

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ... SRL, cu sediul social în ..., Cod Unic de înregistrare ..., număr de înregistrare la Registrul Comerțului ..., reprezentată legal prin ... - administrator, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ... a autorității contractante ..., cu sediul în ..., ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „SERVICII DE ELABORARE DOCUMENTAȚII TEHNICO-ECONOMICE (DOCUMENTAȚIE DE AVIZARE A LUCRĂRILOR DE INTERVENȚIE - D.A.L.I. ȘI PROIECT TEHNIC + DETALII DE EXECUȚIE - PTHDE) ȘI ASISTENȚA TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI AFERENTE OBIECTIVULUI DE INVESTIȚII «REABILITAREA SERVICIILOR SPITALICEȘTI ÎN DOMENIUL MEDICINEI CARDIOVASCULARE LA SPITALUL CLINIC ...»”, cod CPV Principal: 71322000-1 - Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului nr. 3057/07.02.202 precum și a tuturor actelor subsecvente emise, în temeiul acestora, în ce privește oferta depusă de ... SRL - ... SRL - ... SRL - Subcontractant de specialitate ... SRL;

- să constatați ca ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește condițiile de participare referitoare la capacitatea de exercitare a profesiei, criteriile de calificare prevăzute în documentația de atribuire astfel ca oferta sa trebuie respinsă, ca inacceptabilă, și nu respectă cerințele caietului de sarcini și ale fișei de date privind prezentarea specialiștilor necesari tuturor serviciilor descrise prin tema de proiectare, astfel oferta criticată este neconformă;

- obligarea autorității contractante să aplice criteriile de atribuire doar la ofertele admisibile și conforme, în concordanță cu documentele și informațiile prezentate de ofertanți în cadrul procedurii;

- să se constate nejustificata clasificare ca fiind „confidențiale” elementele documentelor indicate astfel de câștigător referitoare la criteriile de atribuire, propunerea tehnică și clarificările ulterioare, propunerea financiară și clarificările ulterioare, conținutul proceselor verbale de evaluare;

- încuviințarea accesului la dosarul cauzei precum și accesul neîngrădit la întreg dosarul de achiziție publică,

- să se dispună obligarea autorității contractante la:

- reluarea procedurii, prin reevaluarea ofertei antemenționate.

Prin cererea de intervenție accesorie nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ... SRL, în calitate de lider al ASOCIERII ... SRL - ... SRL - ... SRL cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală .., s-a solicitat Consiliului să dispună:

- în principal, respingerea ca inadmisibilă a contestației în ceea ce privește capătul 2 din contestație și pe cale de consecință respingerea ca inadmisibilă a solicitării de reluare a procedurii prin reevaluarea ofertei sale;

- în subsidiar, respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulată de ... SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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

În conținutul contestației sale, ... SRL critică declararea ofertei depusă de ... SRL - ...SRL - ... SRL - Subcontractant de specialitate ... SRL ca fiind câștigătoare.

În susținerile sale contestatoarea face un scurt istoric în care citează o serie de prevederi din anunțul de participare și documentația de atribuire, în baza cărora apreciază că oferta desemnată câștigătoare nu deține capacitatea tehnică și profesională de a presta serviciile obiect a contractului ce urmează a fi atribuit în condițiile Legii nr. 98/2016, iar autoritatea contractantă a omis verificarea modalității în care ofertantul clasificat pe locul 1 îndeplinește cerința anunțului de participare, pentru prestarea serviciilor de elaborare a documentației de avizare a lucrărilor de investiții D.A.L.I., respectiv verificare tehnică de specialitate a proiectelor, prin contract, solicitări explicite în cadrul anunțului de participare și fișei de date.

