

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. 626 / C7 / 452

Data: 21.03.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9407/23.02.2023, depusă de Construct CDP SRL, cu sediul în bd. Republicii nr. 25, apartament 71, Baia Mare, județul Maramureș, CUI 25113978, număr de înregistrare în registrul comerțului J24/779/2008, reprezentată legal de domnul Cot Radu Vasile - administrator și convențional de domnul Horia Bora - avocat, cu adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet Avocat „Horia Bora”, bd. 1 Decembrie 1918 nr. 34A, etaj 3, apartament 3, Cluj-Napoca, județul Cluj, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de proiectare, întocmire expertiză tehnică și „DALI” (inclusiv documentații obținere certificat de urbanism și avize/acorduri) pentru obiectivul „Consolidări ziduri de sprijin pe DN 7 și DN 7CC”, cod CPV 71322500-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 04.01.2023, anunț de participare nr. CN1049811/25.11.2022, organizată de Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, prin Direcția de Drumuri și Poduri Craiova, cu sediul în Calea Severinului nr. 95, Craiova, județul Dolj, CUI 16054368, număr de înregistrare în registrul comerțului J40/552/2004, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea raportului procedurii de atribuire nr. 5210/ 16.02.2023 în partea privind admiterea și declararea câștigătoare a ofertei Like Consulting SRL, respectiv declararea necâștigătoare a ofertei Construct CDP SRL, accesul la dosarul achiziției publice, repunerea în termenul de a motiva contestația și obligarea autorității la plata cheltuielilor ocazionate de contestație.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL, CU MAJORITATE DE VOTURI, DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația Construct CDP SRL nr. 9407/23.02.2023, în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA - Direcția de Drumuri și Poduri Craiova.

Ia act de renunțarea contestatoarei la capătul de cerere secund, de acordare de către Consiliu a accesului la dosarul achiziției publice.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de repunere a contestatoarei în termenul de motivare a contestației.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de obligare a autorității la plata către contestatoare a cheltuielilor aferente contestației.

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

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere ca nefondată a contestației Construct CDP SRL –, în ceea ce ne privește, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele, sens în care se impunea admiterea contestației, anularea raportului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, cu obligarea autorității contractante la clarificarea și reevaluarea ofertei Like Consulting SRL.

Dacă înțelegem să conferim caracter axiomatic tezei care dă expresie esenței democrației, potrivit căreia, într-o colectivitate, majoritatea are întotdeauna dreptate, argumentele înfățișate în cadrul prezentei opinii separate nu pot fi receptate ca urmărind să demonstreze contrariul ori ca fiind o critică la adresa soluției majoritare, ci exclusiv drept o încercare de justificare rațională a prezentei opinii, diferită de aceea a majorității membrilor completului Consiliului, în lumina tezei finale a art. 29 alin. (1) din Constituție, potrivit căreia nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie contrară convingerilor sale.

În esență, divergența poartă asupra interpretării și aplicării la situația factuală din cauză a regulilor documentației de atribuire, precum și a dispozițiilor relative la capacitatea ofertanților cu vocație de contractant de a îndeplini în limitele legii obligațiile asumate prin ofertă – activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic. Față de criticile reclamantei, autoritatea formulează apărarea de ordin general că, la nivelul documentației de atribuire, nu a fost solicitată deținerea anumitor autorizații specifice, se observă că respectiva documentație (caietul de sarcini) prevede textual: *„După faza Expertiză tehnică se va efectua obligatoriu studiu geotehnic cu verificare la cerința Af și un studiu*

hidrogeologic (va face parte integrantă din documentația tehnică)." În plus, același caiet prevede:

Contractantul este responsabil pentru îndeplinirea următoarelor atribuții:

a. **Realizarea activitatilor in cadrul Contractului in conformitate cu cerințele legislației aplicabile** specificului obiectivului de investiție pentru care se solicită realizarea documentațiilor tehnico-economice, a reglementărilor tehnice în vigoare aplicabile specificului obiectivului de investiție și a prevederilor prezentului Caiet de Sarcini;

[...]

i. Efectuarea serviciilor numai cu **personal atestat**, potrivit legii

[...]

Autoritatea Contractanta nu solicită o abordare specifică în realizarea serviciilor având în vedere că etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico - economice pentru realizarea obiectivului de investiție sunt reglementate prin legislație specifică. **Metodologia prezentată trebuie să corespundă reglementărilor specifice stabilite în domeniu, evidențiind acest lucru în mod concret în Propunerea Tehnică**, iar abordarea propusă trebuie să fie în concordanță cu metodologia propusă.

[...]

