



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

**În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:**

## DECIZIE

**Nr. .../ ... /...**

**Data: ...**

Prin contestația nr.296/30.07.2015, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.14425/30.07.2015, formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr...., având CUI ..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat de către ..., cu sediul în ....., ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de mapare amplasament prioritizare, inspecții și asistență tehnică pentru conductele și rezervoarele îngropate în incinta CNE ...”, s-a solicitat anularea deciziei prin care oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost declarată neconformă și obligarea autorității contractante să declare câștigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L.

În baza documentelor depuse de părți,  
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

## DECIDE

Respinge excepția tardivității constituirii și depunerii garanției de bună conduită, invocată de ...

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea deciziei de declarare ca neconformă a ofertei depusă de S.C. ... S.R.L., din contestația

formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ... cu sediul în ....., ....

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante să declare câștigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L., din contestația depusă de S.C. ... S.R.L.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

## MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, S.C. ... S.R.L. a criticat rezultatul procedurii de atribuire comunicat de către ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de mapare amplasament prioritizare, inspecții și asistență tehnică pentru conductele și rezervoarele îngropate în incinta CNE ...”, solicitând anularea deciziei prin care oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost declarată neconformă și obligarea autorității contractante să declare câștigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L.

În motivarea contestației, S.C. ... S.R.L. prezintă un istoric al procedurii de atribuire, arătând că, în cadrul etapei de negociere a propunerii de ofertă, autoritatea contractantă i-a cerut să precizeze dacă, în cazul aplicației risk-ranking BPWORKS, personalul desemnat al ... are experiența și pregătirea necesară pentru utilizarea acestui soft produs de EPRI, întrebare la care societatea sa a răspuns în sensul că are experiență în utilizarea aplicațiilor software de tip risk-ranking.

Pe de altă parte, contestatorul arată că a fost întrebat dacă are în plan asigurarea unei pregătiri dedicate prin participarea la un curs EPRI, în cazul în care nu are o astfel de experiență cu aplicația risk-ranking BPWORKS, fapt ce presupune, în opinia sa, că la acel moment nu era necesară această experiență, putând fi făcută și ulterior fără a fi în vreun fel precizat.

Contestatorul arată că, după negocierea propunerii de ofertă, a transmis autorității contractante, în data de 05.06.2015, precizări la propunerea tehnică, prin care a aratat că S.C. ... S.R.L. are experiență în utilizarea aplicațiilor software de risk-ranking, iar pentru programul software BPWORKS are prevăzut un plan de instruire internă (prin divizia Test din cadrul ...) și externă (realizată de CNE Cernavodă) deoarece producătorul acestui software EPRI nu oferă servicii de instruire pentru software-ul produs.

Autoritatea contractantă a răspuns acestor precizări, după cum se arată, în data de 18.06.2015, comunicând că nu poate asigura pregătirea personalului S.C. ... S.R.L. pentru aplicația BPWORK, însă poate facilita obținerea acestui serviciu din partea societății EPRI (societatea

producătoare a acestui software), urmând ca toate costurile de instruire să fie suportate de către societatea sa.

Contestatorul arată că, urmare a depunerii ofertei finale, în data de 02.07.2015, a purtat o nouă corespondență cu autoritatea contractantă în ceea ce privește instruirea angajaților proprii de către ERPI sau de către o firmă acceptată de către ERPI referitor la aplicația BPWORK, precizând că personalul său va instrui la rândul său personalul CNE Cernavodă în conformitate cu cerințele caietului de sarcini.

Precizează contestatorul că, din toată corespondența mai sus arătată, rezultă că cerința referitoare la instruirea personalului referitor la aplicația BPWORKS putea fi făcut și ulterior.

Cu toate acestea, susține contestatorul, prin adresa nr.1521/23.07.2015 autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, potrivit căruia oferta sa a fost declarată neconformă, în temeiul art.36 alin.2, lit.a din H.G. nr.925/2006, deoarece nu a îndeplinit cerințele tehnice.

Invocând prevederile art.188 alin.1, art.3 alin.1, lit.k din O.U.G. nr.34/2006 coroborat cu art.11, art.12 din H.G. nr.925/2006, contestatorul susține că cerințele tehnice prevăzute la Secțiunea B.4.8., punctul 5, Secțiunea C.4.2.3. punctul 1, Secțiunea B.4.8. punctul 6, Secțiunea 18.16 pct.a din documentația descriptivă, respectiv din caietul de sarcini, nu sunt preluate în fișa de date și în anunțul de participare, fiind considerate clauze nescrise.