Din analiza informațiilor furnizate, în mod clar și precis, prin documentație de atribuire și chiar anunțul de participare, prevederile Ordinului nr. 107/2010 și a Legii nr. 10/1995 coroborată art. 3 alin. (1)

Legea nr. 98/2016 litera z), jj), yy) respectiv a Instrucțiunii ANAP nr. 1/2017 reiese că, pentru a îndeplini cerința privind nominalizarea a minim un expert non-cheie verificador de proiecte este necesară subcontractarea acestor servicii, astfel încât cerința privind conflictul de interese să fie dovedită, alături de celelalte criterii de participare. Ofertantul desemnat câștigător subcontractează exclusiv servicii de proiectare de specialitate, modalitate în care, chiar dacă subcontractantul ar dispune de personal de specialitate verificador de proiecte acesta nu poate verifica proiectele elaborate de entitatea juridică cu care deține raport de subordonare prin angajare.

Referitor la capacitatea de exercitare a activității profesionale, documentele doveditoare nu se limitează la certificatul de la Oficiul Național al Registrului Comerțului, ci este necesar întregul ansamblu de documente doveditoare a condițiilor de participare și, în eventualitatea în care oferta va fi desemnată câștigătoare, să facă dovada evitării conflictului de interese și a îndeplinirii obligațiilor privind plata datoriilor la stat, respectă legislația relevantă privind mediul și munca, nu are antecedente care să indice posibilitatea executării defectuoase a contractului.

Din economia prevederilor art. 3 alin. (1) lit. yy) și w) din Legea nr. 98/2016, rezultă faptul că activitățile care fac obiectul unui contract de achiziție publică pot fi îndeplinite de subcontractanți și în nici un caz de furnizori, în speță, activitatea de întocmire a studiului topografic și obținerea vizei OCPI, neputând fi realizată de furnizori, ci numai de subcontractanții declarați la momentul depunerii ofertelor, pentru care comisia de evaluare poate verifica documentul DUAE.

Este necesară punerea la dispoziția contractului, de către ofertanți, a minim un specialist verificador de proiecte, ce trebuie integrat în grupul, ofertant, astfel încât să fie îndeplinite cerințele și limitările impuse de art. 13 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

Pentru a presta serviciile, în condițiile legislației, verificadorul de proiecte face parte dintr-o entitate diferită de cea a proiectantului și este autorizat să presteze servicii de verificare tehnică a proiectelor, cod CAEN 7112 Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea. Cu alte cuvinte, pentru a garanta independența expertului non-cheie, conform cerinței anunțului de participare, preluat expres din Legea nr. 10/1995, verificadorul de proiecte va presta servicii parte a obiectului contractului printr-un operator economic legal constituit și autorizat, care nu este parte la contractul de achiziție publică de servicii de proiectare și nu desfășoară activități de proiectare parte a obiectului contractului.

Având în vedere prevederile din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, art. 3 alin. (4), autoarea contestației face precizarea că, în speța de față, modalitatea corectă de externalizare a serviciilor verificatorilor de proiecte este subcontractarea, întrucât, în lipsa prezentării certificatului ONRC de către ofertantul clasificat pe primul loc, nu se poate verifica,

spre exemplu, dacă membrii cu putere de decizie ai ofertantului sunt diferiți de ai subcontractantului.

Contestatoarea arată că prin fișa de date, la pagina 13, cu privire la modalitatea de prezentare a propunerii tehnice, se menționează: „Ofertanții vor completa în grafic timpul pentru fiecare etapă care ține de elaborarea documentațiilor. Pentru realizarea activităților în cadrul Contractului, sunt necesare următoarele categorii de specialități: arhitectură, topometrie, construcții civile, instalații sanitare, instalații electrice, instalații termovenilații, instalații climatizare, fluide medicale, proiectare sisteme de securitate, supraveghere video, echipamente medicale, etc”.

Conform art. 24 din Ordinul nr. 107 din 29 martie 2010 pentru aprobarea Regulamentului privind autorizarea sau recunoașterea autorizării persoanelor fizice sau juridice române, ale unui alt stat membru al Uniunii Europene sau ale unui stat care aparține Spațiului Economic European în vederea realizării și verificării lucrărilor de specialitate în domeniul cadastrului, al geodeziei și al cartografiei pe teritoriul României alin. (3): „Persoanele fizice autorizate nu pot executa lucrări de specialitate pe seama și în numele persoanei juridice neautorizate, cu excepția persoanelor fizice autorizate în categoria E, care pot executa lucrări de specialitate pentru unitatea administrativ-teritorială angajatoare - primăria/consiliul local - unde sunt angajate”.

