În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .....
Data: .....

Prin contestația nr. 40/24.07.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ……., formulată de ....., cu sediul în ……. înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. …., având CIF RO ……., reprezentată legal prin ……, și convențional prin ……., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ……., împotriva adresei de clarificări nr. 878/12.07.2023, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ……., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect ***„Contract de delegare prin concesiune a serviciului de salubrizare pentru activitățile de sortare, tratare mecano-biologică și depozitare a deșeurilor municipale din Județul .....”***, s-au solicitat, în ceea ce privește **lotul 2**:

1. *anularea solicitării de clarificare nr. 1 din cadrul adresei nr. 878/12.07.2023 privind documentele care demonstrează îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, conform Caietului de sarcini, pentru domnul .....;*
2. *obligarea autorității contractante la evaluarea ofertei depuse de .....;*
3. *studiul dosarului la sediul Consiliului și depunerea de concluzii scrise.*

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 ..... critică adresa de clarificări nr. 878/12.07.2023, în ceea ce privește solicitarea nr. 1, emisă de ....., în calitate de

autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate, în referire la **lotul 2**.

În motivarea contestației, ... prezintă un istoric al derulării procedurii, de interes fiind informațiile conform cărora, în vederea dovedirii îndeplinirii cerinței de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date - poziția manager de contract, l-a propus pe dl. ....., angajat al societății, pentru care a prezentat toate documentele impuse prin fișa de date.

Contestatorul susține că, prin solicitarea de clarificări nr. 303/22.02.2023, i-au fost cerute documentele care probează calificarea personalului responsabil cu execuția contractului, respectiv pentru responsabilul cu execuția și responsabilul calitate și mediu, solicitare la care a răspuns prin adresa nr. 798/24.02.2023. Urmare răspunsului s-a considerat, potrivit raportului intermediar al fazei privind calificarea ofertanților nr. 382/20.03.2023, că oferta ..... îndeplinește cerințele minime de participare.

În etapa de evaluare a propunerilor tehnice, susține contestatorul că, prin adresa nr. 741/20.06.2023, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări privind experiența similară, profesională și istoria locurilor de muncă pentru postul de manager de contract, în concordanță cu cerința din caietul de sarcini, pag. 28, adresă față de care a formulat răspunsul nr. 2900/26.06.2023, în care a arătat că dl. ..... a devenit indisponibil întrucât și-a dat demisia, situație de fapt dovedită cu documente anexate răspunsului.

Totodată, în acest context care excedează culpei sale, ... arată că a solicitat înlocuirea persoanei propuse inițial ca manager de contract, prezentând alternativ (funcție de alegerea autorității contractante) disponibilitate pentru două persoane, respectiv ..... și ....., pentru ambele persoane fiind depuse documente care atestă îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire.

Subliniind că a învederat autorității contractante faptul că acceptul înlocuirii în situația dată nu echivalează cu modificarea ofertei prin răspunsurile la clarificări, susține contestatorul că, prin adresa nr. 878/12.07.2023, dedusă judecății în mod parțial, i s-au solicitat documente care demonstrează îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară a dl. .....

Așadar, autoritatea contractantă condiționează soluționarea cererii de înlocuire a personalului cheie de furnizarea documentelor care ar fi demonstrat îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară de către domnul .....

Contestatorul precizează că, prin răspunsul nr. 3241/21.07.2023, a reiterat motivele care au justificat formularea cererii de înlocuire, motive care nu sunt imputabile societății sale.

Față de situația de fapt expusă, în opinia contestatorului, autoritatea contractantă, pe de o parte, nu neagă posibilitatea de a

înlocui expertul desemnat inițial, însă, pe de altă parte, condiționează în mod greșit înlocuirea de furnizarea documentelor care demonstrează îndeplinirea cerințelor privind experiența similară de către expertul inițial propus.

Precizează contestatorul că, așa cum a arătat prin răspunsurile sale nr. 2900/26.06.2023 și nr. 3241/21.07.2023, înlocuirea managerului de contract este justificată, în primul rând, de existența unor motive care excedează cuplei sale, iar în al doilea rând, pentru că o astfel de înlocuire nu ar fi reprezentat nici măcar o modificare substanțială a contractului și cu atât mai puțin una a ofertei.

Dacă în privința probării circumstanței obiective, contestatorul solicită să fie avute în vedere documentele anexate răspunsului la clarificări nr. 2900/26.06.2023, în privința celui de al doilea aspect, contestatorul învederează că posibilitatea recunoscută în practica instanțelor de înlocuire a personalului cheie propus pe parcursul evaluării ofertelor decurge în materia achizițiilor publice din similitudinea ipotezei analizate cu cea reglementată de art. 162 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Legislația în materie de concesiuni nu prevede o ipoteză de modificare permisă ori nepermisă a contractului, dar în discuție nu este nici măcar un subiect pentru care documentația de atribuire să fi stabilit un factor de evaluare (aferent personalului cheie), după cum nu se poate discuta despre o neîndeplinire a cerințelor de calificare de către persoana desemnată inițial drept manager de contract și nici de cele două propuse alternativ.

