



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.725/16.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.28690/17.07.2020, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de administrator, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 8456/13.06.2020, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, s-a solicitat: anularea procesului verbal nr. 8106 din 03.07.2020 prin care au fost declarate admisibile ofertele depuse de ... și a tuturor actelor subsecvente acestui document; anularea deciziei autorității contractante prin care oferta ...a fost desemnată ofertă câștigătoare a procedurii de atribuire; anularea deciziei autorității contractante prin care ofertele depuse de ... au fost declarate admisibile; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertelor financiare în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată.

Prin cererea de intervenție nr. 246/20.07.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 29201/21.07.2020, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ...,

în calitate de ofertant câștigător, solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de ..., ca nefondată.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la C.N.S.C. sub nr.29829/24.07.2020, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr..., având CIF RO..., reprezentată legal prin ... – administrator, în calitate de ofertant participant la procedură, solicită anularea procedurii de atribuire.

**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, emis de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, a contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... arată că, față de prevederile caietului de sarcini referitoare la Etapa II – *„Asistența tehnică din partea proiectantului”*, prevederile cap.II.1.3.a) – *„Capacitatea tehnică și/sau profesională”* din fișa de date și având în vedere obiectul contractului, prin care se cere întocmirea documentațiilor pentru obținerea avizelor, în vederea punerii în funcțiune sau exploatării, la sfârșitul execuției lucrărilor este necesară obținerea Autorizației de Gospodărire a Apelor care se emite în baza unei documentații întocmite de o instituție publică sau privată certificată de M.A.P., conform Ordin M.A.P. nr. 891/23.07.2019 anexa 1, art. 1, alin. (1) și alin. (2).

De asemenea, contestatorul arată, față de prevederile caietului de sarcini, respectiv pct.1 și 2 referitoare la serviciile solicitate, prevederile pct.1.1.b) – *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”* din fișa de date, coroborat cu prevederile legale: art. 1 alin. (2) din Capitolul I: *„Aspecte generale I”* din Normativ de conținut al documentațiilor tehnice supuse autorizării anexa la Ordinul M.A.P. nr. 891/23.07.2019 și adresa nr.3931/07.07.2020 că pentru orice lucrare executată pe apă sau care are legătură cu apele pentru care s-a obținut aviz de gospodărire a apelor este necesară solicitarea autorizației de gospodărire a apelor, pe baza unei documentații întocmită de un proiectant certificat de MAP.

În susținere, contestatorul invocă decizii pronunțate de C.N.S.C. și instanțele de judecată.

Potrivit caietului de sarcini ofertantul trebuie să fie autorizat conform prevederilor legale specifice, să realizeze toate activitățile/documentațiile care fac obiectul contractului, susține contestatorul.

Într-o altă ordine de idei, ... arată că, potrivit caietului de sarcini, durata contractului este de 15 luni și este formată din perioada de proiectare a lucrărilor de maxim 3 luni și perioada de asistență tehnică

de 12 luni. Rezultă că ofertanții trebuiau să cuprindă în oferta lor pentru activitatea de asistență tehnică un minim de: 12 luni x 21 zile/lună x 4 ore/zi = 1008 ore.

În conformitate cu caietul de sarcini „*Elaborarea proiectului și a documentației tehnice se va face având în vedere conținutul cadru stabilit prin HG 907/2016*” și potrivit OUG nr. 114/2018 art. 71 alin. (1) și (2), după cum se arată, salariul minim brut pe țară pentru domeniul construcțiilor este de 3.000 lei lunar, fără a include indemnizațiile, sporurile și alte adaosuri, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, ceea ce conduce la un tarif orar de 17,928 lei/oră.

Contestatorul susține că în ciuda faptului că niciunul dintre ofertanți nu este autorizat în sensul celor de mai sus și că nu a fost nominalizat vreun subcontractant, autoritatea contractantă nu a procedat la respingerea acestor oferte, ignorând prevederile legale, respectiv Ordinul M.A.P. nr. 891/23.07.2019, art. 1 alin. (1) și (2) și Legea Apelor nr. 107/1996, art. 48 alin. (1) și art. 50 alin. (1).

În urma deschiderii propunerilor financiare, după cum se arată, și având în vedere diferențele foarte mari la valoarea ofertată la serviciile de asistență tehnică, comisia de evaluare a hotărât să solicite ofertanților justificarea costurilor pentru această activitate, analiza justificărilor prezentate de ofertanți regăsindu-se în procesul verbal nr. 8106 din 03.07.2020.

Față de justificările prezentate de ofertanți, contestatorul consideră că autoritatea contractantă trebuia să respingă, ca neconforme și/sau inacceptabile, ofertele depuse de

Contestatorul prezintă, pe larg, argumentele care, în opinia sa, ar fi trebuit să conducă la respingerea fiecăreia dintre ofertele menționate, sintetizate pe scurt, astfel:

1. ...:

- nu respectă salariul minim pe economie din domeniul construcțiilor;

- în cadrul justificărilor nu se regăsește costul cu CAM – contribuția angajatorului pentru asigurările de muncă în valoare de 2,5%, care ar fi trebuit să se aplice la salariul brut;

- în cadrul justificărilor nu se regăsește costul cu transportul celor 2 experți și șantierul viitoarei investiții;

- ofertantul nu are declarați subcontractanți care pot îndeplini cerințele impuse de autoritatea contractantă și nu este autorizat legal să realizeze documentațiile.

2. ...:

- a prevăzut un număr mai mic de ore pentru activitatea de asistență tehnică, 408 ore față de 1.008 ore;

- ofertantul nu are declarați subcontractanți care pot îndeplini cerințele impuse de autoritatea contractantă și nu este autorizat legal să realizeze documentațiile.

3. ...:

- a prevăzut costuri pentru activitatea de asistență tehnică doar pentru 10 luni, iar nu pentru 12 luni;
- ofertantul nu are declarați subcontractanți care pot îndeplini cerințele impuse de autoritatea contractantă și nu este autorizat legal să realizeze documentațiile;
- nu îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară;
- nu respectă prevederile H.G. nr.907/2016.

Ca temei de drept, se invocă prevederile Legii nr.98/2016, Legii nr.101/2016, HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrișuri.

Prin punctul de vedere nr.8649/17.07.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.28852/17.07.2020, ... a solicitat respingerea contestației, din următoarele considerente:

1. Referitor la criticile ce vizează oferta depusă de ..., autoritatea contractantă susține că prin adresa nr. 7.196/18.06.2020 a solicitat ofertantului justificarea costului privind activitatea de asistență tehnică. Prin răspuns, ofertantul a justificat punctual costul propus.

Precizează că nivelul salarial prezentat de ofertantul ... a fost de 13,465 lei/oră. De asemenea, în justificarea prezentată nu a fost precizat dacă acest cost cuprinde sau nu valoarea CAM sau valoarea transportului până la șantier, însă comisia de evaluare a considerat că aceste costuri ar putea fi incluse în tariful orar.

Având în vedere că fiecare ofertant își stabilește propriile nivele de salarizare, precum și propriul nivel de profit, precum și faptul că ofertantul își asumă realizarea tuturor activităților din caietul de sarcini în valoarea ofertată, comisia de evaluare a acceptat, după cum se arată, ca fiind concludent răspunsul dat de ofertant.

De asemenea, susține autoritatea contractantă că prin fișa de date a achiziției nu s-a solicitat ca ofertanții să dețină autorizație privind elaborarea documentației necesare pentru obținerea Autorizației de la Sistemul de Gospodărire a Apelor, prin urmare nu a făcut obiectul verificării deținerii acestei autorizații. Prin urmare, că nu poate fi respins un ofertant pentru neîndeplinirea unei clauze nescrise.

