

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 67551/11.12.2023, formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal de și convențional prin, cu sediul în, unde se vor comunica toate actele de procedură, împotriva raportului procedurii nr. 4622678/06.12.2023 și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 4622680/06.12.2023, emise de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect, s-au solicitat următoarele:

1. anularea raportului procedurii de atribuire nr. 4622678/06.12.2023;
2. anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 4622680/06.12.2023;
3. anularea actelor care au stat la baza emiterii raportului procedurii de atribuire de mai sus, precum și a actelor subsecvente acestui raport;
4. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale de la etapa de verificare a admisibilității acesteia în scopul desemnării ofertei câștigătoare potrivit criteriului de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică raportul procedurii nr. 4622678/06.12.2023 și

adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 4622680/06.12.2023, emise de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, arată că, prin adresa nr. 4622680/06.12.2023, i s-a comunicat rezultatul procedurii, potrivit cu care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece, așa cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr. 4622678/06.12.2023, „(...) DUAЕ nu a fost completat în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă, în sensul că din documentele depuse rezultă că ofertantul (asocierea) va avea cel puțin un subcontractant pentru executarea unei părți a lucrărilor. Subcontractantul nu a fost declarat de către ofertant și implicit nu a completat DUAЕ, contrar prevederilor art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016”.

Contestatorul apreciază ca fiind nelegală măsura respingerii ofertei sale din următoarele considerente:

Membrii comisiei de evaluare au înțeles să își fundamenteze sancțiunea aplicată în cazul ofertei sale pe o simplă deducție, deși, din analiza conținutului documentației de atribuire rezultă că referințele care vizau calificarea personalului de specialitate, precum și deținerea anumitor autorizări se regăsesc inserate în cuprinsul caietului de sarcini.

În cazul ofertantului desemnat câștigător se poate observa faptul că, odată cu analizarea și verificarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor DUAЕ, comisia de evaluare a încălcat principiul nediscriminării și al proporționalității (i se permite înlocuirea unor caziere judiciare al căror termen de valabilitate expirase cu mult înaintea termenului de depunere a ofertelor - paginile 8 și 9 din raportul procedurii) însă, referindu-se la criteriile de calificare și selecție stabilite în fișa de date a achiziției se face vorbire de cerința vizând „experiență similară” paginile 13 -14 din raportul procedurii de atribuire, fără a fi menționată nicio alta cerință care să vizeze capacitatea tehnica și/sau profesională a ofertantului.

Maniera de interpretare a cerințelor privind DUAЕ depus de societatea sa, arată contestatorul, în raport de cerințele stabilite în fișa de date a achiziției, pe de o parte și a informațiilor inserate în cuprinsul caietului de sarcini, a condus la o respingere abuzivă și nelegală a ofertei depuse, fiind încălcat atât principiul transparenței și principiul proporționalității, precum și prevederile legale cu privire la atribuțiile comisiei de evaluare în etapa de verificare a ofertelor și rolul solicitărilor de clarificări.

Includerea doar în caietul de sarcini a criteriilor de calificare privind experiență și calificarea personalului, fără a fi fost inserate în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise, așa cum a fost instituit de legiuitor prin dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, subliniază contestatorul, din interpretarea dispozițiilor art. 181 coroborat cu art. 187 din Legea nr. 98/2016, rezultă faptul că legiuitorul a permis stabilirea, ca factor de evaluare, a experienței personalului desemnat pentru executarea contractului, condiția fiind ca această experiență să nu fie utilizată, concomitent, și ca diverse criterii de calificare.

Totodată, menționează că ofertanții aveau obligația să facă dovada „modalității de asigurare a accesului la firmele autorizate sau licențiate (...)”, fără să fie obligatoriu ca această modalitate să însemne subcontractarea. Prin depunerea contractului de colaborare cu a făcut dovada îndeplinirii cerinței caietului de sarcini privind asigurarea accesului la firme autorizate sau licențiate necesare și obligatorii, în vederea executării contractului.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, precum și dispozițiile legale menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 4608410/15.12.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 68790/18.12.2023,, prezintă un scurt istoric al procedurii invocând excepția lipsei de interes a contestatarului și solicitând Consiliului, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației ca fiind lipsită de interes întrucât solicitările operatorului economic ce vizează decizia comisiei de evaluare de a solicita clarificări ofertei depuse de nu este justificată de existența unui interes în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 101/2016.

