

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de asocieria formată din ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - administrator, ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - administrator, și ... SA, cu sediul în ..., CUI ..., reprezentată de domnul ... - administrator, asocierie reprezentată convențional de avocat ..., cu sediul în ..., sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea unui contract de furnizare de containere îngropate, proiectarea și execuția lucrărilor pentru montarea acestora și asistența tehnică din partea proiectantului pe durata execuției lucrărilor, cod CPV principal 44613800-8, cu data-limită de depunere a ofertelor 15.06.2023, anunț de participare nr. ..., organizată de ..., prin consiliul său local, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea respingerii ofertei sale și obligarea autorității la reevaluarea acesteia.

**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 asocieria ofertantă ... SRL - ... SRL - ... SA reclamă decizia autorității contractante ... de a declara oferta sa inacceptabilă, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr. ..., autoritatea i-a solicitat:

Clarificarea nr. 1:

Având în vedere că documentele de calificare/respectiv în formularele DUAE nu se regăsesc informații privind modalitatea de respectare a cerinței privind verificarea tehnică de calitate a documentelor pentru obținerea autorizației de construire, a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție, vă rugăm să clarificați acest aspect.

Clarificarea nr.2:

Având în vedere că în DUAE partea - Criterii de selecție: INDICAȚIE GLOBALĂ PENTRU TOATE CRITERIILE DE SELECȚIE doar ofertantul SC ...SRL a răspuns cu "DA" la îndeplinirea criteriilor de selecție impuse, vă solicităm să clarificați dacă acesta îndeplinește cerința „Capacitatea tehnică și/sau profesională” solicitată prin documentația de atribuire.

Cu referire la prima clarificare, asocierea a depus „Declarație pe proprie răspundere” prin care reprezentantul asociatului ... SRL transmite *disponibilitatea/angajamentul* ofertantului ca, în ipoteza declarării ofertei asocierii ca fiind câștigătoare, să prezinte contractele de verificare cu verificatori tehnici atestați. Din conținutul propunerii tehnice rezultă fără niciun dubiu că și-a declarat disponibilitatea asigurării cerinței încheierii de contracte cu verificatori tehnici atestați.

Ulterior, autoritatea i-a comunicat că, în condițiile în care asocierea nu a făcut dovada ca este în măsură să asigure serviciile de verificare proiecte prin intermediul unui asociat sau subcontractant și nu a depus documente în DUAE respinge oferta asocierii.

Faptul că nu a nominalizat subcontractanții care urmau să asigure serviciile de verificare nu poate duce la respingerea ofertei. De asemenea, faptul că nu s-a depus DUAE pentru acești subcontractanți nu prezintă relevanță, din moment ce oferta nu se bazează pe capacitățile lor, nedepunerea documentului respectiv neînsemnând că nu se verifică îndeplinirea cerințelor referitoare la motivele de excludere, în condițiile în care legislația cuprinde prevederi pentru situația în speță. În situația în care nu se cunoaște subcontractantul la momentul depunerii ofertei sunt aplicabile dispozițiile art. 216 alin. (2) și art. 219 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 71 alin. (5) din directiva achizițiilor publice.

Problema disputată la clarificare nr. 2 se referă la considerarea „bifei” în formularul DUAE ca inadvertență de fond, imposibil de corectat sau în categoria inadvertențelor de formă, pentru care se solicită DUAE revizuit. Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat, cum este cazul în prezenta speță. Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat obligau la transmiterea de către ofertanți/candidați a unui DUAE revizuit.

