



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, ..., ..., CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, datată 03.01.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 19/06.01.2020, formulată de ... (... SA), cu sediul în ..., ..., număr de înregistrare 233658, prin Sucursala ... (... SA) – ... – ..., ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI ..., prin reprezentant împuternicit ..., împotriva comunicării privind rezultatul evaluării formularului DUAЕ, emisă de ... S.A., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și Execuție Autostrada de Centură ... km 0+000 - km 100+900, Sector Centura Nord km 0+000 - km 52+770, Lot 1: km 2+500 - km 20+000”, s-a solicitat: anularea comunicării rezultatului evaluării formularului DUAЕ și obligarea autorității contractante la reevaluarea formularului DUAЕ al societății ... SA, cu respectarea prevederilor legale aplicabile și cu luarea în considerare a tuturor documentelor și argumentelor prezentate în legătură cu experiența sa anterioară, cu consecința declarării ca acceptabilă a ofertei sale în cadrul procedurii de atribuire, conform criteriilor de atribuire stabilite prin documentația de atribuire.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin Încheierea nr. 66/C4/4/15.01.2020, Consiliul s-a pronunțat asupra

capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins.

La data de 15.01.2020, prin adresa FN/14.01.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 1667/15.01.2020, ..., cu sediul principal în ..., zip code ..., număr de înregistrare la Administrația de Industrie și Comerț Shandong ..., reprezentată legal de ... – împutenicit, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ..., ..., a formulat cerere de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, prin care solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de ... SA și menținerea deciziei autorității contractante de excludere din procedura de atribuire a ofertantului ... SA, ca fiind legală și temeinică.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 formulată de ... SA, prin care solicită anularea comunicării rezultatului evaluării formularului DUAE și obligarea autorității contractante la reevaluarea formularului DUAE al societății ... SA, cu respectarea prevederilor legale aplicabile și cu luarea în considerare a tuturor documentelor și argumentelor prezentate în legătură cu experiența sa anterioară, cu consecința declarării ca acceptabilă a ofertei sale în cadrul procedurii de atribuire, conform criteriilor de atribuire stabilite prin documentația de atribuire.

Contestatoarea consideră că relevante în soluționarea cauzei dedusă judecății, precum și pentru corecta circumstanțiere a disputei sunt chestiunile legate de riscurile ce trebuie a fi asumate de către contractor pe parcursul derulării lucrărilor aferente proiectului, riscuri ce ar fi putut duce la creșterea costurilor legate de derularea proiectului.

În acest context, precizează că numai în capitolul 21.31.2 din secțiunea „Cerințele beneficiarului”, parte integrantă a documentației de atribuire se menționează că beneficiarul nu răspunde în primul rând pentru niciun cost aferent întocmirii documentațiilor necesare pentru obținerea avizelor de la instituțiile publice, în a căror competență intră avizarea unor lucrări de specialitate, cum ar fi cele emise de Ministerul Culturii sau serviciile deconcentrate ale acestuia.

În consecință, cerința beneficiarului era aceea de a exclude aceste activități și costurile relevante din cadrul riscurilor aferente executării

contractului în sarcina beneficiarului și asumarea acestora de către contractor.

Tot în *Cerințele Beneficiarului* se precizează și că pentru derularea unor astfel de activități contractorul trebuie să nominalizeze, încă de la depunerea ofertei, un subcontractor specializat care va realiza activitățile de cercetare arheologică.

Ulterior, pe parcursul derulării lucrărilor, în măsura în care aceste riscuri s-ar fi materializat, activitățile de proiectare specifice ar fi urmat să fie realizate cu acordul arheologului de proiect din cadrul beneficiarului.

Prin răspunsul la clarificări la întrebarea 140, din perioada anterioară depunerii ofertei, autoritatea contractantă a clarificat contextul cerințelor legate de subcontractori, făcând aplicarea corectă a principiilor prevăzute în legislația privind achizițiile publice, în sensul că pentru anumite activități de specialitate ofertanții pot avea resurse interne sau externe cu care să îndeplinească respectivele cerințe, iar ulterior încheierii contractului dreptul contractorului de a numi/înlocui unii dintre subcontractorii nominalizați nu poate fi restrâns în condițiile legii.

După depunerea ofertei, autoritatea contractantă a solicitat clarificări în data de 13.11.2019 cu privire la executarea lucrărilor de cercetare arheologică și faptul că în DUAЕ nu s-a menționat, în mod explicit, cum va fi îndeplinită această cerință a beneficiarului.

La data de 18.11.2019, a fost transmis răspunsul la aceste clarificări, prin care s-a arătat că în condițiile în care deja sunt demarate lucrări de cercetare cu privire la o altă locație apropiată, se intenționează utilizarea personalului specializat și autorizat intern (nu extern) adică nu un subcontractor și, dacă va fi cazul, există asigurată de principiu o potențială colaborare cu entități specializate (... și ... SRL) pentru derularea unor activități specifice.

În data de 25.11.2019, autoritatea contractantă a revenit cu o solicitare de clarificare în sensul în care solicită indicarea formularelor și documentațiilor specifice pentru subcontractorii indicați în răspunsul precedent, deși nu acesta a fost înțelesul răspunsului formulat pentru clarificarea precedentă.

În data de 27.11.2019, a fost transmis un nou răspuns, cu detalierea faptului că activitățile de cercetare arheologică în primă fază nu numai ca vor fi realizate cu personal de specialitate intern, dar și faptul ca ... SA are deja menționate în formularul DUAЕ depus calificările/certificările/avizele necesare pentru desfășurarea activităților preliminare de cercetare arheologică în țara de origine.

Față de răspunsurile furnizate, în data de 24.12.2019 autoritatea contractantă a publicat comunicarea cu privire la oferta depusă de ... SA precizând: „EVALUARE DUAЕ: Respins Motiv respingere: Oferta depusă de dvs. este inacceptabilă în sensul art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2), litera b) din HG nr. 395/2016 cu completările și modificările ulterioare și al art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016 cu completările și modificările ulterioare și este respinsă potrivit art. 137 alin. (1) „Comisia de evaluare

are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme" din HG nr. 395/2016 cu completările și modificările ulterioare".

Contestatoarea consideră că, în conformitate cu prevederile art. 215 din Legea nr. 98/2016, invocate în comunicarea din data de 24.12.2019, autoritatea contractantă ar fi trebuit să-i comunice în detaliu, pentru egalitate de tratament și pentru asigurarea transparenței derulării procedurii de atribuire, motivul pentru care a apreciat că oferta sa este declarată inacceptabilă, raportat la faptul că prin răspunsul la clarificări s-a declarat disponibilă pentru punerea la dispoziție a oricăror detalii, informații suplimentare și/sau documente, fiind indicată în mod expres anumite aspecte a căror analiză ar fi trebuit detaliată de către autoritatea contractantă în susținerea poziției sale.

Din acest considerent, contestatoarea susține că poate doar să presupună motivele pentru care oferta a fost declarată inacceptabilă fără a se stabili în fapt, cu exactitate, în ce măsură pentru aceste activități de cercetare arheologică deține autorizările și avizele necesare pentru a derula activitățile preliminare de cercetare arheologică.

Contestatoarea invocă încălcarea de către autoritatea contractantă a dreptului său la egalitate de tratament și evaluare obiectivă a ofertei depuse, prin lipsa motivării și justificării deciziei autorității contractante de a declara oferta sa ca inacceptabilă, în condițiile în care a pus la dispoziția autorității toate documentele și informațiile solicitate, indicând exact elementele care atestă îndeplinirea cerințelor legate de anumite activități, fără necesitatea unei subcontractări.

În susținerea temeiniciei contestației, contestatoarea subliniază că activitățile la care se referă *Cerințele beneficiarului* menționate mai sus sunt activități subsidiare față de obiectul contractului și activități care, pentru obiectul specific al acestei proceduri de atribuire, de principiu nu ar avea consecințe semnificative. În acest sens, consideră că un argument suplimentar ar fi acela că această solicitare nu a fost inclusă ca o cerință de verificare a capacității tehnico-economice a ofertantului, ci a fost inclusă la categoria unor riscuri asumate de către ofertant în cazul acordării contractului către acesta.

