

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

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 195/07.08.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., înaintată de ... SA, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ..., cu sediul în ..., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin Director General ..., formulată împotriva raportului procedurii nr. 2344/27.07.2023 și a comunicării rezultatului procedurii realizată prin SEAP în data de 28.07.2023, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată online, în vederea atribuirii unui contract având ca obiect *Achiziție servicii de elaborare plan investițional*, ce a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../..., s-au solicitat:

«1. Permitearea accesului la documentele procedurale întocmite de autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor, incluzând procesele-verbale de evaluare, solicitările de clarificare și răspunsurile ofertanților, precum și la oferta depusă de ofertantul declarat câștigător;

2. Anularea Comunicării publicate în SICAP în data de 28.07.2023 adresata Asocierii EGIS prin care oferta Asocierii EGIS este declarată ca ocupând poziția 2 în clasamentul rezultat în urma evaluării ofertelor.

3. Admiterea contestației pentru motivele detaliate în cele ce urmează și dispunerea de măsuri de remediere constând în anularea în parte a raportului procedurii de atribuire cu nr. 2344/27.07.2023 comunicat în SICAP de către Autoritatea Contractantă în data de 28.07.2023, respectiv:

(a) anularea referințelor din raportul procedurii prin care oferta depusă de subscrisa este pe locul 2 în clasament și

(b) anularea părții din raportul procedurii prin care oferta depusă de Asocierea ... - ... - ..., - numită în cele ce urmează „Asocierea ...” - este declarată admisă și clasată pe locul 1

(c) în consecință solicităm reluarea evaluării ofertei depuse de Asocierea ..., cât și constatarea faptului că oferta subscrisei este pe locul 1 în clasament.»

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

... SA, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ..., formulează contestația nr. 195/07.08.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., împotriva raportului procedurii nr. 2344/27.07.2023 și a comunicării rezultatului procedurii realizată prin SEAP în data de 28.07.2023, emise de ..., solicitând cele redate în partea introductivă.

Expunând situația de fapt, face o scurtă prezentare a procedurii de atribuire și punctează că, în cadrul acesteia au fost depuse 2 oferte:

oferta sa (declarată admisibilă, dar necâştigătoare) şi cea a Asocierii ... – ... – ... (declarată câştigătoare).

Despre acesta din urmă afirmă că, în realitate, este:

- inacceptabilă, aflându-se sub incidenţa prevederilor articolului 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, respectiv nu îndeplineşte cerinţa minimă de calificare privind capacitatea de exercitare a activităţii profesionale, din fişa de date, secţiunea III.1.1.b), cerinţa nr. 2.

- neconformă, aflându-se sub incidenţa prevederilor art. 137 alin. (3) lit. g), respectiv are un preţ sau conţine costuri neobişnuit de scăzute în raport cu serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi şi calitativi solicitaţi prin caietul de sarcini.

Ca şi aspect prealabil, precizează că, deşi a solicitat acces integral la dosarul achiziţiei publice, autoritatea contractantă a refuzat să-i pună la dispoziţie o serie de documente din cadrul ofertei declarate câştigătoare, motivând astfel: *„Întrucât ambii ofertanţi au menţionat ofertele tehnice respectiv financiare ca fiind confidenţiale, parte din informaţiile din documentele de mai sus sunt anonimizate.”*

Continuând, arată că, potrivit *Declaraţiei privind partea/părţile din Propunerea Tehnică şi Financiară care au caracter confidenţial*, depusă de asocierea câştigătoare, documentele catalogate ca fiind confidenţiale, din oferta acesteia, sunt:

- „a) Metodologia şi abordarea de elaborare a proiectului (Oferta Tehnică);*

- b) Experţii cheie şi non-cheie nominalizaţi în cadrul ofertei;*

- c) Detalierea preţurilor şi justificarea acestora, mai puţin preţul total ofertat”, pentru acest punct justificarea fiind: „Detalierea preţului ofertat, mai puţin preţul total ofertat, este confidenţială deoarece prezintă modalitatea internă de a ne bugetar cheltuielile privind implementarea proiectului, precum şi informaţii cu privire plata experţilor cheie”.*

Prevalându-se de dispoziţiile art. 57 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, precum şi de cele ale art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, dar şi de principiul transparenţei, solicită Consiliului să-i permită accesul toate documentele din oferta clasată pe locul 1, care nu au fost declarate şi probate ca fiind confidenţiale, respectiv:

- documentele de calificare, inclusiv formulare depuse cu oferta şi, în special, acordul de asociere;

- orice alte elemente ale propunerii tehnice care nu țin de metodologie, abordare şi experţi cheie şi non-cheie (cum ar fi graficul de activităţi);

- orice solicitare de clarificare cu privire la propunerea financiară a Asocierii ... – ... – ..., dacă există;

- orice fundamentare/justificare a prețului ofertat de aceasta, dacă există;

- orice alte documente relevante.

