

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. 2021/C1/2155

Data: 27.09.2022

Prin contestația nr. 625/01.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 43510/01.09.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în, nr., județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 80353/25.08.2022, emis de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, strada Piața Victoriei nr. 4, județul în cadrul procedurii simplificate organizată pentru atribuirea unui contract având ca obiect „Servicii arhivare electronică documente” cod CPV - 72252000-6, s-a solicitat:

1) anularea raportului procedurii nr. 80314 din data de 25.08.2022 și a adresei de comunicare privind rezultatul procedurii nr. 80353 din data de 25.08.2022, prin care oferta SC SRL a fost respinsă ca neconformă;

2) obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire;

sau, după caz,

3) obligarea autorității contractante la anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45268/12.09.2022, SC SRL, cu sediul în, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal de, și convențional prin cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL în cadrul aceleiași proceduri de achiziție, solicitând:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție;

- admiterea excepției tardivității invocării motivelor de nelegalitate în privința documentației de atribuire,

- pe fond, respingerea ca nefondată a contestației, cu menținerea ca temeinice și legale a raportului procedurii de atribuire nr. 80400 și comunicării rezultatului procedurii nr. 80353/25.08.2022.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Servicii arhivare electronică documente”, cod CPV 72252000-6, prin publicarea în SICAP a documentației de atribuire și a anunțului de participare nr. SCN1109744/28.06.2022 modificat în SICAP cu anunțul de tip erată nr. EN1037794/01.07.2022, cu o valoare estimată de 504201,68 lei fără TVA.

De asemenea, arată că conform declarației de participare publicată în SICAP, au depus oferte următorii operatori economici:

1. SC SRL

2. Asocierea SC SRL – SC SRL

3. Asocierea SC SRL- SC SRL – SC SRL.

Contestatorul susține că niciun ofertant nu a declarat terți susținători sau subcontractanți.

Totodată, contestatorul precizează că în procesul de evaluare a ofertei tehnice, comisia de evaluare i-a transmis o serie de clarificări care vizau modalitatea de îndeplinire a cerinței din caietul de sarcini privind prezentarea „acreditării de la autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu, să administreze sistemul

electronic de arhivare și documentele arhivate în cadrul arhivei electronice, conform Legii 135/2007 cu privire la arhivarea documentelor în formă electronică”. Prin raportul procedurii și adresa nr. 80353 din data de 25.08.2022, autoritatea contractantă a concluzionat, în urma răspunsurilor primite, că se impune respingerea ofertei pentru lipsa prezentării acreditării menționate mai sus.

Astfel, arată că comisia de evaluare a transmis o primă solicitare de clarificare cu adresa nr. 72342/28.07.2022, prin care a precizat: „Din oferta tehnică lipsește Acreditarea de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere Specializată cu privire la administrarea sistemului electronic de arhivare din cadrul arhivei electronice conform Legii nr. 135/2007 - vă solicităm clarificați”.

Deși formularea este defectuoasă și nu respectă termenii tehnici din Legea nr. 135/2007 care face referire la acreditarea administratorului de arhivă electronică de către autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu (care, potrivit Ordinului nr. 493/2009 privind normele tehnice și metodologice pentru aplicarea Legii nr. 135/2007 privind arhivarea documentelor în formă electronică, este MCSI - Ministerul Comunicațiilor și Societății Informaționale, în prezent Ministerul Cercetării, Inovării și Digitalizării prin Autoritatea pentru Digitalizarea României-ADR) și presupunând că i se solicită clarificări privind acest tip de acreditare, prin răspunsul formulat cu adresa FN din data de 01.08.2022, a argumentat că nu avea obligația de a face dovada deținerii acestui document, deoarece, chiar dacă este inserată în caietul de sarcini, cerința nu este o specificație tehnică ce caracterizează și definește serviciile ce fac obiectul contractului de achiziție publică. Cerința este un veritabil criteriu de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, iar pentru a putea solicita în mod legal acest document oficial și pentru a-l face opozabil ofertanților, autoritatea contractantă avea obligația de a cuprinde informații în acest sens la nivelul anunțului de participare simplificat în conformitate cu Legea nr. 98/2016.

Contestatorul arată că în a doua solicitare de clarificare transmisă cu adresa nr. 76089/09.08.2022, comisia de evaluare îl informa că „Înainte de semnarea contractului va trebui să prezentați documentul care certifică îndeplinirea obligației de a notifica autoritatea de reglementare și supraveghere cu privire la data începerii activităților de arhivare a documentelor”. La acel moment, comisia de evaluare a arătat o anumită superficialitate în înțelegerea textului Legii nr. 135/2007 prin solicitarea, la semnarea contractului, doar a documentului de notificare a autorității în domeniu (formularul-tip din Anexa 2 la Ordinul nr. 493/2009, necesar și prealabil obținerii acreditării), neexistând vreo referire la prezentarea acreditării de administrator de arhivă electronică.

Deoarece i s-a solicitat un răspuns la această informare, a transmis în data de 10.08.2022, că este de acord cu această pretenție dar contractul urmează a fi executat strict în conformitate cu specificațiile tehnice ale serviciilor astfel cum au fost solicitate în caietul de sarcini.

Ulterior, după deschiderea ofertelor financiare și solicitarea documentelor ce confirmă îndeplinirea cerințelor din DUAЕ (oferta sa se situează pe primul loc în clasamentul financiar intermediar), comisia de evaluare a revenit la evaluarea tehnică și i-a solicitat, cu adresa nr. 78238/ 18.08.2022, prezentarea acreditării în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și a fișei de date. Prin adresa nr. 607/19.08.2022, a transmis comisiei de evaluare faptul că își menține răspunsul inițial transmis în SEAP în data de 01.08.2022.