Un al doilea argument, în opinia contestatorului, pentru care această înlocuire, cu mult mai puțin gravă decât ipoteza în care un subcontractant/terț susținător (pe care ofertantul s-ar fi putut baza inclusiv pentru a dovedi îndeplinirea cerințelor de calificare) s-ar afla într-una dintre situațiile de excludere reglementate de lege, are în vedere tocmai posibilitatea înlocuirii subcontractantului ori a terțului susținător în ipoteza anterior referită.

În susținere, contestatorul invocă practica CNSC conform căreia cerințele personalului cheie nu pot fi interpretate în sensul că nu ar permite modificarea persoanelor propuse, atâta timp cât prin aceasta nu se crează un avantaj incorect, eventuala incorectitudine a avantajului prin prisma scopului cerinței impuse prin documentația de atribuire, respectiv cel al posibilității ofertantului de îndeplinire a contractului în condițiile stabilite de autoritatea contractantă, dar și practică judiciară.

De asemenea, invocă ..... în susținere principiul proporționalității, concluzionând că de vreme ce Legea nr. 100/2016 prevede posibilitatea înlocuirii pe durata evaluării ofertelor cu privire la subcontractanți/terți susținători în măsura în care comisia de evaluare apreciază că aceștia nu îndeplinesc cerințele impuse prin documentația de atribuire, cu atât mai mult trebuie să fie permisă și înlocuirea unui membru al echipei tehnice propuse pe parcursul evaluării ofertelor.

Pentru motivele expuse, se solicită admiterea contestației.

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

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. …., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, pe cale de excepție, ca tardivă, iar, pe fond, ca nefondată.

În susținerea excepției tardivității, autoritatea contractantă arată că a transmis adresa de clarificări nr. 878/12.07.2023 către contestator, prin email, la data de 12.07.2023, ora 13,58, astfel încât ultima zi de formulare a contestației era 24.07.2023. Or, contestația a fost înregistrată la CNSC în data de …., cu numărul de dosar ….

Precizând că termenul prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016 este unul legal, situație în care nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii potrivit principiului *nemo censetur ignorare legem*, dar și că nu cunoaște data exactă a expedierii contestație către Consiliu, autoritatea contractantă apreciază că demersul de față este tardiv.

Pe fondul cauzei, prezentând la rândul său situația de fapt privind evaluarea ofertei contestatorului, autoritatea contractantă susține că, în etapa de evaluarea a propunerilor tehnice, a solicitat ....., prin adresa nr. 741/20.06.2023, documente justificative ale experienței similare specifice inclusiv pentru managerul de contract, răspunsul primit, cu adresa nr. 762/26.06.2023, fiind în sensul că, ulterior depunerii ofertei, persoana nominalizată ca manager de contract, dl. ....., a devenit indisponibil, deoarece a demisionat.

....., susține autoritatea contractantă, a solicitat înlocuirea persoanei menționate cu oricare dintre persoanele propuse în răspunsul la clarificări (.....sau .....) accentuând că o astfel de înlocuire nu echivalează cu modificarea ofertei, câtă vreme personalul înlocuitor îndeplinește cerințele documentației de atribuire. Pentru persoanele propuse ofertantul a prezentat documentele justificative privind experiența de 3 ani solicitată prin caietul de sarcini.

Având în vedere că evaluarea documentelor referitoare la etapa de verificare a propunerii tehnice trebuie să fie completă din punct de vedere al documentelor deja prezentate la data limită de depunere a ofertelor, comisia de evaluare a emis, după cum se susține, o nouă solicitare de clarificări prin adresa nr. 878/12.07.2023, stăruind asupra transmiterii documentelor care demonstrează îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară specifică a managerului de contract propus inițial.

Față de cele precizate, autoritatea contractantă solicită să se rețină următoarele:

1. *Contestatorul subliniază faptul că managerul de contract propus inițial, dl. ....., îndeplinea criteriile de calificare solicitate, aspect irelevant pentru etapa în care se află procedura de atribuire*

Autoritatea contractantă arată că în etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare ale ofertantului, au fost analizate documentele suport care atestă studiile absolvite în domeniul protecției mediului sau ingineriei electromecanică/mecanică/economică, anume diploma de licență/studii post-universitare/studii de masterat/doctorat, cerințe de calificare pe care ofertantul le-a îndeplinit, însă, în etapa de verificare a conformității propunerii tehnice, comisia de evaluare trebuie să analizeze îndeplinirea cerinței referitoare la criteriile experienței similare specifice pentru postul de manager de contract, astfel cum prevăd și dispozițiile art. 58 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 100/2016.