Infrastructura prezentată de Ofertant în Propunerea Tehnică trebuie să fie corespunzătoare scopului Contractului și să îndeplinească toate cerințele de funcționalitate și pentru utilizare (inclusiv aspecte legate de protecția mediului) **stabilite prin legislația în vigoare**, indiferent de forma de acces la infrastructura necesară pentru realizarea activităților din Contract.

[...]

9. **CADRUL LEGAL CARE GUVERNEAZĂ RELAȚIA DINTRE AUTORITATEA CONTRACTANTA ȘI CONTRACTANT** (INCLUSIV ÎN DOMENIILE MEDIULUI, SOCIAL ȘI AL RELAȚIILOR DE MUNCĂ)

Contractantul trebuie să țină cont în elaborarea documentației tehnice aferente Expertiza tehnică și DALI de STAS-urile, Normativele și **legislația în vigoare**.

Legislația, reglementările tehnice și altele asemenea indicate în prezentul Caiet de Sarcini sunt considerate indicative și **nelimitative**.

[...]

Expertiza Tehnică va conține studii, relevee, analize și evaluări necesare pentru cunoașterea stării tehnice a sectorului de drum în concordanță cu cerințele prevăzute de reglementările tehnico-legale, în vederea fundamentării măsurilor de intervenție.

Aceste prevederi trebuie coroborate cu clauza din anunțul de participare, pct. III.1.1) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale: *„Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, și reiasă ca operatorul economic este legal constituit, ca nu se afla în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul ca are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.”* Cum una dintre aceste activități o reprezintă efectuarea amintitului studiu hidrogeologic, intra în sarcina Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA să se asigure că ofertantul pe care îl desemnează câștigător, viitor contractant, este abilitat să presteze – direct sau indirect – în mod legal serviciile care fac obiectul contractului, inclusiv realizarea studiului în discuție.

Operatorul economic este definit de legea achizițiilor publice ca fiind persoana fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asocieri 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, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități. În consecință, se poate aprecia că ține de esența noțiunii de operator economic, în lumina legislației achizițiilor publice, dreptul acestuia de a furniza produse, presta servicii și/sau executa lucrări *în mod licit*, iar, în speță, cu certitudine, Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA îi revine obligația corelativă de a verifica legalitatea prestării viitoarelor servicii, respectiv nicidecum nu este chemată să ignore ori să încurajeze *prestarea ilicită activităților în executarea propriilor contracte*, altminteri rămânând expusă riscului că a încredințat contractul unui antreprenor care nu îl poate executa în mod licit. Art. 1 alin. (5) din Constituție statuează solemn că, în România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor *este obligatorie*, fiind evident că organizatoarea licitației nu poate trece cu vederea chiar prima latură a principiului legalității, constând în conformarea întocmai la textul legii prin contractele pe care le încheie, din fonduri publice. În ceea ce privește dispozițiile art. 1 alin. (3) teza întâi din Constituție, care consacră principiul statului de drept, Curtea Constituțională a reținut că exigențele acestuia privesc scopurile majore ale activității statale, prefigurate în ceea ce îndeobște este numit ca fiind „domnia legii”, sintagmă ce implică subordonarea statului față de drept (*mutatis mutandis*, Decizia nr. 58 din 26 ianuarie 2021).

Din coroborarea acestor considerente, în contextul în care Compania nu s-a preocupat să formuleze nicio apărare sau explicație punctuală legată de posibilitatea legală a Like Consulting SRL de a realiza – direct sau indirect – studiul hidrogeologic și văzând că nici Like Consulting SRL nu a intervenit în litigiul pendinte pentru a își susține prestarea legală a serviciilor oferite (contestația fiind postată în SEAP la 24.02.2023), pe fondul în care reclamanta Construct CDP SRL a demonstrat că legislația în vigoare impune o atestare specifică, Consiliul apreciază că revine autorității contractante obligația de a interpela Like Consulting SRL cu privire la modalitatea legală în care urmează a fi realizat studiul asumat în ofertă – să recurgă la 132-134 din normele metodologice ale legii achizițiilor publice. Astfel fiind, apare a fi întemeiată critica reclamantei, sub aspectul necesității îndeplinirii obligației autorității de a cere lămuriri câștigătoare în legătură cu acoperirea în mod legal a obligației de elaborare a studiului hidrogeologic și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit. Nu excludem ca societatea câștigătoare să poată îndeplini legală activitatea de întocmire a studiului, însă această eventualitate trebuie înlocuită cu o certitudine, pe calea clarificării ofertei. Nu este exclus nici ca Like Consulting SRL să fie în curs de obținere a atestatului pentru întocmirea de studii hidrogeologice, până la momentul la care ele urmează a fi realizate.