Contestatorul precizează că cerința în discuție apare doar în caietul de sarcini nr. 51239/26.05.2022 la Secțiunea I - Specificații generale, paragraful Certificări:

„Operatorul economic trebuie să prezinte următoarele autorizații emise de Arhivele Naționale (obligatorii):

- Prelucrare arhivistică
- Legăturie
- Utilizare a documentelor deținute
- Restaurare

- Acreditare de la autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu, să administreze sistemul electronic de arhivare și documentele arhivate în cadrul arhivei electronice, conform Legii 135/2007 cu privire la arhivarea documentelor în formă electronică”.

Totodată arată că în fișa de date, contrar susținerii autorității contractante, cerința nu este prevăzută în mod expres, singurele

mențiuni fac referire la autorizările necesare personalului executant și se regăsesc în Secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice: „Ofertantul va prezenta în cadrul propunerii tehnice informații și documente cu privire la personalul responsabil în implementarea contractului, autorizările, atestatele, calificările și certificatele/acreditările personalului (valabile) conform caiet de sarcini.

Redă un extras din aceeași secțiune care impune ofertanților respectarea caietului de sarcini dar și a clarificărilor atașate anunțului de participare simplificat: „Propunerea tehnică va fi elaborată astfel încât să rezulte că sunt îndeplinite și asumate în totalitate cerințele din documentația de atribuire și caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini. Se vor descrie succint activitățile ce vor face obiectul contractului astfel cum sunt impuse în Caietul de sarcini. Ofertantul are obligația de a face dovada conformității propunerii tehnice cu cerințele impuse în caietul de sarcini și eventualele clarificări/ răspunsuri la clarificări, atașate anunțului de participare simplificat publicat în SEAP”.

Contestatorul menționează că în faza de depunere a ofertelor a fost adresată următoarea clarificare privind caietul de sarcini (în documentul clari.1 arhiva.pdf.p7s, întrebarea 14):

„În conformitate cu dispozițiile art. 30 alin (6) din HG 395/2016: Criteriile de calificare și criteriile de selecție precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în fișa de date a achiziției/anunțul de participare sunt considerate clauze nescrise”.

În caietul de sarcini se solicită ca „Operatorul economic trebuie să prezinte următoarele autorizații emise de Arhivele Naționale (obligatorii):

- Prelucrare arhivistică
- Legătorie
- Utilizare a documentelor deținute
- Restaurare.

Dar aceste cerințe lipsesc atât din fișa de date a achiziției cât și din anunțul de participare. Pe cale de consecință, în vederea respectării dispozițiilor legale, vă rugăm să confirmați că autorizațiile indicate mai sus nu vor trebui incluse în ofertele prezentate în cadrul procedurii”.

Ca răspuns, arată că autoritatea contractantă a publicat anunțul de tip erată nr. EN1037794/01.07.2022 prin care a introdus la secțiunea III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, următorul text:

„Operatorul trebuie să prezinte autorizațiile emise de Arhivele Naționale obligatorii așa cum au fost prevăzute și în caietul de sarcini:

prelucrare arhivistică, legătoare, utilizare a documentelor deținute, Restaurare. Cerințe obligatorii”.

După cum se poate observa din lectura anunțului de participare simplificat și a eratei modificatoare, contestatorul susține că autoritatea contractantă a omis să introducă informațiile privind prezentarea de către ofertanți a acreditării MCSI, deși a avut deschisă această posibilitate, facilă, tocmai prin intermediul eratei publicate. Chiar dacă solicitarea de clarificare nu a făcut referire în mod expres la acest tip de acreditare, date fiind prevederile legale invocate, cu regim sancționator, respectiv art. 30 alin. (6) din Normele Metodologice, autoritatea contractantă avea datoria cunoașterii acestor dispoziții imperative în formă actualizată și de a scoate de sub tărâmul lor toate tipurile de autorizare și acreditare solicitate ofertanților în caietul de sarcini, prin publicarea lor în erata la anunțul de participare simplificat. Creat acest context de legalitate - prin încadrarea permisiunilor legale ce vizează obiectul principal al contractului (autorizații/acreditări etc.) în categoria corectă a criteriilor de capacitate profesională - autoritatea contractantă avea dreptul, deopotrivă obligația de a evalua ofertele prin raportare la aceste criterii publicate în mod transparent în anunțul de participare simplificat.

Precizează că în versiunea actuală, în vigoare, art. 30 alin. (6) din Normele Metodologice aprobate cu HG nr. 395/2016 face referire la criteriile de calificare și criteriile de selecție care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs, nemaifiind menționate criteriile de la nivelul fișei de date.

Pe de altă parte, presupunând că autoritatea contractantă a acționat cu bună-credință, în sensul că a cunoscut dispozițiile legale

aplicabile clauzelor nescrise și a coroborat acest fapt cu caietul de sarcini care nu conține cerințe tehnice specifice Legii nr. 135/2007 (cum ar fi semnarea documentelor cu semnătură electronică, depunerea cheii de criptare și decriptare pentru documentele criptate care cad sub incidența Legii nr. 16/1996 sau stocarea acestora în centre de date autorizate) - în realitate se execută o simplă activitate de copiere/scanare a documentelor, atribuirea de indecși și livrarea imaginilor rezultate pe discuri optice și HDD, nefiind necesară niciun fel de acreditare/autorizare în temeiul Legii nr. 135/2007 privind arhivarea documentelor în formă electronică, republicată – contestatorul susține că poate deduce, în mod rezonabil că, publicarea în erată a patru permisiuni legale din cele cinci înscrise în caietul de sarcini poate fi interpretată ca renunțare voluntară din partea autorității contractante la solicitarea acreditării MCSI.

