

ROMÂNIA

CURTEA DE APEL IAȘI
SECȚIA CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

DECIZIA nr. 575/2021

Sedința publică din data de 15 iunie 2021

Completul constituit din:

PREȘEDINTE: Petrică Ghergheșanu

Judecător: Dragoș Radu Gabriel Șerbănescu

Judecător: Mihaela-Dana Hărățu

Grefier: Angela Chirvasă

Pe rol se află judecarea cauzei în materia contencios administrativ și fiscal privind plângerea formulată de petent S.A. împotriva Deciziei nr. 987/C2/889 pronunțate de Consiliul Național pentru Solutionarea Contestatiilor în data de 13.05.2021, intimat-autoritate contractantă fiind intimat , având ca obiect litigiu privind achizițiile publice.

La apelul nominal făcut în ședința publică se prezintă petenta prin apărător Arnăutu Irina (cu împuternicirea avocațială seria IS nr. 874635/27.05.2021 – fila 12 și 83 dosar), intimat prin apărător Macovei Liliana (cu împuternicirea avocațială seria IS nr. 516538/31.05.2021 – fila 65 dosar) și intimatul-autoritate contractantă prin consilier juridic Alexandroaia Mihaela-Paula, care depune delegația nr. 66603/15.06.2021 – fila 84 dosar.

Procedura de citare este legal îndeplinită.

S-a făcut referatul cauzei de către grefier care învederează următoarele: este primul termen de judecată; intimații au depus întâmpinări, care au fost comunicate; petenta a depus dovada comunicării plângerii către părțile participante la procedură; se solicită judecarea în lipsă.

Interpelate să precizeze dacă sunt alte chestiuni prealabile sau alte înscrisuri, toate părțile, prin apărători și consilier juridic arată că nu sunt alte solicitări.

Nefiind alte chestiuni prealabile, Curtea constată plângerea în stare de judecată și acordă cuvântul la dezbateri.

Petenta, având cuvântul prin apărător, apreciază plângerea ca fiind întemeiată pentru argumentele prezentate pe larg, în scris, urmând a puncta câteva elemente relevante în cauză.

În speță, societatea este câștigătoarea procedurii de atribuire simplificată raportat la contractul privind a momentul la care s-a adjudecat respectivul contract, atât autoritatea contractantă, cu societatea, au apreciat că oferta depusă este conformă și acceptabilă.

Contestația formulată de în fața C.N.S.C. a fost admisă în mod nelegal, sens în care solicită să se reține următoarele elemente esențiale:

Raportat la motivele deciziei C.N.S.C., se va referi la pretinsa nerespectare din perspectiva modului de formulare a ofertei tehnice în ceea ce privește societatea a formularului F 16, care fusese inclus în documentația de atribuire, în condițiile în care fișa de date a achiziției indica la punctul IV.4.1 - modul de prezentare a propunerii tehnice, următoarele: ofertele tehnice vor răspunde tuturor cerințelor caietului de sarcini. Aceasta a fost prevederea din fișa de date, nu s-a făcut referire la alte formulare și este esențială această

distincție pentru că, dacă se va urmări următorul art. IV.4.2 referitor la modul de prezentare al propunerii financiare, este expres indicat în fișa de date că elementul principal al propunerii financiare este formularul de ofertă. În acest fel, se află în situația în care fișa de date a achiziției indică în mod expres faptul că oferta trebuie să corespundă cerințelor caietului de sarcini, iar propunerea financiară trebuie să îmbrace forma formulată de ofertă, astfel cum a fost indicat de autoritatea contractantă.

Societatea a formulat propunerea tehnică raportându-se la elementele din caietul de sarcini. Astfel cum a arătat și prin plângere, elementele indicate în caietul de sarcini ca fiind componentele ofertei tehnice nu corespund în totalitate (pentru că unele, bineînțeles, se suprapun) cu elementele din formularul E 16. Sunt unele în plus în caietul de sarcini, unele sunt în plus în formularul de ofertă. Ceea ce este în formularul de ofertă suplimentar și nu este pus în caietul de sarcini sunt elemente care, din punctul său de vedere, sunt irelevante raportat la obiectul contractului.