Pe de altă parte, raportat la situația particulară a acestui contract și a ofertantului care a mai desfășurat activități în zonă, contestatoarea precizează că are cunoștință de situația de principiu din punct de vedere arheologic, susținând că activitățile preliminare de cercetare arheologică nu implică, în mod obiectiv și determinant necesitatea subcontractării, mai ales când personalul este disponibil intern, iar costurile relevante așa cum s-a solicitat de fapt în *Cerințele beneficiarului* au fost incluse în oferta financiară prezentată de ... SA și asumate de acesta ca riscuri ale Contractorului.

În aceste condiții, față de certificările (înregistrate și menționate în DUA), contestatoarea susține că a desfășurat lucrări semnificative în zone cu potențial arheologic mult mai ridicat din ... și nu impuneau în

niciun fel necesitatea subcontractării la nivelul momentului prezentării ofertei. Așadar, consideră ca fiind evident că, în măsura în care în zona în care urma să se desfășoare lucrările s-ar fi identificat, ca urmare a cercetărilor arheologice preliminare, unele elemente din analiza cărora ar fi rezultat necesitatea unor investigații arheologice mai amănunțite și, în plus necesitatea identificării și aprobării unor soluții de proiectare sau execuție care să protejeze eventuale artefacte, s-ar fi apelat, așa cum susține că a arătat și în răspunsurile la cererile de clarificare, la nominalizarea și semnarea unor contracte cu entități specializate.

În opinia petentei, această abordare rezultă în mod clar și din răspunsul autorității contractante la întrebarea de clarificare nr. 140, punctul 19, respectiv: *„... ofertantul (individual sau asociere) este cel care stabilește dacă are capacitatea și resursele pentru a îndeplini toate activitățile contractului, sau va subcontracta o parte/părți din contractul de achiziție pentru care depune oferta”*.

În acest context, contestatoarea apreciază că este total nelegală și netemeinică decizia autorității contractante de a-i declara oferta ca fiind inacceptabilă, în măsura în care, în răspunsul la solicitarea de clarificare din data de 27.11.2019, în ..., țara de origine a ofertantului ... S.A., capacitatea de a efectua aceste activități se dovedește prin înregistrarea societății participante în registrul profesional relevant al societăților contractante (M. E. EP.).

Conform celor declarate în formularul DUAЕ depus în cadrul ofertei, ... S.A. afirmă că deține un astfel de certificat relevant de înregistrare a societății în cadrul registrului profesional menționat.

De asemenea, petenta subliniază că și autoritatea contractantă prin răspunsul la punctele 2 și 3 ale întrebării 140 menționează că: *„Antreprenorul va realiza, prin resurse proprii sau prin intermediul altor operatori economici, toate activitățile prevăzute în Cerințele Beneficiarului și Documentația tehnică, fiind obligatoriu ca prin Propunerea Tehnică să se demonstreze modul de îndeplinire a tuturor cerințelor și prezentarea metodologiei de executare a lucrărilor în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale și realizării lucrărilor”*.

Contestatoarea precizează că în cazul ei, clarificările emise de comisia de evaluare nu au avut în vedere și nu au implicat în niciun fel faptul că propunerea tehnică sau cea economică nu ar fi inclus detalii și aspecte din care să rezulte că nu au fost incluse aceste activități în fluxul tehnic de implementare a contractului sau nu a inclus costurile aferente în oferta de preț realizată. Aceasta apreciază că, în acest context, dar mai ales având în vedere certificările și autorizările pe care le deține în vederea realizării de astfel de activități, autoritatea contractantă trebuia eventual să solicite detalieri sau documente suplimentare în acest sens, însă nu poate să susțină că în speță oferta *„nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”*.

În aceste condiții, petenta apreciază că sunt încălcate principiile fundamentale care guvernează materia achizițiilor publice și anume

egalitatea de tratament, transparența decizională și nediscriminarea ofertelor depuse. Totodată, consideră că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a optat pentru cea mai ușoară cale, respectiv aceea de a declara oferta inacceptabilă pentru un motiv formal fără a depune niciun efort pentru a clarifica dacă în esență oferta îndeplinește atât criteriile de calificare, însă apreciază că nu în cazul său, deoarece o astfel de cerință nu a fost inclusă în fișa de date a achiziției ca un criteriu legat de capacitatea tehnică sau profesională a ofertantului) cât și completarea DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Contestatoarea afirmă că, în lipsa detaliilor privind emiterea evaluării DUAE din data de 24.12.2019, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, ar fi trebuit să cerceteze în amănunt formularul DUAE (certificatul MEEP menționat la pag. 2 din DUAE) al ... SA și să evalueze transparent și nediscriminatoriu situația sa specifică.

În acest context, apreciază că declararea ofertei sale ca fiind inacceptabilă reprezintă o încălcare a principiului tratamentului egal, transparenței și nediscriminării reglementate de art. 36 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE astfel cum acesta a fost interpretat prin jurisprudența obligatorie a CJUE în aplicarea Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii ("Directiva 2004/18"), reluate de Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE ("Directiva 2014/24").

În opinia sa, orice interpretare prezentată exclusiv la momentul evaluării ofertelor, care este în contradicție cu aspecte clarificate și asumate de autoritatea contractantă anterior depunerii ofertei, încalcă principiul tratamentului egal și nediscriminării, întrucât operatorii economici ar fi avut ocazia să își dimensioneze altfel documentația de ofertă.

Totodată, consideră că o redefinire adusă cerințelor la momentul evaluării ofertelor încalcă principiul transparenței întrucât modifică regulile comune de evaluare ce fuseseră asumate la momentul publicării documentației de atribuire.

În susținerea afirmațiilor de mai sus, contestatoarea arată că potrivit art. 18 alin. (1) al Directivei 2014/24, „[a]utoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională”. De asemenea, învederează Consiliului că textul de drept unional constituie o preluare a art. 2 din fosta Directivă 2004/18. În aplicarea acestor texte legale, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în cauza ... SRL c/a ... (C-278/14):

„27. Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși le-a stabilit. Astfel,

acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice. [...]

În consecință, autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență. În această privință, este lipsit de relevanță dacă elementul la care se referă această specificație mai este sau nu mai este în fabricație sau disponibil pe piață”.

Contestatoarea consideră că, în acest context, prin utilizarea argumentului *a fortiori*, dacă autoritatea contractantă nu poate recurge la modificarea specificațiilor tehnice, cu atât mai mult aceasta nu poate eluda ceea ce ea însăși a specificat ca răspuns la întrebările de clarificare.

De asemenea, consideră că opțiunea autorității contractante de a eluda interpretarea deja asumată a unei cerințe de calificare prin suplimentarea, în orice mod, a înțelesului ei reprezintă o încălcare flagrantă atât a principiului securității juridice în materia remediilor din domeniul achizițiilor publice, așa cum a fost dezvoltat de către jurisprudența CJUE în aplicarea Directivei privind coordonarea legilor, reglementărilor și dispozițiilor administrative privind aplicarea procedurilor de recurs la atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (89/665/CEE) ("Directiva 89/665"), dar și a principiilor fundamentale ale tratamentului egal, nediscriminării și transparenței.

În egală măsură, apreciază că a permite ideea interpretării diferite a unor cerințe de calificare și a evaluării ofertelor în baza acestor interpretări, reprezintă un precedent extrem de vătămător pentru orice desfășurare a unei proceduri de achiziție publică. În acest sens, arată că un astfel de precedent este repudiat expres și direct de dreptul UE aplicabil, astfel cum rezulta și din unele Decizii ale CJUE care au efect direct în speță, respectiv:

- în ceea ce privește principiile fundamentale ale tratamentului egal, nediscriminării și transparenței, aplicabile sunt cauzele ... SRL c/a ... (C-278/14), paragrafele 27-29, Comisia Europeans c/a Irlandei (C-266/09), paragrafele 59-60 și EVN și Wienstrom c/a Austriei (C-448/01), paragrafele 92-93.