Raportat la prevederile anterioare din fișa de date și Ordinul nr. 107/2010, contestatoarea apreciază că nu se aplică situația de excepție, întrucât ofertantul este operator economic iar nu o autoritate contractantă neautorizată, în numele căruia un angajat autorizat poate presta servicii de topometrie, în condițiile legii. Conform anexei 5 din HG nr. 907/2016 Elaborarea DALI (activitate solicitată prin anunțul de participare) se face prin servicii topografice avizate ANCPI, adică servicii topografice prestate în condițiile legii, de către o persoană fizică autorizată în numele și pe seama unui operator economic autorizat. Niciunul din membrii grupului desemnat ca fiind câștigător nu este autorizat de autoritățile locale competente pentru a presta servicii de topometrie în condițiile legii.

Astfel, operatorul desemnat ca fiind câștigător este format dintr-un grup de operatori economici ce efectuează elemente ale serviciilor de proiectare, cu un subcontractant de specialitate, care efectuează de asemenea, o parte din serviciile de proiectare. Astfel, în conformitate cu art. 13 alin. (1) teza finală, asociatul și subcontractantul care prestează servicii de proiectare obiect al contractului, nu pot efectua activitățile de verificare a propriului proiect, solicitate prin anunțul de verificare.

Niciunul din membri grupului nu este autorizat în condițiile legii de către autoritățile competente locale pentru prestarea serviciilor de proiectare parte a DALI cu avizul ANCPI.

Raportat la natura și complexitatea proiectului, serviciile de verificare a proiectului asigurate pe o durată de execuție a contractului de 36 luni capătă un rol non cheie imperios necesar bunei derulări a activităților contractului, atât pentru perioada de prestare a serviciilor cât și pentru perioada de asistență tehnică. De asemenea, elaborarea documentației pentru avizarea lucrărilor de construcții trebuie să se facă în condițiile legii, pentru a asigura obținerea rezultatelor proiectului.

... SRL consideră că autoritatea contractantă, prin documentele premergătoare actelor contestate, nu a verificat modalitatea în care ofertantul desemnat câștigător are capacitatea legală de a presta serviciile de verificare a proiectelor și de proiectare a activităților de topometrie. Ofertantul câștigător nu a declarat subcontractant de specialitate pentru serviciile ante-menționate, așadar nu are dreptul să se bazeze pe capacitatea tehnică a colaboratorilor. În opinia sa, aceste tipuri de servicii necesită subcontractarea, conform cerințelor fișei de date și a capacității profesionale a membrilor grupului clasificat pe locul 1, cunoscute la momentul ofertării, pentru care ofertantul nu îndeplinește obligația legală și contractuală de a le introduce în grup prin declarare subcontractant de specialitate.

Astfel, având în vedere că ofertantul desemnat câștigător nu îndeplinește condițiile de participare la prezenta procedură, nu îndeplinește cerințele din caietul de sarcini privind propunerea tehnică, documentele de calificare, oferta tehnică și oferta financiară nu sunt corelate în condițiile legii privind prestarea serviciilor parte a contractului, se impune anularea comunicării rezultatului procedurii și a raportului procedurii, reluarea etapei de evaluare al ofertelor sub aspectul clarificării modalității de îndeplinire a condițiilor de participare și cerințelor caietului de sarcini, de către ofertantul clasificat pe locul 1.

Contestatoarea apreciază că interesul legitim este dat de faptul că oferta acesteia este clasată pe locul 2, deși oferta clasată pe locul 1 nu are capacitatea tehnică și profesională de prestare a serviciilor contractului ce urmează a fi atribuit, și încalcă regulile imperative privind procedura licitației deschise din Legea nr. 98/2016, prin nedeclararea ca subcontractant a operatorului economic ce nu e parte a contractului de achiziție publică, dar căruia îi sunt externalizate serviciile de verificare de proiect.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, din următoarele considerente: Procesul de evaluare a ofertelor s-a realizat sub controlul ex-ante a ANAP-ului, în temeiul Deciziei de verificare nr. ..., anexă la Ordinul ANAP nr. 2056/ 03.10.2022.