Invocând principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, autoritatea contractantă consideră că un preț mai scăzut ajută la economisirea fondurilor publice, iar justificările prezentate de ... au fost concludente, ofertantul demonstrând că poate realiza contractul în cadrul valorii ofertate.

2. Referitor la criticile ce vizează oferta depusă de ..., autoritatea contractantă susține că, prin adresa nr. 7193/18.06.2020, a solicitat ofertantului menționat justificarea costului privind activitatea de asistență tehnică. Prin răspuns, acesta a justificat punctual acest cost, prezentând costurile pentru cheltuielile salariale, cheltuielile cu transportul, cheltuielile administrative și profit.

Astfel, autoritatea contractantă susține că nivelul salarial prezentat de ofertantul ...a fost de 21,75 lei/oră. În justificarea prezentată nu a fost precizat dacă acest cost cuprinde sau nu valoarea CAM, însă comisia de evaluare a considerat că acest cost ar putea fi inclus în tariful orar.

Întrucât fiecare ofertant își stabilește numărul de ore, alocate fiecărui contract, propriile nivele de salarizare, precum și propriul nivel de profit, precum și faptul că ofertantul își asumă realizarea tuturor activităților din caietul de sarcini în valoarea ofertată, comisia de evaluare, după cum se arată, a acceptat ca fiind concludent răspunsul dat de ofertant.

Mai susține autoritatea contractantă că un preț mai scăzut ajută la economisirea fondurilor publice, iar justificările, prezentate de ...au fost concludente, ofertantul demonstrând că poate realiza contractul în cadrul valorii ofertate.

De asemenea, arată că, în conformitate cu fișa de date, nu s-a solicitat ca ofertanții să dețină autorizație privind elaborarea documentației necesare pentru obținerea Autorizației de la Sistemul de Gospodărire a Apelor, prin urmare nu a făcut obiectul verificării deținerii acestei autorizații, autoritatea contractantă considerând pe această cale că nu poate fi respins un ofertant pentru neîndeplinirea unei clauze nescrise.

3. Cu privire la criticile ce privesc oferta ..., autoritatea contractantă precizează că și acestuia i-au fost solicitate clarificări, în sensul justificării costului privind activitatea de asistență tehnică. Prin răspuns, ... a justificat punctual acest aspect, prezentând totodată costurile pentru cheltuielile salariale, cheltuielile cu transportul, cheltuielile administrative și profit. Nivelul salarial al acestuia a fost de minim 40 lei/oră.

Având în vedere că fiecare ofertant își stabilește numărul de ore alocate fiecărui contract, propriile nivele de salarizare, propriul nivel de profit, precum și faptul că ofertantul își asumă realizarea tuturor activităților din caietul de sarcini în valoarea ofertată, comisia de evaluare a acceptat ca fiind concludent răspunsul dat de ofertant.

Mai susține autoritatea contractantă că un preț mai scăzut ajută la economisirea fondurilor publice, iar justificările prezentate de ... au fost concludente, ofertantul demonstrând că poate realiza contractul în cadrul valorii ofertate.

Totodată, subliniază că în fișa de date a achiziției nu s-a solicitat ca ofertanții să dețină autorizație privind elaborarea documentației necesare pentru obținerea Autorizației de la Sistemul de Gospodărire a Apelor, prin urmare nu a făcut obiectul verificării deținerii acestei autorizații, apreciind astfel că nu poate fi respins un ofertant pentru neîndeplinirea unei clauze nescrise.

Referitor la capătul de cerere privind neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, autoritatea contractantă precizează că toate

contractele indicate de ... sunt similare cu serviciile din procedura în cauză. Astfel, în mod eronat contestatorul a interpretat cerința ca fiind îndeplinită numai în cadrul unor servicii de proiectare de drum, întrucât Serviciile de proiectare de poduri, precum și serviciile de verificare tehnică sunt niște „servicii similare” și prin urmare au fost acceptate de comisia de evaluare la îndeplinirea cerinței privind experiența solicitată.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază că la evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii a respectat legislația în vigoare și prevederile documentației de atribuire.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Prin cererea de intervenție nr. 246/20.07.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 29201/21.07.2020, ...a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Ulterior prezentării istoricului procedurii, ...arată că cerința privind urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice minim 4 ore/zi este contrară prevederilor art. 30 alin. (3) alin. (4) și alin. (6) din HG nr. 395/2016, deoarece nu este menționată în fișa de date a achiziției sau în anunțul de participare. Legislația în domeniu, precum și jurisprudența aplicată, prevăd că *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”*.

Opinează că forma de prezentare a ofertei sale a fost conformă cu cerințele din documentația de atribuire, prin utilizarea tuturor informațiilor puse la dispoziție prin anunțul de participare și fișa de date a achiziției.

Prezintă consilierea metodologică în ceea ce privește clauzele nescrise, a ANAP, cât și prin raportare la art. 215 alin. (5) lit. g) din Legea nr. 98/2016 la care a făcut trimitere în mod eronat contestatoarea.

Intervenientul arată că a ofertat 408 ore, așa cum a fost precizat și de contestatoare, deoarece a considerat că acest număr de ore este suficient pentru îndeplinirea sarcinilor ce implică asistența tehnică. Proiectantul nu se poate substitui șefului de șantier care trebuie să fie în permanență în șantier și să supravegheze lucrările ce se execută. Asistența tehnică a proiectantului se oferă în momentele cheie ale execuției construcției, respectiv, se oferă suport tehnic și suport beneficiarului și antreprenorului, participă la constatarea greșelilor sau erorilor de execuție și propune soluții tehnice de remediere și ajută la menținerea gradului de siguranță dorit în realizarea construcției.

Invocând prevederile art. 22 lit.e și f din Legea nr. 10/1995, serviciile pe care le presupune prestarea asistenței tehnice, dar și că asistența din partea proiectantului se va realiza pe o perioadă de 12 luni, intervenientul arată că oferta sa este viabilă, respectiv s-a încadrat

În toate cerințele impuse de către autoritatea contractantă, fapt probat și de către acesta, prin declararea ofertei ca fiind câștigătoare.

Referitor la a doua critică privitoare la oferta sa, intervenientul consideră că ... și-a „fabricat” un motiv pentru a fi respinse toate ofertele clasate pe locurile I, II și III pentru a rămâne singură în competiție. În acest scop, a solicitat un punct de vedere din partea SGA Neamț, în care se menționează faptul că *„Punerea în funcțiune sau exploatarea acestor lucrări se face numai în baza autorizației de gospodărire a apelor emise de Administrația Națională „Apele Române” și unități aflate în subordine, iar emiterea autorizației de gospodărire a apelor se realizează în baza unei documentații al cărei conținut trebuie să respecte prevederile MAP nr. 891/23.07.2019. Documentațiile tehnice sunt întocmite de instituții publice sau private atestate de autoritatea publică centrală din domeniul apelor, în conformitate cu prevederile legale (...).”*

Intervenientul subliniază caracterul ilegal al acestei presupuse cerințe, cât și inaplicabilitatea celor dispuse de către ...prin adresa nr. 3931/07.07.2020 ofertelor depuse de către ..., ..., cât și Nicăieri în cadrul documentației de atribuire nu se specifică faptul că întocmirea documentației pentru avizul de gospodărire a apelor este în sarcina ofertanților. Astfel, dacă s-ar fi solicitat acest lucru prin fișa de date/ anunțul de participare simplificat, autoritatea contractantă ar fi trebuit să menționeze expres faptul că ofertanții trebuie să fie autorizați în acest sens, la cap. II. 1.3. a) Capacitatea tehnică și/ sau profesională, respectiv la cap. 1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale. Având în vedere că nu s-a făcut nicio precizare în acest sens, intervenientul consideră că obținerea avizului emis de ...era în sarcina autorității contractante.

