Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +40-21-3104641, Fax. +40-21-3104642, Fax. +40-21-8900745,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 37443/20.07.2021, formulată de către ... cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul reprezentantului convențional ... din ..., împotriva Raportului procedurii nr. 16283/14.07.2021 și a adresei nr. 16395/15.07.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii de achiziție publică organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție "..."*, se solicită admiterea contestației și anularea actelor emise în procedură, respectiv a Raportului procedurii nr. 16283/14.07.2021 prin care oferta contestatorului a fost declarată neconformă, a adresei nr. 16395/15.07.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii și a actelor subsecvente, precum și obligarea autorități contractante la reluarea etapei de evaluare, prin evaluarea ofertei depuse de contestator.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..., critică rezultatul procedurii de atribuire antemenționată, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Prin contestația înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 37443/20.07.2021, ..., critică Raportul procedurii nr. 16283/14.07.2021 prin care oferta sa fost declarată neconformă, solicitând reluarea evaluării ofertei sale.

Prin prezentarea situației de fapt, ... arată că a depus oferta în termen la procedura simplificată, organizată de ... având ca obiect: *Proiectare si execuție lucrări pentru obiectivul de investiții: "Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, județul Dolj, orașul Segarcea, str. Unirii, nr. 29D - etapa I*".

Autorul menționează că în cadrul procedurii i-au fost solicitate o serie de clarificări la care a răspuns în termenele și condițiile stabilite de autoritatea contractantă.

Astfel, prin adresa nr. 14411/22.06.2021 autoritatea contractantă i-a solicitat, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 să depună la dosarul cauzei autorizația IGSU pentru ignifugarea materialelor combustibile.

Prin răspunsul formulat în cadrul adresei nr. 303/22.06.2021, contestatorul a arătat autorității contractante că această autorizație nu a fost cerută prin documentația achiziției publice și că o asemenea cerință este nelegală. De asemenea, a arătat și și-a asumat ca în cazul în care va fi declarat câștigător al procedurii va utiliza materiale ignifugate de producător și care vor fi însoțite de toate agrementele și documentele tehnice.

Prin răspunsul formulat, ... a arătat autorității contractante că anumite lucrări care necesită utilizarea de materiale ignifugate vor fi executate în cadrul contractului de subcontractanții declarați și a solicitat autorității contractante, ca în temeiul art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 să schimbe subcontractanții care execută aceste lucrări cu alte persoane care dețin asemenea autorizații.

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a respins oferta ... ca neconformă în temeiul art. 137 alin. 3 din HG nr. 395/2016, motiv pentru care contestatorul apreciază că actele emise de autoritatea contractantă sunt netemeinice și nelegale pentru considerentele expuse în continuare.

1. Autoritatea contractantă reține o stare de fapt eronată, atunci când apreciază că oferta ... nu îndeplinește condițiile prevăzute de caietul de sarcini, respectiv existența unei autorizații IGSU.

Autorul consideră că în interpretarea răspunsului său la clarificările solicitate de autoritatea contractantă, comisia de analiză și evaluare a dat dovadă de un formalism exagerat ce a condus astfel la modificarea cerinței de calificare stabilită în documentația de atribuire.

Solicitarea de clarificări reprezintă, cu siguranță, unul dintre mijloacele pe care legislația achizițiilor publice le pune la dispoziția autorităților contractante pentru evaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurilor de atribuire. Astfel, comisia de evaluare este cea care are posibilitatea de a decide în ce cazuri uzează de acest drept și care sunt clarificările/completările pe care dorește să le solicite.

Dreptul comisiei de evaluare de a solicita clarificări se transforma într-o veritabila obligație, impusă de diligența de care aceasta trebuie să dea dovada în evaluarea ofertelor, însă autoritatea contractanta nu poate solicita prin clarificări orice informații și/sau documente suplimentare care nu au fost prevăzute inițial în documentația achiziției publice.

Ca atare, dreptul autorității contractante de a solicita clarificări nu poate fi exercitat în mod discreționar. Acesta cunoaște limitări impuse atât de dispozițiile legale, cât și de prevederile documentației de atribuire întocmite de însăși autoritatea contractantă.

În cauză, prin adresa nr. 14411/22.06.2021 autoritatea contractantă a solicitat depunerea la dosarul achiziției a autorizației IGSU pentru ignifugarea materialelor combustibile.

Contestatorul apreciază că, prin aceste solicitări de clarificări, comisia de analiză și evaluare a revenit cu completări ale documentației prezentate de subscrisa, în condițiile în care acestea exced cadrului inițial al demarării licitației, atâta vreme cât nicăieri în documentația acesteia nu se face vorbire despre necesitatea unei asemenea autorizații.

2. Autoritatea contractantă în mod nelegal prin interpretarea și aplicarea eronată a prevederilor legale a apreciat oferta ... ca fiind neconformă.

a) Autorul invocă interpretarea eronată a prevederilor caietului de sarcini și a dispozițiilor art. art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că în actele prin care se respinge oferta sa nu se precizează în mod concret ce prevederi legale ale caietului de sarcini nu au fost respectate.

Mai mult, autorul precizează că din răspunsul la solicitarea de clarificări și din documentația depusă de noi în cadrul procedurii de achiziție a rezultat faptul că lucrările care presupuneau utilizarea de materiale combustibile erau efectuate de subcontractanții săi.

Chiar și în situația în care s-ar admite că prin documentația achiziției a fost prevăzută cerința existenței unei autorizații IGSU pentru ignifugarea materialelor combustibile, după cum a arătat și în răspunsul la clarificări, aceste lucrări ar fi fost executate de subcontractanți.

În aceste condiții contestatorul apreciază că în cauză deveneau incidente prevederile art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora *„În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (!) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.*"

Se apreciază că acest text de lege impune, în mod imperativ, în sarcina autorității contractante obligația de a solicita înlocuirea subcontractanților, obligație care nu dă naștere dreptului discreționar al

autorității de a considera oferta neconformă decât în cazul în care subscrisa nu ar fi înlocuit subcontractantul sau noul subcontractant nu ar fi îndeplinit condițiile caietului de sarcini cu privire la capacitatea tehnică și profesională.