Așa cum a rezultat din accesarea ofertelor la data de 31.10.2022, ora 15, au depus oferte, următorii operatori economici:

1. ... SRL;
2. ... SRL (LIDER DE ASOCIERE)- ... SRL - ... SRL;

3. ... SRL.

Contestatoarea a luat la cunoștință de rezultatul procedurii, prin adresa nr. ..., transmisă în SEAP la data de 07.02.2023, ulterior încărcării în SEAP a Raportului procedurii. Astfel, potrivit comunicării privind rezultatul procedurii, oferta depusă de ... SRL a fost considerată admisibilă dar, în urma aplicării criteriului de atribuire „Cel mai bun raport calitate-preț”, aceasta s-a clasat pe locul II, cu o ofertă de 606.000 lei fără TVA.

La data de 08.02.2023, contestatoarea a transmis pe mail cererea de studiu nr. ... prin care a solicitat accesul la dosarul achiziției publice în sensul studierii documentelor care îl conțin și comunicarea, prin email, a următoarelor documente: procesele verbale de evaluare a ofertelor (fazele DUAЕ, propunere tehnică, propunere financiară), solicitările de clarificări precum și răspunsurile comunicate de către ofertanți, astfel că, în data de 09.02.2023, i s-au transmis contestatoarei, prin email, doar acele documente care nu au fost declarate confidențiale.

În data de 15.02.2023, s-a înregistrat sub nr. ... la registratura sa contestația nr. ... transmisă prin email de către ... SRL și înregistrată la Consiliu în data de 15.02.2023 sub nr.

Autoritatea contractantă menționează că ofertanții nu au contestat documentația de atribuire, aceasta devenind obligatorie pentru fiecare ofertant în parte, astfel cum reiese din art. 75, teza I din Legea nr. 98/2016 și ale art. 123 alin. (1) teza I din HG nr. 395/2016.

Procesul de evaluare a ofertelor s-a realizat, contrar celor susținute de contestatoare, prin raportare la cerințele prevăzute în documentația de atribuire publicată în SEAP la procedura menționată mai sus și la dispozițiile legale aflate în vigoare.

În contestația formulată, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a verificat modalitatea în care ofertantul desemnat câștigător are capacitatea legală de a presta serviciile de verificare a proiectelor și de proiectare a activităților de topometrie, servicii care, în opinia acesteia, necesită subcontractarea. Practic, contestatoarea susține că oferta depusă de ... SRL - ... SRL - ... SRL este inadmisibilă și neconformă deoarece ofertantul nu a declarat subcontractant de specialitate pentru serviciile menționate mai sus.

Referitor la critica contestatoarei cu privire la necesitatea de a declara subcontractanți pentru serviciile de verificare a proiectului, autoritatea contractantă face următoarele precizări: Pentru îndeplinirea în bune condiții a contractului, în documentația de atribuire au fost solicitați experți/specialiști cu expertiză în toate activitățile ce urmează a fi prestate în domeniul serviciilor de proiectare, conform normelor în vigoare. În acest sens, au fost solicitați experți cheie a căror experiență a fost punctată și experți secundari (non cheie).

Verificatorii de proiect la care se face referire în contestație au fost solicitați în caietul de sarcini (la pag. 27 și 32) ca experți non cheie. Mai

exact, la pag. 32, se solicită următoarele: „Contractantul va asigura următorii experți non cheie: a) Experți verifcatori de proiect conform Ordin MDRAP nr. 2264/2018 pentru aprobarea Procedurii privind atestarea verifcatorilor de proiecte și a experților tehnici în construcții, pe specialități”.

În cazul acestor experți, autoritatea contractantă susține că nu a impus în caietul de sarcini modul în care ofertanții trebuie să dispună de aceștia, mai mult decât atât, nicăieri în documentația de atribuire publicată, de altfel, în SEAP, nu s-a făcut referire la obligația ofertanților de a realiza verificarea tehnică a documentației, ca parte a obiectului contractului de achiziție publică exclusiv de către subcontractanți.