Jurisprudența invocată de către contestator cu privire la declararea unui subcontractant pentru realizarea documentației pentru obținerea avizului de gospodărire a apelor nu este aplicabilă în speță, motivat de faptul că nu poate fi considerată parte din contract această documentație, atât timp cât în conținutul documentației de atribuire a achiziției nu se face nicio mențiune cu privire la acest aspect. Nici în modelul de contract, nici în modelele de formulare, astfel intervenientul consideră că societatea ... *„dorește cu orice preț atribuirea contractului în favoarea sa, așa că prin acest motiv”* ar elimina din competiție 3 ofertanți care îl surclasează.

Faptul că niciunul dintre ceilalți ofertanți nu au depus oferte împreună cu subcontractanții atestați pentru realizarea documentației de obținere a avizelor privind avizul ...probează faptul că nu au fost în eroare cei 3 ofertanți care surclasează oferta ..., și nici autoritatea contractantă, care ar fi trebuit să evalueze ofertele prin prisma acestei cerințe. Această cerință nu poate fi solicitată atât timp cât nu a fost înscrisă în fișa de date a achiziției. Având în vedere că nu s-a prevăzut acest aspect în caietul de sarcini și fișa de date, astfel încât, după

deschiderea ofertelor, contestatoarea nu poate invoca cerințe noi cu scopul de a dezavantaja anumiți ofertanți.

Față de cele menționate anterior și atâta timp cât autoritatea contractantă nu a solicitat prin documentația de atribuire ca ofertanții să demonstreze modul în care vor obține autorizații/atestare necesare pentru întocmirea documentațiilor, este „abuzivă” excluderea ofertanților, pentru cerințe inexistente în documentația de atribuire, doar pentru faptul că contestatorul dorește interpretarea documentației de atribuire doar prin prisma situației sale personale, fapt inadmisibil într-o procedură concurențială, cu regulile transparenței stabilite pentru toți ofertanții.

Invocând prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 51 alin. (1) din HG nr. 395/2016, intervenientul consideră că necesitatea deținerii autorizației pentru obținerea avizului de gospodărire a apelor este nefondată și irelevantă atât timp cât acestea nu au fost solicitate, în mod expres, prin documentația de atribuire publică.

În drept, se invocă Legea nr.98/2016, H.G. nr.395/2016, Legea nr.101/2016, H.G. nr.419/2018, prevederile Codului civil.

Prin adresa nr. 755/22.07.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 29514/22.07.2020, ... a transmis „concluzii scrise” prin care a prezentat contraargumente la cele susținute de intervenient.

Prin cererea de intervenție voluntară înregistrată la C.N.S.C. sub nr.29829/24.07.2020, ...a solicitat cele arătate în partea introductivă.

În motivare, acesta aduce critici solicitării de clarificări privind justificarea prețului propus, susținând că a fost formulată tendențios, deoarece nu s-a solicitat o justificare a prețului pentru toată valoarea ofertată, ci doar pentru linia bugetară aferentă asistenței tehnice. Pe de altă parte, arată că a respectat atât perioada de 4 ore/zi pentru asistența tehnică aferentă celor 12 luni de zile, cât și perioada solicitată pentru verificarea neconformităților pe perioada de garanție de 60 de luni.

Cu privire la autorizația menționată de contestator, intervenientul arată că nu a fost solicitată prin documentația de atribuire, iar dorința contestatorului de a exclude din procedură toți ofertanții care nu dețin autorizații ori nu au declarat subcontractanți autorizați este absurdă și contrară principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică conform Legii nr.98/2016.

Referitor la solicitarea sa de anulare a procedurii, intervenientul invocă încălcarea declarației de confidențialitate depusă în cadrul ofertei, prin permiterea accesului contestatorului la ofertă, ceea ce reprezintă, în opinia intervenientului, o dovadă a conivenței existente între autoritatea contractantă și contestator în sensul respingerii celorlalte oferte din procedură, o dovadă în plus reprezentând-o și modul de întocmire a documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini.

Precizează că a solicitat autorității contractante eliminarea cerinței restrictive a caietului de sarcini privind activitatea de asistență tehnică de minim 4 ore/zi pe toată durata contractului și a celei privind investigarea săptămânală la locul lucrărilor a eventualelor defecte, la care nu a primit niciun răspuns, fiind evidentă dorința acesteia de a restricționa accesul operatorilor economici la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe abuzive, restrictive.

În probațiune, s-au depus, în copie, un set de documente.

Consiliul, relativ la cererea de intervenție formulată de ..., constată că acesta a fost depusă cu respectarea prevederilor art.17 alin.(3) din Legea nr.101/2016 [(3) *Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației.*], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 16.07.2020, contestația ...

Având în vedere dispozițiile art.17 alin.(3) din Legea nr.101/2016 coroborate cu prevederile art.61 alin.(3), art.64 alin.(2), art.65 și art.67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa de intervenție privește respingerea contestației, deci implicit menținerea deciziilor autorității contractante, Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ..., Consiliul reține, din actele procedurii, că oferta acestui operator economic participat la procedură, a fost clasată pe locul 2, așa cum rezultă din raportul procedurii nr.„8454/13.06.2020” (data reală fiind 13.07.2020).

Având în vedere cele solicitate prin cererea de intervenție, respectiv *„anularea procedurii de atribuire, întrucât au fost încălcate principiile achizițiilor publice și reglementările legale privind informațiile confidențiale, clasificate sau protejate de un drept intelectual, potrivit legii, autoritatea contractantă permițând accesul contestatoarei la dosarul achiziției publice, inclusiv la acele informații declarate confidențiale, clasificate sau protejate de un drept intelectual”*, Consiliul stabilește că, în fapt, intervenientul atacă rezultatul procedurii de atribuire.

Această concluzie se impune chiar dacă intervenientul solicită cele menționate din cauza unor evenimente ulterioare rezultatului procedurii, respectiv a accesului, nelegal permis de autoritatea contractantă, la oferta depusă de acest operator economic, întrucât actul emis de autoritatea contractantă care produce efecte juridice în

cadrul procedurii este raportul procedurii de atribuire în care sunt materializate deciziile comisiei de evaluare, decizii aduse la cunoștința operatorilor economici interesați prin intermediul comunicării rezultatului procedurii.

Pe de altă parte, nemulțumirea intervenientului legată de comportamentul autorității contractante de a permite contestatorului accesul la oferta sa declarată confidențială, nu poate în niciun caz să conducă la anularea procedurii de atribuire, ci la eventuale sancțiuni aplicate autorității contractante pe această linie.

Reține Consiliul că ulterior primirii rezultatului procedurii, ... a optat în sensul de a rămâne în pasivitate, ceea ce înseamnă că a acceptat rezultatul procedurii stabilit de autoritatea contractantă, pentru ca, mai apoi, în urma contestației depusă de ..., să depună prezenta cerere de intervenție.

Dacă se considera vătămat de rezultatul procedurii, determină Consiliul că intervenientul avea deschisă calea de atac a contestației, pe care trebuia să o exercite cu respectarea termenelor legale imperative prevăzute de dispozițiile art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016.

Astfel, primind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, intervenientul avea dreptul de a formula contestație în termen de 5 zile de la data primirii rezultatului menționat.