Dat fiind faptul că evaluarea ofertei tehnice trebuie să fie completă, opinează autoritatea contractantă că nu poate accepta nerespectarea cerințelor din caietul de sarcini, raportat la faptul că în oferta tehnică a contestatorului, documentele cu privire la personalul cheie lipsesc. Faptul că dl. ..... a fost calificat la îndeplinirea criteriilor de calificare (cap. III.1.3.a) din fișa de date, nu echivalează cu calificarea sa în etapa de verificare a conformității tehnice a ofertei depuse, etapă care presupune analizarea ofertei tehnice cu cerințele caietului de sarcini.

Contestatorul susține că documentația de atribuire nu a impus prezentarea altor documente decât cele privind îndeplinirea condițiilor de calificare, dar, în realitate, aceste documente trebuiau să se regăsească în cadrul ofertei tehnice încă de la data-limită de depunere a acesteia, acest lucru fiind cunoscut sau trebuia să fie cunoscut de operatorul economic la data limită de depunere a ofertelor, fapt susținut și de art. 56 din Normele metodologice de aplicare ale Legii nr. 100/2016.

Mai mult, în raport cu prevederile fișei de date, cap. IV.4.1 – Modul de prezentare a propunerii tehnice, în ciuda faptului că ar fi trebuit să ia act de prevederile legale aplicabile în materie și a celor conținute în documentația de atribuire, petenta argumentează că nu i se poate imputa vreo culpă referitoare la lipsa de diligență în pregătirea documentelor, lucru total incorect.

Precizează autoritatea contractantă că sintagma *„în evaluarea ofertelor”*, contrar înțelegerii contestatorului, se referă la momentul concret în care documentele vor fi în mod efectiv analizate și verificate de către comisia de evaluare pentru conformitate cu cerințele prevăzute în caietul de sarcini (pag. 28, pct. 2.6).

În plus, în opinia autorității contractante, contestatorul se folosește de argumentul potrivit căruia documentele solicitate nu au putut fi obținute de la fostul angajat indicat inițial drept manager de contract, deși, conform caietului de sarcini, pentru dovedirea experienței similare, se pot prezenta: contractul de muncă, recomandarea sau orice alte documente similare.

Față de aceste considerente, se solicită menținerea solicitării de clarificări criticate.

2. *Contestatorul argumentează că înlocuirea propusă nu echivalează cu o modificare a ofertei prin răspunsurile la solicitarea de clarificări*

Dacă se admite că art. 162 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice își găsește aplicabilitate în ceea ce privește procedurile de atribuire guvernate de Legea nr. 100/2016, se poate observa, în opinia autorității contractante, că legiuitorul a dispus evaluarea comparativă a personalului cheie de înlocuire cu cel calificat inițial.

Mai mult, art. 162 se referă la înlocuirea personalului de specialitate în etapa executării contractului, nu în cel al evaluării ofertelor, situație pentru care nu există reglementare expresă. Aceste dispoziții sunt exprese, de excepție, astfel că nu pot fi extinse, prin analogie, și la alte situații.

În plus, după cum se arată, documentele care atestă experiența similară specifică a managerului trebuiau să se regăsească deja în ofertă, iar în cazul declarării ofertei drept câștigătoare, ... putea solicita în timpul executării contactului înlocuirea personalului de specialitate în baza art. 162, pentru motive care excedează culpei ofertantului.

Apreciază autoritatea contractantă că modificarea este una substanțială de natură să creeze un avantaj incorect în detrimentul celorlalți ofertanți, în situația în care dl. ..... nu îndeplinește criteriile stabilite prin caietul de sarcini, iar acesta este înlocuit cu altă persoană.

Având în vedere imposibilitatea comisiei de evaluare de a stabili dacă dl. ..... îndeplinește condițiile referitoare la experiența similară specifică, nu se poate determina, după cum se arată, dacă modificarea propusă prin răspunsul la solicitarea de clarificări reprezintă o modificare substanțială, caz în care devine incident art. 87 alin. (6) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 100/2016.

Considerând că ..... încearcă deturnarea scopului prevederilor documentației de atribuire, deși nu-i poate fi negată posibilitatea de a-și înlocui personalul de specialitate inițial propus, autoritatea contractantă concluzionează că aceasta invocă eronat faptul că o atare înlocuire nu reprezintă o modificare substanțială, câtă vreme există posibilitatea ca dl. ..... să fie considerat neeligibil.

3. *Motivarea înlocuirii personalului de specialitate în etapa evaluării ofertelor în temeiul art. 78 și 96 din Legea nr. 100/2016 invocate de contestator*

Subliniind că prevederile menționate se referă, în mod expres, la condițiile înlocuirii subcontractantului sau terțului susținător, nu și a personalului cheie din propunerea tehnică, autoritatea contractantă apreciază interpretarea contestatorului drept incorectă, câtă vreme legea nu prevede posibilitatea înlocuirii personalului de specialitate în timpul evaluării ofertelor.