Ori, în speță, deși prin răspunsul la clarificări contestatorul a arătat că o asemenea cerință nu există prevăzută în caietul de sarcini, iar în condițiile în care autoritatea contractantă apreciază că subcontractanții propuși nu îndeplinesc anumite cerințe tehnico-profesionale, autoritatea contractantă având obligația de a solicita înlocuirea subcontractanților, aceasta nu și-a îndeplinit obligația prevăzută de art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

b) Interpretarea și aplicarea greșită a prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 coroborate cu principiile procedurilor de achiziție publică (art. 2 din Legea nr. 98/2016).

Dintre principiile Legii nr. 98/2016 prevăzute la art. 2 alin. (2), contestatorul arată că *proporționalitatea* este un principiu de bază al achiziției publice.

Principiul proporționalității presupune corelarea dintre necesitățile autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru satisfacerea necesităților autorității contractante.

În acest context este necesar ca măsurile luate de instituții nu trebuie să depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite.

Astfel, 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.

Principiul proporționalității înseamnă că orice măsură luată de o autoritate publică care afectează drepturile indivizilor trebuie să fie corespunzătoare atingerii unui scop legitim, necesară în vederea atingerii acelui scop și în același timp cea mai rezonabilă.

Într-un astfel de context, principiul proporționalității este acea *conflict rule* care determină înclinarea balanței în favoarea uneia dintre părți, este o procedură analitică, ce nu afectează aplicarea normelor de drept substanțial.

În această analiză, se urmărește mai întâi dacă regula de drept respectivă trece testul calității relației dintre mijloace (măsura administrativă în discuție) și scop (obiectivul urmărit prin instituirea acelei măsuri).

Ulterior, trebuie verificat dacă măsura respectivă este și necesară scopului urmărit și cel mai important, dace este cea mai puțin restrictivă dintre măsurile administrative posibile pentru atingerea scopului propus. Acest din urmă criteriu este cel mai sensibil, putând înclina judecata și într-un sens și în altul, arată contestatorul.

Raportat la aceste criterii de evaluare a principiului proporționalității, petentul apreciază că măsura adoptată de autoritatea contractantă este disproporționată pentru motivele expuse în continuare.

Iterând faptul că în documentația achiziției publice nu se prevede cerința autorizației IGSU, contestatorul susține că în situația în care achizitoarea ar aprecia (sau dacă această cerință exista în documentația achiziției), autoritatea contractantă, în temeiul art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, raportat la documentația depusă de ... în cadrul procedurii, avea obligația de a solicita înlocuirea subcontractanților înainte de a declara oferta ca neconformă.

Autorul considerăm că această măsură se circumscrie principiului proporționalității motivat de faptul că o asemenea măsură nu este de natură să contravină scopului și intereselor autorității contractante ci, dimpotrivă, să asigure transparența și să satisfacă cerințele procedurii de achiziție publică.

În practica instanțelor naționale și europene, s-a apreciat că atunci când 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, autoritatea contractantă să solicite mai degrabă precizări candidatului vizat decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia.

Ori, pentru asigurarea unei evaluări corecte și în vederea respectării principiului securității contestatorul apreciază că autoritatea contractantă avea posibilitatea să solicite înlocuirea subcontractanților.

În sprijinul susținerilor sale, contestatorul evocă și practica europeană care, în cauza National Farmers' Union a definit principiul proporționalității în sensul că acesta impune ca măsurile adoptate de instituții 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. În cauza Tideland Signal sau AntwerpseBouwwerken NV instanța europeană a considerat că acest principiu impune autorității contractante ca, 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 mai degrabă precizări candidatului vizat, decât să opteze pur și simplu pentru respingerea ofertei acestuia.

Cu referire principiile la transparenței și egalității de tratament, contestatorul precizează:

Prin transparență se înțelege aducerea la cunoștința publicului a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii de atribuire în sensul că autoritățile și instituțiile publice au obligația să își desfășoare activitatea într-o manieră deschisă față de public, în care accesul liber și neîngrădit la

informațiile de interes public să constituie regula, iar limitarea accesului la informație să constituie excepția, în condițiile legii.

Pornind de la această noțiune, petentul consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a impune prin documentația de atribuire a achiziției toate cerințele și/sau condițiile pentru participanții la procedură cu respectarea prevederilor legale și a principiilor în materie de achiziție publică.

Mai mult, atât doctrina, cât și practica națională și europeană au consacrat că în sarcina autorității contractante obligația respectării principiului transparenței pe toată durata procedurii de atribuire și de executare a contractului de achiziție publică.

Pornind de la aceste idei, ... consideră că în cauză autoritatea contractantă nu a respectat acest principiu deoarece o asemenea solicitare (existența unei autorizații IGSU pentru ignifugare materiale combustibile) nu există în documentația publică a achiziției. Astfel, instituirea unei asemenea cerințe în virtutea unor texte de lege care aparent dă naștere în favoarea autorității la dreptul de a solicita clarificări (art. 209 din Legea nr. 98/2016) în procedura de evaluare a ofertelor, fără ca această cerință să fi fost solicitată anterior este de natură să încalce principiul transparenței procedurilor de achiziție publică.

Respectarea principiului tratamentului egal presupune ca, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, să se stabilească și să se aplice reguli, cerințe, criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Principiul a fost explicat uneori ca implicând atât aspecte procedurale, cât și de drept substanțial: tratament egal înseamnă atât egalitatea de oportunități - definirea unor cerințe cu respectarea acestui principiu, cât și egalitatea de rezultat, adică egalitatea efectivă după aplicarea unor măsuri sau a unor cerințe care la prima vedere creează oportunități egale.

În aplicarea acestui principiu, trebuie respectate următoarele reguli:

- eliminarea elementelor de natură subiectivă care pot influența deciziile în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică;
- furnizarea, concomitent, către toți operatorii economici implicați într-o procedură de achiziție, a informațiilor aferente procedurii.