În ceea ce privește fondul cauzei, autoritatea contractantă apreciază susținerile contestatorului referitoare la *„inclusiunea doar în caietul de sarcini a criteriilor de calificare privind experiența și calificarea personalului, fără a fi fost inserate în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise”* ca fiind neîntemeiate din următoarele motive:

Cerințele privind experiența și calificarea personalului se regăsesc menționate în fișa de date_DF119207S la Secțiunea III *Informații juridice, economice, financiare și tehnice*, III.1) *Condiții de participare*, III. 1.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională/Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate*.

Aceste informații se regăsesc menționate și în anunțul de participare simplificat nr., la Secțiunea III *Informații juridice, economice, financiare și tehnice*, III. 1) *Condiții de participare*, III. 1.3) - *Capacitatea tehnică și profesională*.

În caietul de sarcini, cap. VIII, lit. f - *Capacitatea profesională a personalului sunt detaliate aceleași informații*.

Față de cele de mai sus, organizatoarea procedurii consideră că ceea ce invocă contestatorul ca fiind „clauze nescrise” potrivit

dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, nu sunt aplicabile, întrucât au fost detaliate, în cuprinsul fișei de date și a anunțului de participare simplificat nr., toate criteriile de selecție pe care s-a bazat evaluarea în cadrul acestei proceduri simplificate.

Referitor la susținerile contestatorului privitoare la *„obligatia includerii în anunțul de participare atât a criteriilor de calificare și criteriilor de selecție, precum și a algoritmului de calcul al punctajului pe baza căruia va fi realizat clasamentul”*, autoritatea contractantă face următoarele mențiuni:

În fișa de date și în anunțul de participare simplificat la cap. II.2.5 criterii de atribuire, a fost stabilit drept criteriu de departajare *„prețul cel mai scăzut”*, iar în strategia de contractare este menționat faptul că s-a avut în vedere că la stabilirea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, contractul de execuție lucrări va fi atribuit utilizând criteriul *„prețul cel mai scăzut”*, prevăzut de art. 187 alin. (3) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la operatorul economic, autoritatea contractantă apreciază că acesta nu poate fi considerat drept executant de lucrări pentru ofertantul, fără a avea calitatea de subcontractant, întrucât acordul de subcontractare ce ar fi trebuit încheiat între cei doi operatori economici (regăsit ca model la caietul de sarcini) are ca obiect asigurarea lucrărilor privind instalațiile electrice, instalațiile de semnalizare și alertare în caz de incendiu, respectiv execuția instalației de supraveghere video, pentru care este autorizat, aceste lucrări constituind în fapt și parte a obiectului contractului de execuție la a cărui procedură de atribuire a depus ofertă, ceea ce determină implicarea directă a firmei în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului.

Așadar, autoritatea contractantă învederează că, la fel ca și ceilalți ofertanți participanți la procedură, subcontractanții propuși de ofertanți trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din același act normativ, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să le îndeplinească efectiv. Astfel, potrivit art. 193 alin. (3) din legea anterior precizată, în cazul în care ofertantul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare.

În vederea respectării principiului tratamentului egal și transparenței calificării ofertei, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 4623325 din 25.10.2023, a solicitat clarificări operatorului economic, În data de 27.10.2023, a transmis un contract de colaborare încheiat între acesta și, fără a face mențiuni la calitatea

acestui operator economic în cadrul ofertei depuse de și nici angajamentul ferm că va duce la îndeplinire partea/părțile din contract pe care urma să la execute. Ofertantul nu a prezentat un acord de subcontractare încheiat cu operatorul economic autorizat pentru lucrările pe care acesta le va executa (modelul regăsindu-se anexat la caietul de sarcini), nici proporția de subcontractare, menționând în cadrul DUAЕ „nu este cazul” și că „nu participă la procedura de achiziție publică împreună cu alții”. Totodată, pentru operatorul economic, nu a fost completat DUAЕ și nu a prezentat angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acordul de subcontractare și/sau acordul de asociere - conform secțiunii III. 1.1) din anunțul de participare simplificat nr. din 03.10.2023.