Este adevărat că în conformitate cu art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, operatorii economici interesați au dreptul de a formula cerere din intervenție, însă acest mijloc de a interveni în proces nu poate fi utilizat în scopul de a se eluda termenele legale de formulare a contestației. Cu alte cuvinte, nu se poate utiliza acest mijloc procedural pentru a se masca, în fapt, o contestație, așa cum încearcă intervenientul să facă.

De asemenea, nu se poate admite nici că dispozițiile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 au fost edictate pentru a se crea o categorie aparte, privilegiată, de operatori economici care, utilizând acest mijloc, să scape sancțiuni tardivității contestației, așa cum s-ar întâmpla în cazul intervenientului de față, care, dacă i s-ar admite cererea de intervenție, ar obține beneficiile formulării unei veritabile contestații, cu încălcarea, însă, a tuturor prevederilor legale impuse pentru inițierea acestui demers.

Consiliul apreciază că publicarea de către autoritatea contractantă în SEAP a contestației formulată de ... nu este de natură a prelungi termenul de contestare pentru ... care se calculează prin raportare la dispozițiile art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016 și nu la prevederile art.17 alin.3 din același act normativ.

Calea de atac împotriva unui act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea legii, în speță rezultatul procedurii, este contestația, și nu cererea de intervenție.

În consecință, în ipoteza în care ... dorea să supună controlului de legalitate actele emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii,

trebuia să o facă cu respectarea art.8 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016.

Cum ... nu poate formula prin cererea de intervenție decât apărări față de criticile legate de oferta sa, spre a-și păstra locul ocupat în clasament, nu și critici cu privire la rezultatul procedurii care, așa cum s-a arătat, se subsumează conținutului unei contestații, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție.

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 achiziție publică având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.SCN1068663/22.05.2020.

Valoarea estimată a contractului este de 195.417,05 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*prețul cel mai scăzut*”.

Au fost depuse 4 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, care au fost vizualizate, în SEAP, la data 03.06.2020, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.6.707.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.8.454/13.06.2020, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de ..., cu o propunere financiară de 74.793,80 lei, în timp ce oferta contestatorului a fost desemnată admisibilă și clasată pe ultimul loc în clasament, respectiv pe locul 4, cu o propunere financiară de 188.089,56 lei.

Împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 8456/13.06.2020, ... a depus contestația de față, consemnând cautiunea în cuantumul stabilit de lege.

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

... critică ofertele mai bine poziționate în clasament în raport cu oferta sa, respectiv ofertele clasate pe locurile 1-3, susținând că nu sunt admisibile, fiind, în opinia sa, inacceptabile/neconforme, astfel că ar fi trebuit respinse de autoritatea contractantă.

Într-o primă critică, formulată cu privire la toate ofertele, contestatorul susține că nici ofertantul desemnat câștigător și nici ceilalți ofertanți clasati pe locurile 2 și 3 nu sunt certificați să întocmească documentația prevăzută de Ordinul MAP nr.891/23.07.2019 pentru obținerea Autorizației de gospodărire a apelor și nu au declarat subcontractanți care să efectueze această activitate, situație în care se impunea respingerea ofertelor arătate.

Având a stabili temeinicia acestei critici, Consiliul reține că, în argumentare, contestatorul invocă prevederile documentației de atribuire și ale Ordinului MAP nr.891/23.07.2019, precum și adresa nr.3931/07.07.2020, emisă de

Prevederile documentației de atribuire la care face referire contestatorul, sunt următoarele:

- din fișa de date a achiziției:
 - cele de la cap.II.1 – *„Obiectul contractului”*, conform cărora:
 - „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru investiția (...);
 - cele de la cap.III.1.1.b) – *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”* din fișa de date:
 - „(...) Operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii sale precum și că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.”
 - cele de la cap.III.1.3.a) – *„Capacitatea tehnică și/sau profesională”*, conform cărora:
 - „Ofertantul trebuie să fi dus la bun sfârșit*) servicii similare**) în ultimii 3 ani***) în valoare cumulată de cel puțin 195.417,05 lei, fără TVA. Se acceptă însumarea valorilor aferente serviciilor prestate în cadrul a maximul 3 contracte.
 - **) Prin servicii similare, se înțelege: servicii de proiectare în orice fază (SF și/sau DALI, și/sau PT) pentru: lucrări de construcție nouă, și/sau modernizare, și/sau extindere și/sau reabilitări drumuri sau lucrări similare din punct de vedere al complexității cu cele care fac obiectul achiziției sau de un grad cu o complexitate superioară”;
 - din caietul de sarcini:
 - cele de la pag.12, potrivit cu care:
 - „3.4 Serviciile solicitate: activitățile ce vor fi realizate
 - Serviciile solicitate sunt:
 1. Realizarea documentației tehnico-economice pentru fazele: Elaborare Documentații necesare pentru obținerea tuturor acordurilor, avizelor și autorizațiilor aferente obiectivului de investiții, Proiect tehnic, Detalii de execuți.
 2. Asigurarea asistenței tehnice pe perioada de execuție, participarea la recepție și la elaborarea Cărții tehnice a construcției.”
 - cele de la pag.27, potrivit cu care:
 - „ETAPA II – Asistența tehnică din partea proiectantului
 - Asistența tehnică se derulează atât pe durata desfășurării procedurii de achiziție a lucrărilor de construcții, cât și ulterior, pe perioada execuției lucrărilor și pe perioada de garanție până la recepția finală a obiectivului, inclusiv asistență tehnică pentru participarea proiectantului la fazele incluse în Programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de ISC și va consta în următoarele: (...)
 - Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului.”
 - cele de la art.1 alin.2 din Cap.I: Aspecte generale 1 din Normativ de conținut al documentațiilor tehnice supuse autorizării anexă la Ordinul MAP nr.891/23.07.2019, potrivit cu care:
 - „(2) Documentațiile tehnice sunt întocmite de instituții publice sau private atestate de autoritatea publică centrală din domeniul apelor, în conformitate cu prevederile legale și trebuie prezentate numai în limba română, în formă tipărită, precum și în format electronic.”

De asemenea, în adresa nr.3931/07.07.2020, emisă de ..., se precizează:

„Punerea în funcțiune sau exploatarea acestor lucrări se face numai în baza autorizației de gospodărire a apelor emise de Administrația Națională Apele Române și unități aflate în subordine”,
dar și că:

„Emiterea autorizației de gospodărire a apelor se realizează în baza unei documentații al cărei conținut trebuie să respecte prevederile MAP nr.891/23.07.2019. Documentațiile tehnice sunt întocmite de instituții publice sau private atestate de autoritatea publică centrală din domeniul apelor, în conformitate cu prevederile legale, și trebuie prezentate numai în limba română, în forma tipărită, precum și în format electronic.”

Pe lângă prevederile documentației de atribuire invocate de contestator, Consiliul reține, ca relevante în soluționare, și cele regăsite la aceeași pag.12 a caietului de sarcini, având conținutul:

„a) Servicii de proiectare
(...)”

Documentația de proiectare va fi predată pe bază de proces-verbal de predare-primire și va conține următoarele documente:

- **Documentații suport pentru obținerea tuturor avizelor, acordurilor și autorizațiilor solicitate prin certificatul de urbanism**, în vederea completării documentației pentru autorizarea execuției lucrărilor

- Documentația Tehnică pentru obținerea Autorizației de Construire – DTAC

- Documentația Tehnică pentru Organizarea Execuției – DTOE

- Proiect tehnic de execuție – PT și Detalii de execuție – DE

- Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului până la recepția finală a obiectivului

Ofertantul (asociații sau subcontractanții autorizați) trebuie să fie autorizați conform prevederilor legale specifice, să realizeze toate activitățile/documentațiile care fac obiectul contractului.”