- în ceea ce privește principiul fundamental al securității juridice în materia remediilor din domeniul achizițiilor publice, aplicabile sunt cauzele Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft (C-470/99), paragrafele 75-76, Lammerz GmbH c/a Freie Hansestadt Bremen (C-241/06), paragraful 51, cauza Comisia Europeans c/a Irlandei (C-456/08), paragraful 52.

Așadar, un ofertant nu poate fi în niciun context respins ca inacceptabil pentru o cerință a cărei îndeplinire este prevăzută de certificatele și acreditările valabile în țara de origine, incluse în DUAE

(pag. 2 din DUAE), acesta fiind de altfel un criteriu de calificare care nu este prevăzut explicit și literal în fișa de date a achiziției. O astfel de abordare reprezintă o vătămare gravă a principiului tratamentului egal, statuat în legislația națională la art. 2 alin. (2) lit. b) al Legii nr. 99/2016, precum și al imperativului libertății de participare transfrontalieră la procedurile de achiziții.

Pe de altă parte, consideră că singura justificare legală a cerinței beneficiarului legată de o eventuală subcontractare a aspectelor legate de cercetarea arheologică este aceea de excludere a oricăror riscuri legate de costuri suplimentare legate de aceste activități, care ar putea cădea în sarcina sa.

Contestatoarea consideră că, în ceea ce o privește, a menționat în ambele răspunsuri la solicitările de clarificare faptul că ... S.A. confirmă că nu vor fi adăugate costuri sau cheltuieli suplimentare pentru activitățile la care se referă solicitarea de clarificare, anume pentru activitățile de arheologie și deminare, ceea ce înseamnă că ofertele tehnice și financiare conțin și acoperă toate aceste activități conform documentației de atribuire.

În consecință, subliniază că modalitatea de elaborare a propunerii tehnice reflectă capacitatea ... de a realiza activitățile aferente contractului fie singur, fie împreună cu alți operatori economici, a căror calitate este reglementată de legislația în materia achizițiilor publice. Mai mult, arată că a bugetat corespunzător toate activitățile, cuprinzând în formularul de propunere financiară și în anexa nr. 1 a acestuia sumele necesare îndeplinirii obiectului contractului în integralitate.

În ceea ce privește activitățile efective, ... SA susține că a preconizat să le efectueze, cel puțin în etapa inițială de evaluare, cu personal propriu specializat și autorizat, în conformitate cu cele precizate în răspunsul autorității contractate la întrebarea de clarificare nr. 140, deoarece acest lucru presupune deținerea propriilor autorizații și permite efectuarea acestor activități. Relația juridică cu un astfel de personal intern nu era obligatorie a fi inclusă și detaliată în ofertă și în documentația sa auxiliară, deoarece urma să fie considerată ca fiind calificarea proprie și autorizarea deținută de ofertantul ... S.A.

Potrivit răspunsului la întrebarea de clarificare nr. 140, petenta apreciază că necesitatea de a declara subcontractanți pentru astfel de activități ar trebui inițiată numai în situația în care aceste activități nu pot fi efectuate cu resurse interne, în special atunci când personalul relevant nu ar deține toate autorizațiile și permisele necesare pentru toate aceste activități specifice.

Pe de altă parte, contestatoarea precizează că are în vedere dispozițiile art. 151 și a celor următoare din HG nr. 395/2016, care se aplică în mod obligatoriu tuturor participanților la procedurile de achiziții publice și care nu pot fi respinse în cadrul procedurilor și implementării contractelor.

În consecință, prin adresa din data de 18.11.2019, ... S.A. a statuat că alături de personalul calificat intern și autorizat pentru a efectua activitățile de arheologie și deminare, ar lua în considerare, de asemenea, încheierea de acorduri preliminare cu ... și ... SRL. Astfel, față de situația și calificările/avizele prealabile necesare prevăzute în *Cerințele Beneficiarului* erau menționate în DUAЕ, pentru momentul în care activitățile detaliate specifice ar fi fost necesare în timpul implementării contractului de lucrări, în situația în care acesta ar fi atribuit ... S.A., înțelegeri preliminare cu aceste entități erau în curs de finalizare.

... SA consideră că a clarificat în mod special că participă la licitații referitoare la realizarea de activități arheologice și semnează contracte relevante în acest sens în ..., țara sa de origine. În conformitate cu legislația elenă aplicabilă, capacitatea de a efectua aceste activități se dovedește prin înregistrarea societății participante în registrul profesional relevant al societăților contractante (M. E. EP.), fapt ce rezultă și din declarațiile din formularul DUAЕ depus în cadrul ofertei.

În consecință, ... SA precizează că nu a menționat ca subcontractori și nici nu au fost depuse formularele DUAЕ, formularele solicitate în fișa de date și acordurile de subcontractare cu entitățile specializate (... și ... SRL) pentru activitățile de arheologie, respectiv deminare.

Pentru toate motivele detaliate mai sus, contestatoarea solicită admiterea contestației și dispunerea măsurilor de remediere precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

Prin adresa nr. 1595/14.01.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 1420/14.01.2020, ... S.A. a formulat punct de vedere față de contestația depusă de ... SA, în care susține că oferta depusă de această societate este inacceptabilă, în sensul art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2), lit. b) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, fiind respinsă potrivit art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu procesul-verbal de vizualizare și consemnare a ofertelor nr. 13B/7835/27.09.2019, comisia de evaluare a luat act că în Secțiunea "Evaluare" au fost înregistrate 11 oferte, urmând ca în data de 24.12.2019, după finalizarea procesului de evaluare a DUAЕ pentru cei 11 ofertanți, să fie acordate calificativele corespunzătoare pentru fiecare ofertant în parte.

Decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei a fost notificată operatorului economic ... S.A., prin acționarea butonului „Respins” din cadrul secțiunii „Evaluare” a SEAP la finalizarea etapei de evaluare a DUAЕ în data de 24.12.2019, oferta fiind respinsă, ca inacceptabilă, în sensul art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește conținutul contestației depuse, autoritatea contractantă apreciază că ofertantul reiterează modalitatea de realizare a activităților de arheologie și deminare, susținând că *lipsa de coerență în ofertare este continuată și în conținutul contestației.*

Comisia de evaluare susține că, așa cum s-a consemnat în procesul verbal nr. 20/1615/19.12.2019, pe parcursul procesului de evaluare a constatat că ofertantul nu a prezentat în cadrul documentelor de calificare modul de îndeplinire a activităților de arheologie și deminare, iar prin răspunsurile la solicitările de clarificări ale comisiei de evaluare, a răspuns ambiguu, fără a justifica modul de realizare a activităților, astfel:

La solicitarea de clarificare nr. 20/684/13.11.2019, comisia de evaluare precizează că nu a identificat în DUAE depus de subcontractanții desemnați pentru activitățile de arheologie și deminare, așa cum este solicitat prin documentația de atribuire. Având în vedere că de la momentul publicării documentației de atribuire ofertanții cunosc că, de exemplu, pentru activitățile de investigații arheologice (cercetare și descărcare) și supraveghere arheologică și, respectiv activitățile de devieri/mutări/relocări/protejări rețele de utilități și instalații este necesară o anumită autorizare, ofertanții au obligația de a include aceste activități în propunerea tehnică, cât și în propunerea financiară. Ținând cont de faptul că potrivit legislației aplicabile, activitățile mai sus menționate se realizează cu operatori specializați/autorizați, ofertanții vor declara în DUAE subcontractanții desemnați pentru aceste activități numai în situația în care antreprenorul nu deține autorizările necesare pentru a realiza el însuși aceste activități.

Astfel, prin răspunsul nr. 140 la clarificarea 1 publicată în SEAP, se solicita *„clarificarea aspectului menționat și, după caz, retransmiterea DUAE revizuit conform ofertei depuse”*.

Ofertantul, prin adresa nr. 267/14.11.2019, a adus la cunoștința autorității contractante faptul că nu este posibilă revizuirea și exportarea unui DUAE revizuit în cadrul portalului SEAP/SICAP, solicitând confirmarea revizuirii DUAE numai în format pdf.