Faptul că, prin răspunsul la clarificări, ofertantul a transmis documente justificative (autorizații, diplome și un contract de colaborare încheiat între ofertantul și, pentru asigurarea lucrărilor privind instalațiile electrice, instalațiile de semnalizare și alertare în caz de incendiu, respectiv execuția instalației de supraveghere video) nu califică oferta operatorului în cauză ca fiind acceptabilă, atâta timp cât nu există depus, odată cu oferta, DUAЕ al subcontractantului.

Având în vedere cele de mai sus, consideră criticile contestatarului ca fiind nejustificate de existența unui interes, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 101/2016 și nefondate, motiv pentru care solicită Consiliu respingerea contestației formulată de

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, cu adresa înregistrată la CNSC sub nr. 70617/27.12.2023, a depus concluzii scrise, prin care a solicitat respingerea excepției lipsei de interes, iar, pe fond, a reiterat cele arătate prin contestație, precizând că ofertantul câștigător a indicat în cadrul organigramei echipei propuse, ca responsabil – Contract de prestări servicii.

..... a constituit cauțiunea, în cuantum de lei, prin recipisa de consemnare nr. din data de 14.12.2023, eliberată de CEC Bank – Sucursala, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 3272/15.12.2023.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată a contractului având ca obiect, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr.

Valoarea estimată a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost primite 3 oferte în cadrul procedurii, printre care se regăsește și cea a contestatorului, în urma evaluării cărora s-a încheiat raportul procedurii nr. 4.622.678/06.12.2023, prin care a fost desemnată câștigătoare Asocieria, cu o propunere financiară de lei, fără TVA, în timp ce oferta contestatorului a fost respinsă.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, pentru motivele evocate în cele ce preced, a depus contestația de față, prin care critică decizia de respingere a ofertei sale.

În soluționare, Consiliul ia act că, în conformitate cu raportul procedurii nr. 4.622.678/06.12.2023 și comunicarea nr. 4622680/06.12.2023, oferta depusă de a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece operatorul economic, care va executa instalațiile electrice, instalația de semnalizare și alertare în caz de incendiu, respectiv pentru execuția instalației de supraveghere video, nu a fost declarat drept subcontractant și nu a completat DUAE.

Cu titlu preliminar analizei legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul, în raport cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Lege nr. 101/2016, analizând excepția lipsei de interes a, invocată de autoritatea contractantă, o va respinge, din următoarele considerente:

Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016:

Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un **interes legitim** printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”

La art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, este definită noțiunea de „*persoană care se consideră vătămată*”, ca fiind:

(...) orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un **interes** în legătură cu o procedură de atribuire; și
(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

În doctrină s-a arătat că, *prin interes, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale.*

Existența interesului este o condiție necesară promovării unei cereri în justiție, astfel cum impune art. 32 alin. (1) din noul C. proc. civ., conform căruia (...) orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;
- b) are calitate procesuală;
- c) formulează o pretenție;

d) **justifică un interes.**

Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute expres la art. 33 din noul C.proc.civ, respectiv Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța pendinte, Consiliul constată că justifică un interes care îndeplinește condițiile expuse anterior, interes ce constă în înlăturarea deciziei de respingere a ofertei sale și reintrarea în competiția pentru atribuirea contractului.

Totodată, contrar celor susținute de autoritatea contractantă, se observă că critică decizia de respingere a ofertei sale, a cărei anulare o solicită prin petitul contestației, iar referirile acestuia la oferta desemnată câștigătoare reprezintă apărări de natură a determina o verificare a deciziei de respingere criticată prin prisma principiilor nediscriminării și proporționalității.