Pe de altă parte, în condițiile în care există fișa de date care indică că trebuie să respecte caietul de sarcini, caietul de sarcini care indică anumite elemente ca și reper, și un formular care indică chestiuni suplimentare, societatea a respectat ceea ce spunea în fișa de date, respectiv în caietul de sarcini, lucru care nu poate să ducă la ideea că este o propunere neconformă, pentru că neconformitatea se evaluează raportat la ceea ce prin fișa de date și caietul de sarcini este indicat, elementele care sunt în caietul de sarcini suplimentare și neindicate ca și criterii de calificare și selecție de pe fișa de date fiind nescrise în conformitate cu art. 30 din lege.

Astfel, din perspectiva conținutului ofertei, ea corespunde caietului de sarcini, nevoii autorității contractante și elementelor indicate de autoritate în caietul de sarcini. Este excesiv și încalcă orice principiu al proporționalității să se spună că, atâta vreme cât nu au fost puse într-un tabel din formularul anexă, ele nu pot fi luate în considerare. Ele au și fost luate în considerare de autoritatea contractantă în momentul atribuirii contractului.

Nici opinia separată a expertului la momentul evaluării nu a apreciat că oferta societății nu ar fi conformă, ci dimpotrivă, raportul de evaluare, chiar și cu opinie separată, confirmă faptul că este ofertă conformă. Din perspectiva conformității ofertei, apreciază că nu sunt îndeplinite condițiile de la art. 215 din Legea nr. 98/2016 pentru a se considera oferta neconformă, astfel că în mod greșit C.N.S.C. a admis contestația sub acest aspect.

În ceea ce privește diagrama Gantt, există notificarea A.N.A.P. din 2018 care indică expres cum se face evaluarea diagrame Gantt dacă este solicitată de autoritatea contractantă. Reperetele pe care le poate avea în vedere autoritatea contractantă nu sunt cele pe care le-a indicat C.N.S.C.-ul în decizia sa. Diagrama Gantt este rezultatul includerii unor operațiuni într-un soft de Project management, în cazul de față de la Microsoft, includerea acelor operațiuni în softul respectiv determină ca și rezultat o diagramă, un tabel pe care l-a depus în propunerea tehnică.

Ceea ce se reproșează societății este faptul nu ar avea indicat un drum critic, ceea ce a dovedit, a susținut în fața C.N.S.C.-ul lui cu print screen pe fiecare etapă: în momentul în care selectează drumul critic în programul informatic softul de Project management și se solicită să se arate drumul critic raportat la activitățile introduse în acel soft, singura activitate care rezultă în urma acestor selecții de soft este organizarea de șantier.

Drumul critic înseamnă cea mai lungă activitate care, ca urmare a succesiunii unor lucrări intercondiționate între ele, ar putea să aibă loc într-un proiect. În momentul în care modalitatea în care a efectuat propunerea tehnică nu are condiționalitățile pe care le aștepta C.N.S.C. sau contra-ofertantul

Societatea nu are acest drum critic pentru că este vorba de modernizarea unei esplanade, nu este vorba de construcția unei clădiri, chiar dacă există o problemă la un moment dat sau lipsește o autorizație, nimic nu împiedică societatea să continue cu alte lucrări. Acesta este motivul pentru care nu există drum critic raportat la această lucrare, pentru că modul în care a făcut propunerea tehnică este de evitare a acestor potențiale blocaje.

Mai mult decât atât, s-a reproșat faptul că nu ar fi depus diagrama Gantt pe obiecte, și nu pe lucrări sau invers. Diagrama Gantt s-a solicitat pe categorii de lucrări de deviz, societatea așa l-a întocmit, pe lucrări instalații, pe lucrări de săpături și pe celelalte activități. Ceea ce a inclus diagrama Gantt sunt exact elementele pe care autoritatea le-a indicat în caietul de sarcini.