Totodată consideră că acreditarea MCSI a ofertanților nu este o specificație tehnică a serviciilor de arhivare electronică, ea are legătură cu capacitatea profesională a ofertantului de a executa contractul de achiziție publică, deci se încadrează în categoria cerințelor de calificare, așa cum sunt acestea definite de legiuitor, relevante fiind următoarele dispoziții din Legea 98/2016: art. 163, art. 172, art. 173 și art. 181.

Mai mult, susține că inclusiv din modul de redactare a caietului de sarcini, împărțit în mai multe secțiuni: I. Specificații generale cu subsecțiunea Certificări, Secțiunea II. Specificații tehnice ale serviciilor de digitalizare, etc. rezultă, în mod vădit, intenția autorității contractante de a separa condițiile de exercitare a activității profesionale de specificațiile tehnice ale serviciilor.

Cum la nivelul anunțului de participare simplificat SCN1109744 modificat prin erată nu există solicitarea de prezentare a acreditării MCSI de către ofertanți, în opinia sa cerința în cauză reprezintă o clauză nescrisă, în sensul art. 30 alin. (6) din Normele Metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, iar autoritatea contractantă are obligația de a raporta analiza tuturor ofertelor doar la cerințele publicate, în mod transparent, în anunțul de participare simplificat.

În lumina argumentelor expuse, consideră că decizia de descalificare a ofertei SC SRL este abuzivă și nelegală, dar în raportul procedurii se pot constata și alte acțiuni/hotărâri ale comisiei de evaluare luate cu nerespectarea dispozițiilor legale și a principiilor ce guvernează materia achizițiilor publice, cum ar fi declararea câștigătoare a ofertei Asocierii SC SRL – SC SRL – SC SRL, deși ofertantul nu deține în mod valabil o acreditare MCSI.

Contestatorul susține că există o mențiune în raportul procedurii, la pagina 14, privind motivul în temeiul căruia comisia de evaluare a revenit la evaluarea tehnică a ofertei sale, prin solicitarea acreditării MCSI: „După evaluare comisia de evaluare, prin drept de vot unanim

consideră că trebuie solicitată acreditarea de la Autoritatea de Reglementare așa cum a fost solicitată prin fișa de date a achiziției și prin caietul de sarcini. Motivul: să nu se creeze un avantaj față de operatorii Asocierea si Asocierea-”.

Cu referire la acest aspect contestatorul precizează că ofertantul declarat câștigător nu este înregistrat în Registrul administratorilor de arhivă electronică publicat pe internet de Autoritatea pentru Digitalizarea României la adresa <https://www.adr.gov.ro/arhivare-electronica/> secțiunea Societate informațională/Centre de date. Arhivare electronica/ Registrul administratorilor de arhive electronice, actualizat la 19.04.2022.

Atașează registrul din care rezultă că niciunul din membrii asocierii nu deține acreditarea solicitată de comisia de evaluare care a declarat câștigătoare o ofertă care nu respectă criteriul de calificare din caietul de sarcini, imputat ofertei sale. Singura posibilitate legală prin care acest ofertant putea demonstra că îndeplinește criteriul de calificare era declararea, la data depunerii ofertelor, a unui subcontractant acreditat MCSI, cu DUAЕ separat și acord de subcontractare. Deoarece acest ofertant nu a declarat nici terți susținători (deși acreditarea este o resursă netransferabilă de la terț la ofertant), nici subcontractanți, nu înțelege rațiunea și modul în care comisia de evaluare a admis tehnic ofertantul pe care l-a declarat, în final, câștigător. Presupunând existența în ofertă, sau declararea ulterior depunerii ofertei (ceea ce echivalează cu modificarea propunerii tehnice) a unui furnizor de servicii, nici această versiune nu poate fi primită de comisia de evaluare care trebuie să aibă în vedere definițiile date de Legea nr. 98/2016 noțiunilor de subcontractant și furnizor și Notele de bune practici cu privire la

interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial (elaborate de ANAP), din care se desprinde ideea principală că, în timp ce subcontractantul execută părți din contract, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.

Contestatorul precizează că o situație particulară este cazul asocierii SC SRL - SC SRL. Astfel, conform registrului administratorilor de arhivă electronică, SC SRL (situat pe locul 27 în registru) este acreditată, însă doar pentru documentele constituite în nume propriu, neavând acreditare pentru prestarea serviciilor pentru terți, conform cerințelor Legii nr. 135/2007 și Ordinului nr. 493/2009 privind normele tehnice și metodologice pentru aplicarea Legii nr. 135/2007. Neputând presta pentru terți, nu poate presta nici pentru autoritatea contractantă, astfel încât nici acest ofertant nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini.

Având în vedere motivele expuse în prezenta cerere, solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere ce se impun:

i. în cazul în care se face aplicarea dispozițiilor art. 30 alin. (6) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, să dispună reevaluarea ofertei SC SRL și anularea actelor vătămătoare - raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 80353 din data de 25.08.2022;

sau

ii. în cazul în care nu se face aplicarea dispozițiilor art. 30 alin. (6) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, să dispună reevaluarea ofertelor și anularea procedurii de atribuire (nu a fost depusă nicio ofertă conformă).

În drept, invocă dispozițiile relevante din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legea nr. 135/2007 și toate celelalte prevederi legale menționate în cuprinsul prezentei, precum și principiile în care își are sediu materia.

Prin adresa nr. 82367/02.09.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 44439/07.09.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere la contestație solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că, în fapt, a publicat în SEAP, un anunț, în vederea atribuirii contractului de „Servicii de arhivare electronică, prin aplicarea procedurii simplificate cu data de deschidere 14.07.2022.

De asemenea precizează că SC SRL a solicitat o serie de clarificări asupra documentației de atribuire prin postarea în SEAP din data de 08.07.2022.