Pe fondul cauzei, din argumentele contestației, Consiliul constată că înțelege să pună la îndoială legalitatea deciziei de respingere a ofertei sale, invocând faptul că ceea ce i se impută este nerespectarea unor prevederi ale caietului de sarcini care constituie clauze nescrise, în sensul în care reglementează art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Astfel, susține contestatorul că autoritatea contractantă a inclus doar în caietul de sarcini criteriile de calificare privind experiența și calificarea personalului fără a le insera în fișa de date și anunțul de participare, situație în care cerința caietului de sarcini prin care se solicită ofertanților să facă dovada „*modalității de asigurare a accesului la firmele autorizate sau licențiate (...)*” nu presupune, obligatoriu, ca respectiva modalitate să însemne subcontractarea.

În combatere, autoritatea contractantă susține că cerințele privind experiența și calificarea personalului se regăsesc în fișa de date, anunțul de participare și caietul de sarcini, dar și că operatorul economic trebuia indicat de contestator drept subcontractant în cadrul ofertei, deoarece, în concordanță cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, execută o parte/părți din contractul de achiziție, respectiv lucrările privind instalațiile electrice, instalațiile de semnalizare și alertare în caz de incendiu, respectiv execuția instalației de supraveghere video pentru care este autorizat.

Cu privire la incidența instituției clauzei nescrise, Consiliul reține ca fiind relevante dispozițiile art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele:

- art. 179 lit. g) - Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor **privind capacitatea tehnică și profesională** prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: ... g) **calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic**, dacă acestea nu constituie factori de evaluare;

- art. 30 alin. (6) – Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația de descriptivă și care **nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat**/de concurs **sunt considerate clauze nescrise**; dar și împrejurarea că **prevederile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 au fost abrogate prin OG nr. 3/2021** pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 821 din 27 august 2021.

Așadar, autoritatea contractantă are dreptul de a impune cerințe cu privire la capacitatea profesională a ofertanților prin solicitarea de calificări educaționale și profesionale ale celor care execută lucrări sau ale personalului de conducere, **doar dacă sunt utilizate drept criteriu de calificare pentru demonstrarea îndeplinirii capacității tehnice / profesionale a ofertantului și numai în situația în care acest criteriu a fost stipulat / prevăzut în anunțul de participare**, în caz contrar solicitarea acestora este considerată clauză nescrisă.

Din verificarea anunțului de participare simplificat nr. /03.10.2023, Consiliul constată că la cap. III.1.3) – *Capacitatea tehnică și sau profesională*, autoritatea contractantă a stabilit:

Criteriile de selecție enunțate în documentele achiziției: Da

Lista și descrierea succintă a criteriilor de selecție:

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Se vor prezenta informații aferente principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertei), din care să reiasă că au fost executate lucrări similare, la nivelul a minimum un contract – maximum a 3 contracte.

Tehnicienii sau organisme tehnice pentru controlul de calitate

La elaborarea ofertei și în perioada de execuție a lucrărilor, se vor respecta prevederile prezentei documentații, standardele și normativele în vigoare privind execuția lucrărilor de construcții și instalații, precum și legislația în vigoare privind calitatea în construcții, protecția mediului, sănătatea și securitatea în muncă, securitatea la incendiu.

Diplome de studii și calificări profesionale

Ofertanții vor transmite o diplomă recunoscută pentru șeful de șantier.

Potrivit prevederilor art. 26 din Legea nr. 10/1995, responsabilii tehnici cu execuția autorizați răspund, conform atribuțiilor ce le revin, pentru realizarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale la lucrările de construcții și instalații pentru care sunt angajați de către executant fie cu contract de muncă sau fie prin externalizare, situație în care vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective. În acest sens, în conformitate cu prevederile Ordinului M.D.R.A.P. 1895/31.08.2016 ,

Ofertantul va face dovada faptului că pentru realizarea tuturor lucrărilor de construcții și instalații, dispune de responsabili tehnici cu execuția (R.T.E.), calificați și autorizați potrivit domeniului de activitate construcții, instalații, telecomunicații în conformitate cu prevederile legale și reglementările tehnice specifice în domeniu, toate aceste informații se regăsesc detaliat în caietul de sarcini.