Deși, susține autoritatea, nu a impus, *în mod expres*, operatorilor economici, pentru a fi admiși la procedură, deținerea unei anumite

autorizații sau atestări, nu poate fi trecut cu vederea că ea însăși a cerut – de această dată expres – ca operatorii economici să dovedească nu doar o formă de înregistrare, ci și că respectiva dovadă reflectă capacitatea profesională de a realiza – legal – activitățile care fac obiectul contractului, iar caietul de sarcini (prin prevederile reproduse mai sus) a evidențiat realizarea *legală* a obiectului. În cazul în care nu Like Consulting SRL urmează a elabora studiul, se vor aduce autorității investitoare explicațiile necesare, pentru ca aceasta să poată decide în cunoștință de cauză asupra conformității ofertei, din perspectiva posibilității executării legale a studiului ofertat.

Trebuie notat că, în baza Legii apelor nr. 107/1996, art. 52:

(2) Elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea avizului de gospodărire a apelor se bazează pe studii meteorologice, hidrologice, **hidrogeologice** sau pe studii de gospodărire a apelor, după caz. Aceste studii și documentații vor fi întocmite de instituții publice sau private din cadrul statelor membre ale Uniunii Europene, **atestate** de autoritatea publică centrală din domeniul apelor sau de o autoritate competentă din spațiul Uniunii Europene. Documentațiile de fundamentare trebuie să demonstreze că titularul proiectului se poate conforma cerințelor legale.

iar potrivit Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor, a studiilor hidrologice, hidrogeologice, de gospodărire a apelor și de evaluare a impactului asupra corpurilor de apă, aprobat prin Ordinul ministrului mediului, apelor și pădurilor nr. 1.287/2021, art. 10:

Art. 10. - Domeniile pentru care Comisia de atestare este abilitată să ateste instituții publice sau private sunt următoarele:

[...]

B - întocmirea studiilor hidrogeologice;

La pagina de internet a Ministerului Mediului <http://www.mmediu.ro/categorie/inregistrari-atestari/53> a fost identificată „LISTA INSTITUȚIILOR PUBLICE/PRIVATE SPECIALIZATE ÎN ELABORAREA DOCUMENTAȚIILOR PENTRU FUNDAMENTAREA SOLICITĂRII AVIZULUI DE GOSPODĂRIRE A APELOR ȘI A AUTORIZAȚIEI DE GOSPODĂRIRE A APELOR ATESTATE CONFORM ORDINELOR 1230/2020 și 1287/2021. (actualizată decembrie 2022)”, în care la pag. 8, poz. 3, se regăsește Like Consulting SRL, cu atestare în domeniul D1, deci nu domeniul B, aferent întocmirii studiilor hidrogeologice.

În ceea ce privește obligația de a menționa anumite elemente în ofertă, care nu figurează în documentația aferentă, ci rezultă din interpretarea juridică a legii naționale în vigoare, relevantă este abordarea Curții de Justiție a Uniunii Europene din Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Hotărârea din 2 mai 2019, Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350, și din ordonanțele din 10 noiembrie 2016, Spinosa Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, Edra Costruzioni și Edilfac, C-140/16, EU:C:2016:868, și MB, C-697/15, EU:C:2016:867.

Din coroborarea tuturor acestor considerente, organul administrativ-jurisdicțional, în linia celor prescrise asupra criticii de la pct. II subpct. 2) din contestație, ar fi trebuit să stabilească faptul că revenea Companiei achizitoare obligația de a interpela ofertantul câștigător cu privire la legalitatea exercitării activității de elaborare a studiului hidrogeologic, descris în propria propunere tehnică (pag. 67-72), asupra căreia planează un dubiu rezonabil, obligație de natură să excludă o potențială viitoare acuzație la adresa Companiei investitoare (de stat) de dezinteres sau de neglijență în atribuirea contractului (către o societate a cărei capacitate efectivă de îndeplinire a contractului nu a fost verificată îndeajuns, în pofida existenței unor suspiciuni rezonabile care i-au fost aduse la cunoștință pe calea contestației).

Problema expusă prezintă două laturi, deopotrivă de importante în legalitatea atribuirii contractului estimat la aproape 1,5 milioane de lei, fără TVA, față de care diligența organizatoarei trebuia să fie ridicată: pe de o parte, determinarea cu certitudine a capacității profesionale a câștigătoarei de a îndeplini *cu respectarea legii* a obligației asumate și, pe de altă parte, determinarea conformității tehnice a ofertei cu prin prisma cerințelor caietului de sarcini, cerințe poziționate în corelare cu menționata capacitate.