Din Certificatul de urbanism nr.9/08.04.2019, rezultă că, potrivit pct.5, printre avizele ce trebuie obținute se regăsește și avizul S.G.A. Neamț.

Așadar, este fără dubiu că, în cadrul procedurii de față, autoritatea contractantă a impus în sarcina ofertanților inclusiv obligația de a întocmi documentația necesară pentru obținerea Avizului de gospodărire a apelor din partea S.G.N. Neamț.

Atât autoritatea contractantă, cât și intervenientul, raportat la cerințele mai sus citate, susțin că așa cum sunt ele formulate, acestea nu impun în sarcina ofertanților obligația prezentării autorizării emisă de Ministerul Apelor și Pădurilor, susțineri care nu vor fi însă reținute.

Consiliul apreciază că, la momentul depunerii ofertelor, ofertanții aveau toate informațiile necesare, cerințele erau foarte clare, precizate explicit în caietul de sarcini, iar impunerea existenței unor atestate/autorizații este distinct introdusă în caietul de sarcini, pentru a atrage atenția cu privire la necesitatea respectării normelor legale incidente. Este evident că cerințele impuse prin caietul de sarcini privind deținerea autorizațiilor necesare au fost determinate de natura și specificul serviciilor și că împrejurarea deținerii lor nu poate fi apreciată

ca un aspect lipsit de importanță în raport de obiectul contractului, întrucât însăși realizarea documentațiilor constituie parte a acestuia, astfel că nu se poate aprecia că aceste servicii se pot realiza de către persoane neautorizate în acest sens.

La momentul depunerii ofertei sale, operatorul economic trebuie să fie în măsură să probeze că poate realiza documentațiile care formează obiectul contractului, respectiv că el, sau subcontractantul său, este beneficiarul unui autorizări MAP, necesară îndeplinirii legale a activităților care formează obiectul contractului.

Reglementarea legală în baza căreia se obține atestarea invocată de contestator, deși acesta susține că este Ordinul MAP nr.891/2019, Consiliul constată că este reprezentată de Ordinul ministrului apelor și pădurilor nr.584/2017 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor. Chiar dacă acest act a fost abrogat la data de 17.06.2020, prin Ordinul nr.1230/2020, își păstrează relevanța de vreme ce se afla în vigoare la data depunerii ofertelor.

Consiliul reține relevante, în această situație, considerentele Deciziei nr. 5117/29.11.2017, emisă de Curtea de Apel București în dosarul nr. 8303/2/2017, într-o speță similară, potrivit cărora:

*Curtea reține obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări (...) nu reprezintă un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, **ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități**, împrejurarea ce rezultă din dispozițiile (...). Așadar, pentru a desfășura în mod legal activitatea de (...), este necesar să se dețină un atestat eliberat în condițiile Legii nr. (...) și a metodologiei elaborate de IGSU, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de atestat în cuprinsul fișei de date. **O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării de lucrări de (...) nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită (...).***

(...) la momentul depunerii ofertelor, ofertantul avea toate informațiile necesare, cerința era clară, precizată explicit atât în caietul de sarcini al procedurii cât și în documentația tehnică a proiectantului (proiect tehnic), iar impunerea existenței unei autorizări este distinct introdusă în caietul de sarcini al procedurii, pentru a atrage atenția cu privire la necesitatea respectării unor norme legale (...).

Și Curtea de Apel Cluj, în decizia sa nr. 3935/12.10.2017 a subliniat în sensul celor de mai sus evocate: *Curtea reține că obiectul loturilor ofertate în cadrul procedurii de achiziție a constat, în principal, în întocmirea unor documentații specifice, scopul final urmărit de autoritatea contractantă fiind acela ca acestea să poată fi efectiv utilizate pentru modernizarea mai multor drumuri județene (...)*

*Pentru a se putea atinge scopul urmărit de autoritatea contractantă, respectiv acela ca documentațiile întocmite în executarea contractului încheiat ca urmare a derulării procedurii de achiziție publică să poată fi efectiv folosite în vederea atingerii scopului final la modernizării drumurilor județene, **este imperativ necesar ca aceste documentații să fie întocmite cu stricta respectare a dispozițiilor***

legale în vigoare care, după cum s-a arătat, impun ca cel care elaborează documentația să fie posesorul unui certificat de atestare specific domeniului de gospodărire a apelor.

Or, atingerea scopului mai sus arătat presupune ca ofertantul să probeze, însă de la momentul depunerii ofertei sale, că este în măsură să realizeze o astfel de documentație, fie personal, fie prin intermediul unei alte persoane, dar pe care are obligația de a o indica în oferta sa (...)

De asemenea, relevante sunt asupra caracterului util al documentațiilor ce se urmărește a fi contractate și dispozițiile legale privitoare la proiectele de specialitate ce se impun a fi întocmite în vederea mutării/protejării rețelelor de utilități electrice/de gaze naturale existente, operatorii economici care realizează astfel de documentații având nevoie de anumite tipuri de atestate/autorizări reglementate de Ordinul nr. 45/2016 și Ordinul nr. 98/2015, toate cele trei loturi care fac obiectul prezentei plângeri fiind afectate de astfel de rețele de utilități, respectiv Lotul 1 de rețea de distribuție gaze naturale, linii electrice aeriene tensiune nominală 0.4kV și o intersecție cu linie electrică aeriană 110 kV, Lotul 2 de rețea de distribuție gaze naturale, intersecție cu magistrală de transport gaze naturale, linii electrice tensiune nominală 0.4kV și 6 intersecții cu linii electrice aeriene 110 kV, respectiv Lotul 6 de o rețea de distribuție gaze naturale, linii electrice tensiune nominală 0.4kV și 3 intersecții cu linii electrice aeriene 400 kV.

Și în ceea ce privește aceste atestate specifice își mențin valabilitatea aceleași concluzii în sensul că **se impune ca, încă de la momentul depunerii ofertei sale, operatorul economic să fie în măsură să probeze că poate realiza o astfel de documentație, respectiv că el sau terțul susținător/subcontractant este beneficiarul unei autorizații/unui atestat emis de Autoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei prin care i se acordă dreptul să desfășoare activități de proiectare pentru obiective/sisteme din domeniul gazelor naturale /instalațiilor electrice.**

Considerente similare sunt avute în vedere și de Curtea de Apel Iași în decizia sa nr. 607/05.03.2018, astfel: (...) În esență, Consiliul a constatat că din cuprinsul fișei de date și al caietului de sarcini rezultă că obiectul loturilor ofertate în cadrul procedurii de achiziție Constă în principal în întocmirea unor documentații specifice, scopul final urmărit fiind acela ca aceste documente să poată fi efectiv utilizate pentru modernizarea mai multor drumuri județene aflate într-o stare de viabilitate precară. Așadar, se impunea deținerea de către cel ce întocmește documentațiile a unei autorizări/certificat de atestare specific domeniului solicitat în cadrul centralizatorului (apă, mediu, electrică, monumente istorice etc).

Interpretând aceste cerințe, reiese că ofertanții aveau obligația ca prin propunerea tehnică să justifice și să prezinte modalitatea de realizare a documentațiilor de specialitate realizate de avizatori, necesare pentru obținerea autorizației de construire. Or, atingerea scopului presupune ca ofertantul să probeze la momentul depunerii ofertei că este în măsură să realizeze o astfel de documentație, fie personal, fie prin intermediul unei alte persoane, dar pe care are obligația de a indica în oferta sa, probând totodată că fie el, fie terțul susținător/subcontractant este în posesia unui document de atestare eliberat în condițiile legii.