Pentru executarea lucrărilor de instalații electrice, ofertantul va face dovada că pentru realizarea acestor tipuri de lucrări, dispune de personal, calificat și autorizat

conform prevederilor legale, specifice domeniului de activitate (atestat/autorizații ANRE).

Se va avea în vedere ca executantul instalației de semnalizare și alertare în caz de incendiu să fie autorizat în condițiile OMAI 87/2010 și să se regăsească în lista cu persoanele autorizate pentru acest tip de activitate publicată pe site-ul I.G.S.U. Totodată executantul sistemului de supraveghere video va face dovada autorizării de către IGPR.

Executia lucrărilor se va face numai de către personal atestat, autorizat pentru astfel de lucrări, pentru a se evita greșelile tehnice ce pot duce la accidente și avarii grave.

Partea/părțile din contracte pe care operatorul economic intenționează să o/le subcontracteze, conform art. 179 lit. k) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

Nivel(uri) minim(e) standardelor care ar putea fi impuse:

Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor, precum și transmiterea de documente relevante – se vor prezenta informații aferente principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertei), din care să reiasă că au fost executate lucrări similar, la nivelul a minimum un contract – maximum a 3 contracte. Experiența similar trebuie să privească lucrări de construcții civile cel puțin din categoria de importanță C, în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare.

Operatorul economic, indiferent de calitatea sa, va prezenta odată cu DUAЕ, o declarație prin care se obligă să respecte prevederile prezentei documentații, standardele și normativele în vigoare privind execuția lucrărilor de construcții și instalații, având ca bază legislația în vigoare privind calitatea în construcții, domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă. Declarația se va încărca în SEAP, semnată cu semnătură electronică extinsă, la secțiunea „documente de calificare”.

Pentru asigurarea calității de către ofertant pentru lucrări, material, utilaje și echipamente cu montaj care intră în opera, gestionarea documentelor de calitate întocmite de ofertant pe parcursul execuției lucrărilor. Astfel, ofertantul va deține decizia internă de numire a responsabilului cu controlul calității, conform caietului de sarcini.

Ofertantul va avea o echipă formată din personal specializat/atestat/autorizat, respectiv:

- personalul responsabil cu controlul calității;
- șeful de șantier;
- responsabilul tehnic/responsabilii tehnici cu execuția; (R.T.E.),
- personalul pentru executarea lucrărilor de instalații electrice, (autorizați ANRE)

Lista specialiștilor mai sus menționați va cuprinde și alți specialiști pe care ofertantul îi consideră necesari pentru executarea lucrărilor, dar fără a se limita doar la aceștia.

Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Odată cu depunerea DUAЕ, toți ofertanții vor prezenta acordul de subcontractare. Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

Prevederi similare însă mai detaliate, observă Consiliul, se regăsesc la același cap. III.1.3) – *Capacitatea tehnică și sau profesională* din fișa de date, dar și în caietul de sarcini, la lit. F – *Capacitatea profesională a personalului*, în cadrul căreia se identifică și prevederile redactate de contestator, respectiv:

III. Autorizații/licențe necesare:

- În conformitate cu prevederile Ordinului ANRE nr. 134 din 15.12.2021 pentru atestarea operatorilor economici care execută și verifică instalații electrice, operatorul economic va deține atestat valabil.

- Autorizație emisă de Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și Protecție civilă pentru instalarea și întreținerea instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, solicitată în conformitate cu prevederile art. 4 din Metodologia de autorizare, aprobată prin OMAI nr. 87/2010 pentru aprobarea Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor pentru ofertant/ofertant asociat/subcontractant;

- Licență/autorizație valabilă pentru executarea lucrărilor de instalare a sistemului de supraveghere video emis de către IGPR pentru ofertant/ofertant asociat/subcontractant.

