractantul poate proceda, cu acceptul autorității contractante, la modificarea personalului propus, însă, important de reținut este faptul că această modificare poate interveni pentru cauze apărute în cursul derulării contractului.

Or, în speța de față, contestatorul invocă aplicarea acestui articol ulterior desemnării ofertei sale drept câștigătoare dar cu privire la o situație de interdicție legală cunoscută, atât de autoritatea contractantă, cât și de contestator, din etapa de evaluare a ofertelor, etapă căreia, după cum s-a arătat, îi sunt aplicabile dispozițiile art.127 alin.1 și art.137 alin.4 și 5 din H.G. nr.395/2016.

În același sens este și prevederea caietului de sarcini potrivit căreia:

*„Persoanele nominalizate ca responsabile pentru îndeplinirea contractului, dacă va fi cazul, **se vor înlocui cu altele**, cu respectarea cerințelor minime impuse, **numai din motive obiective, cu acordul scris al Achizitorului**, în conformitate cu prevederile din prezentul document.”*, care, în fapt, reprezintă o preluare a prevederii de la art.162 din H.G. nr.395/2016.

Astfel fiind, înțelegerea contestatorului cum că poate uza de dispozițiile art.162 alin.1 din H.G. nr.395/2016 și caietului de sarcini ulterior desemnării ofertei sale drept câștigătoare, în situația concretă în care această ofertă se găsește în etapa evaluării, apreciază Consiliul că este eronată.

De asemenea, nu poate fi primit în soluționare nici argumentul contestatorului constând în invocarea dispozițiilor art.3 din Legea nr.53/2003, având conținutul:

„(1) Libertatea muncii este garantată prin Constituție. Dreptul la muncă nu poate fi îngrădit.

(2) Orice persoană este liberă în alegerea locului de muncă și a profesiei, meseriei sau activității pe care urmează să o presteze.

(3) Nimeni nu poate fi obligat să muncească sau să nu muncească într-un anumit loc de muncă ori într-o anumită profesie, oricare ar fi acestea.

(4) Orice contract de muncă încheiat cu nerespectarea dispozițiilor alin.1-3 este nul de drept.”,

deoarece, deși acestea consacră libertatea persoanei de a-și alege locul de muncă și activitățile pe care urmează să le presteze, nu înlătură aplicabilitatea altor prevederi cu incidență în cauză, așa cum sunt prevederile H.G. nr.925/1995. Cu alte cuvinte, libertatea despre care face vorbire Codul muncii cunoaște anumite limitări impuse, de asemenea, de legiuitor prin intermediul altor acte normative, așa cum este și cazul de față.

Având în vedere că ... nu a fost în măsură să demonstreze, prin răspunsul la clarificări nr.25004/26.11.2019, încetarea situației în care se regăsea oferta sa, prin renunțarea la poziția deținută în contractul de lucrări, Consiliul reține că în mod corect autoritatea contractantă a stabilit că respectivul răspuns nu este unul concludent și, prin urmare, oferta intră sub incidența dispozițiilor art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

Cât privește respingerea ofertei, ca neconformă, în temeiul art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016, Consiliul, contrar susținerilor contestatorului, reține corecta aplicare și a acestei sancțiuni în contextul în care dl.... nu poate ocupa, din cauza interdicției legale despre care s-a făcut vorbire, pozițiile de team lider, diriginte construcții civile, industriale și agricole și instalații sanitare, termoventilații aferente construcțiilor, respectiv diriginte instalații aferente construcțiilor 8.1 instalații electrice și 8.2 instalații sanitare, termoventilații, poziții pentru

care apare menționat în „Lista personalului cheie nominalizat și a resurselor tehnice minime nominalizate în propunerea tehnică”.

Astfel, la cap.8 – „Tipuri de experți propuși” din caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat, printre altele:

„Ofertantul este obligat să asigure personalul de specialitate necesar pentru a-și îndeplini responsabilitățile prevăzute în caietul de sarcini.

Experții propuși de către ofertant trebuie să dețină autorizații de dirigenție de șantier valabile pentru toate lucrările de reabilitare care se vor executa în contractul de lucrări pentru care va asigura serviciile de dirigenție de șantier.

Experții propuși de către ofertant în vederea executării contractului de servicii obiect al procedurii vor fi obligatoriu autorizați/atestați de Inspectoratul de Stat în Construcții și de Ministerul Culturii și Identității Naționale în următoarele domenii/specializări: (...)

b) Diriginte de șantier autorizat în domeniul Instalații aferente construcțiilor – cod 8 – cod subdomeniu de autorizare 8.1 – instalații electrice și 8.2 – instalații sanitare, termovenilații; (...)

Ofertantul va propune un Team lider, care poate fi unul dintre diriginții enumerați mai sus sau o persoană diferită de aceștia, care va avea rolul de coordonare a întregii activități prestate. Team lider-ul va reprezenta operatorul economic în relațiile cu Achizitorul și Constructorul, va participa la ședințele de progres, la ședințele de implementare a proiectului și va coordona într-un mod unitar soluționarea problemelor identificate de Achizitor, în conformitate cu legislația în vigoare și Contractul de finanțare. Team lider-ul va trebui să asigure permanența în șantier pe toată durata de desfășurare a contractului. Important: alături de team lider, dirigintele/diriginții de șantier vor fi prezenți zilnic min.4 ore/zi, atunci când în execuție se află faza/specialitatea pe care este propus.”

Prin urmare, autoritatea contractantă a prevăzut în caietul de sarcini obligația ofertanților de a indica o persoană autorizată ca diriginte de șantier în domeniul Instalații aferente construcțiilor – cod 8 – cod subdomeniu de autorizare 8.1 – instalații electrice și 8.2 – instalații sanitare, termovenilații, precum și o persoană, care poate fi una dintre diriginții enumerați sau o altă persoană, pentru poziția de team lider, cerințe care nu se pot considera îndeplinite de contestator de vreme ce acesta a propus o persoană aflată într-o situație de interdicție legală de a participa la această procedură, nerespectarea cerinței susenunțate fiind evidentă, ca și incidența dispozițiilor art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016.

Consiliul nu va reține în soluționare susținerile autorității contractante cu privire la incidența unor dispoziții din Codul civil, deoarece modalitatea de a înlocui personalul în alte condiții decât cele prevăzute de legislația din materia achizițiilor publice este exclusă.

Astfel fiind, criticile contestatorului sunt nefondate, decizia de respingere a oferte acestuia fiind una legală.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul va respinge contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Obligatorie.

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

...