Așadar, în raport de cerințele/criterii de calificare și/sau selecție precizate în fișa de date, contestatorul apreciază că oferta sa este conformă, dispozițiilor legale susmenționate reglementând, în mod clar, obligația autorității contractante de a utiliza la analiza și verificarea ofertelor numai cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție prevăzute în anunțul de participare sau în fișa de date.

În ceea ce privește cerințele de calificare referitoare la aplicația BPWORKS, contestatorul susține că acestea puteau fi îndeplinite și ulterior, fapt confirmat de autoritatea contractantă care, în primă fază a declarat calificată oferta sa, iar cu ocazia negocierii a sugerat ca personalul S.C. ... S.R.L. să urmeze cursuri aratându-i în repetate rânduri disponibilitatea de a facilita obținerea acestui serviciu de instruire pentru software din partea societății EPRI, societatea producătoare a acestui software.

Nu este lipsit de importanță, în opinia contestatorului, faptul că, prin răspunsul nr.845/13.05.2015, la propunerea tehnică preliminară autoritatea contractantă nu a făcut niciun fel de referire, obiecție, contestație, completare, recomandare cu privire la calificarea personalului S.C. ... S.R.L. în ce privește aplicația BPWORKS, autoritatea contractantă solicitând completarea aspectelor din propunerea tehnică preliminară referitoare la măsurile de asigurare a corectitudinii datelor introduse în aplicația BPWORKS, fără a face mențiuni cu privire la calificarea/instruirea personalului.

Având în vedere că în cadrul documentației de atribuire se solicită ca ofertantul să îndeplinească cerința fără a specifica la ce moment, contestatorul apreciază că, raportat la prevederile caietului de sarcini, Cap.5.2., ale fișei de date, pct.1.2. și ale procesului-verbal de negociere în care s-a declarat că se vor folosi minim 4 persoane pentru această activitate, rămâne un timp de una până la trei luni pentru instruirea personalului în vederea utilizării software-ului BPWQRKS.

Un alt motiv de declarare a ofertei depusă de S.C. ... S.R.L. ca fiind câștigătoare, este, în opinia contestatorului, acela că oferta sa financiară a avut prețul cel mai scăzut.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.9297/06.08.2015, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.14922/07.08.2015, ...în calitate de autoritate contractantă, a invocat, pe cale de excepție, tardivitatea constituirii și depunerii garanției de bună conduită, solicitând respingerea contestației în baza art.271<sup>1</sup> alin.3 din ordonanța de urgență, iar, pe fondul cauzei, a solicitat respingerea ca neîntemeiată a contestației și, ca inadmisibilă, cu privire la cel de-al doilea capăt al cererii.

În cuprinsul punctului de vedere autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii de atribuire, arătând că oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost declarată neconformă, în temeiul dispozițiilor art.36, alin.2, lit.a din H.G. nr.925/2006, întrucât nu a îndeplinit, în mod corespunzător, cerințele documentației descriptive, respectiv cerințele menționate la:

-Secțiunea B.4.8, subpct.5 și Secțiunea C.4.2.3, subpct.1, referitoare la asigurarea de personal calificat/certificat pentru utilizarea/operarea platformei software BPWORKS, platformă care urmează a fi pusă la dispoziție de către beneficiar,

-Secțiunea B.4.8, subpct.6 și Secțiunea 18.14, subpct.a referitoare la asigurarea, de către prestator, a pregătirii personalului beneficiarului în utilizarea platformelor software folosite pentru prestarea serviciilor din obiectul contractului (BPWORKS, SIG etc.).

În susținerea excepției tardivității constituirii și depunerii garanției de bună conduită, autoritatea contractantă arată că, raportat la prevederile art.271<sup>1</sup>, alin.3 din O.U.G. nr.34/2006, contestatorul avea obligația de a depune dovada constituirii garanției de bună conduită odată cu contestația, ori S.C. ... S.R.L. a depus garanția de bună conduită, în data de 03.08.2015, ulterior depunerii contestației la Consiliu.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că durata de valabilitate a garanției de bună conduită nu acoperă perioada cuprinsă între data depunerii contestației și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului, data depunerii contestației fiind 30.07.2015, iar valabilitatea garanției începe să curgă de la data de 31.07.2015.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă răspunde punctual criticilor formulate de contestator, apreciind că acestea sunt neîntemeiate din următoarele considerente:

1. Susținerea contestatorului potrivit căreia instruirea personalului cu privire la aplicația BPWORKS poate fi făcută și ulterior este neîntemeiată raportat la cerințele exprese incluse în documentația descriptivă, cerințe pe care contestatorul nu le-a contestat și, totodată, prin depunerea ofertei tehnice și le-a însușit integral.