Efectele acestui principiu sunt:

- toți participanții vor dispune de aceleași șanse în pregătirea documentelor asociate procedurii în cauză;
- instituirea unui cadru bazat pe încredere, cinste, corectitudine și imparțialitate pe tot parcursul derulării procedurii;
- favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între operatorii economici participanți la o procedură de achiziție publică.

În jurisprudența CJUE s-a arătat că principiul tratamentului egal obligă ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv.

Ori, din moment ce în documentația de atribuire nu s-a prevăzut cerința Autorizației IGSU, este inadmisibil a se considera că dacă un participant la procedură are o asemenea autorizație să fie favorizat, iar contractul de achiziție să îi fie atribuit.

Față de regulile instituite de principiul transparenței și egalității de tratament, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă în mod eronat și cu aplicarea greșită a prevederilor documentației de atribuire a considerat oferta ... ca fiind neconformă.

Prin adresa cu nr. 17433/26.07.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 38644/26.07.2021, autoritatea contractantă ... formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..., precizând următoarele.

Succint, autoritatea contractantă menționează că, în cadrul procedurii în cauză au depus oferte în SEAP 7 (șapte) operatori economici, respectiv :

1) ASOCIEREA ...;
2) ASOCIEREA ...;
3) ASOCIEREA ...;
4) ASOCIEREA ...;
5) ASOCIEREA ...;
6) ASOCIEREA ...;
7) ASOCIEREA .....

Comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertelor (formulare DUAE, propuneri tehnice, propuneri financiare) fiind încheiate procese - verbale pentru fiecare etapă a evaluării.

În data de 14.07.2021 a fost aprobat Raportul procedurii și înregistrat cu nr. 16283, fiind declarată câștigătoare, în urma aplicării criteriului de atribuire *prețul cel mai scăzut,* oferta depusă de asocierea ...

Raportat la obiectul contractului, astfel cum este menționat la pct. 11.1.4) din cadrul fișei de date a achiziției, "*Contractul are ca scop: prestarea serviciilor de proiectare - proiect tehnic pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (PAC), proiect tehnic (PT) și detalii de execuție (DDE), inclusiv verificare și asistență tehnică din partea proiectantului și a lucrărilor de construcții-montaj, inclusiv întocmire certificat energetic, întocmire, verificare și avizare dosare instalații energie electrică aferente obiectivului de investiție „Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, județul Dolj, orașul Segarcea, strada Unirii, nr. 29D - etapa I" totalizând 30 unități locative, 2 tronsoane, regim de înălțime P+3E*."

Important de reținut în soluționarea cauzei este specificul contractului supus procedurii de atribuire în cauză, respectiv obiectul contractului cuprinde servicii de proiectare și lucrări de construcții-montaj.

Autoritatea contractantă a elaborat și întocmit documentația de atribuire astfel încât la momentul ofertării operatorii economici să facă dovada înțelegerii obiectivelor contractului de achiziție publică și realizării activităților acestuia în condiții legale (ofertele să fie sustenabile, viabile și licite).

Ținând cont de cele precizate, autoritatea contractantă a verificat în cadrul evaluării ofertelor dacă ofertanții pot executa și proiecta, din punct de vedere legal, lucrările eferente obiectului contractului întrucât ofertanții au luat la cunoștință de natura lucrărilor care se vor proiecta și executa în cadrul studiului de fezabilitate din cadrul documentației și a Avizului CTE - MLPDA nr. 106/107/27.10.2021.

Pentru a executa în mod legal aceste lucrări/activități este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condițiile legii, indiferent dacă în documentația de atribuire a fost menționat sau nu necesitatea deținerii unor astfel de autorizații.

Relevantă în acest caz este și jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată, respectiv considerentele Deciziei nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul nr. 8303/2/2017, "*Curtea reține obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări (...) nu reprezintă un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, 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 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 natura a înlătura de la aplicare obligația legală instituită*."

Din documentația de atribuire pusă la dispoziția ofertanților în conținutul anunțului de participare simplificat nr. ..., rezultă următoarele:

- Conform Studiului de Fezabilitate, cap. Rezistență - blocuri locuințe colective - suprastructură "structura de rezistență a acoperișului va fi confecționată integral din material lemnos ecarisat tratat împotriva incendiului și a paraziților".
- Conform Avizului CTE - MLPDA nr. 106/107/27.10.2021,' la cap. Suprastructură "planșeul peste ultimul nivel se va termoizola cu vată minerală de 25 cm. peste care se montează o podină din lemn ignifugat".

Baza legală care prevede atestarea persoanelor fizice sau juridice în ceea ce înseamnă lucrările de ignifugare este reprezentată de art. 51, alin 1 și 2 din Legea nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor și de Ordinul IGSU nr. 87/2010.

Chiar dacă nu a enumerat în cuprinsul cap. IV.4.1 din fișa de date, în mod explicit lucrări de ignifugare a materialului lemnos (șarpantă, podină peste planșeul de la ultimul nivel), din documentație reiese că acestea sunt necesare, consideră autoritatea contractantă.

Comisia de evaluare a verificat dacă asocierea ... este autorizată să execute lucrări de ignifugare a materialului lemnos întrucât ignifugarea împotriva incendiilor poate fi executată numai de către o societate

autorizată IGSU, în acest sens fiind solicitate clarificări prin adresa nr. 14411/22.06.2021.

Prin adresa de răspuns nr. 303/22.06.2021 asocierea ..., nu a prezentat documente/autorizări din care să rezulte deținerea autorizației emise de către IGSU - Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și Protecție Civilă pentru ignifugare a materialelor combustibile, în speță materialul lemnos.

Comisiei de evaluare îi revine responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/ câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse, situație care atrage răspunderea juridică a autorității.

În aplicarea responsabilităților mai sus menționate, comisia de evaluare a declarat oferta depusă de asocierea ... ca fiind neconformă.

O parte din argumentele mai sus menționate se regăsesc în Deciziile CNSC nr. 1032/C7/902/18.05.2021 și nr. 1279/C10/1122,1136/ 15.06.2021, jurisprudența CNSC/Curtea de Apel București din perioada 2019-2021 fiind relevată.