Ofertantul va face dovada modalității de asigurare a accesului la firme autorizate sau licențiate necesare și obligatorii, în vederea executării serviciilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile legale.

Având în vedere că autoritatea contractantă a făcut vorbire în anunțul de participare simplificat despre obligația ofertantului de a demonstra deținerea autorizațiilor ANRE, IGSU, IGPR necesare executării licite a lucrărilor care se circumscriu obiectului contractului, făcând trimitere la detalierea din caietul de sarcini, ținând seama și de rațiuni legate de limitările platformei SEAP în ceea ce privește volumul de informații care poate fi pus la dispoziție prin intermediul anunțului de participare, Consiliul reține că cerințele din caietul de sarcini la care face referire contestatorul și care constituie fundament al deciziei de respingere a ofertei sale, nu reprezintă clauze nescrise.

Mergând mai departe, se impune a fi analizat, prin raportare la modalitatea concretă în care contestatorul și-a întocmit oferta, dacă operatorul economic, trebuia declarat subcontractant, așa cum a considerat autoritatea contractantă, sau nu.

În acest sens, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că în prima etapă a procedurii - de verificare preliminară a informațiilor din DUAE, autoritatea contractantă a transmis contestatorului solicitarea de clarificări nr. 4623325/25.10.2023, având conținutul:

(...) În vederea stabilirii rezultatului fazei de evaluare a informațiilor cuprinse în DUAE și a documentelor ce îl însoțesc, precum și pentru verificarea îndeplinirii cerințelor de calificare, vă rugăm să clarificați punctual următoarele aspecte:

1. Executantul instalației de semnalizare și alertare în caz de incendiu ce va echipa obiectivul analizat, trebuie să fie autorizat în condițiile OMAI 87/2010 și să dețină o autorizație valabilă în acest sens. În documentația depusă de către dumneavoastră nu a fost

identificată o Autorizație în termen de valabilitate pentru executantul instalației de semnalizare și alertare în caz de incendiu.

Măsură: **Vă rugăm să ne transmiteți autorizația în termen de valabilitate pentru executantul instalației de semnalizare și alertare în caz de incendiu, emisă în condițiile OMAI 87/2010. În situația în care executantul acestei instalații nu este, vă rugăm să ne transmiteți și documentul din care să reiasă relația contractuală dintre ofertant și executantul instalației de semnalizare și alertare în caz de incendiu ce va echipa obiectivul supus investiției.**

2. Pentru executantul sistemului de supraveghere video nu a fost făcută dovada autorizării de către IGPR.

Măsură: **Vă rugăm să ne transmiteți documentul-autorizație/licență de funcționare emisă de către IGPR, în termen de valabilitate, pentru executantul sistemului de supraveghere video. În situația în care executantul acestei instalații nu este, vă rugăm să ne transmiteți și documentul din care să reiasă relația contractuală dintre ofertant și executantul sistemului de supraveghere video ce va echipa obiectivul supus investiției.,**

față de care contestatorul a transmis răspunsul înregistrat sub nr. 4622630/30.10.2023, la care a anexat Contractul de colaborare nr. 923/11.09.2023, încheiat cu, în calitate de colaborator, având ca obiect, conform art. 2 al contractului:

(...) executarea de colaborator a următoarelor lucrări în locațiile și/sau la imobilele indicate de beneficiar:

- Execuție instalații de semnalizare și alertare în caz de incendii cu autorizare emisă de Ministerul Afacerilor Interne – Inspectoratul General pentru Situații de Urgență în conformitate cu Ordinul Ministerului Administrației și Internelor nr. 87/2010.

- Execuție sisteme de supraveghere video cu Licență de autorizare emisă de Inspectoratul General al Poliției Române.

- Execuție de lucrări electrice cu personal calificat și autorizat conform prevederilor legale specifice domeniului de activitate (atestare/autorizații ANRE)., precum și autorizații/atestare, documente de studii, declarații de disponibilitate.