Astfel, la punctul 14 operatorul SC SRL pune în vedere autorității contractante despre autorizațiile obligatorii solicitate prin caietul de sarcini și face referire doar la prelucrare arhivistică, legatorie, utilizare a documentelor deținute și restaurare. Prin urmare arată că acesta nu se face nici-o referire la acreditarea de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere Specializată cu privire la administrarea sistemului electronic conform Legii nr. 135/2007.

Autoritatea contractantă arată că a răspuns operatorului SC SRL și a întocmit erată la fișa de date referitor la autorizațiile obligatorii din caietul de sarcini, fără a menționa și acreditarea de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere Specializată cu privire la administrarea sistemului electronic conform Legii nr. 135/2007 presupunând că acest operator deține această autorizație (din moment ce nu a solicitat și pentru aceasta nici-o clarificare).

Autoritatea contractantă precizează că a avut în vedere și faptul că autorizațiile erau solicitate prin caietul de sarcini și astfel a evitat dublarea informațiilor prin solicitarea acestora încă o dată prin fișa de date.

Cu privire la acest aspect menționează că, conform legislației în vigoare, în cazul în care cerințele minime obligatorii sunt solicitate prin caietul de sarcini atunci ofertanții au obligația ca acestea să fie incluse în propunerea tehnică (ceea ce este în cazul său).

În opinia sa în cazul în care cerințele minime obligatorii sunt solicitate prin fișa de date, atunci aceste documente vor fi solicitate doar ofertantului clasat pe primul loc înainte de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că comisia de evaluare a întocmit procesul verbal de vizualizare a documentelor nr. 69637 din 15.07.2022 și procesul verbal de evaluare GP și DUAЕ-ESPD nr. 71927 26.07.2022.

Ca urmare a evaluării din punct de vedere al DUAЕ-ESPD autoritatea contractantă precizează că au fost admiși și calificați toți cei trei participanți la procedură.

În urma verificării propunerilor tehnice, comisia de evaluare a hotărât să ceară clarificări operatorului economic SC SRL precum și Asocierii SC SRL – SC SRL – SC SRL prin care au fost solicitate acreditările de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere Specializată cu privire la administrarea sistemului electronic de arhivare din cadrul arhivei electronice conform Legii nr. 135/2007.

Asocierea SC SRL – SC SRL – SC SRL a răspuns în termenul solicitat și a transmis Decizia nr. 549/08.11.2022 privind acreditarea ca administrator de arhivă electronică.

SC SRL a transmis un răspuns prin care specifica faptul că prin caietul de sarcini nu a fost solicitată depozitarea arhivei electronice într-un centru de date conform Legii nr. 135/2007 iar arhivarea solicitată de autoritate nu este supusă nici unei autorizări prealabile și se desfășoară în concordanță cu principiile concurenței și loiale; - nu depune autorizarea.

În urma acestui răspuns autoritatea contractantă susține că a făcut o a doua clarificare nr. 76089 din 09.08.2022 către SC SRL prin care solicita ca înainte de semnarea contractului să prezinte documentul care certifica îndeplinirea obligației de a notifica Autoritatea de reglementare și Supraveghere specializată în domeniu.

La acest moment precizează că s-a întocmit procesul verbal de evaluare tehnică nr. 76099 din 11.08.2022, prin care au fost admise toate ofertele tehnice.

Ulterior a fost întocmit procesul verbal privind evaluarea propunerilor financiare nr. 77259 din 12.08.2022 precum și evaluarea documentelor suport DUAЕ a operatorului SC SRL acesta având prețul cel mai scăzut.

La data de 18.08.2022 autoritatea susține că comisia de evaluare a solicitat clarificări SC SRL, respectiv acreditările de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere Specializată cu privire la administrarea sistemului electronic de arhivare din cadrul arhivei electronice conform Legii nr. 135/2007. La data de 19.08.2022 SC SRL a răspuns

solicitării de clarificări în sensul că își menține punctul de vedere transmis în data de 01.08.2022.

Prin urmare arată că la data de 22.08.2022 a întocmit procesul verbal nr. 79485 din 22.08.2022 prin care se decide reevaluarea ofertelor din punct de vedere tehnic și financiar. Astfel, se trece la reevaluarea propunerilor tehnice și se întocmește procesul verbal nr. 79058 din 22.08.2022 prin care se respinge oferta SC SRL ca ofertă neconformă, motivul fiind nedepunerea acreditării de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere Specializată cu privire la administrarea sistemului electronic de arhivare din cadrul arhivei electronice conform Legii nr. 135/2007.

Ulterior susține că s-a trecut la evaluarea propunerilor financiare și s-a întocmit procesul verbal nr. 79060 din 22.08.2022 și procesul verbal DUAЕ final nr. 80314 din 25.08.2022. De asemenea arată că s-a întocmit raportul procedurii nr. 80400 din 25.08.2022 și s-au generat comunicările la data de 25.08.2022.

Anexat punctului de vedere autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției aferent procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 634/05.09.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 44075/05.09.2022 SC SRL transmite Concluzii scrise față de punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul precizează că punctul de vedere se întemeiază pe motive și presupuneri care nu sunt reale și induce în eroare cu privire la adevărata stare de fapt.

Astfel, referitor la afirmațiile autorității contractante:

„SC SRL a solicitat o serie de clarificări prin postarea din data de 08.07.2022 (anexa 1)

La punctul 14 operatorul SC SRL pune în vedere Autorității contractante de Autorizațiile obligatorii solicitate prin caietul de sarcini și face referire doar la prelucrare arhivistică, legătorie, utilizare a documentelor deținute și restaurare. Nu se face nicio referire la Acreditarea de Reglementare și Supraveghere Specializată cu privire la administrarea sistemului electronic conform Legii nr. 135/2007 presupunând că acest operator deține această autorizație (din moment de nu a solicitat și pentru aceasta nicio clarificare)”,

contestatorul prezintă Consiliului un extras din SEAP din care susține că rezultă fără dubii faptul că SC SRL nu a solicitat clarificarea nr. 14 invocată de autoritatea contractantă.