Având în vedere documentația de atribuire, jurisprudența mai sus menționată, legislația în domeniul achizițiilor publice, ... solicită respingerea ca nefondată contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ...

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a organizat prin procedură simplificată, o achiziție publică în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție "..."”*, cod CPV ... (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare nr. ....

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut*”, iar valoarea totală maximă estimată a acordului-cadru este de …, fără T.V.A.

Conform *Procesului-verbal nr. 1 privind evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, înregistrat sub nr. 13975/15.06.2021, în procedura în cauză au depus oferte 7 operatori economici, respectiv: 1) asocierea ..., 2) asocierea ..., 3) asocierea ..., 4) asocierea ..., 5) ..., 6) asocierea ... și 7) asocierea ...

Potrivit actului de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire motivul care a stat la baza respingerii ofertei depuse de asocierea ..., l-a constituit faptul că *asocierea ofertantă nu a făcut dovada că este abilitată să execute lucrările care necesită atestate/autorizări, respectiv lucrări de ignifugare a materialelor combustibile*.

Analizând contestația formulată de ..., Consiliul constată că aceasta vizează respingerea ofertei depusă de asocierea ... ca neconformă, fiind aduse critici referitoare la pretinsa nelegalitate a motivului reținut de membrii comisiei de evaluare.

Argumentul decisiv pe care se bazează autoarea contestației, în favoarea criticilor formulate vizează faptul că prin răspunsul formulat a precizat că autorizaţia IGSU nu a fost solicitată prin documentaţia achiziţiei publice și faptul că în cazul în care va fi declarat câștigător al procedurii vo utiliza materiale ignifugate de producător şi care vor fi însoţite de toate agrementele şi documentele tehnice.

S-a adăugat de contestatoare și ”că *am arătat autorității contractante că anumite lucrări care necesită utilizarea de materiale ignifugate vor fi executate în cadrul contractului de subcontractanţii declaraţi şi am solicitat autorităţii contractante, ca în temeiul art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 să schimbăm subcontractanţii care execută aceste lucrări cu alte persoane care deţin asemenea autorizaţii”.*

În replică la cele reclamate de asocierea ofertantă, autoritatea contractantă menționează că pentru a executa în mod legal aceste lucrări/activităţi este necesară deţinerea unor autorizaţii eliberate în condiţiile legii, indiferent dacă în documentaţia de atribuire a fost menţionat sau nu necesitatea deţinerii unor astfel de autorizaţii, iar baza legală care prevede atestarea persoanelor fizice sau juridice în ceea ce înseamnă lucrările de ignifugare este reprezentată de art. 51, alin 1 şi 2 din Legea nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor şi de Ordinul IGSU nr. 87/2010.

Așadar problema care se impune a fi dezbătută de Consiliu vizează două aspecte, primul vizavi de obligația sau nu a deținerii autorizațiilor care sunt necesare a fi deținute de operatorii economici participanți la procedură, în vederea *proiectării și executării din punct de vedere legal,* având în vedere lucrările care fac obiectul contractului și al doilea aspect vizează modul de îndeplinire de către un ofertant a respectivelor cerințe privind deținerea autorizațiilor amintite, în cazul participării cu oferta în asociere/subcontractare.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de autoarea contestației, Consiliul găseşte util expunerea câtorva elemente din cadrul documentaţiei de atribuire, menite să înlesnească înţelegerea ei, cât şi să îi circumstanţieze soluţionarea.

Obiectul contractului supus procedurii de atribuire în cauză constă astfel cum este menţionat la pct. II.1.4) din cadrul fişei de date a achiziţiei "Descrierea succintă a contractului sau a achiziţiei/achiziţiilor" şi la pct. II.2.4) din cadrul fişei de date a achiziţiei:

"Contractul are ca scop: prestarea serviciilor de proiectare - proiect tehnic pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (PAC), proiect tehnic (PT) şi detalii de execuţie (DDE), inclusiv verificare şi asistenţă tehnică din partea proiectantului şi a lucrărilor de construcţii-montaj, inclusiv întocmire certificat energetic, întocmire, verificare şi avizare

dosare instalaţii energie electrică aferente obiectivului de investiţie „Locuinţe pentru tineri, destinate închirierii, judeţul Dolj, oraşul Segarcea, strada Unirii, nr. 29D - etapa I" totalizând 30 unităţi locative, 2 tronsoane, regim de înălţime P+3E."

Este foarte important de reţinut în soluţionarea cauzei specificul contractului supus procedurii de atribuire în cauză, respectiv obiectul contractului cuprinde *servicii de proiectare şi lucrări de construcţii-montaj*.

Sunt relevante în soluționare aspectele precizate de achizitoare, precizările acesteia fiind judicioase, Consiliul făcând propria verificare a identificării informațiilor respective:

- în cuprinsul Studiului de fezabilitate sunt detaliate lucrările care fac parte din obiectul contractului, iar la capitolul Rezistenţă - blocuri locuinţe colective – suprastructură sunt precizate următoarele: *"structura de rezistenţă a acoperişului va fi confecţionată integral din material lemnos ecarisat tratat împotriva incendiului şi a paraziţilor*" – pagina 134;
- conform *Avizului CTE - MLPDA nr. 106/107/27.10.2021*, la cap. Suprastructură *"Planşeul peste ultimul nivel se va termoizola cu vată minerală de 25 cm, peste care se montează o podină din lemn ignifugat.*

(...)

Planşeul peste ultimul nivel se va termoizola cu vată mineralăcu grosimea de 25 cm, peste care se montează o podină din lemn ignifugat, asigurându-se o rezistenţă termică corectată R'= 5,00 ra2K/W".

Baza legală care prevede atestarea persoanelor fizice sau juridice în ceea ce înseamnă lucrările de ignifugare este reprezentată de art. 51, alin (1) şi (2) din Legea nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor şi de Ordinul IGSU nr. 87/2010.