Așadar, situația de fapt a ofertei contestatorului este aceea conform căreia operatorul economic, în calitate de colaborator, urma a realiza instalațiile electrice, instalațiile de semnalizare și alertare în caz de incendiu, instalația de supraveghere video, în considerarea autorizațiilor pe care le deține, respectiv cele indicate de autoritatea contractantă în anunțul de participare drept criterii de calificare.

În DUAE depus, contestatorul nu a indicat operatorul economic drept subcontractant ori terț susținător.

Relevante în soluționare sunt prevederile Legii nr. 98/2016, art. 3 alin. (1), care fac distincție între furnizor și subcontractant, după cum urmează:

w) furnizor - **entitatea** care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori **care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant;**

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și **care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop**. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi.

Reiese din analiza comparativă a celor două definiții, faptul că elementul esențial de diferențiere între subcontractant și furnizor este reprezentat de natura și întinderea lucrărilor/serviciilor date în sarcina terțului prin raportare la obiectul în întregime al contractului de achiziție publică.

Astfel, va fi vorba despre o subcontractare în cazul în care lucrările/serviciile executate de terț fac parte din obiectul principal al contractului și de o furnizare pentru restul serviciilor care, privite în ansamblul contractului, au o pondere subsidiară, adiacentă și nu reprezintă elemente sau părți din obiectul principal al contractului.

Elocventă în lămurirea diferenței este și poziția exprimată de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în notificările din 18.06.2021 și 07.10.2021 cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial (<http://anap.gov.ro/web/notificare-cu-privire-la-interpretarea-notiunilor-de-furnizor-si-subcontractant-in-contractul-de-achizitie-publica-sectorial/>):

Spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, **nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică**.

Totodată, spre deosebire de furnizor, subcontractantul e considerat participant în procedura de atribuire (art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 66 alin. (1) din Legea nr. 99/2016), fiindu-i aplicabile, pe cale de consecință, inclusiv dispozițiile legale ce reglementează conflictul de interese.

Având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în domeniul achizițiilor publice/achizițiilor sectoriale impune anumite obligații în sarcina ofertantului cu privire la subcontractanți, obligații care nu există în cazul furnizorilor [...].

[...]

În esență, pentru îndeplinirea activităților aferente unei/unor părți din contract, **subcontractanții propuși de contractant trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere** (prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv cele prevăzute la art. 177, 178 și 180. din Legea nr. 99/2016, potrivit dispozițiilor art. 183 alin. (1) și art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016).

Față de obligațiile precizate mai sus și **luând în considerare faptul că acestea nu există în cazul furnizorilor**, referitor la calitatea de furnizor într-un contract de lucrări sau servicii, putem concluziona asupra următoarelor aspecte:

- nu echivalează cu realizarea, executarea lucrărilor/serviciilor respective;

- nu implică pentru acesta obligația legală de a nu se afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din lege;

- nu există obligația legală pentru ofertant de a preciza datele de identificare ale furnizorilor;

- nu sunt solicitate ofertantului/candidatului informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a furnizorilor, neexistând nici dreptul de a solicita în documentația de atribuire lista furnizorilor;

- nu există obligația completării DUAЕ pentru furnizor.

Corelativ celor anterior menționate, în cazul furnizorului/furnizorilor:

- această calitate nu poate fi invocată ca experiență similară în realizarea unui contract de achiziție publică de servicii;

- capacitatea tehnică și profesională a furnizorului/furnizorilor unui ofertant nu va fi luată în considerare, deoarece ei nu sunt implicați direct în contract;

- nu se pot face plăți directe de către autoritatea contractantă către furnizorul/furnizorii unui ofertant.

Or, prin prisma celor de mai sus, Consiliul apreciază, în acord cu autoritatea contractantă, că are calitatea de subcontractant întrucât execută părți ale lucrării care formează obiect al contractului în considerarea autorizațiilor pe care le deține, astfel că trebuia declarat ca atare de contestator în cadrul ofertei depuse, cu toate consecințele ce decurg din această calitate.