Prin urmare, apreciază că raportat la aceste două elemente esențiale și care, așa cum este motivată decizia, consideră că acestea sunt motivele care au dus la admiterea contestației, este greșită, nelegală decizia C.N.S.C. și în mod greșit, în momentul de față, se ajunge la situația în care societatea, deși are prețul cel mai bun și cu siguranță are posibilitatea de a realiza în mod performant această lucrare, este apreciată ca fiind neconformă în condițiile în care a respectat caietul de sarcini, are cea mai eficientă ofertă din punct de vedere al proiect managementului și cea mai eficientă din punct de vedere al costurilor.

În ceea ce privește relația contractuală re este angajatul într-adevăr, și-a formulat la apărările și raportat la această chestiune, deși nu acesta a fost motivul principal pentru care a fost admisă contestația.

În momentul în care a formulat oferta, societatea avea declarația de disponibilitate, care există și în prezent, domnul în paralel cu contractul de muncă pe care îl are pe La momentul la care va fi necesară prezența sa în șantier, nu există niciun motiv acum să considere că nu va putea fi disponibil câtă vreme are declarație de disponibilitate, face acest lucru și cu alți parteneri de-ai săi, lucru pe care l-a dovedit prin depunerea contractelor la dosar, deci nu este o activitate necunoscută de pentru a se invoca faptul că are o formă de protecție a activității sale și nu are posibilitatea de a lucra și în afara cadrului de contract de muncă.

Prin urmare, concluziile sale sunt de admitere a plângerii și de desființare a deciziei C.N.S.C., cu menținerea raportului procedurii și adreselor de comunicare a rezultatului procedurii.

Intimata având cuvântul prin apărător, solicită respingerea plângerii, decizia C.N.S.C. este legală și temeinică. C.N.S.C. a reținut că petenta nu a respectat conținutul formularului F16, cu privire la modul de întocmire a propunerii tehnice, apreciind că respectarea acestui formular era obligatorie, și nu facultativă, așa cum pretinde petenta. Prin documentația de atribuire s-a propus ca prounerea tehnică să fie prezentată sub forma acestui formular, componentele propunerii tehnice prezentate de petentă nu au acoperit întreaga structură a acestui formular, fie au lipsit, fie nu au fost complete sau prezentate doar la modul general.

Ori, lipsa unor componente, prezentarea neconformă, incompletă, generală, nestructurată a acestora constituie, de fapt, o neconformitate.

După pronunțarea deciziei C.N.S.C., autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea conformității ofertei petentei.

Acest grafic Gantt a fost depus fără marcarea drumului critic. Petenta recunoaște în susținerile de astăzi că nu a marcat acest drum critic din anumite motive. Acest grafic a fost depus fără marcarea drumului critic în marcarea activităților și fără a include resursele alocate acestor activități. De asemenea, la întocmirea graficului nu s-a ținut cont de condiționările tehnice rezultate din aplicarea normativului C16 privind condițiile de execuție a lucrărilor în perioada de timp friguros. Obligatoriu, autoritatea contractantă trebuia să constate că neindicarea activităților ce urmau a fi efectuate în perioada de timp friguros dădea naștere riscului ca programul inițial declarat de ofertant să nu poată fi respectată.

Deși intimata a criticat modalitatea de evaluare a ofertei desemnate câștigătoare și prin includerea altor critici, C.N.S.C. a apreciat că analizarea acestora este de prisos, ele neputând transforma ulterior oferta petentei într-una admisibilă, în condițiile în care propunerea tehnică prezenta deja lipsuri esențiale de natură a atrage neconformitatea acesteia.

Solicită respingerea plângerii, cu cheltuieli de judecată reprezentate de onorariul de avocat.

Intimatul-autoritate contractantă, având cuvântul prin consilier juridic, solicită respingerea plângerii pentru toate motivele expuse pe larg în întâmpinare și să se mențină Decizia C.N.S.C.

Petenta, având cuvântul prin apărător, depune decizia C.N.S.C. nr. 1115/C5/958 din 28.05.2021, unde se regăsesc chestiuni referitoare la aplicarea principiului proporționalității raportat la pretense nereguli care pot interveni în documentație. Solicită să fie avută în vedere întâmpinarea autorității contractante depuse în fața C.N.S.C. prin care se susține conformitatea ofertei petentei și împrejurarea că evaluarea a avut la bază elemente pe care le-a inclus, și le-a asumat prin caietul de sarcini. Solicită cenzurarea onorariului de apărător.