Cum autoritatea contractantă nu a procedat anterior finalizării evaluării ofertelor la stabilirea cu exactitate a respectării de către toți ofertanții a specificațiilor tehnice impuse în caietul de sarcini, pentru a se asigura că oferta declarată câștigătoare este una conformă, se impune reevaluarea ofertelor.

Instanța constată că argumentația juridică a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor este una validă, în acord cu textul și spiritul legii, susținerile petentei - autoritate contractantă în sensul că în documentația de atribuire nu s-a solicitat ca ofertantul să dovedească modalitatea în care vor obține

atestare/autorizații, în vederea executării obligațiilor contractuale și, în consecință, ceea ce nu s-a solicitat prin documentație nu poate fi invocat ca motiv de respingere a vreunei oferte nefiind unele întemeiate.

(...) Ca atare, se impune realizarea acestora de ofertanți, dacă dețin atestate/autorizații și sunt dispuși a presta în tot, personal, serviciile de proiectare. În caz negativ, terțele persoane care dețin atestate/autorizații și care vor realiza serviciile, așadar subcontractorii, trebuie menționați expres și trebuie indicate dovezi în acest sens.

Cerințele caietului de sarcini impun cu necesitate această concluzie, chiar dacă aceasta nu reiese în mod explicit din acesta. **Capacitatea tehnică de a realiza serviciile, oglindită în modalitățile sus-amintite, constituie o cerință de conformitate ce nu poate fi ignorată de autoritatea contractantă.**

Relevante sunt și considerentele Deciziei nr.815/06.07.2020, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, potrivit cu care:

„În conformitate cu prevederile caietului de sarcini, printre activitățile care trebuie realizate de contractant se numără și cea de elaborare a studiilor și a documentațiilor necesare obținerii avizelor solicitate prin certificatul de urbanism. De asemenea, caietul de sarcini specifică în mod expres că toate activitățile trebuie realizate cu respectarea legislației și reglementărilor tehnice în vigoare. Conform Certificatului de urbanism nr.... anexat anunțului de participare publicat în SEAP, cererea de emitere a autorizației de construire trebuie însoțită, printre altele, de avizul/acordul emis de SGA..., fiind vorba exact despre avizul de gospodărire a apelor.

Având în vedere aceste specificații, curtea reține că este mai mult decât evident că, pentru a executa contractul, petenta trebuie să fie în măsură să elaboreze în mod legal documentația necesară pentru emiterea avizului de gospodărire a apelor. Or, în conformitate cu prevederile Ordinului ministrului apelor și pădurilor nr.584/2017, pentru elaborarea acestei documentații este necesară existența certificatului de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor.

Concluzia care se impune cu puterea evidenței este că, pentru a-și demonstra capacitatea profesională de executare a contractului, petenta trebuia să facă dovada că deține acest atestat.

Nu pot fi reținute susținerile petentei, potrivit căroră decizia atacată încalcă principiul transparenței. După cum s-a arătat, cerințele documentației de atribuire sunt clare și precise, din coroborarea acestora reieșind necesitatea existenței certificatului de atestare. Chiar dacă această cerință nu a fost prevăzută expres, curtea reține că ar fi excesiv să se ceară autorităților contractante ca, pentru orice cerință din caietul de sarcini, să specifice în mod exhaustiv absolut toate documentele care trebuie prezentate pentru ca aceasta să fie îndeplinită în mod legal. În realitate, trebuie să se presupună că ofertanții, profesioniști în domeniul în care activează, cunosc cel puțin la fel de bine ca autoritatea contractantă ce documente trebuie să dețină pentru a îndeplini în mod legal activitățile cuprinse în documentația de atribuire și sunt obligați să își formuleze oferta în consecință. Chiar presupunând că aceștia omit depunerea unui anumit document, trebuie să se pornească de la ideea că ei dețin documentul respectiv, din moment ce au ofertat un serviciu care îl presupune în mod obligatoriu, astfel că îl pot prezenta în orice moment, dacă acesta le este solicitat de autoritatea contractantă.

În concluzie trebuie să se accepte că în documentația de atribuire pot exista și cerințe implicite, fără ca acest lucru să însemne că se încalcă principiul transparenței, nefiind vorba despre cerințe care nu au fost impuse în documentația de atribuire, ci de cerințe care au fost introduse

implicit, iar nu explicit, în această documentație, fără ca astfel să își piardă caracterul clar, precis și neechivoc. (...)

Pentru motive similare, nu se poate afirma nici că ne-am afla în prezența unei clauze nescrise, în sensul art.30 alin.6 din HG nr.395/2016, câtă vreme necesitatea deținerii certificatului de atestare este nu un criteriu de calificare și selecție care nu se găsește în documentația de atribuire, ci un criteriu aflat implicit în documentație, cât timp ofertanților li s-a specificat în mod cât se poate de clar că trebuie să fie în măsură să obțină avizul de gospodărire a apelor. (...)"

Astfel fiind, ofertanții trebuie să fie în măsură să demonstreze că sunt în măsură să întocmească documentațiile solicitate prin caietul de sarcini.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă nu a efectuat vreun demers de clarificare în acest sens, situație în care, reținând că certificarea MAP este absolut necesară, Consiliul apreciază că se impune ca autoritatea contractantă să solicite ofertanților în discuție respectiva certificare, demers susținut și de împrejurarea că documentația de atribuire nu conține o cerință explicită a prezentării certificării în discuție, ci doar ca ofertantul să fie autorizat.

Prin urmare, critica contestatorului este întemeiată, contrar apărărilor autorității contractante care echivalează cu invocarea propriei culpe în evaluarea ofertelor depuse.

Procedând la analiza criticii contestatorului cu privire la oferta desemnată câștigătoare, depusă de ..., respectiv a aceleia conform căreia ofertantul menționat a prevăzut un cost scăzut al ofertei, întrucât a luat în considerare un număr mai mic de ore decât cel rezultat a fi necesar conform caietului de sarcini, Consiliul constată:

Cerința presupus nerespectată de ofertantul desemnat câștigător, în opinia contestatorului, se regăsește la pag.27 a caietului de sarcini, sub forma:

„ETAPA II – Asistența tehnică din partea proiectantului

Asistența tehnică se derulează atât pe durata desfășurării procedurii de achiziție a lucrărilor de construcții, cât și ulterior, pe perioada execuției lucrărilor și pe perioada de garanție până la recepția finală a obiectivului, inclusiv asistență tehnică pentru participarea proiectantului la fazele incluse în Programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de ISC și va consta în următoarele: (...)

- Urmărirea pe șantier a aplicării soluției tehnice și a utilizării în execuție a materialelor din proiect, minim 4 ore/zi pe toată durata contractului."

În soluționare, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, prin adresa nr.7.193/18.06.2020, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului desemnat câștigător, cu relevanță în cauză, următoarele:

„1. (...) vă solicităm să justificați costul aferent activității de asistență tehnică (...)

Fundamentarea economică va avea în vedere prezentarea și explicitarea tuturor costurilor care sunt necesare pentru realizarea serviciilor și solicitate prin documentația de atribuire (...)

Tipurile de cheltuieli minime care trebuie fundamentate și explicitate sunt:

- Cheltuieli salariale pentru toată structura de personal propusă prin oferta tehnică – experți cheie, non-cheie și administrativ (tarif orar/expert, număr de ore zi/expert și număr total de ore pe contract pentru fiecare expert, număr de zile total per expert, alte costuri prevăzute în Codul Muncii și Codul Fiscal etc) (...)”