Redând prevederile din secțiunea A.4.1, pct.1, secțiunea B.Prioritizare, secțiunea B.4.8., secțiunea C.4.2.3., secțiunea 18.14, autoritatea contractantă arată că, din cuprinsul acestora, rezultă că, în mod clar, ofertanții trebuie să facă dovada, pe de o parte, ca dispun de personal calificat și instruit pentru utilizarea platformei BPWORKS, iar, pe de altă parte, că pot asigura instruirea personalului beneficiarului pentru utilizarea tuturor platformelor software utilizate pentru prestarea serviciilor. Totodată, rezultă că activitățile de mapare, clasificare zone de inspecție și prioritizarea preliminară se vor efectua imediat după semnarea contractului, ceea ce presupune că ofertantul declarat câștigător trebuia să dețină, la momentul semnării contractului, capacitatea de a efectua aceste activități.

În acest context, declarația S.C. ... S.R.L., transmisă cu adresa nr.263/06.07.2015, în care a precizat că va instrui la EPRI un număr de angajați proprii pentru a putea folosi aplicația BPWORKS și că va instrui, la rândul său, personalul CNE Cernavoda, nu poate proba îndeplinirea acestor cerințe la momentul depunerii ofertei și, în general, pe tot parcursul etapei de negociere.

Autoritatea contractantă prezintă, în continuare, activitățile ce se vor efectua de către prestator cu ajutorul softului de specialitate BPWORKS, care va fi pus la dispoziție de către sucursala CNE Cernavodă a SNN, precum și explicații cu privire la ce servește această aplicație.

Se precizează că, în urma negocierilor purtate cu ceilalți 2 candidați selectați, INETEC - Institute for Nuclear Technology și CANDU Energy Inc., aceștia au probat faptul ca dețin personal specializat și instruit pentru utilizarea aplicației BPWORKS, prin subcontractanții declarați.

2. Prevederile art.188 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 invocate de contestator nu sunt incidente în cauză, având în vedere că sunt aplicabile contractului de furnizare, prezenta procedură fiind organizată în vederea atribuirii unui contract de servicii.

Mai mult, se susține că S.C. ... S.R.L. face confuzie între cerințele de calificare impuse în fișa de date și cerințele caietului de sarcini/documentației descriptive, a căror îndeplinire trebuie să o probeze prin oferta tehnică depusă.

3. Cerințele tehnice la care face referire S.C. ... S.R.L. nu reprezintă cerințe de calificare, acesta fiind deja calificată/selectată pentru etapa a doua a procedurii de atribuire, conform raportului intermediar nr.4054 din 03.04.2015; respectivele cerințe fiind în legătură directă cu modalitatea de îndeplinire a viitorului contract;

Autoritatea contractantă arată că potrivit art.33, alin.3 din O.U.G. nr.34/2006 „cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate

în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare”, sunt considerate clauze nescrise.

4. Contrar susținerilor contestatorului, oferta este considerată neconformă, potrivit prevederilor art.36, alin.2 din H.G. nr.925/2006, când nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini și nicidecum când nu satisface cerințele de calificare, pentru care există un alt articol, prevăzut expres în actul normativ antementionat, și anume alin.1 al art.36 din H.G. nr.925/2006.

Suplimentar celor afirmate, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- în documentația descriptivă nu este specificat faptul că prestatorul își poate pregăti personalul propriu (sau subcontractor), pentru utilizarea platformei BPWORKS, ulterior datei de semnare a contractului, prestatorul trebuind să dețină deja personal (propriu sau prin subcontractare) pregătit și capabil să execute toate serviciile solicitate, inclusiv serviciile de prioritizare;

- așa cum personalul ce urmează a executa contractul trebuie să fie capabil să utilizeze aplicațiile software proprii, propuse de fiecare ofertant în propunerea tehnică, tot așa trebuie ca personalul să fie capabil să utilizeze platforma BPWORKS, identificată în documentația descriptivă, care urmează a fi pusă la dispoziție de către beneficiar;

- S.C. ... S.R.L. a declarat, prin oferta tehnică finală, la secțiunea B.4.8, punctul 5, că: "...va asigura personalul calificat/certificat pentru utilizarea/operarea platformelor software folosite în scopul contractului, inclusiv pentru cele puse la dispoziție de către Beneficiar. ... S.R.L. va suporta toate cheltuielile legate de pregătirea personalului propriu de către EPRI, în condițiile în care CNE Cernavoda se va implica în obținerea acestui serviciu pe care nu îl poate asigura prin proprii angajați".