În circulație, în momentul de față, să găsim două variante de DUAE, unul folosit în mod uzual de către autoritățile publice unde, la întrebările din Partea IV: Criterii de selecție, răspunsul la întrebări este „NU”, și a doua variantă de DUAE, respectiv cea folosită și în prezenta procedură, unde la același capitol răspunsul la întrebare este „DA”. Este o simplă eroare de formă din partea contestatoarei, aceasta cunoscând din practica proprie că la întrebările de la Partea IV: Criterii de selecție, din DUAE, răspunsul este „NU”. În situația bifării greșite a unui câmp, eroare evidentă în contextul întregului DUAE, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care

informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAE sau a DUAE depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că, în valoarea estimată a contractului, autoritatea a inclus și verificarea tehnică de calitate a documentației pentru obținerea autorizației de construire, a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție de către specialiști verficatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalații, în scopul verificării îndeplinirii cerințelor fundamentale aplicabile construcțiilor, pentru protejarea vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului și pentru asigurarea sănătății și siguranței persoanelor implicate, pe întregul ciclu de viață a construcțiilor (referate și vize verficatori de proiecte) în conformitate cu prevederile legale în vigoare.

În acordul de asociere nr. ..., încheiat între ... (92%, execuție lucrări și furnizare containere), ... (3%, proiectare și asistență tehnică) și ... (5%, execuție lucrări și furnizare containere), nu este menționat operatorul economic care va realiza serviciile de verificare tehnică de calitate a documentației pentru obținerea autorizației de construire, a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție. Nu s-a prezentat un acord de subcontractare/DUAE pentru subcontractarea serviciilor de verificare tehnică. Prin DUAE completat, ... confirmă că nu îndeplinește criteriile de selecție impuse. Prin DUAE completat, ..., care execută lucrări și furnizare containere conform acordului de asociere, a răspuns „NU” la îndeplinirea criteriilor de selecție impuse. Prin DUAE completat, ..., care execută lucrări și furnizare containere conform acordului de asociere, a răspuns „NU” la îndeplinirea criteriilor de selecție impuse. Doar ..., care prestează serviciile de proiectare și asistență tehnică, a răspuns „DA” la îndeplinirea criteriilor de selecție impuse.

Ca urmare celor constatate, prin adresa nr. ..., comisia de evaluare a solicitat clarificări asocierii, iar asociatul ... a răspuns cu o declarație pe propria răspundere că, în cazul în care asocierea va fi declarată câștigătoare, ulterior semnării contractului de achiziție publică, va prezenta autorității contractele de verificare încheiate cu verficatori tehnici atestați independenți de proiectant. A adăugat: *„Dat fiind faptul ca majoritatea verficatorilor tehnici atestați nu dețin cont pe SICAP, ne-am văzut în imposibilitatea de a-i putea subcontracta pe toți, astfel că, ne-am asumat prin propunerea tehnică că vom încheia ulterior contracte de verificare, în cazul în care vom fi declarați câștigători. În acest sens, operatorul economic a menționat în propunerea tehnică următoarele: «Pentru respectarea acestei condiții, ofertantul se va asigura să încheie contracte cu verficatori tehnici atestați în vederea îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire, în cazul în care acesta va fi declarat câștigător.» Prin cele menționate mai sus, garantăm și ne asumăm*

prestarea tuturor serviciilor solicitate prin documentația de atribuire, conform legislației în vigoare."

La răspuns au fost atașate și:

- DUAЕ pentru ... SRL în care la îndeplinirea criteriilor de selecție impuse a modificat răspunsul în „DA”;
- DUAЕ pentru ... SA în care la îndeplinirea criteriilor de selecție impuse a modificat răspunsul în „DA”.

Potrivit clarificării din oficiu nr. 4 postată în SEAP la 31.05.2023:

Conform prevederilor art. 13, alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare, ofertantul/contractantul are obligația de a se asigura că specialiștii verficatori de proiecte trebuie să fie independenți și să nu se afle în nici o situație de incompatibilitate cu responsabilitățile acordate și/sau cu activitățile pe care le vor desfășura în cadrul contractului.

Pentru respectarea acestei condiții, ofertanții se vor asigura că serviciile de verificare de proiect nu cad în sarcina operatorului economic care elaborează documentele tehnice care vor fi supuse spre verificare, astfel că **cerința va putea fi îndeplinită prin realizarea serviciilor de verificare de proiect ori de către un asociat ori de către un subcontractant**, cu condiția ca cel nominalizat să aibă capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Activitatea de verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic face parte din obiectul contractului ce urmează a se presta de ofertanți și constituie o componentă importantă a scopului urmărit de autoritate. Ofertantul trebuia să probeze, la momentul depunerii ofertei, că este în măsură să asigure astfel de servicii (verficatori de proiecte) prin intermediul unui asociat sau subcontractant și să depună documente DUAЕ pentru acesta, determinat de faptul că acestea au fost cerințele stabilite prin documentația de atribuire și că valoarea acestor servicii a fost inclusă de autoritate în valoarea estimată a contractului.