Comisia de evaluare, prin adresa nr. 20/763/15.11.2019, a indicat ofertantului accesarea serviciului suport al SEAP pentru obținerea informațiilor necesare cu privire la modalitatea de revizuire/exportare a unui DUAE revizuit în cadrul portalului SEAP/SICAP, reamintindu-i că termenul de răspuns rămâne neschimbat, respectiv 18.11.2019.

Cu adresa nr. 271/18.11.2019, ofertantul a răspuns, afirmând că ... S.A. a încheiat contractul de colaborare cu personal calificat și autorizat, în considerarea notei menționate în fișa de date și anume: „Nu este obligatoriu ca expertul propus să fie angajatul ofertantului/ofertantului asociat, fiind permisă orice modalitate de asigurare a expertului: contract de muncă, contract de colaborare/conlucrare etc.”, precum și acorduri preliminare cu instituții autorizate legal ... și respectiv ... SRL (ca prestatori de servicii) în scopul de a sprijini ... S.A. în desfășurarea acestor activități.

Prin solicitarea de clarificare nr. 20/971/25.11.2019, comisia de evaluare a comunicat ofertantului ... S.A. că nu a identificat în cuprinsul

documentelor de calificare și al formularelor DUAЕ depuse informații privind acordurile preliminare încheiate de ofertant cu ... și ... SRL, așa cum a indicat în cadrul răspunsului nr 271 din 18.11.2019. Totodată, având în vedere că ofertantul a indicat includerea activităților de arheologie și deminare atât în propunerea tehnică, cât și în propunerea financiară din cadrul ofertei depuse, precum și prevederea din Cerințele Beneficiarului, respectiv *„Antreprenorul va nominaliza obligatoriu subcontractantul/ subcontractanții care va/vor executa activitatea de cercetare arheologică, de la momentul depunerii ofertei”*, comisia de evaluare a solicitat ofertantului să indice unde, în cadrul documentației depuse, se află acordurile preliminare încheiate cu ... și ... SRL, formularele DUAЕ aferente celor doi operatori economici, precum și formularele solicitate prin Fișa de date.

Cu adresa nr 281/27.11.2019 ofertantul a răspuns după cum urmează: *„În ceea ce privește activitățile efective, așa cum s-a menționat în scrisoarea noastră anterioară, ... S.A. a preconizat să le efectueze, cel puțin în etapa inițială de evaluare, cu personal propriu specializat și autorizat, astfel cum se precizează în răspunsul dumneavoastră la întrebarea de clarificare nr. 140, deoarece acest lucru presupune deținerea propriilor autorizații și permite efectuarea acestor activități. Relația juridică cu un astfel de personal intern nu era obligatorie pentru a fi inclusă și detaliată în ofertă și în documentația sa auxiliară, deoarece urma să fie considerată ca fiind calificarea proprie și autorizarea deținută de ofertantul ... S.A.*

Potrivit răspunsului la întrebarea de clarificare nr. 140, necesitatea de a declara subcontractanți pentru astfel de activități ar trebui inițiată numai în situația în care aceste activități nu pot fi efectuate cu resurse interne, în special atunci când personalul relevant nu ar deține toate autorizațiile și permisele necesare pentru toate aceste activități specifice.

Pe de altă parte, având în vedere dispozițiile art. 151 și a celor următoare din HG 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, care se aplică în mod obligatoriu tuturor participanților la procedurile de achiziții publice și care nu pot fi respinse în cadrul procedurilor și implementării contractelor, acest lucru fiind recunoscut și de autoritatea contractantă în răspunsul la întrebarea de clarificare nr. 140: «...Autoritatea contractantă va aplica în mod corespunzător prevederile art. 151 din H.G. nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, privind înlocuirea/implicarea subcontractanților în perioada de implementare a contractului, în situația în care se îndeplinesc condițiile specifice prevăzute la art. 152-162 din același act normativ».

Acesta a fost motivul pentru care în clarificarea noastră din data de 18.11.2019 am indicat că, alături de personalul calificat intern și autorizat pentru a efectua activitățile de arheologie și deminare, ... S.A. ar lua în considerare, de asemenea, încheierea de acorduri preliminare cu ... și ... SRL, ceea ce înseamnă că înțelegerile sunt în curs de finalizare pentru momentul în care activitățile detaliate specifice ar fi fost necesare în timpul implementării contractului de lucrări, în situația în care acesta ar fi atribuit ... S.A.

De asemenea, vă aducem la cunoștință că în ..., ... S.A. participă la licitații referitoare la realizarea de activități arheologice și semnează contracte relevante în acest sens. Astfel, în ..., țara de origine a ofertantului ... S.A., capacitatea de a efectua aceste activități se dovedește prin înregistrarea societății participante în registrul profesional relevant al societăților contractante (M. E. EP.). Conform celor declarate în formularul DUAЕ depus în cadrul ofertei, ... S.A. deține un astfel de certificat relevant de înregistrare a firmei în cadrul registrului profesional menționat. Ca urmare a celor menționate mai sus, în cadrul ofertei depuse nu au fost menționați subcontractori și nici nu au fost depuse formularele DUAЕ, formularele solicitate în fișa de date și acordurile de subcontractare încheiate cu ... și cu ... SRL pentru activitățile de arheologie, respectiv deminare.

Toate autorizațiile menționate sunt disponibile la solicitarea dumneavoastră.

Comisia de evaluare susține că a apreciat modul de răspuns la solicitarea de clarificare ca fiind ambiguu, în ceea ce privește afirmația ... S.A. că ar lua în considerare încheierea de acorduri preliminare cu ... și ... SRL, reamintind că în clarificarea anterioară ... S.A. a afirmat că a încheiat contracte de colaborare cu personal calificat și autorizat, precum și acorduri preliminare cu instituții autorizate legal, respectiv ... și ... SRL (ca prestatori de servicii) în scopul de a sprijini ... S.A. în desfășurarea acestor activități.

Cu referire la afirmația ofertantului că va efectua „activitățile efective (...) cel puțin în etapa inițială de evaluare, cu personal propriu special autorizat”, comisia de evaluare face precizarea că cercetarea arheologică trebuie realizată în conformitate cu prevederile legislației românești în vigoare, așa cum se specifică și în cerințele beneficiarului, respectiv: „Antreprenorul va realiza investigațiile arheologice în conformitate cu prevederile legislației românești în vigoare, privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică, folosind instituții legal abilitate în realizarea de cercetări arheologice”.

Autorizarea la care ofertantul face referire că o deține nu poate fi aplicată pentru cercetarea arheologică din ..., deoarece, prin instituție organizatoare a cercetării arheologice, conform prevederilor Ordinului nr. 2178/2011, se înțelege „Instituția de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior care are calitatea de proprietar, administrator ori titular al altor drepturi reale asupra terenului pe care se află situl arheologic sau care este solicitată să efectueze cercetarea arheologică pe terenuri aferente unor obiective investiționale, în baza unui contract”.

De asemenea, comisia de evaluare a apreciat că referirea la licitațiile din ... nu are nicio relevanță pentru procedura de față, care se supune și din punct de vedere al cercetării arheologice prevederilor legislației românești în vigoare. Conform OG 43/2000, privind protecția

patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național art. 3 alin (3) *„cercetarea arheologică se realizează de către personalul de specialitate atestat și înregistrat în Registrul arheologilor, conform prevederilor Regulamentului săpăturilor arheologice din ..., precum și cu respectarea normelor privind standardele și procedurile arheologice în acord cu principiile Codului deontologic al arheologilor din ...”.*

În consecință, comisia de evaluare a considerat răspunsul prezentat ca fiind neconcludent, concluzionând că din documentele prezentate atât la depunerea ofertei, cât și din răspunsurile la solicitările de clarificări, ofertantul ... S.A. nu a putut demonstra că îndeplinește cerințele documentației de atribuire pentru îndeplinirea tuturor activităților aferente contractului, respectiv că în cazul de față nu răspunde cerinței beneficiarului: *„Antreprenorul va nominaliza obligatoriu subcontractantul/subcontractanții care va/vor executa activitatea de cercetare arheologică, de la momentul depunerii ofertei”.*

În susținerea deciziei luate cu privire la acest operator economic, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, cu privire la respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, precum și la prevederile art. 209 alin. (2) din aceeași lege, în sensul că autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

Totodată, învederează prevederile art. 3 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, precum și prevederile art. 60 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în situația în care ofertantul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, în temeiul art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, acesta are obligația de a include în DUAЕ și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractantă și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separate, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe ale căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).