Prin adresa nr.1401/02.07.2015, autoritatea contractantă a declinat, după cum arată, responsabilitatea sa în asigurarea suportului pentru obținerea de către S.C. ... S.R.L. a pregătirii personalului său la EPRI, având în vedere că aceasta a fost cerința documentației descriptive care trebuia îndeplinită de către ofertanți și a solicitat contestatorului să facă dovada că deține personalul pregătit și capabil de a presta acest serviciu, cerință la care însă contestatorul nu a răspuns.

- Faptul că, prin scrisoarea nr.1305 din 18.05.2015, s-a afirmat că se poate "facilita obținerea acestui serviciu de pregătire a personalului pentru utilizarea BPWORKS din partea EPRI", nu trebuie și nu poate fi înțeles în sensul implicării directe a CNE Cernavodă în obținerea serviciului de la EPRI, ci avea în vedere strict furnizarea numelui unei persoane de contact din cadrul EPRI.

5. Susținerea contestatorului potrivit căreia oferta sa trebuia declarată câștigătoare întrucât a avut prețul cel mai scăzut, nu are relevanță având în vedere prevederile art.200 alin.1 din O.U.G. nr.925/2006 și art.82 alin.1 din H.G. nr.925/2006 potrivit cărora comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile.

6. Capătul de cerere prin care se solicită declararea ofertei depusă S.C. ... S.R.L. ca fiind câștigătoare este inadmisibil având în vedere că raportat la prevederile art.278 alin.6 din O.U.G. nr.34/2006, nici Consiliu și nici instanța de judecată nu se pot substitui autorității contractante, neputându-și depăși competențele prevăzute de lege.

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

Prin adresa nr.310/07.08.2015, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.14966/07.08.2015, S.C. ... S.R.L. a solicitat respingerea excepției tardivității depunerii și constituirii garanției de bună conduită pentru următoarele considerente:

-Garanția de bună conduită a fost depusă la autoritatea contractantă în interiorul termenului în care se putea formula contestația, situația fiind similară taxei de timbru aferentă cererii introductive în instanță în cazul căreia se aplică procedura de verificare și regularizare prevăzută de art.200 din Codul de procedură civilă, procedură reglementată și în cazul contestațiilor de art.270 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006.

-Autoritatea contractantă nu a afirmat și nu a dovedit nicio vătămare prin depunerea garanției de bună conduită în interiorul termenului de formulare a contestației, la data de 03.08.2015.

-Legiuitorul prin prevederile art.271<sup>1</sup> alin.5 și alin.6 din O.U.G. nr.34/2006 a acordat mai multă importanță termenului final de valabilitate a garanției în vederea protejării autorității de riscul unui eventual comportament necorespunzător.

În considerarea dispozițiilor art.278 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției tardivității constituirii și depunerii garanției de bună conduită, excepție invocată de autoritatea contractantă prin prisma dispozițiilor art.271<sup>1</sup> alin.3 din O.U.G. nr.34/2006.

Anterior invocării excepției, se reține că S.C. ... S.R.L. a transmis la dosarul cauzei, cu adresa nr.302/03.08.2015, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.14597/03.08.2015, în copie, Polița de asigurare de garanție nr.0128149, emisă de S.C. CERTASIG – Societate de Asigurare și Reasigurare S.A., pentru suma asigurată de 110.188 lei, reprezentând echivalentul a 25.000 euro la cursul BNR de la data constituirii garanției, cu valabilitate de la 31.07.2015 la 06.11.2015, beneficiar fiind ...

Autoritatea contractantă nu contestă faptul că S.C. ... S.R.L. ar fi constituit garanția de bună conduită, ci faptul că aceasta nu a fost constituită și depusă odată cu contestația, ci ulterior, context în care pretinde respingerea contestației.

Consiliul nu poate da curs solicitării autorității contractante, din mai multe considerente:

- ordonanța nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția nu este constituită la momentul depunerii contestației, ci ulterior;

- ordonanța nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin chiar solicitarea de către C.N.S.C. a constituirii garanției, ceea ce nu s-a

întâmplat în prezenta speță, contestatorul constituind benevol garanția în discuție;

- ordonanța interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a-și corecta contestația [art.270 alin.2 - *în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin.1, va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația*];

- art.200 alin.2 C. proc. civ. interzice respingerea/anularea unei cereri de chemare în judecată fără a i se comunica reclamantului în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să realizeze completările sau modificările dispuse;