Inclusiv în răspunsul la solicitarea de clarificare, ofertantul declară „în cazul în care asocierea cu care am participat la procedura mai sus menționată va fi declarată câștigători, ulterior semnării contractului de achiziție publică să prezentăm autorității contractante contractele de verificare încheiate cu verficatori tehnici atestați independenți de proiectant”, nerespectând cerințele documentației de atribuire.

Realizarea serviciilor de verificare proiect de către un asociat ori de către un subcontractant nu a fost lăsată la latitudinea ofertantului. Asociatul sau subcontractantul avea obligația prezentării DUAЕ, conform documentației de atribuire. Conținutul acesteia este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile ei, cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile, cât și prevederile propriei documentații.

Afirmația că „majoritatea verficatorilor tehnici atestați nu dețin cont pe SICAP, ne-am văzut în imposibilitatea de a-i putea subcontracta pe toți, astfel ca, ne-am asumat prin propunerea tehnica ca vom încheia

ulterior contracte de verificare, în cazul în care vom fi declarați câștigători” nu poate justifica lipsa acordurilor de subcontractare.

Având în vedere că ofertantul ... SRL prestează doar servicii de proiectare și asistență tehnică, răspunsul lui din DUAE la îndeplinirea criteriilor de selecție impuse prin documentația de atribuire („DA”) nu poate fi considerat o informație care să susțină îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională (livrări de produse similare din ultimii 3 ani în valoare/valoare cumulată de cel puțin 15.849.579,46 lei, fără TVA).

Dacă comisia de evaluare ar permite înlocuirea „NU” cu „DA” ar crea un avantaj important ofertantului, față de ceilalți participanți, și ar încălca prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată, constatarea ca legale a raportului procedurii și a actelor subsecvente, precum și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 10.05.2023, autoritatea contractantă ..., prin consiliul său local, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de containere îngropate, proiectarea și execuția lucrărilor pentru montarea acestora și asistența tehnică din partea proiectantului pe durata execuției lucrărilor, estimate valoric la 15.849.579,46 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 10.05.2023, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat două asocieri de operatori economici, între care și asocierea ... SRL - ... SRL - ... SA, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, asocierea a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 316.991,59 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., la data de 03.08.2023, în valoare de 88.000 lei, și în completare, în urma solicitării Consiliului în acest sens, prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., la data de 09.08.2023, în valoare de 228.991,59 lei.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de furnizare, la care se adaugă clarificările postate în SEAP la 11.05.2023 și la 31.05.2023, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru

asocierea antementionată (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). *„Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.”* – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2724gd82).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea

ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 828 din 1 aprilie 2021, cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr. 517 din 4 martie 2021, cod ReJust 65459455, și Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016, cod ReJust 27494445).

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), Curtea a reamintit că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la

condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de

tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie 2018, Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punctul 78).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. ..., rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 31.07.2023, asocierea ... SRL - ... SRL - ... SA a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Motivele respingerii ofertei regăsite în comunicarea nr. .../25.07.2023 sunt:

1. Ofertantul nu a demonstrat la momentul depunerii ofertei că este în măsură să asigure serviciile de verificare de proiecte prin intermediul unui asociat sau subcontractant și nu a depus documente DUAЕ, conform cerințelor documentației de atribuire.

2. SC ... SRL și SC ... SRL au răspuns în DUAЕ „NU” la întrebarea privind îndeplinirea criteriilor de selecție impuse, aceasta reprezentând o inadvertență de fond în ceea ce privește completarea DUAЕ, care conduce la respingerea ofertei, așa cum stabilește și notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/ sectoriale, în etapa de analiză a conținutului DUAЕ.

Niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că verificarea tehnică reprezintă o activitate componentă a viitorului contract supus licitării, după cum figurează și la pct. II.2.4 – *„Descrierea achizitiei publice (natura si cantitatea lucrarilor, produselor sau serviciilor sau o mentiune privind nevoile si cerintele)”* din fișa de date a achiziției:

Ofertantul trebuie să furnizeze produsele, să proiecteze și să execute lucrările pentru montarea acestora și asistență tehnică din partea proiectantului pe durata execuției lucrărilor, până la semnarea procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor, în conformitate cu cerințele solicitate prin Documentația de atribuire:

1. Proiectarea:

[...]

e) Verificarea tehnică de calitate a documentației pentru obținerea autorizației de construire, a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție de către specialiști verficatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalații, în scopul verificării îndeplinirii cerințelor fundamentale aplicabile construcțiilor, pentru protejarea vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului și pentru asigurarea sănătății și siguranței persoanelor implicate, pe întregul ciclu de viață a construcțiilor (referate și vize verficatori de proiecte) în conformitate cu prevederilor legale în vigoare.

De asemenea, ambele părți recunosc emiterea de către autoritate a clarificării nr. 4, postată în SEAP la 31.05.2023:

Clarificare din oficiu nr. 4

Conform prevederilor art. 13, alin. (1) din Legea 10/1995 privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare,

„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verficatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verficatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică.”

Astfel, ofertantul/contractantul are obligația de a se asigura că specialiștii verficatori de proiecte trebuie să fie independenți și să nu se afle în nici o situație de incompatibilitate cu responsabilitățile acordate și/sau cu activitățile pe care le vor desfășura în cadrul contractului.

Pentru respectarea acestei condiții, ofertanții se vor asigura că serviciile de verificare de proiect nu cad în sarcina operatorului economic care elaborează documentele tehnice care vor fi supuse spre verificare, astfel că **cerința va putea fi îndeplinită prin realizarea serviciilor de verificare de proiect ori de către un asociat ori de către un subcontractant**, cu condiția ca cel nominalizat să aibă capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Asocierii ofertante ... SRL - ... SRL - ... SA i-au fost solicitate lămuriri despre realizarea activității de verificare, prin adresa nr. .../22.06.2023, iar răspunsul primit constă într-o declarație pe proprie răspundere, neînregistrată și nedată, din partea ... SRL:

Subsemnatul ..., în calitate de reprezentant legal al S.C. ... S.R.L., în calitate de ofertant asociat la procedura privind atribuirea contractului având ca obiect: Furnizarea containere îngropate, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor pentru montarea acestora și asistență tehnică din partea proiectantului pe durata execuției lucrărilor, până la semnarea procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor, organizată de ... - ..., declarăm pe propria răspundere ca în cazul în care asocierea cu care am participat la procedura mai sus menționată va fi declarată câștigătoare, **ulterior semnării contractului de achiziție publică sa prezentăm autorității contractante contractele de verificare încheiate cu verficatori tehnici atestați independenți de proiectant**, cu condiția ca cei nominalizați să aibă capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Dat fiind faptul că majoritatea verficatorilor tehnici atestați nu dețin cont pe SICAP, ne-am văzut în **imposibilitatea de a-i putea subcontracta pe tot**, astfel că, ne-am asumat prin propunerea tehnica că vom încheia ulterior contracte de verificare, în cazul în care vom fi declarați câștigători.

În acest sens, operatorul economic a menționat în propunerea tehnica următoarele: "Pentru respectarea acestei condiții, ofertantul se va asigura să încheie contracte cu verficatori tehnici atestați în vederea îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire, în cazul în care acesta va fi declarat câștigător".

Prin cele menționate mai sus, garantăm și ne asumăm prestarea tuturor serviciilor solicitate prin documentația de atribuire, conform legislației în vigoare.