Potrivit dispoziţiilor art. 53 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor *„(1) Proiectarea, executarea, verificarea, întreţinerea si repararea sistemelor şi instalaţiilor de apărare împotriva incendiilor, efectuarea lucrărilor de termoprotecţie şi ignifugare, de verificare, întreţinere şi reparare a autospecialelor şi a altor mijloace tehnice destinate apărării împotriva incendiilor se efectuează de către persoane fizice si juridice atestate. (2) Atestarea persoanelor prevăzute la alin. (1) se face pe baza metodologiei elaborate de Inspectoratul General, aprobată de ministrul administraţiei şi internelor şi publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I. " iar potrivit dispoziţiilor art. 45 pct. IV lit. k) din acelaşi act normativ potrivit cărora "Constituie contravenţii următoarele fapte şi se sancţionează după cum urmează: ... IV. cu amendă de la 5.001 lei la 10.000 lei: ...li. k) efectuarea de lucrări de proiectare, montare, verificare, întreţinere, reparare a sistemelor şi instalaţiilor de protecţie împotriva incendiilor, de verificare, întreţinere, reparare a mijloacelor tehnice de apărare împotriva incendiilor şi de lucrări de ignifugare şi termoprotecţie de către persoane fizice si juridice neautorizate:*

Prezintă relevanță în speță precizările din cadrul fișei de date de la capitolul IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice* următoarele:

”Ofertantul va întocmi propunerea tehnică în conformitate cu formularul Propunere tehnică și caietul de sarcini compus din: caiet de sarcini 1-Avizul CTE, caiet de sarcini 2 – SF_parte scrisă, caiet de sarcini 3 – SF_piese desenate, și caiet sarcini 4 – studiu geotehnic și caiet sarcini 5 – studiu topografic, puse la dispoziție de către autoritatea contractantă.

Ofertantul va prezenta declaratie pe propria raspundere cu privire la respectarea soluțiilor tehnice, a indicatorilor tehnico economici si a indicatorilor arhitecturali (POT, CUT, etc), aprobati prin Avizul C.T.E. – MLPDA nr. 106/107/27.10.2020, aviz ce are la baza studiul de fezabilitate elaborat de catre Olt Proiect Slatina S.R.L.

(...)

La nivelul propunerii tehnice, ofertanții vor prezenta informații în legătură cu modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor în conformitate cu reglementările legale aplicabile, respectiv executarea unor operațiuni cum sunt: proiectare și execuție instalații electrice, montarea și punerea în funcțiune a centralei termice pe combustibil lichid.”

Din examinarea documentelor existente la dosarul cauzei, se are în vedere că pe parcursul derulării etapei de evaluare a ofertelor, achizitoarea a solicitat asocierii în cauză cu actul nr. 14411/22.06.2021 următoarele:

”În conformitate cu prevederile art. 209 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 134 alin. (1) din H.G. 395/2016, privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, vă solicităm să postaţi sau să o indicaţi în cadrul propunerii dvs. tehnice autorizaţia I.G.S.U. - ignifugare a materialelor combustibile.

Menţionăm faptul că atestatele/autorizările pot fi deţinute doar de lider, asociaţi, subcontractanţi sau terţi susţinători declaraţi.”

Răspunsul furnizat de asocierea ... a fost transmis prin intermediul adresei nr. 303/22.06.2021, ofertanta precizând următoarele:

”Astfel, precizăm că potrivit fisei de date a achiziţiei (pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, paragraf final) singura cerinţă privind autorizările solicitate este „La nivelul propunerii tehnice, ofertanţii vor prezenta informaţii în legătură cu modul de asigurare a execuţiei tuturor operaţiunilor în conformitate cu reglementările legale aplicabile, respectiv executarea unor operaţiuni cum sunt: proiectare şi execuţie instalaţii electrice, montarea şi punerea în funcţiune a centralei termice pe combustibil lichid".

Raportat la aceste condiţii, apreciem că au fost îndeplinite fiind depuse la dosarul achiziţiei toate agrementele tehnice şi/sau autorizaţiile pentru îndeplinirea acesteia.

Având în vedere solicitarea dvs. de clarificări cu nr. de mai sus, apreciem că prin documentaţia achiziţiei publice nu s-a solicitat o autorizaţie IGSU pentru ignifugarea materialelor combustibile.

Mai mult, considerăm că aceasta autorizaţie nu a fost solicitata a fi îndeplinită în mod obligatoriu de lider, asociaţi, subcontractanţi sau terţi susţinători.

în acest sens, precizăm că în situaţia în care Asocierea noastră va fi declarată câştigător în această procedură de achiziţie va utiliza în executarea contractului, după caz, materiale ignifugate care vor fi livrate de furnizorii noştri (autorizaţi pentru ignifugare materiale combustibile de către IGSU) în conformitate cu prevederile legale, iar materialele utilizate vor avea toate agrementele/autorizările tehnice.

Conform acordurilor de subcontractare 01/11.03.2021, respectiv nr. 02/11.03.2021 încheiate de subscrisa cu diverse entităţi juridice, acestea din urmă au fost declaraţi subcontractanţi în cadrul procedurii de achiziţie publică, urmând a executa partea/părţile din contractul de achiziţie conform prevederilor acordurilor de subcontractare atât în ceea ce priveşte serviciile de proiectare, cât şi în ceea ce priveşte execuţia de lucrări utilizând materiale gata ignifugate, după caz.

Având în vedere că pentru lucrările ce urmează a fi efectuate de subcontractanţi au fost depuse toate autorizaţiile necesare, inclusiv autorizaţii emise de IGSU, în măsura în care

consideraţi că aceştia nu îndeplinesc cerinţele privind capacitatea tehnică şi profesională, vă rugăm să faceţi aplicarea prevederilor art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.

Conform textului de lege menţionat, „în cazul în care din informaţiile şi documentele prezentate potrivit alin. 0) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus şi solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia şi prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv."

Raportat la aceste dispoziţii legale imperative, considerăm că autorităţii contractante îi revine obligaţia de a solicita subscrisei înlocuirea subcontractantului/subcontractanţilor care nu îndeplineşte cerinţele privind capacitatea tehnică şi profesională."