- art.177 alin.1 C. proc. civ. prevede că ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Totodată, conform alin.3, actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia;

- art.33 alin.2 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.80/2013 privind taxele judiciare de timbru stabilește dreptul reclamantului de a i se acorda un termen pentru timbrarea corespunzătoare a cererii sale: "*Dacă cererea de chemare în judecată este netimbrată sau insuficient timbrată, reclamantului i se pune în vedere, în condițiile art.200 alin.2 teza I din Codul de procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței.*" Așadar, o cerere care nu este însoțită de dovada achitării taxei de timbru nu este respinsă *ipso facto*, ci i se pune în vedere autorului să își timbreze cererea într-un anumit termen. Doar dacă acesta nu se conformează măsurii dispuse de instanță i se va respinge cererea.

La art.6 alin.1 din Codul de procedură civilă se prevede că orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. În acest scop, *instanța este datoare să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății.*

Art. 21 din Constituție dispune:

*"(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime.*

*(2) Nici o lege nu poate îngrădi exercitarea acestui drept.*

*(3) Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil.*

*(4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite."*

În prezenta speță, întrucât S.C. ... S.R.L. a prezentat dovada constituirii garanției, garanție care este acoperitoare, și a fost constituită în ziua următoare celei în care contestația a fost depusă, nu poate fi respinsă pe considerentul tardivității constituirii și depunerii garanției de bună conduită. În plus, ar fi și inechitabilă sancțiunea respingerii, câtă vreme autoritatea contractantă a intrat în posesia dovezii constituirii garanției



de bună conduită, fiindu-i transmisă, după cum însăși recunoaște, cu adresa nr.301/03.08.2015. Scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatorului, astfel cum impune art.271<sup>1</sup> alin.1 din ordonanță, este atins în prezenta cauză. Chiar dacă la 30.07.2015 autoritatea contractantă nu era în posesia poliței de asigurare, la respectiva dată nu a fost pusă în situația de a îi reține contestatorului o eventuală garanție pentru conduita sa, iar la acest moment garanția este constituită, este validă și acoperă riscul vizat de legiuitor.

Din altă perspectivă, trebuie adăugat că autoritatea nu a suferit nicio vătămare din cauza constituirii cu o zi întârziere a garanției de către autoarea contestației. De asemenea, este de punctat că, indiferent de data înființării sau a aducerii garanției, dreptul autorității beneficiare de a o executa se naște abia la finalul litigiului, acesta fiind singurul moment relevant pentru autoritatea contractantă, la care ea trebuie să se afle în posesia unei garanții valide și îndestulătoare.

În aceeași direcție s-au pronunțat și instanțele judecătorești, elocventă fiind decizia civilă nr.6837 din 10 septembrie 2014 a Curții de Apel Timișoara - Secția contencios administrativ și fiscal.

Pentru aceleași considerente vor fi respinse și susținerile autorității contractante legată de valabilitatea garanției de bună conduită, constituirea garanției de bună conduită la data de 31.07.2015, iar nu la 30.07.2015 – a depunerii contestației, nefiind de natură a aduce atingere scopului acesteia.

Pe fond, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

La data de 27.11.2015, ... a inițiat procedura de atribuire, prin negociere cu publicarea prealabilă a unui anunț de participare, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de mapare amplasament prioritizare, inspecții și asistență tehnică pentru conductele și rezervoarele îngropate în incinta CNE Cernavodă”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr.....

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 13.034.498 lei, fără TVA, criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse 3 candidaturi, printre care și cea a contestatorului, care au fost deschise la data de 10.02.2015, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.1723, toți cei trei candidați fiind declarați selectați pentru etapa a doua a procedurii de atribuire, conform raportului intermediar nr.4054/03.04.2015.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.8733/23.07.2015, autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de INETEC- Institute for Nuclear Technology, în timp ce oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost respinsă, ca neconformă, potrivit dispozițiilor art.36, alin.2, lit.a din H.G. nr.925/2006.

Împotriva rezultatului procedurii, respectiv a deciziei de respingere a ofertei sale, S.C. ... S.R.L. a depus, în termenul legal, prezenta contestație.

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

Oferta depusă de S.C. ... S.R.L. a fost respinsă, ca neconformă, potrivit dispozițiilor art.36, alin.2, lit.a din H.G. nr.925/2006, așa cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr.8733/23.07.2015, deoarece nu îndeplinește cerințele tehnice prevăzute la secțiunea B.4.8, pct.5 și secțiunea C.4.2.3, pct.1 din documentația descriptivă, și nici pe cele prevăzute la secțiunea B.4.8, pct.6 și secțiunea 18.12, pct.a, din documentația descriptivă.