De altfel, nici legislația nu impune subcontractarea, în cazul verifcatorilor de proiecte, ci doar prevede faptul că verifcatorii de proiecte nu pot verifica proiectele întocmite de către ei sau la a căror elaborare au participat [art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții] și, de asemenea, că își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor OUG nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016;

b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică (art. 5 din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, anexă la Hotărârea Guvernului nr. 925/1995).

Așadar, legea nu interzice verifcatorilor de proiect să verifice proiecte întocmite de societatea la care sunt angajați sau cu care au alte tipuri de aranjamente contractuale ci doar prevede faptul că aceștia nu pot verifica proiectele întocmite de către ei sau la a căror elaborare au participat.

În aceste situații, verifcatorii de proiecte fie desfășoară activitatea de verificare, în mod independent, prin alte tipuri de aranjamente contractuale (ex., contracte de colaborare, declarații de disponibilitate etc.), fie sunt declarați subcontractanți ai ofertanților, în ambele cazuri având raporturi contractuale cu ofertantul care este proiectant și de către care aceștia sunt plătiți.

De subliniat este faptul că nedeclararea verifcatorilor de proiect ca subcontractanți ai ofertantului la prezenta procedură nu este de natură să producă prejudicii autorității contractante deoarece răspunderea acestora în ceea ce privește asigurarea nivelului de calitate

corespunzător cerințelor proiectului este solidară cu a proiectantului, indiferent de modul în care își desfășoară activitatea.

O altă cerință privind verificatorii de proiecte se regăsește în fișa de date a achiziției (pag. 3) unde se prevede ca aceștia să fie independenți față de specialiștii elaboratori ai proiectelor și să îndeplinească cerințele impuse de art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, adică: „Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificatori de proiecte atestați pe domenii/ subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul 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”.

Având în vedere aceste ultime aspecte, evaluarea privind verificatorii de proiect s-a realizat prin raportare la cerințele din documentația de atribuire, documentație care odată rămasă definitivă guvernează licitația, aceasta fiind, deci, aplicabilă și, în mod subsidiar, prin raportare la normele legale aflate în vigoare.

În raport de cerința din caietul de sarcini privitoare la asigurarea de către contractant a experților verificatori de proiecte pe specialități, ofertantul ... SRL - ... SRL - ... SRL a înțeles să o îndeplinească prin declararea într-un tabel (de la pag. 65) cu personalul propus a 6 verificatori de proiecte, pe specialități, asigurați de către liderul de asociere astfel: verificator A1; verificator B1, Cc, D, E; verificator Ci, F, le; verificator Is; verificator It; verificator Af, care vor realiza verificarea în conformitate cu Legea nr. 10/1995 (așa cum se precizează la pag. 60, 61 și 62 din propunerea tehnică), fără a fi nominalizați (nominalizarea nefiind necesară la momentul depunerii ofertei) iar comisia de evaluare a apreciat că cerința este îndeplinită.

Cu privire la critica contestatoarei referitoare la necesitatea de a declara subcontractant de specialitate pentru serviciile de proiectare a activităților de topometrie, autoritatea contractantă arată că inginerul topograf nu este expres solicitat în prezenta procedură ca expert cheie sau non cheie, cerințe cu privire la studiul topografic regăsindu-se solicitate în caietul de sarcini la pag. 3-4 (Etapa 1 - Completare și însușire Temă de proiectare + elaborare DALI + aprobarea indicatorilor tehnico-economici este de 5 luni de zile-Elaborare studii necesare, studiu topografic, alte studii necesare, după caz, solicitate de către avizatori) și la pag. 14 (3.4 SERVICIILE SOLICITATE: ACTIVITĂȚILE CE VOR FI REALIZATE - 3. Întocmire documentații pentru avize și acorduri și obținerea lor, întocmire studii specifice, conform certificatului de urbanism și specifice domeniului în care se încadrează investiția, specifice fazei DALI.).