Declarația pe proprie răspundere confirmă că asocierea avea cunoștință de obligația subcontractării verificării de proiect, obligație pe

care a ales să nu o respecte la momentul ofertării, sub pretextul că „majoritatea verificatorilor tehnici atestați nu dețin cont pe SICAP”, ceea ce a atras imposibilitatea asocierii de a îi subcontracta „pe toți”. Un asemenea pretext nu poate fi validat de organul jurisdicțional, fiind vădit neplauzibil, întrucât nimic nu îi oprea pe verificatori să se înregistreze în SEAP, iar dacă asocierea ar fi întâmpinat dificultăți în identificarea unui subcontractant înregistrat putea expune această situație organizatoarei licitației pentru relaxarea cerinței, astfel încât să nu mai fie obligatorie la momentul ofertării asocierea ori subcontractarea pentru verificarea tehnică. Pe de altă parte, argumentul că „majoritatea verificatorilor tehnici atestați nu dețin cont pe SICAP” este lipsit de orice relevanță, nefiind indicat niciun verificador și nefiind depusă nicio dovadă care să o susțină, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu argumente și mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului.

Practic, prin contestație, ridicând obiecții față de clarificarea postată în SEAP la 31.05.2023, asocierea se prevalează de propria culpă constând în neatacarea clarificării în termenul legal, respectiv de neconformitatea ofertei cauzată de întocmirea neglijentă a ei. În contextul înfățișat, pledoaria asocierii nu poate constitui un argument valid pentru acceptarea ofertei, mai cu seamă că i s-au cerut explicații și nici declarația pe proprie răspundere din partea ... SRL nu dovedește conformitatea ofertei, ci dimpotrivă. Se declară textual că, *„ulterior semnării contractului de achiziție publică sa prezentam autoritatii contractante contractele de verificare”*, ceea ce înseamnă că asocierea nu va identifica verifcatorii subcontractanți nici măcar la momentul contractării.

Nici cu prilejul contestației pendinte, asocierea nu a indicat vreun verificador căruia să-i subcontracteze partea din contract, lipsă de natură să determine respingerea ofertei.

După cum s-a arătat mai sus, art. 75 din Legea nr. 98/2016 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Raportat la propunerea tehnică a asocierii contestatoare, ea nu respectă cerința impusă de autoritate ca serviciile de verificare de proiect să fie realizate de către un asociat ori de către un subcontractant. Potrivit alin. (2) al art. 133 din normele metodologice anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f), comisia de evaluare are atribuția verificării propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini. Pentru a fi imparțială, evaluarea trebuie să fie completă și temeinică, iar nu să lase loc supozițiilor de favorizare a unei oferte sau, dimpotrivă, de dezavantajare a ei. A se vedea, în acest sens, decizia civilă nr. 1267 din 20 noiembrie 2019 a Curții de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal.

Prin urmare, societatea a încălcat atât documentația de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini), cât și normele legale precitate. În consecință, fiind incidente în speță prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din normele amintite (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini) și cele ale art. 137 alin. (1) din același act normativ (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), decizia de respingere a ofertei pentru motivul analizat este singura legală. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Contrar opiniei reclamantei, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice (a se vedea, Curtea de Apel Constanța, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 174 din 21 august 2023, Curtea de Apel Ploiești, Secția de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. 631 din 17 august 2023). În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

În Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 10 decembrie 2009,

Antwerpse Bouwwerken/Comisia, T-195/08, EU:T:2009:491, punctul 58,

s-a reținut că este esențial ca, în interesul securității juridice, autoritatea contractantă să fie în măsură să se asigure cu precizie cu privire la conținutul unei oferte prezentate în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă și în special cu privire la conformitatea acesteia cu condițiile prevăzute în caietul de sarcini.

Conform unei jurisprudențe constante a Curții de la Luxemburg, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe

criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea, cu titlu exemplificativ,

Hotărârea din 28 februarie 2018, MA.T.I. SUD și Duemme SGR, C-523/16 și C-536/16, EU:C:2018:122, Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, Hotărârea din 14 decembrie 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Hotărârea din 14 octombrie 2020, Close și Cegelec/Parlamentul, C-447/19 P, EU:C:2020:826, Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Hotărârea din 30 aprilie 2014, Euris Consult/Parlamentul, T-637/11, EU:T:2014:237, și Hotărârea din 6 octombrie 2021, Global Translation Solutions/Parlamentul, T-7/20, EU:T:2021:649).