Precizează că SC SRL a postat o singură solicitare de clarificare în data de 08.07.2022 cu următorul conținut:

„Vă rugăm să furnizați caracteristicile aplicației de arhivare electronică a beneficiarului pentru a verifica și asigura compatibilitatea datelor livrate”.

La această solicitare arată că autoritatea contractantă a postat în SEAP în aceeași zi următorul răspuns: „Vedeți răspunsurile din documentul atașat unde veți regăsi toate detaliile”, la care a atașat fișierul electronic Clarificare 8 cu următorul conținut: „Autoritatea contractantă nu deține o aplicație de arhivare electronică”.

Contestatorul susține că nu înțelege atitudinea autorității contractante care are obligația legală de a demonstra realitatea celor susținute și încalcă intenționat prevederile art. 15 al Legii nr. 101/2016.

Având în vedere motivele expuse în contestație și prezentele concluzii scrise, solicită Consiliului admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare și a principiilor aplicabile achizițiilor publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45268/12.09.2022, SC SRL, a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL solicitând:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție;
- admiterea excepției tardivității invocării motivelor de nelegalitate în privința documentației de atribuire,
- pe fond, respingerea ca nefondată a contestației, cu menținerea ca temeinice și legale a raportului procedurii de atribuire nr. 80400 și comunicării rezultatului procedurii nr. 80353/25.08.2022.

Cât privește admisibilitatea în principiu a intervenției, intervenientul arată că potrivit art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați sa 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 procedura civilă (...)."

Totodată, potrivit art. 61 alin. (3) CPC: „Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți”.

Pe de altă parte, arată că art. 61 alin. (1) CPC stabilește că: „Oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare”.

Față de aceste dispoziții legale, apreciază ca fiind admisibilă în principiu cererea sa de intervenție accesorie.

În speță, intervenientul precizează că oferta sa a fost declarată câștigătoare ca urmare a participării la procedura de atribuire, astfel încât este evident că are interes în menținerea raportului procedurii de atribuire nr. 80400 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 80353/25.08.2022 prin respingerea contestației.

În concluzie, intervenientul susține că justifică un interes legal și poate interveni în sprijinul autorității contractante pe calea prezentei cereri de intervenție accesorii.

Intervenientul arată că analizând limitele investiției se poate observa că prin contestație nu se solicită anularea prevederilor documentației de atribuire și nici modificarea documentației de atribuire. Deci, contestatorul nu înțelege să se folosească de calea legală a formulării unei contestații împotriva dispozițiilor documentației de atribuire, în conformitate cu art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, prin necontestarea documentației de atribuire de către ofertanți, prevederile sale și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedură, care au acceptat tacit documentația de atribuire prin

necontestarea acesteia în termenul legal și, în concluzie, toți aveau obligația de a respecta cu strictețe prescripțiile acesteia, conform art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 (a se vedea în acest sens Decizia nr. 221/02.04.2021 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal).

Cu toate acestea, arată că marea majoritate a apărărilor invocate în cuprinsul contestației vizează exclusiv documentația de atribuire, considerată de contestator nelegală.

În speță, arată că urmare a solicitării de clarificări care i-a fost adresată de către contestator, autoritatea contractantă i-a răspuns și a publicat un anunț erată prin care se indica faptul că operatorul trebuie să prezinte autorizațiile solicitate prin caietul de sarcini.

Cu privire la acest aspect arată că în caietul de sarcini al procedurii de atribuire, la capitolul Certificări, s-a prevăzut că: „Operatorul economic trebuie să prezinte următoarele autorizații: (...) Acreditare de la autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu, să administreze sistemul electronic de arhivare și documentele arhivate în cadrul arhivei electronice, conform Legii nr. 135/2007 cu privire la arhivarea documentelor în formă electronică”.

În opinia sa este esențial a se reține, în primul rând, că această cerință de calificare constând în prezentarea Acreditării este prevăzută în caietul de sarcini și precizată în mod expres prin răspunsul la solicitarea de clarificări, dar și în anunțul erată, iar contestatorul nu le-a contestat în termenele prevăzute de Legea nr. 101/2016, astfel că ele au dobândit caracter obligatoriu, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

De asemenea, susținerile contestatorului în sensul caracterului restrictiv al cerinței Acreditării, în opinia sa reprezintă motive de nelegalitate ale actului nr. EN1037794/01.07.2022 reprezentând anunțul erată emis de autoritatea contractantă ca răspuns la solicitarea de clarificări și care nu a fost contestat în condițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, astfel că nu pot fi analizate în prezentul cadru procesual.

În subsidiar, dacă ar accepta că în contestație se regăsește și calea de atac a contestației prevăzută la art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, precizează că aceasta nu respectă termenul de depunere prevăzut la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind tardiv formulată (la data de 01.09.2022).

În concluzie, în cazul în care contestatorul considera că actele justificative solicitate de autoritatea contractantă sunt restrictive și nu respectă prevederile/principiile din domeniul achizițiilor publice avea la dispoziție calea legală a formulării unei contestații a dispozițiilor documentației de atribuire, în conformitate cu art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 (cale de atac neparcursă), iar formularea unei astfel de

conestații la data de 01.09.2022 (împreună cu contestația împotriva procedurii de atribuire) este tardivă, urmând a fi respinsă ca atare ca urmare a admiterii excepției tardivității.

În ceea ce privește fondul contestației intervenientul arată că în anunțul de participare, la pct. IV.4.1, s-a prevăzut că: „Propunerea tehnică va fi elaborată astfel încât să rezulte că sunt îndeplinite și asumate în totalitate cerințele din documentația de atribuire și caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini. (.....).

