



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1531/C3/1649

Data: 28.08.2020

Prin contestația nr. 445/10.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32647/10.08.2020, înaintată de SRL (lider al Asocierii SRL - SA), cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 6090/03.08.2020, act emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Rest de executat - Modernizare drum comunal DC148, ..., județul, inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1069860/16.06.2020, s-a solicitat

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

Prin contestația nr. 445/10.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 32647/10.08.2020, ... SRL atacă rezultatul procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 6090/03.08.2020, act emis de autoritatea contractantă în procedura de atribuire mai sus menționată, potrivit căruia oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137 alin. (2) litera. b) din HG nr. 395/2016.

Potrivit comunicării privind rezultatul procedurii, contestatoarea arată că autoritatea contractantă i-a indicat două presupuse motive de inacceptabilitate a ofertei depuse (stabilite ulterior analizării

documentelor ofertei și a răspunsului la solicitarea de clarificări), respectiv: (i) nejustificarea corespunzătoare a modalității de furnizare de piatră spartă sort 15-25 și sort 40-63 de către asociatul SC SA și (ii) lipsa dovezii de disponibilitate pentru participare, la lucrare, a domnului, nominalizat în ofertă ca șef șantier, precum și lipsa prezentării unei modalități de angajare a lui și a doamnei, nominalizată ca topometrist.

La solicitarea de clarificare nr. 5536/01.07.2020, emisă de achizitor, cu scopul de a explica/justifica modalitatea de furnizare de piatră spartă, sort 15-25 și sort 0-3, de către asociatul SC SA (indicat drept furnizor în tabelul de la pg. 35 al ofertei tehnice), în condițiile în care certificările de calitate, mediu, sănătate și performanță pentru piatră spartă prezentate arată clar că cel autorizat a furniza piatra spartă este SC SRL, contestatoarea susține că a înțeles să explice relația dintre asociatul SC SA și furnizorul SC SRL, ale căror documente de calitate pentru materialele în cauză au fost depuse în cadrul ofertei, nu și prezentarea unor documente justificative, care să reliefeze faptul că acestea sunt în stocul asociatului.

Astfel, contestatoarea a precizat faptul că asociatul SC SA dispune, în depozitul general, de piatră spartă sort 15-25 și sort 0-3, achiziționată de la SC SRL, pentru care au fost atașate documente/certificate de calitate.

Pe de o parte, contestatoarea învederează că adresa autorității contractante trebuia să fie clară și să definească în mod suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

Pe de altă parte, contestatoarea reclamă că oferta sa a fost analizată în baza unor cerințe care nu au fost stabilite la momentul publicării documentației de atribuire. Astfel, susține contestatoarea, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea unei liste a furnizorilor principalelor materiale/echipamente, fără a sublinia faptul că, pentru acești furnizori declarați, este necesară depunerea unor documente justificative a relației (contracte prestări servicii, fișe de magazie, etc.).

Privitor la cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei sale, contestatoarea arată că, potrivit secțiunii III.1.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, singurul criteriu de calificare și selecție, solicitat de autoritatea contractantă, a fost experiența similară, nefiind solicitate criterii de calificare privind personalul de care dispune ofertantul, conform dispozițiilor art. 179 lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În schimb, în cadrul secțiunii IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, punctul 9, s-a formulat cerința: *Ofertantul va prezenta modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și ale altor legi incidente.*

Astfel, în cadrul propunerii tehnice, la pag. 313 și pag. 322, contestatoarea a prezentat declarațiile de disponibilitate pentru cei doi specialiști (dl., nominalizat pentru postul de șef de șantier și dna., nominalizată pentru postul de topometrist), în sensul că în cazul în care ofertantului i se va atribui contractul, declară că sunt capabil și disponibil să participe la executarea «Rest de executat – „Modernizare drum comunal DC-148, ..., județul”» începând cu data emiterii ordinului de începere a lucrărilor - până la terminarea contractului.

Prin urmare, în cazul în care asocierea va fi declarată câștigătoare a contractului, experții cheie propuși la realizarea contractului își vor suspenda actualul contract de muncă sau își vor diminua programul la actualul loc de muncă, după caz, pentru a încheia un contract de muncă/colaborare.