Având a se pronunța asupra legalității motivelor de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că primul motiv de respingere a ofertei, așa cum apare enunțat în raportul procedurii de atribuire nr.8733/23.07.2015, constă în faptul că *nu sunt îndeplinite cerințele tehnice:*

*„-exprimate în Secțiunea B.4.8, punctul 5 și Secțiunea C.4.2.3, punctul 1 din Documentația Descriptivă # 26681 (rev.2), referitoare la capacitatea Prestatorului de a presta serviciile de efectuare clasificare zone de inspecție pe baza riscului asociat pentru selectarea tronsoanelor de conductă și rezervoarelor îngropate folosind platforma software BPWORKS, care urmează a fi pusă la dispoziție de Beneficiar (CNE Cernavodă).*

*Pe parcursul procesului de ofertare și negociere, ... nu a făcut dovada că deține experiența necesară pentru efectuarea acestor activități precum și personal calificat/certificat pentru utilizarea/operarea platformei software BPWORKS, care va fi folosită în scopul prestării serviciului de priorizare inspecției (risk-ranking) prevăzut în DD # 26681 (rev.2), secțiunea B – Priorizare.”*

Din verificarea documentației descriptive, se observă că la secțiunea B.4.8, pct.5 și Secțiunea C.4.2.3, pct.1, apar următoarele cerințe, considerate neîndeplinite:

*„B.4.8. – Utilizare software specializat*

*(...)*

*5. Prestatorul va asigura personal calificat/certificat pentru utilizarea/operarea platformelor software folosite în scopul contractului, inclusiv pentru cele puse la dispoziție de Beneficiar.*

*(...)*

*C.4.2.3 – Personalul de inspecție*

*1. Pentru fiecare din activitățile solicitate în prezenta Documentație Descriptivă. Prestatorul va asigura personal propriu calificat și autorizat în conformitate cu cerințele standardelor în vigoare, aplicabile activității desfășurate.*

*(...)”*

Având în vedere că S.C. ... S.R.L. nu formulează apărări în sensul că îndeplinește cerința de a deține personal calificat/certificat pentru utilizarea/operarea platformei software BPWORKS, care va fi folosită în scopul prestării serviciului de priorizare inspecției (risk-ranking), platformă ce va fi pusă la dispoziție de autoritatea contractantă, ci în sensul în care instruirea personalului poate fi făcută și ulterior, pe de o parte, iar, pe de altă parte, cerința în discuție nefiind preluată în anunțul de participare și fișa de date nu poate fi luată în considerare la analiza ofertei deoarece este o

clauză nescrisă, Consiliul va proceda la efectuarea de verificări spre a stabili dacă cele susținute de contestator sunt întemeiate sau nu.

Astfel, în ceea ce privește susținerea conform căreia cerința de a deține personal calificat/certificat pentru utilizarea/operarea platformei software BPWORKS putea fi îndeplinită și ulterior, respectiv instruirea personalului pentru utilizarea platformei menționate putea fi făcută și ulterior, Consiliul constată că în documentația descriptivă nu se regăsește vreo prevedere din care să rezulte cele susținute de contestator.

Aceast aspect, dar și prevederile de la secțiunea B – „Prioritizare” din documentația descriptivă, conform cărora:

*„Efectuare clasificare zone de inspecție pe baza riscului asociat (Risk-Ranking), pentru selectarea tronsoanelor de conductă și rezervoarelor îngropate pentru inspecție în baza riscului asociat, ca și combinație între probabilitatea de defectare și consecințele defectării.*

*Pentru efectuarea prioritizării, Prestatorul va folosi ultima versiune disponibilă a programului BPWORKS. Această aplicație va fi pusă la dispoziția Prestatorului de către Beneficiar, dacă Prestatorul nu o deține deja.*

(...)

*Procesul de prioritizare (risk-ranking) se va desfășura în două etape, după cum urmează:*

*-etapa 1: o prioritizare preliminară se va efectua după semnarea contractului, în baza datelor de proiect existente, furnizate de Beneficiar.*

*-etapa 2: actualizarea (revizia periodică) a prioritizării după fiecare campanie anuală de inspecție, în baza prioritizării inițiale și a rezultatelor inspecțiilor derulate în perioada acordului-cadru.”*

formează convingerea Consiliului conform căreia cerința nu poate fi îndeplinită la un alt moment decât cel al depunerii ofertei.