4. *Legalitatea solicitării de clarificări de către comisia de evaluare*

În susținere, autoritatea contractantă arată că, prin solicitarea de clarificări, nu s-au solicitat informații care excedează documentației de atribuire, comisia de evaluare respectând întocmai art. 59 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 100/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri aflate la dosarul achiziției publice.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. ……., ... a depus concluzii scrise, prin care a reiterat cele arătate prin contestație.

..... a constituit cauțiunea în cuantum de … lei prin recipisa de consemnare nr. … din data de …, eliberată de CEC Bank – Sucursala .., fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. ….

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează*:*

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pe 2 loturi, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „***Contract de delegare prin concesiune a serviciului de salubrizare pentru activitățile de sortare, tratare mecano-biologică și depozitare a deșeurilor municipale din Județul ……***”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. PC 1002146/01.10.2022.

Valoarea total estimată a achiziției este de 159.315.448 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate preț*”.

În cazul lotului 2 – *Delegare prin concesiune a activităților de sortare, tratare mecano-biologică și depozitare a deșeurilor municipale din Județul .....*, vizat prin contestație, au fost primite 3 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost deschise la data de 03.01.2023, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. 1.

Nemulțumit de conținutul solicitării de clarificări nr. 878/12.07.2023, mai exact de solicitarea de la pct. 1 din cadrul acesteia, ... a depus contestația de față.

În contextul în care autoritatea contractantă a înțeles să invoce excepția tardivității contestației, Consiliul, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, analizând excepția menționată, constată că este nefondată.

Astfel, deși contestația apare a fi înregistrată la CNSC sub nr. ……., din înscrisurile aflate la dosar, rezultă că ..... a transmis contestația către CNSC, prin poștă, luni ***24.07.2023*** – conform ștampilei oficiului poștal aflată pe plic.

Termenul legal de 10 zile în care contestatorul avea deschisă calea de atac a contestației, prin raportare la tipul contractului ce se va încheia

(contract de servicii) și la valoarea estimată a acestuia (de 159.315.448 lei, fără TVA), s-a împlinit luni ***24.07.*2023**, cum corect arată și autoritatea contractantă, în conformitate cu prevederile art. 5 din Legea nr. 101/2016.

Relevante în soluționare sunt dispozițiile art. 183 alin. (1) C.proc.civ., potrivit cu care (1) Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poştal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare ori trimis prin fax sau e-mail, este socotit a fi făcut în termen.

În concluzie, contestația transmisă de ..... prin poștă la data de **24.07.2023**, a fost depusă în termenul legal de 10 zile prevăzut de lege.

Trecând la soluționarea pe fond a contestației, Consiliul ia act că nemulțumirea contestatorului este legată de solicitarea aflată la pct. 1 din cadrul adresei de clarificări nr. 878/12.07.2023, adresă transmisă în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, prin care i s-a solicitat să facă dovada experienței similare a d-lui ……., persoană nominalizată inițial pentru poziția de manager de contract, dar pe care a înțeles să o înlocuiască dată fiind imposibilitatea obiectivă a acestuia de a participa la executarea contractului, deoarece a demisionat din cadrul societății.

Apreciază contestatorul că în circumstanțele imposibilității obiective pe care a dovedit-o autorității contractante, în raport cu prevederile legislației achizițiilor publice, aceasta nu este în drept să-i adreseze solicitarea atacată.

În analiza temeinicia criticii contestatorului, Consiliul reține a avea relevanță prevederile documentației de atribuire, respectiv:

• din fișa de date:

- cele de la cap. III.1.3.a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, printre care se regăsesc și cele având conținutul:

Informații privind personalul responsabil cu execuția contractului:

1. **Manager de contract**

Studii superioare – studii absolvite în domeniul protecției mediului sau inginerie electromecanică/mecanică/economică – având în vedere complexitatea instalațiilor ce vor fi puse în operare în cadrul contractului și activitățile pe care acesta le va executa.

2. Responsabil calitate și mediu (…)

Modalitatea de îndeplinire:

1. Manager de contract

În evaluarea ofertelor, în vederea îndeplinirii criteriului de calificare solicitat, documentele-suport relevante care atestă studiile absolvite sunt diploma de licență sau echivalent/studii post-universitare/studii de masterat/doctorat.

- cele de la cap. IV.4.1 - *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, printre care se regăsesc și cele având conținutul:

Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în documentația tehnică. În cazul nerespectării cerințelor din documentația de atribuire oferta va fi declarată neconformă. **Propunerea tehnică se va**

elabora astfel încât să cuprindă toate condițiile prevăzute în caietul de sarcini, și se vor prezenta detaliat toate etapele de derulare a contractului.

Propunerea tehnică va cuprinde: (…)

- **Personal cheie – Formularul 6.2**;

• din caietul de sarcini:

- cele de la pct. 2.6 – *Personal și instructaj*, conform cărora:

Operatorul va elabora și păstra o listă a tuturor resurselor umane angajate în scopul furnizării/prestării serviciului de salubrizare. Lista va menționa numele tuturor angajaților și categoria lor de muncă. Calificările profesionale și istoria locurilor de muncă anterioare trebuie precizate în cazul personalului de conducere.