În motivare, asocierea petentă:

A. reia afirmația potrivit căreia oferta declarată câștigătoare este, de fapt, inacceptabilă, având în vedere că nu îndeplinește criteriul de calificare - Autorizații/Agremente AFER – fiind, astfel, sub incidența art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

În acest sens, redă cerința nr. 2 de la punctul III.1.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, din fișa de date, precum și precizările autorității contractante din cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări ce viza eliminarea acestei cerințe, și arată că, potrivit proceselor verbale privind evaluarea DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc (nr. 2032/05.07.2023 și nr. 2047/06.07.2023), în cazul declarate câștigătoare, cerința nr. 2 *Autorizații/Agremente AFER* este considerată ca fiind îndeplinită în următoarele condiții:

«... - cerința nu este îndeplinită pe baza informațiilor prezentate în DUAЕ

... - cerința este considerată îndeplinită pe baza informațiilor prezentate în DUAЕ și a documentelor de calificare depuse

... - cerința nu este îndeplinită pe baza informațiilor prezentate în DUAЕ

Notă - conform Fișei de date, respectiv prevederilor din documentația de atribuire, „In cazul asocierii mai multor operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, cerințele privind capacitatea tehnică și profesională se consideră îndeplinite dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele documente și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

Prin urmare, întrucât unul din membrii asocierii declară (prin DUAЕ) că îndeplinește cerința, aceasta se consideră îndeplinită pentru asociere în integralitatea sa.”»

Adăugând că același lucru reiese și din cuprinsul raportului procedurii, subliniază că cerința din fișa de date nu este limitată doar la deținerea de către un membru al asocierii a unei astfel de autorizații, ci *„cerința trebuie îndeplinită de fiecare asociat pentru partea de contract pe care o realizează”* sau, conform Notei, în cazul în care doar un asociat deține autorizația, respectivul asociat trebuie *„să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă”*.

Evidențiind importanța pe care însăși autoritatea contractantă a dat-o deținerii unei astfel de autorizații/agrement AFER, consideră important de precizat că aceste autorizații se acordă prin proceduri reglementate în mod clar și fără echivoc (sens în care indică Ordinul Ministerului Transporturilor nr. 290/2000) și, odată obținute, nu sunt transferabile. Prin urmare, declară că această capacitate de a activa în domeniul serviciilor feroviare, conform reglementarilor, nu poate fi însoțită de un membru al unei asocieri prin cumulare cu capacitatea unui alt membru care deține autorizațiile/agremente AFER aplicabile.

Asocierea contestatoare susține că, înainte de a declara că oferta Asocierii ... – ... – ... îndeplinește cerința, autoritatea contractantă ar fi

trebuit să solicite clarificări cel puțin cu privire la părțile din contract pe care le execută societățile ... și ..., pentru a obține confirmarea că niciunul dintre acești asociați nu are implicare în definirea conceptului de tren metropolitan, în ceea ce privește aspectele de ordin feroviar definite în caietul de sarcini, cum ar fi, dar fără a se limita la acestea:

- „Conceptul preliminar de operare (inclusiv o frecvență de operare orientativă și realist adaptată cererii potențiale - ex. 0,5 TPH la ora de vârf și 1 TPH în afara orei de vârf);

- *Conceptul preliminar asociat de investiție: elemente constitutive ale infrastructurii feroviare; puncte de oprire; acces la puncte de oprire; material rulant etc."*

- *"tehnologia de propulsie cea mai avantajoasă (electrificarea liniei sau rame nepoluante și infrastructura necesară) în funcție de specificul liniei."*

- *"intervenții legate de transportul feroviar (infrastructură, puncte de oprire, material rulant)".*

De asemenea, apreciază că organizatoarea procedurii avea obligația de a verifica și corelarea propunerii tehnice cu cea financiară, cu privire la partea din contract pentru care este solicitată autorizația AFER.