În sensul că, în lipsa unei prevederi exprese nu se poate reține o altă dată de îndeplinire a cerinței decât cea a depunerii ofertei, pledează și dispozițiile art.33 alin.1 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora „Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”

Așadar, în lipsa unei prevederi exprese în sensul afirmației contestatorului, adică a unei prevederi în care autoritatea contractantă să fi precizat data când trebuie îndeplinită cerința, incidente devin dispozițiile art.170 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...).”

Interpretarea contestatorului conform căreia dacă nu s-a specificat momentul îndeplinirii cerinței aceasta poate fi îndeplinită și înaintea începerii activității efective cu aplicația BPWORKS, este una profund eronată, contestatorul având obligația de a îndeplini cerința la o altă dată doar dacă autoritatea contractantă prevedea expres acest lucru.

Contestatorul nu indică vreo prevedere din care să rezulte că cerința trebuie îndeplinită la o altă dată, ci face vorbire despre o corespondență pe care a purtat-o cu autoritatea contractantă în etapa de negociere și din care ar rezulta cele pe care le afirmă, corespondență însă, pe care Consiliul nu o poate considera relevantă raportat la obligația ofertantului de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire, statuată de articolul menționat, și obligația autorității contractante de a verifica ofertele raportat la aceeași documentație, prevăzută la art.72 alin.2 lit.f din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, eventuale concesiile ale acesteia din urmă cu privire la îndeplinirea de către un ofertant a vreunei cerințe din documentația de atribuire, reprezentând nu doar o încălcare a atribuției exprese prevăzută la articolul menționat, ci și o încălcare a principiului tratamentului egal, statuat la art.2 alin.2 lit.b din ordonanța de urgență.

Așadar, contestatorul avea obligația de a îndeplini cerința în discuție la data depunerii ofertei, iar nu ulterior.

De asemenea, nu pot fi reținute ca argumente în acceptarea punctului de vedere al contestatorului, susținerile sale conform cărora, față de planificarea activităților, există timpul necesar ca ulterior încheierii contractului să se facă instruirea personalului, contestatorul fiind obligat să îndeplinească cerința la data depunerii ofertei, iar nu ulterior.

Pe de altă parte, urmând logica contestatorului, ar însemna că acesta să îndeplinească cerința în discuție după încheierea contractului, aspect ce presupune ca oferta contestatorului să fie desemnată câștigătoare cu nesocotirea prevederilor art.37 din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, conform căruia:

*„(1) Ofertele care nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art.36 sunt singurele oferte care pot fi considerate admisibile.*

*(2) Oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și documentația de atribuire”,*

prevederi legale din care rezultă, indubitabil, că este admisibilă doar acea ofertă care nu se află în nici unul dintre cazurile de respingere prevăzute la art.36 din hotărârea de guvern, deci nici în acela în care a fost întocmită cu nerespectarea caietului de sarcini (documentația descriptivă).

Astfel fiind, susținerea contestatorului conform căreia instruirea personalului pentru utilizarea platformei software BPWORKS poate fi făcută și ulterior, va fi respinsă.

În ceea ce privește susținerea contestatorului potrivit cu care cerința în discuție nefiind preluată în anunțul de participare și fișa de date nu poate fi luată în considerare la analiza ofertei deoarece este o clauză nescrisă, Consiliul constată că, în fapt, ceea ce se critică este documentația descriptivă despre care contestatorul a avut cunoștință încă de la data de 25.11.2014, când a fost publicată în SEAP, și pe care și-a însușit-o ca atare, aspect ce rezultă din faptul depunerii ofertei.

Dacă prevederi ale documentației descriptive erau considerate în mod nelegal cuprinse în aceasta, contestatorul avea deschisă calea de atac a

contestației, pe care trebuia să o exercite în termenul legal defipt de lege, respectiv în termen de 5 zile de la data la care respectiva documentație a fost publicată în SEAP, conform art.256<sup>2</sup> alin.1 lit.b și alin.2 din ordonanța de urgență.

În lipsa demersului arătat, documentația descriptivă și-a consolidat forța obligatorie astfel încât, în considerarea dispozițiilor art.170 din ordonanța de urgență, contestatorul a devenit debitorul obligației de a întocmi oferta conform prevederilor documentației descriptive.

Cum S.C. ... S.R.L. a întocmit oferta cu nerespectarea cerinței susenunțate, aspect necontestat, de altfel, de acesta, rezultă că în mod corect oferta acestuia a fost respinsă, ca neconformă, incidente fiind dispozițiile art.36 alin.2 lit.a din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare.