<u>Personal principal obligatoriu pe care Ofertantul trebuie să îl asigure</u>

1. Manager de contract	**Cerințe**
Calificare educațională/profesională	Studii superioare – studii absolvite în domeniul protecției mediului sau inginerie electromecanică/mecanică/economică – având în vedere complexitatea instalațiilor ce vor fi puse în operare în cadrul contractului (prin diplomă de licență sau echivalent/studii post-universitare/studii de masterat/doctorat)
Experiența similară specifică	În evaluarea ofertelor, în vederea îndeplinirii criteriului de calificare solicitat, documentele-suport relevante care atestă experiența specifică pot fi fișa de post, contractul de muncă, recomandarea sau orice alte documente similare, din cadrul unor asemenea documente fiind necesar să reiasă o experiență de cel puțin 3 ani în ocuparea unei poziții prin prisma căreia a avut responsabilități și sarcini de manager de contract într-o stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor și/sau sortare și/sau într-un depozit.
Activități desfășurate	Coordonează activitățile din cadrul CMID supervizând direct echipele tehnice și alți colaboratori implicați. Menține relațiile de colaborare și acționează ca persoană responsabilăîn relația cu ADI Dobrogea Asigură o comunicare adecvată, discuții și feedback în relația cu ADI Dobrogea. Face propuneri de îmbunătățire a stilului de lucru pentru a maximiza eficiența atingerii obiectivelor propuse. Asigură rezolvarea problemelor apărute în funcționarea CMID și informează la timp ADI Dobrogea despre problemele apărute. Exercită permanent sau temporar, prin delegarea competențelor, acele atribuții specifice specialității sale, stabilite prin actul constitutiv al societății sau prin organul decizional statutar (AGA, CA) în sarcina reprezentantului legal.

Din economia acestor prevederi, rezultă că propunerea pentru poziția de *manager de contract* servește unui dublu scop, respectiv:

- îndeplinirii criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională, scop în care ofertanții aveau obligația de a prezenta pentru persoana propusă documente-suport care atestă nivelul de studii impus, respectiv diplomă de licență sau echivalent/studii post-universitare/studii de masterat/doctorat, pe de o parte,

și

- stabilirii admisibilității din punct de vedere tehnic a ofertei, scop în care ofertanții aveau obligația de a prezenta pentru persoana propusă, pe lângă documentele de mai sus, documente-suport care atestă

experiența specifică, fiind indicate cu titlu exemplificativ fișa de post, contractul de muncă, recomandarea sau orice alte documente similare, din care să reiasă o experiență de cel puțin 3 ani în ocuparea unei poziții prin prisma căreia a avut responsabilități și sarcini de manager de contract într-o stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor și/sau sortare și/sau într-un depozit, pe de altă parte.

Se observă, totodată, că documentele-suport solicitate în dovedirea îndeplinirii criteriului de calificare sunt distincte de cele solicitate în vedere stabilirii admisibilității ofertei din punct de vedere tehnic, chiar dacă primele sunt reiterate și în cazul stabilirii admisibilității propunerii tehnice. Astfel, o eventuală interpretare în sensul în care îndeplinirea criteriilor de calificare echivalează cu admisibilitatea propunerii tehnice din perspectiva poziției de manager de contract nu poate fi validă.

Acesta fiind înțelesul prevederilor enunțate, concordat cu derularea etapizată a procedurii de atribuire specifică materiei achizițiilor publice comisia de evaluare a procedat, cu prioritate, la verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanții participanți, concluzionând în cadrul raportului intermediar al fazei privind calificarea ofertanților nr. 382/20.03.2023, că oferta contestatorului este admisibilă.

Consiliul observă că în etapa de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare, așa cum apare consemnat și în procesul-verbal intermediar 2, înregistrat sub nr. 350/10.03.2023, urmare a solicitării de clarificări nr. 303/22.02.2023, ... a prezentat, anexat răspunsului 798/24.02.2023, Formularul 6.2 conform căruia, pentru poziția de manager de contract, a nominalizat pe dl. .....-.., formular la care a anexat documentele-suport cu relevanță în dovedirea îndeplinirii criteriului de calificare corespunzător, respectiv Diploma de inginer emisă de Universitatea din …, în domeniul inginerie economică, specializarea inginerie economică în domeniul mecanic.

Formularul 6.2 împreună cu documentele-suport aferente îndeplinirii criteriilor de calificare, se regăsesc, de altfel, prezentate de contestator, în mod corespunzător, în cadrul propunerii tehnice, nu însă și cele solicitate în dovedirea experienței similare specifice.

Trebuie menționat că procedura de față nu este una online, derulată prin intermediul SEAP, ci una în cadrul căreia ofertanții, conform cap. IV.4.3 – *Modul de prezentare al ofertei* din fișa de date, aveau obligația de a depune ofertele la sediul autorității contractante până la data limită stabilită în acest sens.