Autoarea contestației mai arată că, potrivit declarației de participare, în cadrul asocierii declarate câștigătoare, societatea ... are calitatea de lider, celelalte două companii fiind asociați. Redând prevederile modelului de Acord de asociere (*"Art. 2.1 - Asociații au convenit să desfășoare în comun următoarele activități: b) derularea în comun a contractului de achiziție publică în cazul desemnării ofertei comune ca fiind câștigătoare. Art. 4.3 Se împuternicește SC., având calitatea de lider al asociației pentru semnarea contractului de achiziție publică în numele și pentru asocierea constituită prin prezentul acord, în cazul desemnării asocierii ca fiind câștigătoare a procedurii de achiziție). Art. 7 Pârțile vor răspunde solidar și individual în fața Beneficiarului în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile decurgând din sau în legătură cu Contractul."*) și subliniind că partea din contract ce necesită autorizare AFER este semnificativă, afirmă că ar fi fost de așteptat ca liderul să conducă și să gestioneze definirea conceptului de tren metropolitan și, prin urmare, să dețină autorizația/agrementul AFER care să îi permită acest lucru.

Și prin raportare la cazul descris la art. 10 din modelul de Acord de asociere (*"Asociații convin ca, în cazul în care unul dintre membrii asocierii este supus procedurii de insolvență/dizolvare/administrare judiciară sau este sub controlul altei autorități, ceilalți membri ai Asocierii vor prelua toate sarcinile și obligațiile acestuia în cadrul prezentului Contract"*), acest lucru ar fi fost de dorit, mai adaugă; altfel, în cazul apariției unei astfel de situații, asocierea declarată câștigătoare ar fi în imposibilitatea legală de a realiza contractul, niciunul din ceilalți membri neputând prelua sarcinile și obligațiile

Punctând că Asocieria ... SA – ... este constituită din două societăți care dețin, fiecare, autorizație/agrement AFER, susține că era de așteptat ca autoritatea contractantă să aplice în mod corect criteriul de calificare cu privire la cerința nr. 2 și asocierii criticate și să-i declare oferta inadmisibilă, în condițiile în care aceasta nu îndeplinește cerința

pentru părțile din contract alocate liderului de asociere ... și asociatului

În contextul prezentat, consideră evident faptul că asocierea declarată câștigătoare nu a îndeplinit cerința minimă privind autorizarea/agrementarea AFER, așa cum a fost impusă de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

B. reiterează că oferta Asocierii ... - ... - ... este neconformă, având în vedere că nu a justificat prețul aparent neobișnuit de scăzut, fiind astfel sub incidența art. 137 alin. (3) lit. g) din HG nr. 395/2016.

În susținerea acestei afirmații, preliminar, asocierea contestatoare face trimitere, din nou, la raportul procedurii, în care se menționează că rezultatul evaluării se regăsește în procesul verbal nr. 2250 din 18.07.2023 și redă prevederi ale acestuia din urmă, conform cărora oferta declarată câștigătoare este cea a Asocierii ... - ... - ..., pe baza unui punctaj maxim (100 pct).

Precizând că nu i-au fost puse la dispoziție alte procese verbale privind evaluarea propunerilor financiare și nici raportul procedurii nu menționează altul/altele, apreciază că evaluarea propunerii financiare a asocierii criticate s-a făcut cu nerespectarea art. 210 alin. (1) din Legea 98/2016, în condițiile în care prețul ofertat de aceasta reprezintă 68,81% din valoarea estimată a contractului, iar art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016 stabilește că *„o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv”*.

În același timp, prin trimitere la argumentele expuse la punctul A, adaugă că propunerea financiară trebuie verificată și din perspectiva corelării cu propunerea tehnică, potrivit art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, mai ales, dar nu exclusiv, prin verificarea elementelor de preț ale fiecărui asociat, în condițiile în care doar unul dintre membrii asocierii declarate câștigătoare ar putea răspunde de componenta tehnică a conceptului de tren metropolitan, în condiții de legalitate, în ceea ce privește autorizarea/agrementarea AFER.

Astfel, conchide că este evidentă neconformitatea ofertei Asocierii ... - ... - ..., dat fiind prețul aparent neobișnuit de scăzut pe care aceasta l-a prezentat în propunerea sa financiară, propunere care, de altfel, nu poate fi corelată cu cea tehnică, din perspectiva modului de realizare a serviciilor a căror prestare necesita autorizație/agrement AFER.

Față de toate cele prezentate, solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

De asemenea, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016 solicită acces la dosarul constituit pe rolul Consiliului.