Astfel, în situația în care o parte/părți din contract nu poate/pot fi îndeplinită/e de ofertant (individual sau asociere) și/sau ofertantul nu are capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea activităților aferente unei/unor părți din contract, acesta are dreptul să subcontracteze o parte din activitățile contractului de achiziție, având obligația de a cuprinde în oferta sa documentele și informațiile prevăzute de lege referitoare la subcontractare (DUAЕ al subcontractantului, acordul de subcontractare, informații privind partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinită de subcontractant/subcontractanți și

valoarea acesteia/acestora, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante etc.).

Totodată, autoritatea contractantă menționează că obligativitatea cu privire la depunerea, în cadrul ofertei, a DUAЕ de către subcontractant reiese și din prevederile Anexei 1 - Instrucțiuni ale Regulamentului (UE) nr. 7/2016 și ale Notificării A.N.A.P. nr. 240/28.06.2016 potrivit cărora: *„Un operator economic care participă pe cont propriu, dar se bazează pe capacitățile uneia sau mai multor altor entități trebuie să se asigure că autoritatea contractantă sau entitatea contractantă primește propriul său DEAU, împreună cu un DEAU separat care cuprinde informațiile relevante pentru fiecare dintre entitățile pe care se bazează”*.

Având în vedere că ofertantul a menționat în DUAЕ propriu că intenționează să subcontracteze cote părți din contract și ținând cont și că autoritatea contractantă a prevăzut în fișa de date a achiziției obligativitatea existenței, în cadrul ofertelor ce se bazează pe capacitatea unui/unor subcontractant/subcontractanți, a DUAЕ al acestui/acestor subcontractant/subcontractanți, autoritatea precizează că ofertantul avea obligația de a prezenta în cadrul ofertei, pe lângă DUAЕ propriu și DUAЕ pentru subcontractant.

Comisia de evaluare apreciază că și în situația de față când, prin răspunsul la clarificări, ofertantul a transmis informații prin care încearcă să asigure autoritatea contractantă că aceste activități vor fi îndeplinite, nu califică oferta operatorului în cauză ca fiind acceptabilă, atâta timp cât nu există depus, odată cu oferta, DUAЕ al subcontractantului. În acest context, având în vedere Notificarea A.N.A.P. nr. 245 din 01.09.2016 se face precizarea că pe parcursul procesului de verificare evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări cu privire la formularul DUAЕ numai dacă aspectele care se doresc a fi clarificate pot fi încadrate ca inadvertențe de formă, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

Totodată, raportându-se la prevederile art. 134 alin. (5), din HG 395/2016 și conform informațiilor prezentate, autoritatea apreciază că nedepunerea, până la data limită de depunere a ofertelor, a DUAЕ al subcontractantului, constituie o inadvertență de fond, situație ce conduce la respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la posibilitatea de asimilare a situației prezentate cu dreptul contractantului de a „implica noi subcontractanți”, autoritatea contractantă menționează că prevederile art. 219 din Legea nr. 98/2016, precum și cele prevăzute în cadrul Secțiunii 1 – Subcontractarea, a Capitolului IV din H.G. nr. 395/2016 se referă la condițiile ce trebuie respectate în cazul înlocuirii unui/unor subcontractant/subcontractanți sau introducerii unui/unor nou/nou subcontractant/subcontractanți pe parcursul derulării contractului.

Autoritatea solicită Consiliului să rețină că subcontractantul, asemeni ofertantului, este un „operator economic”, în sensul art. 3 alin. (1) lit. j) din Legea nr. 98/2016, respectiv persoana fizică sau juridică, de drept public sau privat, grup sau asociere de astfel de persoane, *„care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii”*, ca urmare, subcontractantul trebuie să fie autorizat pentru îndeplinirea activităților care îi sunt subcontractate. Astfel, potrivit art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în cazul în care ofertantul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții propuși de ofertant trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din același act normativ.

Așadar, subcontractantul este acel operator economic, nominalizat în cadrul unei oferte depuse de un alt operator economic (ofertant individual sau asociere), care execută în baza unui contract încheiat cu acesta (acordul de subcontractare) o parte/părți din contractul de achiziție pentru care este responsabil de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare, fiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică (fără a fi, însă parte a respectivului contract).

Autoritatea contractantă reiterează că ofertantul ... SA nu a completat în cadrul DUAЕ depus partea/părțile din contract pe care le subcontractează pentru îndeplinirea activității de arheologie, astfel că oferta depusă este inacceptabilă în sensul art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, fiind respinsă, potrivit art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Prin cererea de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, formulată de ..., față de contestația promovată de ... SA, se solicită Consiliului ca, prin decizia pe care o va pronunța, să admită prezenta cerere de intervenție atât în principiu, cât și pe fond, cu consecința respingerii contestației promovate de ... SA și a menținerii deciziei autorității contractante de excludere din procedura de atribuire a acestui ofertant, ca fiind legală și temeinică.

Intervenienta precizează că 10 din cei 11 ofertanți care au depus ofertă în cadrul procedurii au declarat încă de la momentul depunerii ofertelor subcontractant pentru arheologie, singurul ofertant ce nu a indicat subcontractant pentru lucrările de arheologie fiind ... SA.

În opinia sa, acest fapt se datorează strict neglijenței ... SA atunci când a examinat documentația de atribuire.

Astfel, în conformitate cu documentația de atribuire - Cerințele Beneficiarului, pentru realizarea investigațiilor arheologice, antreprenorul:

- va trebui să țină cont de legislația în domeniu, respectiv: Legea nr. 378/2001, Legea nr. 422/2001, Legea nr. 462/2003, Legea nr.

258/2006. O.M.C.C. nr. 2071/2000, O.M.C.C. nr. 2392/2004. OMCPN nr. 2562/4.10.2010 și OMCPN 2178/17.03.2011;

- respectă prevederile legislației române în vigoare referitoare la cercetarea arheologică preventivă (cu etapele definite în OG 43/2000 republicată și în Ordinul Ministrului Culturii nr. 2392/2004 și prevederile Ordinului Ministrului Culturii 2562/2010, privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică), utilizând entități abilitate;

- va nominaliza obligatoriu subcontractantul/subcontractanții care va/vor executa activitatea de cercetare arheologică, de la momentul depunerii ofertei.

În conformitate cu Clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire – la întrebarea și răspunsul 140 s-a analizat exact situația reclamată prin contestație de ... SA, răspunsul autorității contractante indicând clar că se vor indica încă de la momentul depunerii ofertelor inclusiv subcontractanții pe domeniul arheologie:

- întrebare „2. În ceea ce privește un tip de activitate care necesită o anumită autorizare (Ex. Arheologie, ANRE, AFER, muniție, etc), vă rugăm să confirmați că în cazul în care antreprenorul declară, conform solicitării dvs., intenția sa de subcontractare a acestor activități către companii autorizate, fără a indica datele de identificare ale respectivelor societăți, această declarație este suficientă și acoperitoare pentru demonstrarea conformității ofertei asumate, inclusiv pentru respectivele activități ce necesită autorizare specială, fără a mai fi nevoie ca la momentul depunerii ofertei să se declare un subcontractant nominalizat autorizat pentru respectivele activități.”