Referitor la evaluarea din punct de vedere tehnic a ofertei contestatorului, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei rezultă că în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, în conformitate cu cele consemnate în procesul-verbal nr. 740/20.06.2023, comisia de evaluare a transmis contestatorului:

1. adresa de clarificări nr. 741/20.06.2023, în conținutul căreia, printre altele, se regăsește și următoarea solicitare:

4.**Vă rugăm să clarificați cum demonstrați îndeplinirea cerinței privind experiența similară, precum și calificările profesionale și istoria locurilor de muncă pentru posturile de: Manager de contract**, Responsabil calitate-mediu și Inspector protecția muncii, **având în vedere cerința din caietul de sarcini** pag. 28, pag. 29, pag. 31.

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 2900/26.96.2023, după cum urmează:

(…) În privința managerului de contract, **precizăm că ulterior depunerii ofertei, persoana nominalizată în cadrul ofertei ca și manager de contract, domnul …….., a devenit indisponibil pentru poziția contractuală în care a fost desemnat, acesta fiind nevoit să își prezinte demisia din cadrul societății** din cauza unor probleme de sănătate, potrivit documentelor anexate (Anexa 4).

Față de această situație care excede culpei ofertantului, **vă rugăm să acceptați înlocuirea persoanei propuse inițial ca manager de contract, cu oricare dintre persoanele menționate mai jos** (cu prezentarea documentelor care confirmă îndeplinirea cerințelor impuse prin documentația de atribuire, anexate prezentului răspuns), fără modificarea în vreun fel a cheltuielilor salariale cotate în propunerea financiară, alegerea acestei persoane fiind la latitudinea dumneavoastră.

Acceptarea unei astfel de înlocuiri nu echivalează cu o modificare a ofertei prin răspunsurile la solicitarea de clarificare, iar în sprijinul acestei afirmații având în vedere următoarele:

- Pe de o parte, faptul că inclusiv în contractele de contractele de achiziție publică este permisă pe parcursul executării contractului înlocuirea personalului cheie (și aceasta chiar dacă a constituit factor de evaluare), cu condiția ca această modificare să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului, astfel cum rezultă din prevederile art. 162 alin. (1) HG nr. 395/2016;
- *A forțiori* modificare este cu atât mai mult permisă în cazul unui contract de concesiune de servicii, caracterizat per se printr-un transfer al riscului către concesionar, și pentru care legislația în vigoare nu conduce la încadrarea unei atare înlocuiri în sfera modificărilor substanțiale ale contractului de concesiune;
- De asemenea, atât în materie de achiziții publice, cât și de concesiuni este posibilă chiar înlocuirea subcontractanților și a terților susținători (indiferent dacă aceștia au fost desemnați și pentru îndeplinirea criteriilor de calificare) inclusiv pe parcursul evaluării ofertelor, fiind astfel acceptabilă cu atât mai mult înlocuirea unuia dintre membrii echipei propuse de ofertant pentru realizarea contractului;
- Ca urmare a celor arătate mai sus, practica instanțelor de judecată a concluzionat ca o asemenea înlocuire trebuie să fie permisă pentru motive întemeiate (de exemplu, demisie, boală, deces etc) și pe parcursul evaluării ofertelor, câtă vreme personalul de înlocuire îndeplinește cerințele documentației de atribuire.

Față de cele arătate, propunerea noastră pentru poziția de Manager de contract sunt, la alegerea dumneavoastră:

- Domnul **.....**, care fusese propus pentru poziția de manager de contract în cadrul ofertei depusă de ..... pentru lotul 1, ofertă respinsă de autoritatea contractantă pentru alte motive decât cele care țin de criteriile de calificare impuse prin documentația de atribuire, raportat la acest personal cheie propus prin oferta …. Avem în vedere atât faptul că această respingere va rămâne definitivă (subscrisa neînțelegând să formulăm contestație cu privire la actele autorității contractante întocmite în cadrul Lotului 1), dar și clarificarea nr. 31 din cadrul răspunsului nr. 993/09.11.2022 ce ar fi permis utilizarea aceluiași persoanl

cheie atât în Lotul 1, cât și în Lotul 2, cu condiția ca serviciile să fie prestate la calitatea și cerințele din Caietul de sarcini. Documentele care atestă îndeplinirea de către domnul ..... a cerințelor impuse prin Caietul de sarcini sunt cuprinse în Anexa 5 la prezentul răspuns;

- Domnul **.....**, pentru care documentele ce atestă îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire sunt cuprinse în Anexa 6 la prezentul răspuns.

Răspuns astfel formulat a fost analizat de membrii comisiei de evaluare care au concluzionat, în cadrul procesului-verbal nr. 872/11.07.2023, următoarele:

Răspunsul este neconcludent. Din documentele prezentate, **comisia nu a putut determina dacă d-l ....., propus inițial, deține experiența necesară ca manager de contract.**

Astfel, sunt necesare clarificări: **Pentru a putea considera propunerea de înlocuire a managerului de contract este necesar să ne transmiteți documentele privind demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară din caietul de sarcini de către d-l .....**.