Se are în vedere că răspunsul transmis de asocierea contestatoare a fost analizat în data de 30.06.2021, ocazie cu care au fost elaborat *Procesul-verbal nr. 15174/30.06.2021 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și după caz cu factorii de evaluare* în care este consemnată analiza membrilor comisiei de evaluarea asupra răspunsului furnizate, fiind consemnată concluzia la care au ajuns membrii comisiei de evaluare, potrivit căreia din analizarea răspunsurilor furnizate de asocierea contestatoare au constatat incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 396/2016, motivat de faptul că asocierea nu a prezentat documente din care să rezulte deţinerea autorizaţiei emise de către IGSU - Centrul Naţional pentru Securitate la Incendiu şi Protecţie Civilă pentru ignifugare a materialelor combustibile, în speţă materialul lemnos.

Raționamentul conturat de asocierea contestatoare vizavi de faptul că prin răspunsul la clarificări a arătat că *"o asemenea cerinţă nu există prevăzută în caietul de sarcini, iar în condiţiile în care autoritatea contractantă apreciază că subcontractanţii noştri nu îndeplinesc anumite cerinţe tehnico-profesionale, autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita înlocuirea subcontractanţilor, aceasta nu şi-a îndeplinit obligaţia prevăzută de art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016"* nu este judicios în cauză din considerentele mai jos prezentate.

Referitor la primul aspect reclamat în referire la faptul că cerința referitoare la lipsa cerinței deținerii autorizări IGSU pentru lucrările de ignifugare a materialelor combustibile, Consiliul analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerințele în referire la modul de elaborare a ofertei, Consiliul constată că aceasta dorește la **momentul ofertării** ca operatorii economici să facă dovada întelegerii obiectivelor proiectului și realizării activităților contractului în condiții legale, așadar, pentru autoritatea contractantă este de interes proba faptului că operatorii economici au depus oferte sustenabile, viabile şi **licite**.

Ținand cont de cele precizate, autoritatea contractanta avea obligaţia sa verifice in cadrul evaluarii ofertelor dacă ofertantii pot executa și proiecta din punct de vedere legal lucrările aferente obiectului contractului intrucât ofertanții au luat la cunoștinta de natura lucrărilor care se vor proiecta și executa în cadrul studiului de fezabilitate din cadrul documentaţiei de atribuire.

Pentru a executa în mod legal aceste lucrări/activități este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condiţiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menţionat sau nu necesitatea deţinerii unor astfel de autorizații în cuprinsul documentației de atribuire.

Din economia celor mai sus evocate, Consiliul determină că pentru a putea proiecta și executa lucrările precizate din cadrul obiectului contractului, ofertanții trebuie să dețină autorizațiile specifice acestor tipuri de servicii și lucrări.

Ținand cont de cele mai sus precizate, autoritatea contractanta avea obligaţia sa verifice în cadrul evaluarii ofertelor, dacă ofertanții pot proiecta și executa din punct de vedere legal lucrările aferente obiectului contractului intrucât ofertanții au luat la cunoștință de natura lucrărilor care se vor proiecta și executa din studiul de fezabilitate din cadrul documentaţiei de atribuire.

Legiuitorul a menționat că în procesul de evaluare a ofertelor, este de datoria achizitoarei să se asigure că ofertanţii participanţi la procedură dovedesc/demonstrează că pot duce la îndeplinire contractul supus procedurii de atribuire, respectiv că au potenţialul tehnic, care trebuie să reflecte posibilitatea concretă că un anumit operator economic poate duce la îndeplinire un contract, respectiv la îndeplinirea obiectivelor contractului la standardele de performanță și calitate impuse prin caietul de sarcini.

Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor, iar art. 137 din H.G. nr. 365/2016 stabilește cazurile în care achizitoarea declară ofertele inacceptabile/neconforme, printre acestea fiind menționate și cele în referire la faptul că oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini sau sau în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din lege se constată că oferta are un preț/cost neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/prestat/ executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi prin caietul de sarcini.

Astfel, Consiliul determină că achizitoarea avea obligația de a verifica dacă ofertanții pot executa contractul din punct de vedere legal cu respectarea legislaţiei in vigoare, inainte de a fi desemnați admisibili.

În raport de aspectele mai sus reținute, Consiliul determină că sunt neîntemeiate criticile formulate de autoarea contestației în referire la faptul că solicitarea deținerii autorizaţiei excede documentației de atribuire, nefiind cerută.

Relevantă în speță este si jurisprudenta CNSC si anume cu titlu exemplificativ enumerăm: Decizia nr. 2011/C7/2108/02.11.2020, Decizia nr. 267/C7/29/05.02.2021, Decizia nr. 2179/C7/2243/24.11.2020, Decizia nr. 484/C7/233/23.02.2018; Decizia nr. 516 / C8/219/28.02.2018, Decizia nr. 1987/C9/2130/07.11.2019; Decizia nr.1919/C5/1983/

1984/31.10.2019, *Decizia nr. 484/C7/233/23.02.2018; Decizia 516/C8/219/28.02.2018 unde s-a reținut că:*

"Astfel, Consiliul determină că sunt întemeiate criticile formulate de autoarea contestației în referire la faptul că în mod incorect achizitoarea a declarat admisibilă oferta depusă de asocierea S.C. TANCRAD S.R.L. – S.C. ADD GLOBAL DESIGN S.R.L., în condiiile în care nu a verificat dacă asocierea declarată câștigătoare este autorizată să proiecteze și să execute lucrările la instalațiile/rețelele de gaze.

Solicitarea de clarificări din partea autorităţii contractante se impune tocmai pentru a vedea dacă, şi în ce măsură, oferta contestatorului este sustenabilă, viabilă şi licită, astfel încât să poată stabili cu claritate posibilitatea acesteia de a proiecta și executa respectivele lucrări.

Faţă de acest aspect, Consiliul constată că pentru autoritatea contractantă era de interes ca ofertantul să facă dovada că este abilitat să proiecteze și să execute activităţile amintite indiferent de caracterul relaţiilor contractuale (subcontractare şi/sau asociere, terț susținător, etc."