În același timp arată că prin anunțul tip erată, la Secțiunea VII Modificări, s-a menționat cerința obligatorie a prezentării de către operator a autorizațiilor prevăzute în caietul de sarcini.

Cu privire la acest aspect, în caietul de sarcini al procedurii de atribuire, la capitolul Certificări, susține că s-a prevăzut: „Operatorul economic trebuie să prezinte următoarele autorizații: (...) Acreditare de la autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu, să administreze sistemul electronic de arhivare și documentele arhivate în cadrul arhivei electronice, conform Legii nr. 135/2007 cu privire la arhivarea documentelor în formă electronică”. Iar la capitolul „Informații finale”, alineatul penultim, s-a adus la cunoștința contestatorului că: „Omisiunea sau neîndeplinirea corespunzătoare a oricărei dintre cerințele prezentului caiet de sarcini va duce la respingerea ofertei ca neconformă”.

În acest sens contestatorul invocă dispozițiile art. 215 alin. (5), art. 113 alin. (2), art. 154, art. 85 alin. (12) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă a declanșat procedura de atribuire prin publicarea anunțului de participare și a documentației de atribuire. Deci, încă de la momentul publicării anunțului de participare contestatorul a avut acces la întreaga documentație relevantă și a fost informată, prin caietul de sarcini (a se vedea la capitolul „Certificări”) și prin anunțul tip erată despre cerința Acreditării.

Intervenientul susține că deși autoritatea contractantă i-a solicitat contestatorului în repetate rânduri să prezinte Acreditarea, aceasta nu s-a conformat acestor solicitări, motiv pentru care, în mod temeinic și legal, autoritatea contractantă, verificând dacă ofertele finale corespund cerințelor prevăzute în documentația de atribuire, a înlăturat ca neconformă oferta contestatorului pentru lipsa Acreditării.

Mai mult, arată că din cele menționate în contestație rezultă fără niciun dubiu că la data depunerii ofertei contestatorul nu era acreditat și că oferta acesteia nu îndeplinea una dintre condițiile obligatorii de atribuire, respectiv aceea de a deține Acreditare. Așa cum corect a reținut autoritatea contractantă, dovada obiectivă a respectării cerințelor impuse prin documentația de atribuire nu poate fi făcută decât prin Acreditare.

În contextul celor de mai sus precizează că acceptarea admisibilității unei oferte neconforme ar lipsi de orice utilitate stabilirea unor condiții obligatorii în documentația de atribuire și nu ar permite autorității contractante să negocieze cu ofertanții pe o bază comună acestora, constituită din condițiile menționate și, prin urmare, să îi trateze în mod egal (a se vedea Decizia CJUE în cauza C-561/12, pct. 38).

Susținerea contestatorului că nicio altă ofertă depusă în cadrul procedurii de atribuire nu ar fi conformă, întrucât niciun alt ofertant nu deține Acreditarea (ofertantul declarat câștigător, se susține că nu deține Acreditarea întrucât nu ar fi înregistrat în Registrul administratorilor de arhivă electronică), în opinia sa nu este corectă întrucât intervenientul, parte și lider al Asocierii declarate câștigătoare deține aceasta Acreditare. Astfel, prin Decizia nr. 549/08.11.2021 emisă de către Autoritatea pentru Digitalizarea României s-a acordat intervenientului acreditarea ca administrator de arhivă electronică în condițiile Legii nr. 135/2007 privind arhivarea documentelor în formă electronică.

Având în vedere considerentele prezentate solicită ca prin decizia ce o va pronunța Consiliul: să admită, în principiu, cererea sa de intervenție;

să admită excepția tardivității invocării motivelor de nelegalitate în privința documentației de atribuire, iar pe fond, să respingă ca nefondată contestația, să mențină ca temeinice și legale raportul procedurii de

atribuire nr. 80400 și comunicarea rezultatului procedurii nr. 80353/25.08.2022.

În drept, invocă prevederile art. 85, art. 113, art. 154, art. 215 din Legea nr. 98/2016, art. 6 din Legea nr. 135/2007, art. 2, art. 5 din Ordin 493/2009, art. 17 alin. (3) Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin.(1), alin. (3) CPC.

Prin adresa nr. 636/06.09.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 44300/06.09.2022, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208372100/1, tranzacția: 1247815304/2079302186 din 05.09.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Pitești, în valoare de 10.085,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea unui contract având ca obiect „Servicii arhivare electronică documente” cod CPV - 72252000-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr./28.06.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 504.201,68 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 45268/12.09.2022, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul

califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici (...) participanți la procedura de atribuire pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, 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 (...)”* și având în vedere faptul că la data de 02.09.2022, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul Document: „[...../00084]CONTESTATIE.I.pdf. p7s”, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată astfel cum a fost calificată, iar în conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererea de intervenție împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Urmând a se pronunța conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepției tardivității contestației invocate de către intervenientul SC SRL, Consiliul urmează să o respingă având în vedere considerentele ce urmează.

În speță sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”;*

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de (...) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației*

privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă: „(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că SC SRL contestă rezultatul procedurii (nicidecum documentația de atribuire cum în mod eronat susține intervenientul) comunicat de autoritatea contractantă prin adresa nr. 80353/25.08.2022 și transmisă contestatorului prin intermediul SEAP în data de 25.08.2021, iar contestația către CNSC și autoritatea contractantă a fost transmisă în data de 01.09.2022, rezultă că societatea contestatoare a

ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal, motiv pentru care, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de intervenient față de contestația formulată.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că SC SRL contestă adresa de comunicare rezultat nr. 80353/25.08.2022 de respingere a ofertei sale pe motiv că nu respectă cerința de prezentare a documentului intitulat „Acreditarea de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere specializată în domeniu conform Legii nr.135/2007”, apreciind că această autorizație nu poate fi solicitată de autoritatea contractantă deoarece nu a fost menționată în anunțul de participare.