Însă, arată contestatoarea, autoritatea contractantă a dat alt înțeles prevederilor de la punctul 9, secțiunea IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, potrivit căreia ofertantul trebuie să asigure accesul la specialiști, fie prin resurse proprii, fie prin externalizare, omițând a doua variantă.

Contrar opiniei autorității contractante, contestatoarea precizează că declarațiile de disponibilitate, prezentate în cadrul propunerii tehnice, reprezintă angajamente contractuale, realizate în vederea obținerii serviciilor respective, în cazul declarării ofertei ca fiind câștigătoare.

Mai mult, menționează contestatoarea, dacă autoritatea contractantă înțelege că, în cazul externalizării, operatorul economic ar fi trebuit să prezinte alte documente, aceasta ar fi trebuit să solicite în mod expres tipul documentelor pe care ofertanții să le prezinte în demonstrarea acestei cerințe, astfel încât toți ofertanții să aibă o informație clară a cerințelor formulate de către aceasta.

Faptul că oferta sa a fost analizată din perspectiva lipsei unor documente care să demonstreze statutul de angajați al celor doi experți, în cadrul societății, reprezintă, în opinia contestatoarei, o gravă încălcare a principiilor tratamentului egal și discriminării, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Nu în ultimul rând, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a încălcat și dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea 98/2016, nefiindu-i indicate cerințele documentației de atribuire ce nu au fost respectate.

Prin adresa nr. 6462/19.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 35147/21.08.2020, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată.

Preliminar, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate caracterul tardiv al criticilor contestatoarei referitoare la solicitarea de clarificare adresată. În măsura în care contestatoarei îi era neclară

formularea autorității contractante, aceasta putea adresa o solicitare de informații, ce i-ar fi înlăturat riscul de neconformitate al ofertei.

Mai mult, precizează autoritatea contractantă, dacă SRL era nemulțumită de conținutul solicitării de clarificare, avea dreptul de a ataca acest act administrativ în termenul legal.

Pe fondul cauzei, privitor la primul motiv al respingerii ofertei depuse, autoritatea contractantă arată că, prin fișa de date a achiziției, a solicitat lista furnizorilor principalelor materiale/echipamente, în care ofertantul va prezenta furnizorii principalelor materiale care vor fi puse în operă (minim pentru balast, piatră, mixturi asfaltice, betoane etc.).

Având în vedere că SRL a declarat furnizor al materialului piatră spartă pe asociatul SC SA, însă a atașat documente de calitate ale operatorului economic SC SRL, autoritatea contractantă a solicitat clarificări, expunând contestatoarei, cât se poate de clar, contextul necesar de clarificat, respectiv nepotrivirea dintre furnizorul declarat și documentele de calitate, mediu, sănătate și performanță.

Or, nici la momentul transmiterii răspunsului la solicitarea de clarificare, contestatoarea nu a prezentat niciun document/contract/angajament de orice fel, prin care să demonstreze relația dintre Asociatul SC SA și SC SRL.

În aceste condiții, autoritatea contractantă este pusă în situația de a presupune/întui relația comercială dintre cele două societăți, fapt ce este lipsit de un cadru legal în materie. Mai mult, ar fi putut reprezenta un avantaj pentru asociere, în comparație cu un alt ofertant care ar fi depus documente clare în sprijinul fermității ofertei depuse.

Autoritatea contractantă mai menționează și faptul că, la momentul întocmirii ofertei, operatorii economici cunosc/au contractat/rezervat/ cerere de oferte de la/către toți furnizorii importanți ai principalelor materiale utilizate, din moment ce, pe baza prețurilor acestora, își fundamentează propunerea financiară.

În ceea ce privește al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă, analizând documentele din ofertă prin raportare la prevederile punctului 9 din cadrul secțiunii IV. 4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, arată că a solicitat contestatoarei să justifice/explice disponibilitatea de a participa la lucrare a domnului (Declarație de disponibilitate datată în 07.05.2020), având în vedere că lucrarea pentru care s-a depus ofertă a fost inițiată în SEAP la 16.06.2020. Totodată, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei să clarifice motivul pentru care nu a prezentat o modalitate de angajare privind participarea la lucrare a domnului, nominalizat ca șef șantier și a doamnei, nominalizată ca topometrist.