și

"Prin urmare, neputând fi acceptat la procedură un operator economic care nu poate executa, în mod licit, lucrările care formează obiectul contractului, se impunea verificarea, de către autoritatea contractantă, în temeiul art.134 din H.G. nr.395/2016, a modalității în care asocierea desemnată câștigătoare avea să execute lucrările aflate în discuție, prin solicitarea de clarificări în acest sens."

În aceeași direcție acționează inclusiv instanțele de judecată, relevante fiind considerentele Deciziei nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel Bucureşti în dosarul 8303/2/2017, respectiv:

„Curtea retine obligativitatea deţinerii uneri atestari in vederea executării de lucrari (...) nu reprezintă un criteriu de caiificare si de seiectie impus de autoritatea contractanta, astfel incat sa fie necesara menţionarea sa expresa in cuprinsul fisei de date a achiziţiei, ci reprezintă o obligaţie legala pentru desfasurarea unei astfel de activitati, imprejurarea ce rezulta din dispozitiilef...). Aşadar, pentru a desfasura in mod legal activitatea de(...), este necesar sa se detina un atestat eliberat in condiţiile legii nr.(...) si a metodologiei elaborate de..., indiferent daca autoritatea contractanta a mentionat sau nu necesitatea deţinerii unui astfel de atestat in cuprinsul fisei de date. O eventuala omisiune a autori tatii cotnractante de a indica necesitatea deţinerii atestatului in vederea executării de lucrări de(...) nu este de natura a inlatura de la aplicare obligaţia legala instituita (...)."

După cum s-a evocat mai sus, obligația autorității contractante este de a verifica respectarea întocmai de către participanți a prescripțiilor documentației și a legislației aplicabile, pentru autoritatea contractantă era de interes ca ofertanții să facă dovada că sunt abilitați să proiecteze/execute activităţile amintite.

Pentru a proiecta/executa în mod legal aceste servicii/activități este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condiţiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menţionat sau nu necesitatea deţinerii unor astfel de autorizații în cuprinsul documentației de atribuire.

Este lipsit de relevanță aspectul că nu a fost impusă în documentația de atribuire prezentarea anumitor autorizații, câtă vreme, în lipsa lor, *lucările nu pot fi executate legal*. Potrivit art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 operatorul economic reprezintă *orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a*

unei construcţii, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entităţi.

În sensul celor anterior menționate s-a pronunțat Curtea de Apel București (Decizia civilă nr. 3298/08.09.2017, Decizia civilă nr. 5117/29.11.2017, Decizia civilă nr. 64/12.04.2019), precum și Curtea de Apel Cluj (Decizia civilă nr. 3935/12.10.2017), *Decizia 5117/29.11.2017 emisa de către Curtea de Apel Bucureşti in dosarul 8303/2/2017* din care redăm:

„Curtea retine că obligativitatea deţinerii uneri atestari in vederea executării de lucrari (...) nu reprezintă un criteriu de calificare si de selecţie impus de autoritatea contractanta, astfel incat sa fie necesara menţinerea sa expresa in cuprinsul fisei de date a achiziţiei, ci reprezintă o obligaţie legala pentru desfasurarea unei astfel de activitati, împrejurarea ce rezulta din dispozitiile (...). Aşadar, pentru a desfasura in mod legal activitatea de (..), este necesar sa se detina un atestat eliberat in condiţiile legii nr.(...) si a metodologiei elaborate de..., indiferent daca autoritatea contractanta a mentionat sau nu necesitatea deţinerii unui astfel de atestat in cuprinsul fisei de date. O eventuala omisiune a autoritatii contractante de a indica necesitatea deţinerii atestatului in vederea executării de lucrări de (...) nu este de natura a in latura de la aplicare obligaţia legala instituita(...)."

Așadar sub acest aspect, Consiliul determină că evaluarea realizată de achizitoare nu a înregistrat abateri, aceasta exercitându-și rolul activ prin prisma verificării modului de executare a lucrărilor de ignifugare a materialelor combustibile.

Cel de-al doilea aspect reclamat, vizează aspecte legate de faptul că că anumite lucrări care necesită utilizarea de materiale ignifugate vor fi executate în cadrul contractului de subcontractanţii declaraţi, astfel fiind incidente dispozițiile art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care permit, în aprecierea autoarea contestației, ca subcontractanţii care execută aceste lucrări să fie schimbați/înlocuiți cu alte persoane care deţin asemenea autorizaţii.

Consiliul reține ca fiind incidențe în speță următoarele dispoziții legale:

- art. 53 din Legea nr. 98/2016 Legea nr. 98/2016:

(1) Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terţ susţinător/subcontractant, operatorii economici definiţi la art. 3 alin. (1) lit. jj;

- art. 55 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:

a) partea/părţile din contract pe care intenţionează să o/le subcontracteze; şi

b) datele de identificare ale subcontractanţilor propuşi, dacă aceştia din urmă sunt cunoscuţi la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

(2) Subcontractanţii propuşi trebuie să respecte aceleaşi obligaţii ca şi ofertanţii, în domeniul mediului, social şi al relaţiilor de muncă, stabilite prin legislaţia adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislaţia naţională, prin acorduri colective sau prin tratatele şi acordurile internaţionale în aceste domenii, prevăzute în documentaţia de atribuire potrivit art. 51 alin. (1);

- noţiunea de *subcontractant* este definită în Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice la art. 3 alin. (1) lit. yy astfel:

„yy) <u>subcontractant</u> - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziţie publica şi care execută şi/sau furnizează anumite părţi ori elemente ale lucrărilor sau ale construcţiei ori îndeplinesc activităţi care fac parte din obiectul contractului de achiziţie publică, răspunzând în faţa contractantului de organizarea şi derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”.

- art. 172*.* din Legea nr. 98/2016;

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

a) capacitatea de exercitare a activităţii profesionale;

b) situaţia economică şi financiară;

c) capacitatea tehnică şi profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerinţe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire faţă de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Autoritatea contractantă stabileşte numai cerinţe de participare care sunt necesare şi adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică şi financiară şi competenţele tehnice şi profesionale pentru a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerinţe de participare pentru subcontractanţii propuşi de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerinţele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru şi să fie proporţionale prin raportare la obiectul acestuia.