Într-o altă ordine de idei, ceea ce propune contestatorul este evaluarea ofertei sale fără a se ține seama de cerința în discuție, propunere ce nu poate fi primită în condițiile în care pune sub semnul întrebării executarea contractului conform necesităților autorității contractante, necesități exprimate în prevederile documentației descriptive.

Chiar dacă ar fi să se considere că cerința în discuție reprezintă un criteriu de calificare, evaluarea ofertei contestatorului nu se poate face cu ignorarea acesteia atâta vreme cât respectiva cerință este impusă de însași specificul executării contractului, iar, potrivit art.7 din hotărârea de guvern, *„Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art.176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”*

Cel de al doilea motiv care a condus la respingerea ofertei contestatorului, contă în neîndeplinirea cerințelor tehnice:

*„-exprimate în Secțiunea B.4.8, punctul 6 și Secțiunea 18.14, punctul a) din DD # 26681 (rev.2), referitoare la asigurarea de către Prestator a pregătirii personalului desemnat al Beneficiarului în utilizarea platformelor software folosite pentru prestarea serviciilor (BPWORKS, SIG, etc.)*

*Pe parcursul procesului de ofertare și negociere, ... nu a făcut dovada că poate asigura pregătirea personalului desemnat al CNE Cernavodă în utilizarea aplicației software BPWORKS, întrucât la momentul depunerii ofertei tehnice nu deține personal propriu sau contractor care să fie calificat sau certificat de către EPRI, sau să aibă o experiență minimă anterioară în utilizarea acestei aplicații software.*

*Menționăm că declarația ... transmisă cu adresa nr.263/06.07.2015, înregistrată la CNE Cernavodă cu nr.812 din 06.07.2015, în care precizează că va instrui la EPRI un număr de angajați proprii pentru a putea folosi aplicația BPWORKES și că va instrui la rândul său personalul CNE Cernavodă – nu poate înlocui faptul că ... nu a putut proba îndeplinirea acestor cerințe, așa cum a fost solicitat de CNE Cernavodă prin adresa nr.1401 din 02.07.2015.”*

În contextul neîndeplinirii cerinței anterioare, Consiliul reține că S.C. ... S.R.L. nu a făcut dovada îndeplinirii nici a cerințelor prevăzute la secțiunea B.4.8, pct.6 și secțiunea 18.14, pct.a, din documentația descriptivă, având conținutul:

*„B.4.8. – Utilizare software specializat*

*(...)*

*6. Prestatorul va asigura în mod gratuit pregătirea personalului desemnat al Beneficiarului în utilizarea platformelor software folosite pentru prestarea serviciilor (BPWORKS, SIG, etc.).*

*(...)*

*18 – Cerințe de administrare a contractului*

*(...)*

*18.14. Prestatorul va asigura în mod gratuit pregătirea personalului desemnat al Beneficiarului (maximum 3 ingineri), după cum este necesar:*

*a) utilizarea platformelor software folosite pentru prestarea serviciilor (BPWORKS, SIG, etc.)”*

Cum contestatorul nu deține personal instruit pentru utilizarea platformei software BPWORKS, rezultă că, în mod evident, nu poate asigura nici pregătirea personalului desemnat al beneficiarului, situație în care cerința de a asigura pregătirea personalului desemnat al beneficiarului nu poate fi considerată ca îndeplinită.

Faptul că S.C. ... S.R.L. a declarat în etapa de evaluare a ofertei că va instrui un număr de angajați proprii care, ulterior, vor pregăti personalul beneficiarului, nu poate reprezenta, după cum corect a decis și autoritatea contractantă, proba îndeplinirii cerinței, contestatorul, și în acest caz, propunând ca îndeplinirea cerinței să aibă loc ulterior desemnării ofertei sale drept câștigătoare.

Așadar, este întemeiat și cel de al doilea motiv de respingere a ofertei contestatorului.

Nu constituie un argument pentru care să se facă rabat de la prevederile documentației descriptive, faptul că oferta contestatorului are cel mai mic preț, deoarece, așa cum se prevede la art.37 din hotărârea de guvern, oferta câștigătoare se stabilește, pe baza criteriului de atribuire, dintre ofertele admisibile, or oferta contestatorului nu este una admisibilă.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.278 alin.5 și 6 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea deciziei de declarare ca neconformă a ofertei depusă de S.C. ... S.R.L., procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de S.C. ... S.R.L., va fi respins, ca inadmisibil, atribuția de a stabili oferta câștigătoare revenind autorității contractante în virtutea art.72 alin.2 lit.j din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare.

Decizia este obligatorie pentru părți, portivit art.280 alin.1 și 3 din ordonanța de urgență.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

...