După cum s-a punctat mai sus, clarificarea/documentația de atribuire nu a fost atacată de niciun operator economic, în scopul revizuirii clauzelor sale. În plus, orice operator economic interesat, inclusiv contestatoarea, avea dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire [art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016]. Trebuie adăugat că operatorii economici participanți la achizițiile publice sunt considerați a fi profesioniști în domeniul lor de activitate, capabili să înțeleagă ușor specificațiile elaborate de autoritatea beneficiară și, în caz contrar, să reacționeze în sensul clarificării lor, astfel încât să dispună de toate informațiile necesare alcătuirii ofertei în sensul dorit de autoritate. Neînțelegerea clauzelor de participare la procedura competițională nu îi poate scuza sau exonera de obligația respectării lor.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta asocierii ... SRL - ... SRL - ... SA, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei. De altminteri, și motivul secund de respingere este judicios, întrucât se constată o neglijență evidentă din partea ... SRL și ... SA în completarea propriilor DUAЕ fără a ține seama de indicațiile exprese date de autoritate chiar în anunțul de participare:

III.1.3) Capacitatea tehnica si profesionala:

1.) Pentru contractele de achizitie de bunuri: executarea de livrari de tipul specificat

Operatorul economic va prezenta lista principalelor livrări de produse similare din ultimii 3 ani, calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, din care să rezulte că ofertantul a furnizat produse similare, la nivelul unuia sau a mai multor contracte, în valoare/valoare cumulată de cel puțin: 15.849.579,46 lei fără TVA

[...]

Autoritatea contractanta a activat în formularul DUAЕ opțiunea A: Indicație globală pentru toate criteriile de selecție, din secțiunea criterii de selecție, aceasta fiind opțiunea de a alege în DUAЕ să limiteze informațiile solicitate cu privire la **îndeplinirea de către operatorii economici a tuturor criteriilor de selecție impuse care se regăsesc la nivelul anunțului de participare și a documentației de atribuire la o singură întrebare** a răspunsului la cerințe, și anume dacă sunt îndeplinite toate criteriile impuse. **Operatorii economici vor răspunde prin răspuns afirmativ (alegând opțiunea Da) sau negativ (alegând opțiunea Nu).**

Într-adevăr, contrar cerinței redată, din parcurgerea DUAЕ aparținând ... SRL și ... SA se observă că aceștia au completat că „nu” îndeplinesc criteriile de selecție impuse.

Toți ofertanții aveau aceeași obligație de a elabora oferta și înscrisurile însoțitoare (DUAЕ) în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar comisia de evaluare analizează DUAЕ în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Legea nr. 98/2016. Comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a cerințelor de către fiecare ofertant în parte prin analizarea conținutului DUAЕ, astfel cum dispune art. 132 alin. (1) din normele la lege, obligație pe care comisia evaluatorie desemnată de ... a putut să o îndeplinească doar prin prisma datelor completate în DUAЕ de către ofertant.

Consecința indicării în formularele DUAЕ a răspunsului „Nu”, deși asocierea a fost avertizată în anunțul de participare, constă în respingerea fără ezitare a ofertei sale, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (*oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care 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*) și cele ale alin. (1) din același articol (*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile*) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind aceea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei (DUAЕ) este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației. ... SRL și ... SA puteau și trebuiau să verifice DUAЕ pe care le-au încărcat în SEAP, anterior încărcării lor, pentru a preveni eventuale omisiuni și elimina riscul respingerii ofertei din cauza lor.