Analizând critica contestatorului în raport cu prevederile documentației de atribuire, a probatoriului aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită contestația, având în vedere considerentele ce urmează.

În soluționarea criticii anterior menționată, Consiliul reține aplicabilitatea prevederilor art. 142 din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră: *„Autoritatea contractantă are obligația de a asigura transparența procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru prin publicarea, în conformitate cu dispozițiile prezentei legi, a anunțurilor de intenție, anunțurilor de participare și a anunțurilor de atribuire”* și prevederile art. 182 din același act normativ potrivit căroră *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”*.

Totodată, Consiliul reține prevederile **paragrafului 3** *„Criterii privind capacitatea”*, unde la art.173 stipulează următoarele:

„Art. 173. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente relevante care să dovedească forma de înregistrare și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu cerințele legale din țara în care este stabilit operatorul economic.

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

Din analiza normelor juridice anterior reproduse, Consiliul reține că locul în care se menționează cerințele și criteriile de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale este anunțul de participare, motivat de faptul că acest înscris este disponibil spre consultare în mod direct în aplicația SEAP/SICAP spre deosebire de

celelalte documente ale achiziției (instrucțiuni pentru ofertanți, caiet de sarcini, modele de formulare etc.) pentru a căror accesare este necesară efectuarea unei anumite succesiuni de operațiuni (descărcarea fișierelor, extragerea din fișierul tip semnătură electronică, eventuala căutare manuală în fișiere scanate etc.).

Mai mult, în situația procedurilor a căror valoare estimată este mai mare decât pragurile prevăzute la art. 7 din Legea nr. 98/2016, cerințele cu privire la experiența similară se regăsesc în anunțul de participare publicat în JOUE, spre deosebire de informațiile din celelalte documente ale achiziției care nu se publică în JOUE.

Față de cele de mai sus, se reține modalitatea strictă/riguroasă în care autoritatea contractantă are obligația de aduce la cunoștința operatorilor economici criteriile privind capacitatea de exercitare a activității profesionale (în speță „*Acreditarea de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere specializată în domeniu conform Legii nr.135/2007*”) prin publicarea acestora în anunțul de participare.

În ceea ce privește eventualele modificări ale cerințelor de calificare pe parcursul derulării procedurii, Consiliul reține prevederile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016 potrivit căroră: **„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”** și cele ale art. 30 alin. (6) din același act normativ, potrivit căroră **„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația**

descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise".

În contextul normativ anterior reprodus, Consiliul reține că la pag. 4 din caietul de sarcini (pag. 25 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), în cadrul paragrafului „certificări”, autoritatea contractantă a formulat următoarele cerințe:

„Operatorul economic trebuie să prezinte următoarele autorizații emise de Arhivele Naționale (obligatorii):

- *Prelucrare arhivistică;*
- *Legătorie;*
- *Utilizare a documentelor deținute;*
- *Restaurare;*
- *Acreditare de la autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu, să administreze sistemul electronic de arhivare și documentele arhivate în cadrul arhivei electronice, conform Legii 135/2007 cu privire la arhivarea documentelor în formă electronică”.*

Sesizând faptul că cerințele anterior reproduse, din caietul de sarcini, au caracterul unor cerințe de calificare de natura celor prevăzute la art. 173 din Legea nr. 98/2016, fără a se regăsi în anunțul de participare simplificat, un operator economic interesat a solicitat autorității contractante următoarele clarificări (pag. 78 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei):

„14. În conformitate cu dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016: Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.

În caietul de sarcini (cap. I) se solicită ca „Operatorul economic trebuie să prezinte următoarele autorizații emise de Arhivele Naționale (obligatorii):

- *Prelucrare arhivistică;*
- *Legătorie;*
- *Utilizare a documentelor deținute;*
- *Restaurare;” dar aceste cerințe lipsesc atât din fișa de date a achiziției cât și din anunțul de participare.*

Pe cale de consecință, în vederea respectării dispozițiilor legale, vă rugăm să confirmați că autorizațiile indicate mai sus nu vor trebui incluse în ofertele prezentate în cadrul procedurii”.

Urmare a acestei solicitări de clarificare, autoritatea contractantă a procedat la modificarea anunțului de participare simplificat SCN1109744/28.06.20022 prin: *Anunțul de tip erată EN1037794/01.07.2022* corectând secțiunea III.1.1) privind „Capacitatea de

exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale”, astfel: „Operatorul trebuie să prezinte autorizațiile emise de Arhivele Naționale obligatorii așa cum au fost prevăzute în caietul de sarcini, prelucrare arhivistică, legătorie, utilizare a documentelor deținute, restaurare, cerințe obligatorii”.

Ca urmare a acestei modificări se reține că cerința cu privire la *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”* din anunțul de participare simplificat a fost în fapt modificată în sensul adăugării în acesta a solicitărilor cu privire la autorizațiile solicitate la primele 4 puncte de la pag. 4 din caietul de sarcini, respectiv a autorizațiilor emise de Arhivele Naționale pentru

- prelucrare arhivistică;
- legătorie;
- utilizare a documentelor deținute;
- restaurare.

În ceea ce privește acreditarea de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere specializată în domeniu, să administreze sistemul electronic de arhivare și documentele arhivate în cadrul arhivei electronice, Consiliul reține că aceasta se regăsește doar în cuprinsul caietului de sarcini, fără a fi preluată în anunțul de participare simplificat publicat inițial în SEAP sau în anunțul tip erată emis ulterior.