Va solicita cheltuielile pe cale separată.

Curtea declară dezbaterile închise, conform art. 394 Cod procedură civilă și reține cauza pentru soluționare, dând soluția de față;

CURTEA DE APEL, Deliberând asupra plângerii de față, constată următoarele:

1. Obiectul plângerii

1.1 Prin plângerea formulată la data de 28.05.2021 împotriva Deciziei CNSC nr. 987/C2/889/13.05.2021 petenta a solicitat desființarea deciziei CNSC și respingerea contestației formulate.

În motivare, petenta a prezentat situația de fapt și motivele avute în vedere la admiterea contestației. A arătat că soluția de calificare a intervenției sale drept „accesorie” este nelegală și că decizia CNSC cu privire la excepția tardivității este nelegală. Majoritatea criticilor s-ar referi în realitate la modul în care Autoritatea Contractantă a înțeles să stabilească în concret cadrul și cerințele obligatorii aplicabile procedurii de achiziție în discuție. În chiar plângerea inițială ar fi invocate presupuse nerespectări ale documentației de atribuire dar, și în cadrul acestor critici ceea ce este criticat se referă la întocmirea documentației. În privința fondului a arătat că, în fapt, conținutul formularului F16 a fost respectat, deși acesta nu a fost în mod efectiv completat. De altfel, CNSC nu a sancționat necompletarea formularului însuși ci o pretinsă nerespectare a F16 din perspectiva conținutului său. Or, întreg conținutul aplicabil al F16, care era în acord cu prevederile caietului de sarcini ar fi fost inclus în oferta petentei. Cu privire la pretinsa neconformitate a Graficului Gantt, de asemenea, decizia ar fi nelegală. În cadrul propunerii tehnice, la paginile 233-238 ar fi prezentat graficul Gantt de desfășurare a execuției obiectivului, pe orizontală fiind reprezentate categoriile de lucrări necesare iar pe verticală intervalul de timp. Metoda solicitată prin proiect ar fi fost metoda diagramei Gantt, iar Diagrama Gantt depusă ar fi fost elaborată în Microsoft Project - cel mai răspândit software

Decizia ar fi nelegală întrucât, dacă nu există blocaje ce pot fi datorate intercondiționalităților, nu există drum critic și durata maximă a activităților este durata totală a graficului de execuție, fără alte posibile prelungiri; în mod greșit s-a reținut că nu au fost marcate resursele alocate activităților, fiind indentificate doar resursele pe obiect, cu atât mai mult cu cât, potrivit art.17.1 din caietul de sarcini, avea obligația de a indica resursele pe categorii de lucrări de deviz; fără a se ține seama de condiționările tehnice rezultate din obligativitatea respectării normativelor și a prevederilor legale privind calitatea în construcții expres solicitate, respectiv perioada de timp friguros, a precizat că perioada de timp friguros este acoperită prin Rezumatul propunerii tehnice și că această perioadă convine antreprenorului și nu împiedică lucrările în același mod în care ar sta lucrurile în cazul unei construcții civile. Toate perioadele care presupuneau termeni de așteptare ar fi fost dublate cu activități care pot fi executate între timp, de exemplu: sistematizarea pe verticală se efectuează concomitent cu lucrările de rezistență și peisagistică, fără timpi morți. În cazul său, nici o activitate nu trebuie să aștepte finalizarea altei activități, situație ce se traduce, în metoda drumului critic, în faptul că singura activitate care are loc pe întreg parcursul proiectului este

organizarea de șantier. Toate activitățile ar fi fost individualizate în Diagrama Gantt și este respectat termenul impus. A invocat notificarea ANAP din 10.10.2018.