În certificatul de urbanism încărcat în SEAP ca parte a documentației de atribuire, la pct. 5 se solicită ca cererea de emitere a autorizației de construire/desființare să fie însoțită de Studii de specialitate - Plan de situație pe suport topografic privind amplasarea construcției (...) (pct. d.4.).

De asemenea, în fișa de date a achiziției, la pag. 13 se prevede că „Pentru realizarea activităților în cadrul Contractului, sunt necesare următoarele categorii de specialități: arhitectură, topometrie, construcții civile, instalații sanitare (...)”.

Prin urmare, comisia de evaluare a evaluat ofertele depuse prin raportare la cerințele solicitate prin caietul de sarcini, fișa de date, certificat de urbanism în care nu se solicită subcontractarea serviciilor de topometrie.

Autoritatea contractantă menționează că nici în cazul acestui expert, nu a impus în caietul de sarcini sau în fișa de date modul în care ofertanții trebuie să dispună de acesta, mai mult decât atât, nicăieri în documentația de atribuire publicată, de altfel, în SEAP, nu s-a făcut referire la obligația ofertanților de a realiza servicii de topometrie exclusiv de către subcontractanți.

Inginerul topometrist a fost propus în cadrul propunerii tehnice prezentată de ofertantul ... SRL - ... SRL - ... SRL în tabelul cu personalul de la pag. 65 de unde reiese să este asigurat de către asociatul ... SRL.

Prin concluziile scrise nr. ..., înregistrate la Consiliu cu nr. ..., ... SRL reiterează aspectele cuprinse în contestație cu referire la lipsa capacității legale de a presta serviciile de verificare a proiectelor și de proiectare a activităților topometrice, de către ofertantul declarat câștigător.

În opinia sa, contestatoarea menționează că ofertantul câștigător și-a asumat realizarea studiului topografic în condițiile documentației de atribuire, fără a prezenta autorizație ANCPI pentru ... SRL.

... SRL apreciază că în lipsa unei subcontractări a activității ce urmează a fi realizată de topograful autorizat, activitate ce face parte din obiectul contractului, este cert că ofertantul care și-a asumat respectiva activitate nu o poate realiza în mod legal.

În acest sens, contestatoarea citează un extras din Decizia civilă nr. 673 din 16.06.2020, pronunțată de Curtea de Apel București.

Prin cererea de intervenție, ... SRL - ... SRL - ... SRL formulează critici cu privire la capătul 2 din contestație și apărări cu privire la criticile aduse de ... SRL, în ceea ce privește oferta depusă de aceasta.

Prin adresa nr. ..., Consiliu a cerut societății ... SRL, în termen de o zi de la primirea acesteia, să îi comunice dovada transmiterii cererii de intervenție, potrivit art. 17 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere la cererea de intervenție nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... SRL răspunde punctual apărărilor din cererea de intervenție formulată de ... SRL - ... SRL - ... SRL.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... SRL a răspuns solicitării Consiliului, în acest sens, a atașat ... din data de 07.03.2023, care a însoțit corespondența acesteia către Consiliu.

Verificând termenul de comunicare a cererii de intervenție, de către ... SRL, raportat la art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016: „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației. (4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia”, Consiliul constată că acesta nu a fost respectat.

Potrivit informațiilor din SEAP, contestația a fost publicată în data de 17.02.2023, iar cererea de intervenție a fost transmisă, prin e-mail, în data de 06.03.2023, la Consiliu, la autoritatea contractantă și la contestatoare, cu depășirea termenului legal de 10 zile, ultima zi pentru comunicarea în termen a cererii de intervenție fiind 27.02.2023.

Prin urmare, constatând că ... SRL nu și-a îndeplinit obligația legală de a transmite, în termenul legal, cererea de intervenție, Consiliul o va respinge, pentru depășirea termenului de 10 zile de comunicare a acesteia.