Pe de o parte, autoritatea contractantă precizează că nu a solicitat și/sau prezentat, în documentația de atribuire, vreo Declarație de disponibilitate pentru personalul de specialitate.

Or, pentru a demonstra îndeplinirea cerinței din documentația de atribuire, contestatoarea a depus doar declarații de disponibilitate, pe care le-a revizuit, ulterior solicitării de clarificare.

În aceste condiții, prin raportare la documentația de atribuire, care prevede că (...) se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective (...), autoritatea contractantă a apreciat că SRL nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor cu privire la personalul de specialitate, respectiv nu a demonstrat că are acces la anumite resurse umane, calificate, necesare bunei execuții a contractului.

De altfel, autoritatea contractantă consideră că producerea probei disponibilității unui expert (personal de specialitate), solicitat prin fișa de date, nu poate constitui un aspect formal al ofertei, fiind o chestiune esențială, de care depinde chiar capacitatea ofertantului de a executa contractul. De asemenea, ofertantul este cel care, prin depunerea ofertei, trebuie să se asigure că a cuprins, respectat și asigurat toate resursele materiale și umane necesare executării lucrărilor, specificațiile tehnice ale principalelor materiale, cu indicarea corectă a furnizorilor.

În replică, prin adresa nr. 484/25.08.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 35675/25.08.2020, ... SRL a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care solicită respingerea argumentelor expuse de aceasta, ca neîntemeiate.

În plus, în ceea ce privește presupusul caracter tardiv al criticilor sale, contestatoarea susține că (i) nici nu ar fi putut formula vreo solicitare de clarifice, deoarece sistemul electronic îi permite doar încărcarea răspunsului la o eventuală solicitare a autorității contractante și (ii) nici nu ar fi putut ataca conținutul solicitării de clarificări, susținând că un ofertant poate sesiza Consiliului numai după comunicarea rezultatului procedurii.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 16.06.2020, o procedură simplificată, în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Rest de executat - Modernizare drum comunal DC148, ..., județul, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. SCN1069860 și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 6090/03.08.2020), ... SRL (lider al Asocierii SRL - SA) a formulat contestația de față, solicitând anularea ei și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat

recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206439921/1, în valoare de 35.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 12.08.2020.

Având a analiza, cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepția de tardivitate invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată netemeinicia ei. În fapt, contestația nu este îndreptată împotriva adresei de clarificări a ofertei, așa cum susține autoarea excepției, ci este îndreptată împotriva rezultatului evaluării ofertei, inclusiv a răspunsurilor la solicitarea de clarificare. Aducerea în discuție a modului de formulare a întrebărilor de clarificare și a modului de răspuns la acestea, în cauza de față, ține de rezultatul evaluării ofertei, nu de dreptul de a solicita clarificări la aceasta.

În consecință, respingând excepția, ca nefondată, Consiliul face analiza pe fond a cererilor părților, în privința rezultatului procedurii de atribuire, așa cum a fost consemnat în adresa atacată (comunicarea nr. 6090/03.08.2020).

Consiliul reține că decizia și motivele de respingere, consemnate și în raportul procedurii de atribuire nr. 6092/03.08.2020, privesc cele două aspecte care au făcut și obiect al corespondenței de clarificare a ofertei, evocate de părți, dar nu privesc cerințe de calificare, ci unele cerințe de întocmire a ofertei.

Ambele motive de respingere, așa cum au fost reținute de autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare a ofertelor), relevă aplicarea unor reguli nespecificate în documentația de atribuire.

Nici pentru furnizarea pietrei sparte și nici pentru asigurarea accesului la specialiști, documentația de atribuire nu a impus ofertanților prezentarea unor documente specifice, care să dovedească faptul că au pe stoc materiale și că au relații de muncă/colaborare cu specialiști ce vor fi implicați în lucrări.

Consiliul constată că, nici prin solicitările de clarificare a ofertei, autoritatea contractantă nu a cerut astfel de documente, ci doar informații pentru explicitarea modalității de furnizare a unor sorturi de piatră spartă, respectiv, justificarea modalității de angajare a șefului de șantier și a topometristului, inclusiv cu corelarea datei din declarația de disponibilitate (ce ar fi fost emisă la 07.05.2020).