Raționamentul că autoritatea avea obligația de a îi accepta aducerea unui nou DUAЕ nu este judicios, deoarece ar fi încălcat atât textul imperativ al art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a, cât și principiul legal al tratamentului egal între ofertanți. De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției. Decizia civilă nr. 4271 din 25 noiembrie 2016 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios

administrativ și fiscal, este deosebit de elocventă, în sensul că o completare necorespunzătoare a DUAЕ atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă, chiar dacă, în realitate, ofertanta îndeplinește criteriile de calificare necompletate în DUAЕ:

Curtea constată că, în condițiile de participare (criterii de calificare) din invitația de participare este consemnat ce trebuie să fie completat în DUAЕ, cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale, cu privire la dovada deținerii autorizației de funcționare emisă de Ministerul Sănătății, cu privire la experiența similară. **Chiar dacă aceste criterii au fost îndeplinite de către reclamantă – potrivit susținerilor acesteia – prin actele depuse, faptul că DUAЕ nu a fost completat în mod corespunzător, în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă, nu poate fi acoperit în alt mod.**

Mergând în aceeași direcție, se cuvine a fi evidențiată decizia nr. 113/R din 15 februarie 2019 a Curții de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, precum și decizia civilă nr. 1593 din 6 aprilie 2017 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal („*Respingerea ofertei pentru necompletarea DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă este reglementată ca o obligație pentru autoritatea contractantă, astfel încât nu se poate reține că s-ar fi acționat sub imperiul unui formalism exagerat, autoritatea contractantă acționând în concordanță cu prevederile legale.*”). Aceeași instanță, în decizia nr. 2923 din 23 iunie 2017, a statuat că „*necompletarea sau completarea incompletă în documentul DUAЕ de către societatea petentă a mențiunii privind modalitatea de demonstrare a capacității tehnice bifând 1 repartizator asfalt în loc de 2, nu putea să conducă autoritatea contractantă decât la măsura declarării ofertei sale, în această etapă de evaluare a Formularului DUAЕ, ca inacceptabilă*”.

Prin manopera aducerii altor DUAЕ, asocierea încearcă să își creeze un avantaj nepermis față de concurența sa, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cât și de prevederile art. 209 alin. (2) din același act normativ („*Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*”). Numai cu încălcarea art. 209 alin. (2) precitat, autoritatea ar putea lua în calcul alte DUAЕ, aduse ulterior, creându-i astfel asocierii un avantaj competitiv față de ceilalți operatori economici participanți la procedură. Eventuala admitere a ei conduce în mod clar la distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți, întrucât ... SRL și ... SA ar ajunge să fie calificați pe baza unui document invocat și relevant ulterior datei-limită de prezentare a ofertei. După cum s-a spus mai sus, principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (în acest

sens Hotărârea Curții Europene de Justiție din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, punctul 34, și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, punctul 93). Se cuvine a fi punctată aici optica instanței de la Luxemburg exprimată în Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358.

DUAЕ nu are valoare de document orientativ sau exemplificativ, din moment ce însuși **legiuitorul îi conferă o importanță capitală, de completarea lui corespunzătoare depinzând admiterea sau respingerea ofertei** – art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (**oferta este considerată inadecvată dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă**).

În sensul că nu poate fi completat DUAЕ oricând și oricum este și notificarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale (disponibilă la adresa <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAЕ.pdf>).

Calificarea preliminară a ... SRL și ... SA nu se poate decide pe baza unui DUAЕ aparținând ... SRL. DUAЕ adus de acesta din urmă este valorificat pentru propria calificare, nu a celorlalte societăți. Altminteri, ar fi fost suficientă aducerea unui singur DUAЕ, pentru oricare dintre firmele asociate.

Indicația „Nu” în cele două DUAЕ nu reprezintă o „inadvertență de formă a informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ”, ci o „inadvertență de fond”, pentru care sunt răspunzători doar cei doi asociați și față de care ... nu era îndreptățit să ceară ori să accepte completarea ulterioară.

Față de cele evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația asocierii ... SRL - ... SRL - ... SA nr. .../03.08.2023, în contradictoriu cu

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu

respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația asocierii ... SRL - ... SRL - ... SA nr. ..., în contradictoriu cu ..., prin consiliul său local.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practicaua deciziei,

....

Redactată în patru exemplare, conține șaptesprezece pagini.