- art. 173. art. 172*.* din Legea nr. 98/2016

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente relevante care să dovedească forma de înregistrare şi, după caz, de atestare ori apartenenţă din punct de vedere profesional, în conformitate cu cerinţele legale din ţara în care este stabilit operatorul economic.

(2) În procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică de servicii, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să deţină o autorizaţie specială sau să fie membri ai unei anumite organizaţii pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că deţin o astfel de autorizaţie sau că sunt membri ai unei astfel de organizaţii.

- art. 174. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informaţii şi documente relevante referitoare la capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi, cu privire la partea/părţile din contract pe care aceştia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informaţiile şi documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus şi solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia şi prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv";

- art. 51 din H.G. nr. 395/2016:

(1) În situaţia în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la **capacitatea de exercitare a activităţii profesionale şi/sau cerinţelor de executare a contractului anumite autorizaţii specifice**, cerinţa se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceştia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate şi/sau că unul dintre membrii asocierii deţine autorizaţia solicitată, după caz, **cu condiţia ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă.**

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire **subcontractează** o parte din contractul de achiziţie publică, cerinţa prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă **subcontractantul nominalizat deţine autorizaţia solicitat**ă prin documentaţia de atribuire, **cu condiţia ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă**.

Așadar din economia dispozițiilor legale redate rezultă intenția legiuitorului vizavi de acceptarea îndeplinirii *criteriilor referitoare la* ***capacitatea de exercitare a activităţii profesionale şi/sau cerinţelor de executare a contractului anumite autorizaţii specifice,*** de către o

asociere, sau un ofertant care a subcontractat o parte din contract, dacă aceştia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate şi/sau că unul dintre membrii asocierii deţine autorizaţia solicitată**/**subcontractantul nominalizat deţine autorizaţia solicitată prin documentaţia de atribuire, cu condiţia ca respectivul membru al asocierii/subcontractantul nominalizat să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă.

Referitor la susținerile autoarei contestației vizavi de faptul că autoritatea contractanta avea obligaţia legală ca să solicite în temeiul art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 să înlocuiască o singură dată subcontractantul în cauză cu un alt subcontractant, care să aibă capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, Consiliul constată netemeinicia acestora. În stabilirea acestei finalități Consiliul are în vedere că dispozițiile invocate de contestatoare nu sunt aplicabile în speța analizată.

Dispozițiile art. 170 alin. (2) și art. 172 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prevăd:

*"*Art. 170 - (1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167 în legătură cu **subcontractanţii propuşi.**

(2) În cazul în care este identificată o situaţie de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispoziţiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situaţie.

(3) În scopul verificării prevăzute la alin. (1), subcontractantul completează declaraţia pe proprie răspundere în conformitate cu prevederile art. 193-195, precizând că nu se află în niciuna dintre situaţiile ce atrag excluderea din procedura de atribuire.

(...)

Art. 174. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să transmită informaţii şi documente relevante referitoare la capacitatea tehnică şi profesională a subcontractanţilor propuşi, cu privire la partea/părţile din contract pe care aceştia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informaţiile şi documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus şi solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia şi prezentarea unui alt subcontractant care să aibă **capacitatea tehnică şi profesională** necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv."

Așadar din economia dispozițiilor legale redate rezultă că legiuitorul permite autorităților contractante, ca, în cazul în care un subcontractant propus se află într-o situație de excludere, să poată fi înlocuit și în cazul în care un subcontractant nu are capacitatea tehnică şi profesională necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv să solicite ofertantului o singură dată înlocuirea acestuia şi prezentarea unui alt subcontractant care să aibă **capacitatea tehnică şi profesională** necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.

În speța de față achizitoarea s-a aflat în situația verificării *capacității de exercitare a activităţii profesionale şi/sau cerinţelor de executare a contractului care implică anumite autorizaţii specifice* și nu a verificării

capacității tehnice şi profesionale necesară pentru partea/părţile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.

Cerinţele minime de calificare se regăsesc definite în cuprinsul legislației aplicabile, astfel:

- Legea nr. 98/2016:

Art. 163. - Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de calificare şi selecţie referitoare la:

a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;

b) capacitatea candidatului/ofertantului.

- H.G. nr. 395/2016:

”Art. 29. - (1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potenţialului tehnic, financiar şi organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potenţial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru şi de a rezolva eventualele dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câştigătoare.”

Motivul reținut de membrii comisiei de evaluare în decizia de respingere a ofertei depuse de asocierea ... l-a reprezentat faptul că asocierea ofertantă nu a făcut dovada că este abilitată să execute lucrările pentru ignifugare a materialelor combustibile, neprezentând documente din care să rezulte deţinerea autorizaţiei emise de către IGSU - Centrul Naţional pentru Securitate la Incendiu şi Protecţie Civilă pentru ignifugare a materialelor combustibile, în speţă materialul lemnos.

Chiar dacă achizitoarea nu a enumerat în cuprinsul cap. IV.4.1 din fişa de date, în mod explicit lucrări de ignifugare a materialului lemons (şarpantă, podină peste planşeul de la ultimul nivel), din documentaţia tehnică reiese că acestea sunt necesare, așa cum afost anterior reținut, iar obligativitatea deţinerii unei atestări în vederea executării de lucrări reprezintă o obligaţie legală pentru desfașurarea unei astfel de activități.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul constată netemeinicia susținerilor autoarei contestației, *sub aspectul interpretării eronate de către autoritatea contractantă a prevederilor caietului de sarcini şi a dispoziţiilor art. 174 alin. 2 din Legea nr. 98/2016.*

În concluzie, Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de neconformitate a ofertei depuse în cauza expusă și susține că ofertanții au obligația de a întocmi ofertele cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, după cum rezultă din dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”.*

În atari condiţii, respingerea ofertei depuse de asocierea ... fiind legală, cele susţinute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate sau pentru anularea rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul urmează să respingă criticile formulate de societatea contestatoare.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu ....

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ... cu sediul în ..., în calitate de lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva ei 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.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**