În drept, au fost invocate prevederile legale la care s-a făcut trimitere în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost anexate înscrisuri.

Dovada comunicării documentului către autoritatea contractantă a fost, de asemenea, atașată.

Prin adresa nr. .../..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul solicită petentului dovada constituirii cauțiunii aferente contestației, în cuantumul legal. Totodată, în temeiul art. 10 din

Legea nr. 101/2016, solicită și transmiterea dovezii datei de recepționare a raportului procedurii (act atacat).

Prin adresa nr. 2513/09.08.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., ... transmite că procedează la următoarele măsuri de remediere:

- anularea comunicărilor privind rezultatul procedurii, publicate în SEAP în data de 28.07.2023;
- anularea raportului procedurii nr. 2344/27.07.2023;

- anularea procesului verbal nr. 2250/18.07.2023 cu privire la verificarea propunerilor financiare;
- anularea procesului verbal nr. 2047 din 05.07.2023 cu privire la verificarea îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime solicitate.

Dovada comunicării măsurilor de remediere către asocieria contestatoare a fost transmisă prin e-mail înregistrat la C.N.S.C. cu nr. .../....

Ca urmare, prin adresa nr. 196/10.08.2023, înregistrată la CNSC cu nr. .../..., asocieria contestatoare transmite că renunță la contestația ce face obiectul prezentei cauze.

Prin e-mail înregistrat la C.N.S.C. cu nr. .../..., asocieria petentă declară că a decis să nu constituie cauțiunea aferentă contestației formulate.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului având ca obiect *Achiziție servicii de elaborare plan investițional*, cod CPV 71241000-9 – Studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize (Rev.2), elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. .../....

Conform acestui anunț, valoarea estimată a procedurii este de 2.757.552,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire utilizat este „*Cel mai bun raport calitate preț*”, cu factori de evaluare: *Prețul ofertei* – 40%; *Experiența profesională a managerului de proiect* – 10%; *Experiența profesională a expertului planificare/Economist transporturi* – 10%; *Experiența profesională a expertului infrastructură feroviară* – 10%; *Experiența profesională a expertului Arhitect/Expert planificare urbană* – 10% și *Demonstrarea unei metodologii adecvate de prestare a serviciilor. Abordarea propusă privind implementarea contractului prin prisma metodologiei de prestare a serviciilor* – 20%.

Pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției inadmisibilității contestației, invocată din oficiu.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestației formulate, sens în care trebuie să analizeze, înainte de toate, excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, rezultă că pentru a putea proceda la soluționarea contestației, Consiliul trebuie să constate depunerea cauțiunii, constituită potrivit prevederilor legale.

Modul de calcul al acestei cauțiuni este stabilit în detaliu de prevederile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, raportat la valoarea estimată a contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate, deoarece dacă nu sunt îndeplinite condițiile legale de constituire a cauțiunii, astfel încât contestația să fie luată în considerare, Consiliul va respinge contestația fără să cerceteze motivele acesteia.

Prin urmare constituirea cauțiunii este o condiție obligatorie pentru soluționarea contestației cu care a fost investit Consiliul; dovada constituirii acesteia se depune în original la C.N.S.C., aceasta fiind o condiție de admisibilitate.

Obligativitatea constituirii cauțiunii reprezintă o condiție de fond pentru însăși soluționarea contestației, iar nu de procedură, de natură a obstrucționa accesul la justiție.

În cazul în care Consiliul investit cu o contestație constată neîndeplinirea constituirii cauțiunii va respinge contestația potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. .../..., Consiliul a solicitat contestatorului să prezinte recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în termenul și cuantumul prevăzut de lege.

Prin e-mail înregistrat la C.N.S.C. cu nr. .../..., asocierea petentă declară că a decis să nu constituie cauțiunea aferentă contestației formulate.

Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- prevederile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 modificată și completată prin OUG nr. 114/2020;

- principiul de drept „nemo ignorare legem censetur” potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii.

- principiul de drept „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul ordonanței nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația constituirii cauțiunii.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, contestația a fost transmisă de către contestator fără a depune cauțiunea constituită în mod legal.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în vigoare la data depunerii contestației, Consiliul va respinge ca inadmisibilă contestația depusă de ... SA, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă contestația formulată de ... SA, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

...

PREȘEDINTE

...

Consilier de soluționare

...

Redactat practica deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ...(...) pagini.