Cu privire la absența tratării Modalității de efectuare a înregistrărilor efectuate în legătură cu indicatorii cantitativi și calitativi asociați execuției și a măsurilor aplicate de ofertant pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție acordată a precizat că aceste pretense deficiențe nu există. Infrastructura ce va fi utilizată în cadrul contractului este indicată la paginile 145-148. A mai făcut aprecieri cu privire la prețurile diferite pentru același material, pentru același consum de utilaje sau aceleași consumuri privind transporturile. De asemenea, toți membrii echipei indicați în ofertă ar fi autorizați să desfășoare activitățile asumate.

În drept a invocat prevederile art.29 alin.1 și urm. din Legea nr.101/2016

2. Poziția procesuală a părții adverse

a formulat întâmpinare (fila 53) prin care a solicitat respingerea plângerii.

a formulat întâmpinare (fila 43) prin care a solicitat respingerea plângerii

3. Aspecte procesuale

A fost anexat dosarul format la CNSC.

4. Starea de fapt

Analizând actele și lucrările dosarului, Curtea reține că în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect

în care a elaborat documentația de atribuire aterentă. Potrivit raportului procedurii nr.40140/08.04.2021 autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta

în timp ce oferta depusă de a fost declarată admisibilă și clasată pe locul 2.

Prin Decizia CNSC nr. 987/C2/889/13.05.2021a fost admisă contestația formulată de

și a fost anulat raportul procedurii în partea privind oferta

și actele ulterioare; a fost obligată autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte și emiterea unui nou raport al procedurii.

5. Asupra fondului plângerii

5.1 Conform art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 - 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.

La data formulării contestației, autoritatea contractantă susținea legalitatea și temeinicia actului contestat (raportul procedurii) iar petenta din prezenta cauză susținea poziția autorității contractante. În condițiile în care, la acel moment, dreptul invocat nu era „pretins pentru sine” ci tindea la susținerea autorității contractante, în mod corect a fost calificată de către consiliu, intervenția petentei „intervenție accesorie”. Schimbarea ulterioară a punctului de vedere al autorității contractante nu poate determina o schimbare retroactivă a calificării intervenției, schimbarea acesteia fiind și lipsită de relevanță. În acest context, sunt pertinente art.29 din Legea nr.101/2016 permite oricărei persoane vătămate de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, calitatea avută în fața consiliului neafectând dreptul de a formula plângere.

5.2 Neîntemeiate sunt și susținerile privind greșita respingere a excepției tardivității. Indiferent de modalitatea de formulare a criticilor din contestația formulată de obiectul acțiunii judiciare a vizat raportul procedurii iar nu documentația de atribuire. Aceasta din urmă are caracter definitiv iar legalitatea și temeinicia raportului procedurii trebuie analizată prin prisma unei documentații care la acest moment nu mai poate fi cenzurată.

5.3 Motivele principale avute în vedere de CNSC la admiterea plângerii au fost reprezentate de faptul că a depus graficul Gantt fără a marca drumul critic în planificarea activităților și nici resursele alocate activităților, fiind identificate doar resursele pe obiect; faptul că nu s-a ținut cont de condiționările tehnice rezultate din obligativitatea respectării normativelor și a prevederilor legale privind calitatea în construcții.

În acord cu petenta, Curtea constată că CNSC nu a sancționat-o pe aceasta pentru necompletarea formularului F16 ci pentru nerespectarea F16 din perspectiva conținutului său. Pe de altă parte, contrar petentei, se constată că nu a fost inclus în oferta depusă întreg conținutul aplicabil al F16. Din cele arătate anterior rezultă că poziția petentei nu a fost de a contesta aplicabilitatea concretă a acestui formular sub aspectul conținutului ci doar al condițiilor de formă.

În hotărârea sa, CNSC a arătat expres (fila 13 din 18) precizările din formularul F16 care trebuiau să se regăsească în propunerea tehnică, printre acestea fiind și indicarea resurselor alocate activităților (4.e). Or, această din urmă condiție nu a fost îndeplinită, fiind identificate doar resursele pe obiect. Petenta face trimitere la prevederile art.17.1 din caietul de sarcini (indicarea resurselor pe categorii de lucrări de deviz) deși a arătat expres că nu contestă aplicabilitatea formularului sub aspectul condițiilor de fond.