Prin adresa nr.201/19.06.2020, ofertantul desemnat câștigător a prezentat răspunsul:

„(...)

ASISTENȚA TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI + CARTEA TEHNICĂ – 15.408,00 lei fără TVA

- Cheltuielile salariale pentru structura de personal propusă prin oferta tehnică:

POPOVICI MARIA – 12 luni x 4 zile/lună x 8 ore/zi x 21,75 lei = 8352 lei, fără TVA (...)

RAPORT LA TERMINAREA EXECUȚIEI – 394,20 lei fără TVA

- Cheltuieli salariale pentru structura de personal propusă prin oferta tehnică:

POPOVICI MARIA – 1 zi X 8 ore/zi x 21, 75 lei/oră = 174 lei fără TVA (...)

PROGRAMUL DE URMĂRIRE A COMPORTAMENTULUI LUCRĂRII ÎN TIMP – 220,80 lei fără TVA

- Cheltuielile salariale pentru structura de personal propusă prin oferta tehnică:

POPOVICI MARIA – 1 zi X 8 ore/zi x 21, 75 lei/oră = 174 lei fără TVA (...)

PROIECT AS-BUILT – 256,80 lei fără TVA

- Cheltuielile salariale pentru structura de personal propusă prin oferta tehnică:

POPOVICI MARIA – 2 zile x 4 ore/zi x 21,75 lei/oră = 174 lei fără TVA (...)”

După cum rezultă din procesul-verbal (4) nr.8.106/03.07.2020, autoritatea contractantă a considerat concludent răspunsul menționat.

Reține Consiliul, din situația faptică expusă, că autoritatea contractantă a apreciat prețul oferit de ... ca fiind unul aparent neobișnuit de scăzut, sens în care a înțeles să facă aplicarea dispozițiilor art.210 din Legea nr.98/2016 și să solicite acestuia justificări.

După cum rezultă din contestație, față de răspunsul enunțat, contestatorul arată că ofertantul câștigător a luat în considerare un număr de 408 ore, iar nu de 1.008 ore cât ar fi fost necesar conform cerinței caietului de sarcini (12 luni x 21 zile/lună x 4 ore/zi = 1.008 ore).

Analizând răspunsul ofertantului câștigător, Consiliul constată că demonstrează cu prisosință că ofertantul menționat a întocmit oferta cu nesocotirea prevederii caietului de sarcini mai sus enunțate, în sensul în care a luat în considerare un număr de ore mai mic decât cel avut în vedere, de doar 408 față de 1.008 ore, ceea ce a condus la reducerea semnificativă a prețului oferit.

Că autoritatea contractantă a solicitat un număr de 1.008 ore nu este niciun dubiu, acesta rezultând din înmulțirea duratei contractului (12 luni), cu numărul de zile ale lunii (21) și numărul de 4 ore/zi solicitat de autoritatea contractantă, după cum nu există nici un dubiu că ofertantul desemnat câștigător a oferit un număr de 408 ore, acesta rezultând din adunarea orelor ce aveau a fi prestate de....

De altfel, se observă că ofertantul desemnat câștigător, prin cererea de intervenție depusă, recunoaște că a oferat numărul de 408 ore, afirmând că „(...) vă rugăm să aveți în vedere că subscrisa a oferat 408 ore, așa cum precizează și contestatoarea (...)”.

Argumentele intervenientului conform cărora a considerat suficient numărul oferat pentru îndeplinirea sarcinilor ce implică asistența de șantier și că asistența tehnică se referă la momentele cheie ale execuției construcției, nu vor fi primite în soluționare față de obligația ofertanților de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire.

Nici argumentul conform căruia cerința caietului de sarcini reprezintă o clauză nescrisă în sensul în care reglementează art.30 alin.6 din H.G. nr.395/2016 nu poate fi primit, deoarece ipoteza textului de lege arătat este alta și anume stabilirea la nivelul caietului de sarcini a unei cerințe ce reprezintă criteriu de calificare. Or, în speța de față, cerința nerespectată de intervenient este una care trebuia să se regăsească în mod cert la nivelul caietului de sarcini, fiind o exigență a autorității contractante cu privire la executarea contractului ce se va încheia, o condiție impusă spre a fi respectată pe durata executării contractului, iar nu un criteriu de calificare.

Relevante în acest sens sunt dispozițiile art.20 alin.10 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care „Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.”, cărora cerința în discuție se circumscrie fără dubiu.

Pe de altă parte, nu va fi primit în soluționare nici argumentul autorității contractante constând în invocarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice, deoarece acest principiu trebuie respectat deopotrivă cu celelalte principii din materia achizițiilor publice, printre care principiul tratamentului egal și principiul transparenței.

De asemenea, de interes sunt și dispozițiile art.137 alin.5 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care „Comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile.” obligație încălcată, în mod evident, de autoritatea contractantă, care era în drept să sesizeze că răspunsul la solicitarea de justificare a prețului propus, oferit de ofertantul desemnat câștigător, nu este concludent.

În lumina legislației din materia achizițiilor publice nu este suficient să se constate că un preț este unul ce poate fi considerat aparent neobișnuit de scăzut și să se întreprindă demersul de a se solicita justificarea lui, ci autoritatea contractantă trebuie să procedeze și la verificarea temeinică a răspunsului primit, spre a se asigura că prețul oferat este, într-adevăr, sustenabil în raport cu ceea ce s-a impus a fi executat.

Astfel, în contextul în care răspunsul ofertantului câștigător, contrar concluziei autorității contractante, nu este concludent, critica

contestatorului se dovedește a fi întemeiată, oferta desemnată câștigătoare nefiind una admisibilă, așa cum a socotit autoritatea contractantă, ci una care intră sub incidența dispozițiilor art.137 alin.3 lit. g din H.G. nr.395/2016, respectiv este una neconformă.

Procedând la analiza criticilor contestatorului cu privire la oferta clasată pe locul 2, depusă de ..., Consiliul constată că, una dintre acestea, constă în faptul că ofertantul menționat nu a respectat salariul minim pentru domeniul construcției stabilit prin O.U.G. nr.114/2018, la 17,928 lei/oră.

În soluționare, relevante sunt următoarele prevederi legale, invocate și de contestator:

- art.71 alin.1 și 2 din O.U.G. nr.118/2018, potrivit cu care:

*„(1) Prin derogare de la prevederile art. 164 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 - Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, **până la sfârșitul anului 2019, pentru domeniul construcțiilor, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește în bani, fără a include indemnizațiile, sporurile și alte adaosuri, la suma de 3.000 lei lunar, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună, reprezentând în medie 17,928 lei/oră.***

*(2) **În perioada 1 ianuarie 2020-31 decembrie 2028, pentru domeniul construcțiilor, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată va fi de minimum 3.000 lei lunar, fără a include indemnizațiile, sporurile și alte adaosuri, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore pe lună.***

*(3) **Prevederile alin. (1) și (2) se aplică exclusiv domeniilor de activitate prevăzute la art. 60 pct. 5 din Legea nr. 227/2015, cu modificările și completările ulterioare.***

- art.60 pct.5 din Legea nr.227/2015, potrivit cu care:

„Art. 60. - Scutiri

Sunt scutiți de la plata impozitului pe venit următorii contribuabili: (...)