- răspunsul autorității contractante: „avându-se în vedere că de la momentul publicării documentației de atribuire ofertanții cunosc că, de exemplu, pentru activitățile de investigații arheologice (cercetare și descărcare) și supraveghere arheologică și respectiv activitățile de devieri/mutări/relocări/protejări rețele de utilități și instalații este necesară o anumită autorizare, ofertanții au obligația de a include aceste activități în propunerea tehnică și în propunerea financiară. De asemenea, ținând cont că potrivit legislației aplicabile, activitățile sus menționate se realizează cu operatori specializați autorizați, ofertanții vor declara în DUAE subcontractanții desemnați pentru aceste activități numai în situația în care antreprenorul nu deține autorizările necesare pentru a realiza el însuși aceste activități.”

Intervenienta învederează că în acest context, în cazul în care ... SA nu a contestat documentația de atribuire sau clarificările la aceasta în termenul legal și nu a prezentat autorizația sa pentru activitățile de investigații arheologice (cercetare și descărcare), recunoscută în ... și aflată în perioada de valabilitate, oferta sa a fost în mod legal exclusă.

Aceasta subliniază că nu a regăsit în cuprinsul contestației ... SA publicată în SEAP o astfel de autorizație, aceasta fiind publicată fără

anexe, însă apreciază că din cuprinsul acesteia nu reiese că ar exista o astfel de autorizație. Totodată, subliniază că ... SA a indicat că poate realiza cu personal propriu evaluări inițiate, urmând ca pentru investigații arheologice de cercetare și descărcare să apeleze la terțe părți.

Mai mult, intervenienta indică faptul că în răspunsul la solicitarea de clarificări a autorității contractante ... SA a arătat și a detaliat că are încheiate acorduri „de principiu” cu La re-solicitarea autorității contractante de transmitere a acordului de subcontractare ... SA nu a fost în măsură să prezinte un astfel de document, de unde rezultă că nu deține acordul necesar.

În concluzie, având în vedere toate cele de mai sus, ... solicită admiterea cererii de intervenție cu consecința respingerii contestației și menținerii deciziei autorității contractante de excludere din procedura de atribuire a ofertantului ... SA, ca fiind legală și temeinică

Prin adresa FN/21.01.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 2324/21.01.2020, ... (... S.A.), a formulat note scrise finale prin care, reiterează solicitările adresate Consiliului prin intermediul contestației.

De asemenea, solicită respingerea cererii de intervenție în interesul autorității contractante formulată de ... ca fiind nemotivată și nejustificată față de obiectul contestației formulate.

Contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere atât argumentele prezentate detaliat în contestația formulată și suplimentar, dar fără a exclude sau renunța la argumentele detaliate în contestație, și următoarele considerente:

- În ceea ce privește cererea de intervenție în interesul autorității contractante, solicită Consiliului să observe că aceasta nu aduce niciun argument în susținerea poziției autorității contractante, ci se limitează să copieze în textul cererii unele dintre textele invocate în contestație, fără să interpreteze sau să justifice poziția adoptată;

- Susținerile intervenientei ce vizează contestarea documentației în justificare promovării prezentei contestații, sunt apreciate ca fiind lipsite de temei, întrucât, în fapt, obiectul contestației nu îl reprezintă documentația de achiziție, ci modul defectuos netransparent și nejustificat în care autoritatea contractantă a aplicat cerințele publicate cu privire la această procedură de atribuire;

- cererea de intervenție este nu numai nemotivată, dar și nejustificată în contextul actual, mai ales în măsura în care cererea de suspendare a procedurii a fost respinsă, deci nu se mai poate considera că ceilalți participanți la procedură ar suferi un prejudiciu prin promovarea acestei contestații.

În acest context, contestatoarea consideră că se impune respingerea cererii de intervenție, pentru simplificarea procedurii de soluționare a diferendului.

În ceea ce privește fondul contestației formulate, prin punctul de vedere depus de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, aceasta interpretează de o manieră discriminatorie și netransparentă prevederile legale aplicabile în speță, dar și cerințele formulate în cadrul documentației de achiziție.

Astfel, față de aprecierile din punctul de vedere transmis, referitoare la autorizarea la care ofertantul face referire și pe care afirmă ca o deține, ce nu poate fi aplicată pentru cercetarea arheologică din ..., conform prevederile Ordinului nr. 2178/2011, precum și nerelevanța referirii la licitațiile din ..., contestatoarea precizează următoarele:

- în motivele detaliate în contestația formulată, la care a fost atașată corespondența purtată cu autoritatea contractantă, s-a arătat că au fost încheiate contracte cu personal calificat și autorizat, cu referire și la personalul de specialitate atestat și înregistrat în Registrul arheologilor;

- în mod total nejustificat și netransparent, autoritatea contractantă a decis ca oferta ... SA nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, deoarece nu a nominalizat subcontractorul care va executa activitatea de cercetare arheologică, invocând argumentul tratamentului egal și al apariției unui avantaj evident în favoarea acestuia.

În opinia petentei, toate acestea nu arată decât reaua credință a autorității contractante, apreciind că aceasta se contrazice prin argumentele pe care le susține, deoarece pe de o parte face referire la persoane înscrise în registrul arheologilor care conform reglementărilor citate pot desfășura activitate de cercetare arheologică și care nu sunt neapărat instituții muzeale etc.

Mai mult, raportat la obiectul acestei proceduri de atribuire, dar cu raportare la susținerile din punctul de vedere al autorității contractante, încheierea unui contract de subcontractare cu o instituție muzeală din Focșani sau Bacău ar fi constituit o îndeplinire a acestei cerințe, chiar dacă această instituție muzeală nu are nicio legătură cu locația în care activitățile propriu zise de cercetare arheologică urmează să se desfășoare.

Contestatoarea face precizarea că nu a susținut că ar fi o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior care are calitatea de proprietar, administrator ori titular al altor drepturi reale asupra terenului pe care se află situl arheologic sau care este solicitată să efectueze cercetarea arheologică pe terenuri aferente unor obiective investiționale, în baza unui contract, dar precizează că a susținut și putea să dovedească că activitățile de cercetare arheologică puteau fi desfășurate cu personal aflat la dispoziția acesteia, fără a fi obligatoriu subcontractate, decât dacă ar fi fost cazul unor investigații mai amănunțite după ce se derulau primele faze ale unor astfel de cercetări arheologice.

Astfel, apreciază că întreaga argumentație a autorității contractante, în sensul că nu s-a depus DUAЕ pentru subcontractant, nu își are locul și sensul, apreciind că aceasta încearcă să acopere tratamentul neechitabil și netransparent aplicat ofertei sale în cadrul acestei proceduri.

Spre exemplificare, contestatoarea arată că aceste activități de cercetare arheologică sunt desfășurate și de alte entități decât instituțiile

muzeale, cum ar fi societăți cu răspundere limitată care au acest obiect de activitate, astfel încât apreciază abordarea autorității contractante ca fiind netransparentă și abuzivă.

Pe de altă parte, menționează că în mod nejustificat și netemeinic autoritatea contractantă susține că era necesară încheierea unui contract anterior declarării ofertei subscrisei ca fiind câștigătoarea acestei proceduri în măsura în care, accesul pe terenul pe care vor fi desfășurate activitățile obiect al contractului este acordat numai după încheierea contractului de achiziție publică. Or, autoritatea contractantă se referă la încheierea unui subcontract de prestări de servicii cu o instituție/muzeu care are calitatea de proprietar, administrator sau titular asupra terenului pe care se află situl arheologic. În această accepțiune, Muzeul de Istorie din Bacău ar putea fi titular al unor drepturi reale al terenului, respectiv de pe Centura ... înainte de semnarea contractului de lucrări, ceea ce este evident illogic dar urmează algoritmul de gândire expus de autoritatea contractantă în punctul de vedere depus în dosarul al cărui obiect îl constituie prezenta contestație.

De asemenea, apreciază că este total nelegală și netemeinică decizia autorității contractante de a declara oferta ... SA ca fiind inacceptabilă cu argumentul că existența unor certificări în țara de origine (...) nu pot fi luate în considerare, singurele acreditări acceptate fiind cele din

Contestatoarea reiterează că este înregistrată în registrul profesional relevant al societăților contractante (M. E. EP.), conform celor declarate în formularul DUAЕ depus în cadrul ofertei, ... S.A. deține un astfel de certificat relevant de înregistrare a societății în cadrul registrului profesional menționat iar lipsirea de efecte a unor asemenea certificări și autorizări recunoscute la nivel european reprezintă o încălcare fundamentală a principiilor liberei circulații în cadrul Uniunii Europene.