După cum a fost relevat mai sus, art. 1 alin. (5) din Constituție consacră drept principiu general obligativitatea respectării Constituției, a supremației sale și a legilor. Aceasta este o obligație generală ce revine tuturor, inclusiv autorităților publice. Principiul legalității impune ca actele administrative ale autorităților publice să fie emise *cu respectarea strictă a dispozițiilor legale* în vigoare, iar actele care au fost emise cu nerespectarea anumitor prevederi legale să fie revocate ori anulate (în acest sens este, de pildă, Decizia Curții Constituționale nr. 574 din 19 septembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 855 din 18 octombrie 2006). În materia achizițiilor publice/sectoriale, cu asupra de măsură raportul procedurii de atribuire este supus aceluiași imperativ de interes general al respectării stricte a dispozițiilor legale și, în caz contrar, revocării ori anulării.

Exercitarea controlului de legalitate reprezintă însuși fundamentul statului de drept (Decizia Curții Constituționale nr. 478 din 12 aprilie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 419 din 15 iunie 2011). În speță, atribuirea contractului nu poate fi bizuită pe acte a căror legalitate este îndoielnică. Legalitatea presupune nu doar respectarea legii, ci și *rol activ în apărarea și consolidarea ei*.

Așadar, apare a fi întemeiată critica reclamantei, dar sub aspectul necesității îndeplinirii obligației Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA - Direcția de Drumuri și Poduri Craiova de a ieși din pasivitate pentru a cere clarificări câștigătoarei și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit.

Separat de cele expuse, chiar și dacă nu ar fi existat cerința de la pct. III.1.1.b) din fișa de date a achiziției (și anunțul de participare), secondate de cele din caietul de sarcini, nu poate fi îngăduită atitudinea Companiei investitoare de a nu manifesta niciun interes în elucidarea cu ofertanta câștigătoare a modului în care urmează a pune în operă o anumită componentă ale contractului de servicii, asupra căreia planează o suspiciune plauzibilă, precum aceea aflată în discuție, respectiv dacă studiul se va realiza cu respectarea întocmai a legii sau dimpotrivă. Principiul bunei administrări, care guvernează și procedurile de atribuire a contractelor publice, este incompatibil cu un asemenea dezinteres al unei structuri a statului, sens în care Compania achizitoare trebuia să recurgă la art. 134 din normele metodologice ale legii achizițiilor publice, interpelând corespunzător ofertanta. Raportat la activitatea prescrisă de caietul de sarcini, dublată de obligația expresă asumată de Like Consulting SRL, în condițiile în care atestarea ei vizează doar domeniul D1, potrivit listei precitate (care poate fi neactualizată sau eronată), Compania achizitoare avea obligația de a solicita clarificări ofertantei. Un ofertant care nu dovedește că acoperă toate cerințele documentației de atribuire nu are vocație de antreprenor în executarea contractului, respectiv oferta lui este inadmisibilă.

Pe de altă parte, este văzând că autoritatea a impus ca personalul să fie alcătuit din specialiști atestați conform legii, cu atât mai mult se justifică faptul ca *însăși firma ofertantă să fie atestată legal*.

În considerarea celor evocate, Consiliul trebuia să determine că în mod superficial autoritatea a admis oferta Like Consulting SRL, obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea admiterii ofertei vădindu-se a fi fondate parțial, în absența diligenței de obținere a clarificărilor necesare. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, trebuia admisă în parte contestația Construct CDP SRL nr. 9407/ 23.02.2023, în contradictoriu cu Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA - Direcția de Drumuri și Poduri Craiova, cu anularea raportului procedurii de atribuire nr. 5210/16.02.2023 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5358 și 5359/17.02.2023, toate în partea care privește oferta Like Consulting SRL. Totodată, trebuia obligată autoritatea contractantă la clarificarea temeinică și la reevaluarea amintitei oferte, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, autoritatea era obligată să comunice ofertanților rezultatul reevaluării ofertei, cu respectarea legislației aplicabile.

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. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și

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.

În ceea ce privește cheltuielile ocazionate de contestație solicitate de Construct CDP SRL, urma a se reține că nu a fost depusă nicio dovadă a efectuării acestora, al căror quantum nici nu este precizat. Potrivit art. 452 C. proc. civ., partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei. De altminteri, textul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 este limpede – *cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației*. În speță, până la momentul adoptării deciziei, la Consiliu nu a fost înregistrată de la contestatoare nicio dovadă care să ateste plata cheltuielilor efectuate, contrar respectivului text normativ. Având în vedere lipsa dovezilor respective, se va respinge solicitarea contestatoarei de acordare a cheltuielilor implicate de demersul său.

Acestea sunt argumentele pe care am găsit de cuviință a le formula în prezenta opinie separată, în acord cu art. 27 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 426 alin. (2) C. proc. civ.