5. persoanele fizice, pentru veniturile realizate din salarii și asimilate salariilor prevăzute la art. 76 alin. (1) - (3), în perioada 1 ianuarie 2019-31 decembrie 2028 inclusiv, pentru care sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

*a) **angajatorii desfășoară activități în sectorul construcții care cuprind: (...)***

*(iii) **711 - Activități de arhitectură, inginerie și servicii de consultanță tehnică;***

După cum autoritatea contractantă însăși arată, ofertantul menționat a oferat un tarif de 13,465 lei/oră, care, reține Consiliul, nu respectă salariul minim în domeniul construcției, de minimul 3.000 lei/lună, reprezentând 17,928 lei/oră, pentru un program normal de lucru în medie de 167,333 ore/lună.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că autoritatea contractantă a transmis și ofertantului de față, ca și ofertantului precedent, solicitarea de clarificări nr.7.196/18.06.2020, prin care a solicitat:

*„1. (...) **vă solicităm să justificați costul aferent activității de asistență tehnică (...)***

Fundamentarea economică va avea în vedere **prezentarea și explicitarea tuturor costurilor** care sunt necesare pentru realizarea serviciilor și solicitate prin documentația de atribuire (...)

Tipurile de cheltuieli minime care trebuie fundamentate și explicitate sunt:

- Cheltuieli salariale pentru toată structura de personal propusă prin oferta tehnică – experți cheie, non-cheie și administrativ (tarif orar/expert, număr de ore zi/expert și număr total de ore pe contract pentru fiecare expert, număr de zile total per expert, alte costuri prevăzute în Codul Muncii și Codul Fiscal etc) (...)

Fundamentarea economică va ține obligatoriu cont de: (...)

- **HG 937/2018**

- **OUG 114/2018;** (...)"

Prin adresa nr.622/19.06.2020, ... a transmis răspunsul său, la care a anexat înscrisul „Tarif orar”, în conținutul căruia, conform coloanei „Tarif orar minim HG. 937/2018”, a indicat valoarea de 13,465.

H.G nr.937/2018, reține Consiliul, a fost în vigoare până la data de 31.12.2018, fiind abrogat de H.G. nr.935/2019.

Prin urmare, ofertantul în discuție și-a fundamentat tariful pe un act normativ care nu se mai afla în vigoare la data depunerii ofertelor, astfel că răspunsul susmenționat nu este unul concludent, cum greșit a considerat autoritatea contractantă.

Într-adevăr, în cadrul adresei de clarificări autoritatea contractantă a solicitat să se țină seama de H.G. nr.937/2018, însă acest aspect nu înlătură obligația ofertanților de a avea în vedere dispozițiile legale incidente aflate în vigoare, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a indicat și O.U.G. nr.114/2018, act normativ aflat în vigoare.

De asemenea, are în vedere Consiliul că ofertantului i s-a solicitat să justifice un tarif ofertat în cadrul propunerii financiare, lipsa de relevanță a indicației eronate din solicitarea de clarificări apărând în mod evident, dar și că participanții la procedură se presupune că sunt profesioniști și deci familiarizați cu toate dispozițiile legale aplicabile.

Ca și în cazul ofertantului precedent, decizia autorității contractante de a considera admisibilă oferta depusă de este nelegală, adoptată cu încălcarea obligației de verificare temeinică a răspunsului formulat.

Nu prezintă relevanță nici în acest caz argumentul autorității contractante constând în invocarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice, deoarece, pe lângă acest principiu, autoritatea contractantă are obligația de a respecta și celelalte principii din materia achizițiilor publice, dar și celelalte prevederi legale incidente, printre care art.137 alin.4 din H.G. nr.395/2016 [(4) Ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile.]. Cu alte cuvinte nu pe poate da eficiență unui principiu cu ignorarea celorlalte prevederi aplicabile, ci trebuie ca acesta să fie respectat alături de toate celelalte prevederi legale aplicabile.

Astfel fiind, critica contestatorului se dovedește a fi întemeiată, incidente în cazul ofertei depusă de fiind dispozițiile art.137 alin.3 lit.g din H.G. nr.395/2016, respectiv oferta este neconformă.

Față de caracterul întemeiat al criticii precedente, Consiliul nu va mai proceda la analiza celorlalte critici, deoarece, oricare ar fi rezultatul acestei analize, situația juridică a ofertei depusă de nu poate fi schimbată.

Referitor la oferta clasată pe locul 3, depusă de ..., Consiliul constată că prima dintre acestea constă în faptul că ofertantul menționat a stabilit prețul ofertei prin raportare la o durată de 10 luni, iar nu la cea de 12 luni prevăzută în caietul de sarcini pentru prestarea activității de asistență tehnică.

În soluționare, din înscrisurile aflate la dosar, rezultă că, prin adresa nr.7.195/18.06.2020, autoritatea contractantă a transmis și acestui ofertant o solicitare de justificare a prețului similară celor transmise ofertanților precedenți, la care ... a formulat răspunsul nr.842/19.06.2020, la care a anexat mai multe devize ofertă.

Din Devizul ofertă – Asistență Tehnică, Consiliul constată, după cum corect susține contestatorul, că ... a stabilit prețul ofertei cu luarea în considerare a unei durate de 10 luni, ceea ce contravine prevederii caietului de sarcini având conținutul:

*„Durata contractului este de 15 luni și este formată din perioada de proiectare a lucrărilor de 3 luni, și **perioada de asistență tehnică de 12 luni.**”*

Așadar, prin luarea în considerare a unui interval de doar 10 luni pentru activitatea de asistență tehnică, mai mic decât cel de 12 luni indicat prin caietul de sarcini, prețul ofertei a fost diminuat considerabil.

Dincolo de împrejurarea că răspunsul ofertantul demonstrează nerespectarea unei cerințe a caietului de sarcini, această nerespectare are influențe directe asupra prețului ofertat, prin diminuarea lui, aspect pe care autoritatea contractantă trebuia să-l sesizeze și să facă aplicarea dispozițiilor incidente, respectiv să constate că justificarea prezentată nu este una concludentă.

Consiliul constată că, și în cazul acestui ofertant, autoritatea contractantă a acționat cu nerespectarea prevederilor din materia achizițiilor publice care impuneau verificarea atentă a răspunsurilor primite, iar nu acceptarea lor indiferent de conținut, comportament care pare să-l fi adoptat comisia de evaluare.

Prin urmare, situația ofertei în discuție, astfel cum rezultă din răspunsul la clarificări, este aceea a unei oferte care nu se încadrează în categoria celor admisibile, ci este una neconformă, în temeiul art.137 alin.3 lit.g din H.G. nr.395/2016, care se impunea fi respinsă ca atare, cum corect susține contestatorul.

Nu prezintă relevanță argumentul autorității contractante constând în invocarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice, pentru aceleași considerente redată în cele ce preced, care nu vor mai fi reluate.

Cu privire la celelalte critici din cadrul contestației, acestea nu vor mai forma obiectul analizei, deoarece orice analiză este inutilă de vreme ce oferta depusă de ... nu este una admisibilă, așa cum a rezultat cu ocazia verificării primei critici.

De asemenea, față de concluzia conform căreia ofertele de pe locurile 1-3 nu sunt admisibile, este inutil a se mai efectua, de către autoritatea contractantă, demersul de clarificare reținut ca necesar cu ocazia analizei primei critici, comună ofertelor menționate.

Având în vedere considerentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, va admite contestația, va anula procesul-verbal nr.8.106/03.07.2020, în ceea ce privește evaluarea ofertelor aflate pe locurile 1-3, precum și actele subsecvente, autoritatea contractantă urmând să reevalueze aceste oferte, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție depusă de ...

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:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează procesul-verbal nr.8.106/03.07.2020, în ceea ce privește evaluarea ofertelor aflate pe locurile 1-3, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze ofertele menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție în interesul autorității contractante, formulată de ...

Respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție voluntară depusă de ...

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.

...