În ceea ce privește Graficul Gantt, se constată întemeiate susținerile consiliului privind nemarcarea drumului critic în planificarea activităților, aspect de altfel necontestat în plângere.

Petenta a susținut că a evitat intercondiționalitățile între activități pentru a evita blocajele; dacă nu există blocaje ce pot fi datorate intercondiționalităților, nu ar exista drum critic iar durata maximă a activităților este durata totală a graficului de execuție; nu ar exista timp morți.

Toate acestea nu fac însă decât să susțină concluziile CNSC. În condițiile unei lipse a timpilor morți, orice întârziere a unui anumit tip de lucrare ar determina neîncadrarea în termen. Relevantă în acest sens este, de exemplu, placarea cu granit care depinde de cele două activități anterioare (săpătură, umplutură) și se finalizează în termenul maxim. Pe de o parte, o întârziere la una din aceste activități determină nerespectarea termenului contractual; pe de altă parte, placarea cu granit ar presupune lucrări care, deși s-ar desfășura pe o perioadă liniară de aproximativ 11 luni, este afectată de condițiile meteo, ceea ce ar demonstra că nu s-a ținut cont de condiționările tehnice. Dacă aceste condiționări ar fi fost avute în vedere atunci ar fi fost marcate corespunzător în grafic iar perioada corespunzătoare acestei activități ar fi fost limitată

Graficul prezentat de petentă are un caracter general și nu evidențiază constrângerile pentru derularea activităților/lucrărilor deși acestea există, conform celor arătate anterior. În același timp, deși petenta a arătat expres că nu există pauză în executarea lucrărilor nu a arătat resursele alocate activităților deși trebuia să facă acest lucru.

5.4 Cu privire „Modalitatea de efectuare a înregistrărilor efectuate în legătură cu indicatorii cantitativi și calitativi asociați execuției și a măsurilor aplicate de ofertant pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție acordată” se constată că în cererea de intervenție înaintată în fața CNSC nu a fost făcută vreo apărare cu privire la aceste motive de contestație. În același timp, cele arătate în plângere (Graficul Gantt, Metodologia privind execuția lucrărilor, Planul de management al calității, raportare conform contract) nu răspund punctual chestiunii sesizate, aspectele arătate nefiind individualizate în concret.

5.5 În ceea ce privește infrastructura utilizată, aceasta a fost menționată expres în cuprinsul plângerii și identificată la filele 145-148 vol.VI Dosar CNSC. Acest fapt nu este în măsură să înlăture legalitatea și temeinicia globală a deciziei contestate.

5.7 Referitor la propunerea financiară dar și celelalte puncte în discuție, Consiliul nu le-a analizat în detaliu, punctând doar necesitatea solicitării unor lămuriri. Consiliul a avut în principal în vedere lipsurile propunerii tehnice care nu ar mai putea fi remediate (fapt validat

prin prezenta asupra aspectelor esențiale), context în care nu mai este necesară analiza acestora prin prezenta hotărâre.

Având în vedere constatările anterioare, Curtea urmează să respingă ca neîntemeiată plângerea formulată.

Fiind respinsă plângerea, văzând și prevederile art.453 Cpd, va obliga pe petentă la plata către avocat. titlu de cheltuieli de judecată – onorariu

**PENTRU ACESTE MOTIVE,
ÎN NUMELE LEGII
DECIDE:**

Respinge ca neîntemeiată plângerea formulată de împotriva Deciziei CNSC nr. 987/C2/889/13.05.2021.

Obligă pe petentă la plata către : a sumei de 5000 lei cu titlu de cheltuieli de judecată.

Definitivă.

Pronunțată azi 15.06.2021, conform art.402 Cpc teza a doua.

Președinte,
Petrică Ghergheșanu

Judecător,
Dragos Radu Gabriel
Șerbănescu

Judecător,
Mihaela-Dana Hărățu

Grefier,
Angela Chirvasă

Red. G.P.
2 ex. /17.06.2021
E. 3 com. /17.06.2021

Copie conformă cu originalul
Pentru conformitate,
Grefier,