Consiliul constată că ... SRL, a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de ... în data de ..., stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de ... lei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „SERVICII DE ELABORARE DOCUMENTAȚII TEHNICO-ECONOMICE (DOCUMENTAȚIE DE AVIZARE A LUCRĂRILOR DE INTERVENȚIE - D.A.L.I. ȘI PROIECT TEHNIC + DETALII DE EXECUȚIE - PTHDE) ȘI ASISTENTA TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI AFERENTE OBIECTIVULUI DE INVESTIȚII «REABILITAREA SERVICIILOR SPITALICEȘTI ÎN DOMENIUL MEDICINEI CARDIOVASCULARE LA SPITALUL CLINIC ...»”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare ..., criteriul de atribuire aplicat fiind „cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi încheiat este de ... lei, fără TVA.

Examinând prezenta contestație, Consiliul reține că ... SRL, ofertant clasat pe locul 2, critică decizia autorității contractante de a declara admisibilă oferta declarată câștigătoare, respectiv cea depusă de Asocierea SC ... SRL-SC ... SRL-SC ... SRL, care, în opinia sa, trebuia respinsă, ca inacceptabilă și neconformă, întrucât nu îndeplinește condițiile de participare referitoare la capacitatea legală de a presta serviciile de verificare a proiectelor și de proiectare a activităților de topometrie, neavând declarați subcontractanți.

Analizând cerințele documentației de atribuire, Consiliul reține, printre altele, următoarele etape ce trebuie efectuate: „(...) elaborare studii necesare, studiu topografic, alte studii necesare, după caz, solicitate de către avizatori (...) proiectul tehnic se va întocmi conform conținutului-cadru prevăzut în anexa 10 a HG 907/2016 și va conține și documentația privind exploatarea, întreținerea, repararea, urmărirea comportării în timp și postutilizarea construcției. Documentația va fi verificată de verificatori de proiect atestați, în conformitate cu prevederile art. 7 din HG 742/2018 (...) verificatorii de proiecte trebuie să fie independenți față de specialiștii elaboratori ai proiectelor și să îndeplinească cerințele impuse de art. 13 alin. (1) din Legea 10/1995 (...)”.

Luând în considerare că, activitățile de verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic impun că cei care asigură verificarea proiectelor nu pot fi și proiectanții proiectelor supuse verificării și atestării, Consiliul reține, ca determinante, în acest sens, și următoarele prevederi legale:

- art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții: *„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul 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”.*

- art. 22 din Legea nr. 10/1995: *„Investitorii sunt persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente în sensul legii și au următoarele obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:*

(...)

c) asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verificatori de proiecte atestați”.

- art. 23 din Legea nr. 10/1995: *„Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:*

(...)

c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verificali de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate”.

- art. 5 din HG nr. 742/2018: „Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016;

b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică”.

- art. 6 din HG nr. 742/2018: „(1) Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificali/verificali de proiecte, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor.

(2) Verificarea tehnică a proiectelor se realizează potrivit legii, prin grija și responsabilitatea investitorului/proprietarului/ administratorului, după caz, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.

(3) Verificali de proiecte este angajat al investitorului/ proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile”.

Din interpretarea textelor legale mai sus menționate, rezultă, în mod evident, că un operator economic nu poate, prin specialiștii verificali de proiecte de care dispune (indiferent de natura relațiilor de muncă, contract individual sau acord de colaborare), să verifice și să avizeze proiectele pe care tot el le-a executat, obiectivismul și imparțialitatea verificaliului fiind esențiale în buna desfășurare a activității acestuia. Mai mult, chiar și în ipoteza în care documentația nu stabilește în mod expres că verificali de proiecte trebuie să fie independenți de proiectant, ofertanții au obligația de a respecta legislația aplicabilă respectiv Legea nr. 10/1995.

Din verificarea propunerii tehnice a ofertantului declarat câștigător, aflată la dosarul cauzei, Consiliul constată că, la pagina 65, pentru poziția verificali de proiect, a indicat, așa cum s-a solicitat, în formă tabelară, 6 poziții, respectiv: „verificali A1; verificali B1, Cc, D, E; verificali C1, F, Ie; verificali Is; verificali It; verificali Af”, fără a fi

nominalizați, fiind asigurați de către ..., iar poziția de topometrist fiind asigurată de

Consiliul constată că, în cuprinsul documentației de atribuire, verificatorii de proiect fac parte din categoria experților non-cheie, iar inginerul topometrist nu este solicitat expres.