Față de toate aceste argumente, consideră că prin decizia autorității contractante sunt încălcate principiile fundamentale care guvernează materia achizițiilor publice și anume: egalitatea de tratament, transparența decizională și nediscriminarea ofertelor depuse, reglementate de art. 36 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE astfel cum acesta a fost interpretată prin jurisprudența obligatorie a CJUE în aplicarea Directivei 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004, privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii ("Directiva 2004/18"), reluate de Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE ("Directiva 2014/24"). Autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare a optat pentru cea mai ușoară cale aceea de a declara oferta inacceptabilă pentru un motiv formal fără a depune niciun efort pentru a clarifica dacă în esență oferta ... S.A. îndeplinește atât criteriile de calificare cât și completarea DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Pentru toate motivele detaliate mai sus, în temeiul art. 4, art. 8, art. 22, art. 26 din Legea nr. 101/2016, precum și toate celelalte prevederi legale invocate, contestatoarea solicită admiterea contestației, adoptarea măsurilor de remediere precizate în partea introductivă a prezentei decizii, precum și respingerea ca nemotivată, netemeinică și nejustificată, a cererii de intervenție în interesul CNAIR formulată de

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei și din analiza susținerilor părților, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... S.A. a inițiat, în temeiul Legii nr. 98/2016, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și Execuție Autostrada de Centură ... km 0+000 - km 100+900, Sector Centura Nord km 0+000 - km 52+770, Lot 1: km 2+500 - km 20+000”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN .../06.06.2019, împreună cu documentația de atribuire.

Valoarea estimată a contractului este de 842.140.505 lei fără TVA.

Conform procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 13B/7835/27.09.2019 și a declarației de participare publicată în SEAP în data de 01.10.2019 au depus oferte un număr de 11 operatori economici, printre care și contestatoarea și intervenienta.

Prin procesul-verbal nr. 20/1065/19.12.2019 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, oferta depusă de ... SA a fost declarată inacceptabilă, în sensul art. 134 alin. (5), art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și a fost respinsă, potrivit art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, rezultat comunicat în SEAP în data de 24.12.2019.

Împotriva acestui rezultat, ... (... SA) a formulat prezenta contestație.

După depunerea contestației, ... SA a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 220.000 lei, prin consemnarea la CEC BANK a sumei respective, conform recipisei nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru dosarul aferent anunțului de participare nr. CN ... Centura Nord ... lot 1.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție formulate de către ..., Consiliul reține că aceasta, în calitate de ofertantă a cărei ofertă a fost declarată admisibilă în urma evaluării DUAЕ, nu are, la momentul formulării cererii de intervenție, interes în prezenta procedură. Faptul că în urma soluționării prezentei contestații oferta contestatoarei ar putea să își modifice caracterul din inacceptabilă

în admisibilă nu este de natură a produce vreo vătămare ..., a cărei ofertă rămâne admisibilă. Un ofertant are interes în a interveni într-un proces doar în situația în care, în urma aceluși proces, ofertantul respectiv ar putea pierde situația de care a beneficia înainte de inițierea procesului, ceea ce nu se întâmplă în acest caz.

Prin urmare, în temeiul art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție formulată de

Pe fondul cauzei, ... SA critică comunicarea din SEAP, publicată în data de 24.12.2019, potrivit căreia oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395 și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2015, și a fost respinsă, potrivit art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, conform căruia „Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme”.

Consiliul reține că această comunicare a fost emisă de SEAP și nu are caracterul comunicării prevăzute la art. 215 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016. Însă, deși comunicarea contestată nu conține toate informațiile pe care trebuie să le conțină comunicarea transmisă la sfârșitul procedurii, contestatoarea a cunoscut motivele pentru care oferta sa a fost respinsă și a întocmit, astfel, o contestație motivată.

În fapt, oferta contestatoarei a fost respinsă pe motiv că nu a prevăzut subcontractarea activităților de investigații arheologice.

Contestatoarea susține că activitățile preliminare de cercetare arheologică nu implică necesitatea subcontractării, iar ... SA dispune de personal intern pentru aceste activități. Mai mult, susține că ia în considerare încheierea de acorduri preliminare cu ... și cu ... SRL pentru aceste activități.

În soluționare, Consiliul are în vedere prevederile documentului „Cerințele beneficiarului”, parte a documentației de atribuire, publicat în SEAP:

„21.31 Investigații arheologice

21.31.1 Prezentare generală

Amplasamentul obiectivului de infrastructură rutieră, înaintea oricăror lucrări de execuție, necesită investigații arheologice. Acestea trebuie să se conformeze legislației române de patrimoniu în vigoare.

*Se va efectua diagnosticul arheologic intruziv pe întreg traseul obiectivului de transport rutier, se vor cerceta siturile arheologice delimitate corespunzător în teren în urma diagnosticului și se va realiza **supravegherea arheologică de specialitate** pe toate zonele afectate de lucrările de execuție care presupun intervenții în sol (inclusiv organizări de șantier, gropi de împrumut etc.)*

*Pentru realizarea investigațiilor arheologice, **Antreprenorul va trebui să țină cont de legislația în domeniu: Legea nr. 378/2001 (legea de adoptare de către Parlament a O.G. nr. 43/2000), Legea nr. 422/2001, Legea nr. 462/2003, Legea nr. 258/2006. O.M.C.C. nr. 2071/2000, O.M.C.C. nr. 2392/2004, OMCPN nr. 2562/4.10.2010 și OMCPN 2178/17.03.2011.***

Antreprenorul respectă prevederile legislației romane în vigoare referitoare la cercetarea arheologică preventivă (cu etapele definite în OG 43/2000 republicată și în Ordinul Ministrului Culturii nr. 2392/2004 și prevederile Ordinului Ministrului Culturii 2562/2010 privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică) utilizând entități abilitate.

Antreprenorul va fi responsabil pentru gestionarea, facilitarea și programarea investigațiilor arheologice anterioare construcției, obținând toate aprobările, avizele și certificatele de descărcare de sarcină necesare. Responsabilitățile conducerii vor include măsuri de micșorare a oricăror întârzieri cauzate de siturile arheologice, dacă este cazul va reprograma lucrările astfel încât să evite întârzierile.

Costurile de realizare a cercetării arheologice, cât și alte costuri, riscuri și responsabilități aferente investigațiilor și obținerii avizelor și certificatelor de descărcare de sarcină arheologică sunt incluse în suma prevăzută de către Antreprenor pentru această activitate.

Prețul ofertei include riscurile prezentate mai jos, iar Antreprenorul nu va avea nicio pretenție de orice natură (materială, financiară etc.), în cazul apariției acestora.

Beneficiarul a identificat riscurile pe care le aduce la cunoștința Antreprenorului, în prezentele Cerințe ale Beneficiarului.

Antreprenorul își va asuma riscurile identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de atribuire și prin semnarea contractului și nu va avea nicio pretenție în cazul apariției acestora sau a altora neidentificate mai jos, dar posibil să apară.

21.31.2 Riscuri

(...)_

Pentru obținerea avizelor/actelor de reglementare emise de Ministerul Culturii sau serviciul public deconcentrat al acestuia sunt solicitate studii de specialitate. Drept urmare, **este necesară încheierea unor contracte cu instituții de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior, această sarcină revenindu-i Antreprenorului.**

(...)

Antreprenorul va nominaliza obligatoriu subcontractantul/subcontractanții care va/vor executa activitatea de cercetare arheologică, de la momentul depunerii ofertei.

(...)

Programarea investigațiilor arheologice se va realiza în acord cu Arheologul de proiect desemnat de Beneficiar (...S.A.).

21.31.3 Investigații anterioare construcției

(...)