Consiliul are în vedere faptul că fișa de date a achiziției și caietul de sarcini cuprind reguli comune/identice, privitoare la cele două aspecte de interes, în secțiunile privind modalitatea de întocmire a propunerii tehnice.

În secțiunea specifică a fișei de date a achiziției (*IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*), se indica ofertanților nevoia de a preciza/include în cuprinsul propunerii tehnice, printre altele: "...Lista furnizorilor principalelor materiale/echipamente, în care ofertantul va prezenta furnizorii principalelor materiale care vor fi puse în opera (minim pentru balast, piatra, mixturi asfaltice, betoane etc.) [...]"

9. Ofertantul va prezenta modalitatea de asigurare a accesului la specialistii necesari si obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerintelor fundamentale aplicabile lucrarilor cuprinse în

obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente. În cadrul acestei secțiuni se va descrie momentul în care vor interveni acești specialiști în implementarea viitorului contract, precum și modul în care ofertantul și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective. Nominalizarea și prezentarea de documente precum autorizatia/atestatul urmează a fi solicitate pe parcursul derulării contractului”.

Faptul că, în oferta contestatoarei, unul dintre asociați contribuie și cu punerea la dispoziție a unor cantități de piatră spartă, pentru care nu ar fi făcut dovada deținerii materialului în cauză, este nerelevant, întrucât nici documentația de atribuire și nici solicitarea de clarificare a ofertei nu au impus dovezi ale deținerii lui (precum cele reținute în decizia de respingere a ofertei: ”fișa de magazie, stoc materiale, factura fiscală sau alte documente relevante”).

De asemenea, lipsa dovezii că societatea dispune de personalul calificat solicitat prin fișa de date a achiziției nu poate fi motiv de excludere, în condițiile în care ofertanții nu aveau obligația prezentării unor astfel de dovezi, și nici al existenței unui tip de contract cu persoanele în cauză. Mai mult, nici solicitarea de clarificare a ofertei contestatoarei nu a impus astfel de dovezi, privitoare la șeful de șantier și la topometrist.

În ambele situații, o solicitare de prezentare a unor dovezi minimale, de confirmare a deținerii materialului de interes/accesului la specialiștii de interes, nu putea conduce la încălcarea regulilor de la art. 209 din Legea nr. 98/2016: *(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Dimpotrivă, un astfel de demers al autorității contractante putea înlătura orice dubiu privind fermitatea sau ne/conformitatea ofertei, în absența obligațiilor specifice de prezentare a documentelor doveditoare.

În practica instanțelor naționale și a CNSC este consacrată opinia nevoii unei analize complete și temeinice a ofertelor, înainte de a decide excluderea sau acceptarea lor, de către achizitor, inspirată și de jurisprudența instanțelor comunitare (precum concluziile preliminare 56 și 57 din hotărârea Tribunalului de Primă Instanță de la Luxemburg, emisă în cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva CE:

56. Aceasta este situația în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care autoritatea are cunoștință, arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bune administrări ca această ofertă să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, pct. 37 și 38).

57. Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curtii din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C- 157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia.).

Drept care, considerând eronată decizia de respingere a ofertei contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula decizia în cauză (cuprinsă în comunicarea nr. 6090/03.08.2020) și va obliga autoritatea contractantă la reluarea procesului de evaluare a ofertei, în 15 zile, pornind de la constatarea că regulile documentației de atribuire, privind cele două aspecte ale conținutului propunerii tehnice, sus analizate, au fost respectate.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SRL, în contradictoriu cu, privitor la rezultatul procedurii inițiate cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1069860/16.06.2020.

Anulează decizia de respingere a ofertei contestatoarei, cuprinsă în comunicarea nr. 6090/03.08.2020.

Obligă autoritatea contractantă la reluarea procesului de evaluare a ofertei, în 15 zile, pornind de la constatarea că regulile documentației

de atribuire, privind cele două aspecte ale conținutului propunerii tehnice (deținere piatră spartă și specialiști- șeful de șantier și topometristul), sus analizate, au fost respectate.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....