Totodată, Consiliul reține că nu poate fi invocat un eventual conflict de interese între persoanele fizice atestate ca verificatori de proiect și societatea angajatoare, aceasta din urmă putând stabili care sunt angajații care participă efectiv la realizarea proiectului și care sunt angajații (atestați conform legii) care să realizeze exclusiv partea de verificare de proiect.

Prin urmare, dreptul de verificare a unui proiect fiind acordat unei persoane fizice, un operator economic se poate angaja în prestarea de servicii de verificare de proiecte dacă dispune de personal specializat atestat, în acest sens.

Față de cele reținute, întrucât în documentația de atribuire autoritatea contractantă a prevăzut că obiectul contractului de achiziții, ce urmează a fi atribuit, constă și în verificarea proiectelor de către verificatori de proiecte atestați, acest serviciu fiind în sarcina ofertanților, se consideră că ofertanții pot nominaliza persoane în acest sens.

Totodată, în documentația de atribuire, nu se regăsesc precizări care să impună operatorilor economici un anumit mod de acces la verificatorii de proiect, ci doar că documentația tehnică trebuie verificată și avizată de către verificatorii de proiect.

Documentația de atribuire este în egală măsură obligatorie, operatorilor economici, la întocmirea ofertei, cât și autorităților contractante, la verificarea acestora. Mai mult, documentația de atribuire, sub aspectul criticat nu a fost contestată, motiv pentru care, cerințele impuse și-au consolidat caracterul obligatoriu.

Astfel, o relație de angajare a verificatorului de proiecte în cadrul aceluiași operator economic, ce realizează activitatea de proiectare nu este prin ea însăși de natură să conducă la concluzia lipsei independenței persoanei autorizate să desfășoare activități de verificare de proiecte, cu condiția ca această persoană să aibă atestat de verificator de proiect, această concluzie fiind de altfel întărită de prevederile art. 2 lit. b) din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, aprobat prin HG nr. 925/1995 care nu interzice relația de angajare.

În consecință, este neîntemeiată solicitarea de respingere a ofertei declarate câștigătoare pe considerentul că serviciile de verificare a proiectului și respectiv de proiectare a activităților de topometrie nu sunt oferite prin prezentarea relației de subcontractare, în condițiile în care o astfel de cerință nu a fost impusă de către autoritatea contractantă și nici nu reiese imperativ din dispoziții legale.

În raport de cele anterior menționate, critica referitoare la faptul că ofertantul criticat nu a prezentat modalitatea de acces la personalul necesar prestării serviciilor de verificare a proiectelor, respectiv care necesită viza ONCPI, prin indicarea subcontractanților, trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire. Or, în speță, printre cerințele documentației de atribuire nu există astfel de solicitări pentru ofertanți.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, Comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2) lit. b) din normele metodologice stabilește că 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.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, la un moment dat, de către un ofertant, fiind imperativ ca autoritatea contractantă să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul ține seama de Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 26 ianuarie 2023 în cauza C-403/21, care a avut obiect cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (România), prin decizia din 22 iunie 2021, primită de Curte la 29 iunie 2021, în procedura SC ... SRL împotriva .. cu participarea SC ... SRL, și care privește în mod direct și această cauză, care a hotărât astfel:

„Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

1) Articolul 58 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de

aprobare a Directivei 2004/18/CE coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă trebuie interpretat în sensul că autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

2) Principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.

3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.”

Relevantă, în speță este atât practica CNSC cât și a Curților de Apel.

Luând în considerare aspectele prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu

Respinge cererea de intervenție depusă de ... SRL pentru nerespectarea termenului de 10 zile de comunicare a acesteia.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu

Respinge cererea de intervenție depusă de ... SRL pentru nerespectarea termenului de 10 zile de comunicare a acesteia.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.