Având în vedere faptul că, prin natura sa, acreditarea de la autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu, să administreze sistemul electronic de arhivare și documentele arhivate în cadrul arhivei electronice, conform Legii 135/2007 cu privire la arhivarea documentelor în formă electronică reprezintă înscris de natura celor prevăzute la art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „În

procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică de servicii, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să dețină o autorizație specială sau să fie membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că dețin o astfel de autorizație sau că sunt membri ai unei astfel de organizații” însă cerința prezentării acestui înscris se regăsește doar în caietul de sarcini fără a fi preluată în anunțul de participare simplificat, Consiliul reține incidența prevederilor art. 30 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 80353 din data de 25.08.2022, cu motivarea *„acreditarea de la Autoritatea de Reglementare și Supraveghere specializată în domeniu conform Legea nr. 135/2007 – constatat lipsă”.*

Consiliul nu va putea reține ca întemeiat motivul de respingere anterior menționat deoarece respingerea ofertei în baza unei cerințe de calificare menționată doar în caietul de sarcini excedează prevederilor legale motivat de faptul că cerința respectivă este, potrivit prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, clauză nescrisă atât pentru ofertanți, în elaborarea ofertelor cât și pentru autoritatea contractantă, în evaluarea ofertelor.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2664/28.12.2021, pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 5905/2/2021, a Deciziilor nr. 4565/06.10.2016, nr. 2018/11.11.2020, nr. 3195/30.05.2018 toate pronunțate de către Curtea de Apel București, precum și în Decizia nr. 224/17.03.2017 a Curții de Apel Iași.

Practica CJUE cu privire la cerințele de calificare și la respectarea principiilor fundamentale este constantă astfel:

Cauza Enterprised Focused Solutions SRL (C-278/14) Curtea a declarat că *„normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat**”.*

Cauza Medipac-Kazantzidis AE vs. Venizeleio-Pananeio (C-

6/05) considerentele 53 și 54 „ (53)(...) *principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) În plus, acest principiu și această **obligație interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă***

întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”.

Cauza Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl (C-27/15) considerentul

39 și 47 “(39) *Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în*

temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43).

(...) (47) În ceea ce privește argumentul întemeiat pe faptul că CRGT furnizase deja anterior serviciile care făceau obiectul cererii de ofertă și, în consecință, putea cunoaște existența contribuției în discuție în litigiul principal, este suficient să se constate că **principiul egalității de tratament și obligația de transparență, care constituie corolarul acestuia, ar fi vădit încălcate în cazul în care un astfel de operator ar fi supus unor criterii care nu sunt stabilite prin cererea de ofertă și care nu ar fi aplicabile unor operatori noi.**"

Cauza Cartiera dell'Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C-42/13) considerentul 44 „Astfel, pe de o parte, 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 are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta 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 obișnuit 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di

Frutta, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111)."

Din practica invocată anterior rezultă că autoritatea contractantă nu poate introduce mascat cerințe de calificare și selecție în cadrul caietului de sarcini (care potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 **trebuie să conțină în mod obligatoriu doar** specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante) motivat de faptul că potrivit art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 „**Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs**”.

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această **obligație strictă** ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de

transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, 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 are ca scop să garanteze **absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante**. Aceasta 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 obișnuit 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”.

Ori, prin anunțul tip erată, autoritatea contractantă a introdus explicit în anunțul de participare simplificat doar primele 4 cerințe menționate în caietul de sarcini, respectiv cele cu privire la prelucrare arhivistică, legătorie, utilizare a documentelor deținute și restaurare fără nicio mențiune cu privire la cea de a 5-a cerință din caietul de sarcini cu privire la acreditarea de la autoritatea de reglementare și supraveghere specializată în domeniu pentru administrarea sistemului electronic de arhivare și a documentelor arhivate în cadrul arhivei electronice, această din urmă cerință fiind clauză nescrisă atât pentru ofertanți cât și pentru autoritatea contractantă.

Fiind sesizată de către operatorul economic interesat, prin întrebarea nr. 14, cu privire la caracterul de clauze nescrise al primelor 4 cerințe de la pagina 4 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă avea posibilitatea să remedieze atât omisiunea menționării în anunț a celor **4 cerințe/autorizații** anterior precizate cât și omisiunea precizării în caietul de sarcini a celei de a 5-a **cerință/acreditare**, însă autoritatea contractantă s-a limitat să remedieze doar lipsa din anunțul de participare simplificat a autorizațiilor emise de Arhivele Naționale pentru prelucrare arhivistică, legătorie, utilizare a documentelor deținute și restaurare fără să introducă în anunț, ca cerință de calificare, acreditarea pentru administrarea sistemului electronic de arhivare și a documentelor arhivate în cadrul arhivei electronice care a rămas la statutul de clauză nescrisă.

Cu alte cuvinte, din analiza anunțului tip erată rezultă că autoritatea contractantă a remediat doar aspectele sesizate cu privire la **autorizațiile** emise de Arhivele Naționale, nu și cu privire la **acreditarea** emisă de această instituție, care a rămas la statutul de cerință solicitată doar prin caietul de sarcini.

În soluționare, Consiliul reține prevederile art. 154 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră *„autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției (...)”*, aspect din care rezultă că modalitatea în care a elaborat autoritatea anunțul de participare simplificat și anunțul tip erată publicat ulterior reprezintă atât pentru ofertanți cât și pentru comisia de evaluare *„(...) o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției (...)”*, autoritatea contractantă neputând extinde cerințele de calificare enumerate în anunțul simplificat prin includerea altor cerințe din caietul de sarcini care sunt considerate potrivit prevederilor legale clauze nescrise.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul anunțului de participare nu au fost impuse participanților anumite cerințe de calificare, aparține autorității contractante.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b), i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe

cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării proprii sale oferte sunt fondate, urmând să fie admise.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității invocată de intervenientul SC SRL.

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 23(douăzecișitrei) pagini