În consecință, comisia de evaluare a transmis contestatorului:

2. adresa de clarificări nr. 878/12.07.2023, în conținutul căreia, printre altele, se regăsește și următoarea solicitare:

Întrebarea 1

În ceea ce privește răspunsul Dvs. la clarificarea nr. 4, pentru a putea lua în considerare propunerea Dvs. de înlocuire a managerului de contract, vă rugăm să transmiteți documentele care demonstrează îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, conform caietului de sarcini, de către dl. …….

Contestatorul a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr. 3241/21.07.2023, după cum urmează:

Răspuns 1:

Potrivit celor arătate și prin răspunsul la solicitarea anterioară (nr. 4 din adresa de răspuns la solicitarea de clarificare nr. 741/20.06.2023), propunerea noastră de înlocuire ține de motive care vizează imposibilitatea menținerii managerului de contract propus anterior din cauza demisiei acestuia din cadrul societății noastre (neputând fi menținută, astfel, disponibilitatea persoanei desemnate inițial), după depunerea ofertei, respectiv în etapa de evaluare a ofertelor și când, potrivit prevederilor Caietului de sarcini (pag. 28) ar fi trebuit prezentate documentele ce țin de conformitatea ofertei.

De altfel, în considerarea acestei mențiuni din Caietul de sarcini („în evaluarea ofertelor, în vederea îndeplinirii criteriului de calificare solicitat, documentele – suport relevante care atestă experiența specifică …) aceste documente nu au fost prezentate în cuprinsul ofertei, după cum nici nu au putut fi pregătite preventiv pentru ipoteza în care vreun angajat al nostru și-ar fi dat demisia ori s-ar îmbolnăvi ori într-o altă ipoteză similară, neputând anticipa nici producerea situației care determină solicitarea de înlocuire a personalului și nici momentul în care evaluarea propunerii tehnice ar ajunge la acest punct.

Motivele pentru care apreciem că este perfect posibilă înlocuirea personalului cheie propus inițial au fost deja antamate prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 4, referită și de dumneavoastră, iar în acest sens au fost propuse ca variante 2 persoane, angajate de o perioadă considerabilă de timp în cadrul societății noastre și care ar fi putut fi astfel propuse chiar de la depunerea ofertei.

Pentru a încerca totuși să dom curs solicitării prezentate, pe care în contextul concret expus prin solicitarea anterioară de clarificare o apreciem excesivă, l-am rugat cu insistență (atât telefonic, cât și în scris) pe fostul nostru angajat să ne sprijine cu documentele suport, însă, potrivit corespondenței purtate (Anexa 1), acesta nu doar că este în imposibilitatea să ni le pună la dispoziție, dar și-a exprimat dezacordul pentru a furniza noi documentele ce țin de perioada în care acesta a avut raporturi contractuale cu .....

Situația anterior prezentată ne forțează de altfel să formulam și contestație împotriva solicitării de clarificări nr. 1 din cuprinsul adresei nr. 878/12.07.2023 (pentru a nu ajunge în situația în care am fi descalificați pentru acest motiv, posibil a fi luat în calcul la momentul primirii solicitării de clarificare căreia suntem în imposibilitatea de a-i da răspunsul solicitat, și care solicitare de clarificare ar rămâne necontestată, desigur în lipsa formulării contestației), contestație ce urmează a fi depusă și comunicată și dumneavoastră în termenul legal.

Reiterăm și în acest context motivele pentru care apreciem că este perfect legală înlocuirea personalului cheie propus în condițiile în care, din motive ce exced voinței ofertantului și cupei acestuia, acesta nu mai poate asigura personalul cheie propus inițial:

- În contractele de achiziție publică este permisă pe parcursul executării contractului înlocuirea personalului cheie (și aceasta chiar dacă personalul cheie suspus înlocuirii a constituit factor de evaluare, ceea ce în cazul prezentei proceduri nu este cazul), cu condiția ca această modificare să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului, astfel cum rezultă din prevederile art. 162 alin. (1) din HG nr. 395/2016;
- *A forțiori,* o astfel de modificare este cu atât mai mult permisă în cazul unui contract de concesiune de servicii, caracterizat *per se* printr-un transfer al riscului către concesionar, și pentru care legislația în vigoare nu conduce la încadrarea unei atare înlocuire în sfera modificărilor substanțiale ale contractului de concesiune;
- De asemenea, atât în materie de achiziții publice, cât și de concesiuni este posibilă chiar înlocuirea subcontractanților și a terților susținători (indiferent dacă aceștia au fost desemnați și pentru îndeplinirea cerințelor de calificare) inclusiv pe parcursul evaluării ofertelor, în situația în care subcontractanții/terții susținători desemnați inițial nu îndeplinesc cerințele din documentația de atribuire, fiind astfel acceptabilă, prin similitudine, cu atât mai mult înlocuirea unuia dintre membrii echipei propuse de ofertant pentru realizarea contractului;
- Ca urmare a celor arătate mai sus, practica instanțelor de judecată a concluzionat că o asemenea înlocuire trebuie să fie permisă pentru motive întemeiate (de exemplu boală, deces etc) și pe parcursul evaluării ofertelor, câtă vreme personalul de înlocuire îndeplinește cerințele documentației de atribuire.
- De altfel, este irelevantă situația expertului înlocuit, din moment ce analiza îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire se face de către autoritatea contractantă prin raportare la expertul desemnat, acesta fiind persoana validă din momentul analizării conformității ofertei cu cerințele documentației de atribuire.