Antreprenorul va realiza investigațiile arheologice în conformitate cu prevederile legislației românești în vigoare,

privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică, folosind instituții legal abilitate în realizarea de cercetări arheologice.

(...)

Antreprenorul va efectua cercetarea arheologică (prin instituții organizatoare conform prevederile Ordinului nr. 2562 din 4 octombrie 2010 privind aprobarea procedurii de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică și va obține certificatele de descărcare arheologică.”

- răspunsul la întrebarea nr. 140 din solicitarea de carificări nr. 1 – publicată în SEAP în data de 10.09.2019:

„1.Ca urmare, ofertantul (individual sau asociere) este cel care stabilește dacă are capacitatea și resursele pentru a îndeplini toate activitățile contractului, sau va subcontracta o parte/părți din contractul de achiziție pentru care depune oferta.

Menționăm faptul ca autoritatea contractantă nu poate restrânge dreptul legal conferit de art. 219 alin. (3) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, si anume acela de a implica noi subcontractanți pe durata executării contractului de achiziție publică, indiferent dacă la momentul depunerii ofertei ofertanții au nominalizat sau nu subcontractanții, sau dacă a fost sau nu declarată partea/părțile din contract pe care ofertantul intenționează să le subcontracteze.

2 și 3. (...)

Aceste dispoziții privind implicarea de noi subcontractanți pe parcursul implementării contractului, precum și prevederile relevante din contract, nu înlocuiesc/suplinesc obligațiile existente la momentul depunerii ofertelor, astfel cum acestea au fost prevăzute în documentația de atribuire.

Având în vedere că de la momentul publicării documentației de atribuire ofertanții cunosc că, de exemplu, **pentru activitățile de investigații arheologice (cercetare și descărcare) și supraveghere arheologică** și respectiv activitățile de devieri/mutări/relocări/protejări rețele de utilități și instalații **este necesară o anumită autorizare**, ofertanții au obligația de a include aceste activități în propunerea tehnică, cât și în propunerea financiară, și ținând cont de faptul că potrivit legislației aplicabile, **activitățile sus menționate se realizează cu operatori specializați/autorizați, ofertanții vor declara în DUAE subcontractanții desemnați pentru aceste activități numai în situația în care antreprenorul nu deține autorizările necesare pentru a realiza el însuși aceste activități.”**

Cu incidență în cauză sunt și următoarele prevederi legale:

- art. 3 alin. (2¹) din OG nr. 43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național

„Cercetarea arheologică se realizează, în condițiile prezentei ordonanțe, **de către personalul de specialitate atestat și înregistrat în Registrul arheologilor**, conform prevederilor Regulamentului săpăturilor arheologice din ..., precum și cu respectarea

normelor privind standardele și procedurile arheologice și în acord cu principiile Codului deontologic al arheologilor din"

- art. 1 din Procedura de acordare a autorizațiilor pentru cercetarea arheologică, aprobată prin Ordinul Ministerului Culturii, Cultelor și Patrimoniului Național nr. 2562/2010:

„(1) Cercetarea arheologică se realizează de către instituțiile organizatoare numai pe baza autorizațiilor emise de către Ministerul Culturii și Patrimoniului Național, prin direcția de specialitate, potrivit legii.

(2) În sensul prezentei proceduri, prin instituție organizatoare a cercetării arheologice, denumită în continuare instituție organizatoare, se înțelege instituția de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior ce are calitatea de proprietar, administrator ori titular al altor drepturi reale asupra terenului pe care se află situl arheologic sau care este solicitată să efectueze cercetarea arheologică pe terenuri aferente unor obiective investiționale, în baza unui contract.

(3) În cazul cercetărilor arheologice necesare desfășurării proiectelor de infrastructură de transport de interes național, prin instituție organizatoare se înțelege instituția de profil muzeal care este solicitată să efectueze cercetarea arheologică pe terenurile aferente respectivelor obiective investiționale, în baza unui contract."

Conform acestor prevederi legale, cercetarea arheologică pentru proiectele de infrastructură de interes național, așa cum este și cel de față, se realizează de către o instituție de profil muzeal, în baza unui contract. Punând în aplicare aceste dispoziții legale, autoritatea contractantă a prevăzut în documentul „Cerințele beneficiarului”, parte a documentației de atribuire, obligativitatea subcontractării acestei activități și nominalizarea subcontractantului la data depunerii ofertelor, respectiv încheierea unor contracte cu instituții de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior.

De asemenea, prin răspunsul la întrebarea nr. 140 pct. 2 și 3 din solicitarea de clarificări nr. 1, autoritatea contractantă reiterează faptul că pentru activitățile arheologice ofertanții au obligația de a nominaliza subcontractanți sau de a deține autorizațiile necesare pentru aceste activități. Cum desfășurarea acestor activități nu poate fi desfășurată decât de instituții cu profil muzeal, care aparțin de Ministerul Culturii din ..., este clar că ofertantul trebuia să subcontracteze această activitate.

Consiliul constată că în DUAЕ depus de ... SA au fost nominalizați un număr de 10 subcontractanți, pentru care a depus DUAЕ, însă niciunul dintre acești subcontractanți nu au fost nominalizați pentru activitatea de cercetare arheologică.

Consiliul reține că autoritatea contractantă s-a dovedit diligentă cu contestatoarea, solicitându-i în două rânduri clarificări cu privire la acest

aspect, prin adresele nr. 20/684/13.11.2019 și nr. 20/971/25.11.2019, solicitându-i inclusiv depunerea unui DUAЕ revizuit, însă ... SA nu a depus un astfel de DUAЕ revizuit, ci în răspunsurile sale a susținut că desfășoară activități arheologice și de deminare atât prin contracte de prestări servicii, cât și prin personal propriu, susținând că are încheiate contracte de colaborare cu personal calificat și autorizat, precum și acorduri preliminare cu ... și cu ... SRL, ca prestator de servicii, fără a depune în cadrul documentelor de calificare sau anexa răspunsului la clarificări vreun astfel de document.

De asemenea, într-unul dintre răspunsurile sale (nr. 281/27.11.2019), ... SA susține ca a participat la licitații referitoare la realizarea de activități arheologice în țara de origine (...), iar capacitatea sa de a efectua aceste activități a fost dovedită prin înregistrarea sa în registrul profesional al societăților contractante (M.E.EP.), așa cum rezultă din formularul DUAЕ depus.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a interpretat în mod corect prevederile legale incidente referitoare la activitățile arheologice, îndeosebi OG nr. 43/2000 și Ordinul Ministerului Culturii, Cultelor și Patrimoniului Național nr. 2562/2010, și a verificat îndeplinirea de către ofertanți a cerinței de a subcontracta activitatea de cercetare arheologică cu o entitate care să îndeplinească aceste cerințe. În urma acestor verificări, în mod corect autoritatea contractantă a constatat că ... SA nu a depus nicio dovadă ca are încheiate contracte cu ..., cu ... SRL sau cu orice altă entitate care poate desfășura în mod legal activitatea arheologică în

... SA nu poate desfășura prin forțe proprii o asemenea activitate, de vreme ce, potrivit legislației incidente invocată mai sus, această activitate se desfășoară de instituții de profil muzeal, cu personal de specialitate atestat și înregistrat în Registrul arheologilor.

Mai mult, din lista personalului de specialitate de care dispune ... SA anexată contestației reiese că personalul de specialitate este compus dintr-un număr de 29 ingineri de diferite specialități, fără ca în cadrul personalului de specialitate să se găsească arheologi, istorici, muzeografi și alte asemenea specializări.

În consecință, Consiliul constată că autoritatea contractantă a evaluat în mod corect DUAЕ depus de ... SA și constatând că acesta nu a indicat subcontractarea activităților arheologice, așa cum s-a solicitat în documentația de atribuire și în concordanță cu legislația națională, a declarat inadmisibilă această ofertă.

Pentru aceste motive, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulate de ... (... SA), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... (... SA), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A.

Respinge, ca inadmisibilă, cererea de intervenție accesorie formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva acesteia se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016

Redactată în 5 exemplare, conține 25 (douăzecișicinci) pagini.