Concomitent furnizării acestui răspuns, ... a promovat și demersul de față, prin care înțelege să critice, după cum s-a arătat deja, conținutul întrebării de la pct. 1 regăsit în cea de a doua solicitare de clarificări (nr. 878/12.07.2023), mai exact, observă Consiliul din parcurgerea motivării contestației, opinia comisiei de evaluare asupra posibilității de înlocuire a unei expert desemnat, care se deduce din conținutul întrebării, anume că modificarea managerului de contract

inițial propus ar fi posibilă doar dacă acesta ar îndeplini cerințele referitoare la experiența similară asupra căruia contestatorul era chestionat în momentul în care a intervenit modificarea propusă.

Din verificarea documentelor aflate la dosarul cauzei, se observă că, ulterior răspunsului contestatorului, comisia de evaluare nu a emis vreun document prin care să fi procedat la analiza acestuia, respectiv nu s-a concluzionat nicăieri în sensul că răspunsul furnizat de contestator ar fi neconcludent iar oferta respinsă din acest considerent.

A concluzionat comisia de evaluare, este adevărat, că răspunsul la adresa de clarificări nr. 741/20.06.2023 (prima clarificare) este neconcludent, însă a decis să revină cu solicitarea nr. 878/12.07.2023, criticată prin contestația de față.

În acest context, în ciuda opiniei comisiei de evaluare care ar transpare din conținutul solicitării de clarificări și chiar a aceleia regăsită în punctul de vedere referitor la contestație, argumentele invocate de contestator apar a fi unele prin care se încercă să se prevină o eventuală decizie de respingere a ofertei depuse, demersul contestatorului în ansamblul său fiind unul cu caracter de prevenție.

Or, Consiliul nu poate proceda la analiza dorită de autorul contestației înaintea analizei de către comisia de evaluare a răspunsului primit și emiterea unei decizii de natură a-l leza eventual pe contestator. Rațiunea pentru care nu se poate proceda de maniera dorită este lesne de înțeles și anume că organismului administrativ-jurisdicțional nu îi este permisă subrogarea în atribuțiile comisiei de evaluare din etapa de evaluare a ofertelor.

În aceste condiții, pronunțarea unei decizii în legătură cu modul de evaluare a propunerii tehnice a contestatorului, ar fi lipsită de relevanță și de efect, în condițiile în care există posibilitatea ca, după finalizarea etapei de evaluare tehnică, acestea să nu fie declarată respinsă, așa cum anticipează și încearcă să prevină ..... Din contră, ca urmare a stabilirii rezultatului evaluării tehnice există posibilitatea ca autoritatea contractantă să considere admisibilă din punct de vedere tehnic oferta depusă de contestator.

Subliniază Consiliul că, după finalizarea etapei de evaluare tehnică și comunicarea rezultatului aferent, ... va putea să își exercite dreptul de a contesta acel rezultat, cu respectarea termenului legal și constituirea cauțiunii aferente.

Pe de altă parte, în analiza legalității solicitării de clarificări ca act al autorității contractante în sensul definit de art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, care poate fi atacat în considerarea art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 de orice persoană care se consideră vătămată, Consiliul reține a avea relevanță dispozițiile art. 87 alin. (1) și (4) din HG nr. 867/2016, având conținutul:

(1) **Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări**

de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

(4) **Comunicarea prevăzută la alin. (1) transmisă către candidat/ofertant trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.**

Așadar, din economia acestor dispoziții legale, rezultă că solicitarea de clarificări transmisă trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare, rigori care, constată Consiliul din analiza solicitării de clarificări în discuție, că sunt respectate.

De altfel, după cum s-a arăta și în cele ce preced, ... nu invocă un eventual caracter ambiguu/neclar al solicitării de clarificări primite, ci încearcă să prevină o posibilă decizie de respingere a ofertei sale.

În concluzie, stabilind că nu poate interveni în evaluarea tehnică a ofertelor câtă vreme aceasta nu este finalizată întrucât s-ar substitui membrilor comisiei de evaluare, pe de o parte, iar, pe de altă parte, că solicitarea de clarificări respectă dispozițiile legale incidente, Consiliul va respinge criticile contestatorului.

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

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației, invocată de .....

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

Obligatorie.

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