Practica Consiliului și cea a instanțelor judecătorești este constantă în acest sens, de interes fiind Decizia nr. 1400/2021, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a arătat:

Astfel, realizarea **unei părți din contract** poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin subcontractare; în cazul în care ofertantul urmează să îndeplinească o parte din obiectul contractului prin intermediul unui terț, acesta trebuie declarat ca *subcontractor*, iar nu doar ca furnizor, cum menționează petenta; potrivit legislației privind achizițiile publice, „externalizarea” unei părți a obiectului contractului, utilizată de către ofertanta petentă, îmbracă din punct de vedere juridic, forma *subcontractării*, reglementată pe larg atât în Legea nr. 98/2016, cât și în HG nr. 395/2016.

Astfel, potrivit art.3 alin. 1 lit.w) **furnizor** - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, **care nu are calitatea de subcontractant**; yy) **subcontractant** - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică **și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică**, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop;

De esența prezentei cauze este așadar diferența dintre subcontractant și furnizor/prestator, diferență pe care petenta nu a înțeles-o. Însă, așa cum corect a reținut Consiliul, simplul fapt al îndeplinirii unor activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică atrage calitatea de subcontractant a oricărui operator economic care nu este parte a contractului, dar care este implicat astfel în realizarea lui.

Legea 98/2016 reglementează furnizorul ca entitate care pune la dispoziția unui contractant principal produse care pot consta inclusiv în servicii de instalare și de

amplasare a acelor produse sau prestarea unor servicii și precizează că acest furnizor nu are și calitate de subcontractant.

Pe de altă parte, în cazul subcontractantului, diferența care se observă este faptul că îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractant și autoritatea contractantă. În plus față de furnizor, acesta este implicat în procesele tehnologice de îndeplinire a obiectului unui contract. De exemplu, în cazul unui contract de lucrări el este implicat în anumite procese specifice care îl ajută pe contractant să îndeplinească obiectul contractului. Adică face mai mult decât un furnizor, în sensul că un furnizor doar pune la dispoziția contractantului principal produse sau servicii, după caz, și fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contractant.

Așadar, Legea achizițiilor publice stabilește clar că subcontractantul chiar intervine în executarea contractului și se delimitează de furnizor care, în mod uzual, pune în vânzare anumite produse sau prestează anumite servicii.

De altfel, jurisprudența CNSC și a instanțelor, este constantă în sensul că deși este la latitudinea operatorilor economici de a declara o companie care prestează servicii pe un contract de achiziție drept subcontractor sau furnizor, această posibilitate este legată în mod direct, și deci limitată, de specificațiile tehnice ale caietului de sarcini. În cazul în care terța companie acoperă **cerințe minime de calificare**, aceasta nu poate fi decât subcontractant sau terț susținător.

Diferența dintre cele două noțiuni este foarte importantă; subcontractorii au anumite condiții de neexcludere pe care trebuie să le îndeplinească, în timp ce aceste condiții nu sunt clar definite pentru furnizorii de servicii (prevederile an 164-167 Legea 98/2016).

De la faptul că subcontractanții trebuie să completeze DUAE, că nu trebuie să se afle în situații de conflict de interese, că trebuie să-și plătească taxele și contribuțiile către stat, să nu fie în insolvență, sau, dacă sunt, să facă dovada că au un plan de reorganizare aprobat, să nu aibă cazier judiciar etc există o serie de condiții pe care, terța companie care prestează servicii în calitate de furnizor, nu trebuie să le îndeplinească.

Or, în prezenta cauză, este clar că serviciile realizate de Etiquetas Montllo Romania fac parte din obiectul contractului, motiv pentru care asocierea ofertantă avea obligația de a-l declara subcontractant. În condițiile în care ofertantul știe, de la elaborarea ofertei, așa cum este cazul în prezenta speță, că nu poate realiza o parte din activitățile care fac parte din obiectul contractului de achiziție decât prin intermediul unei terțe persoane care, potrivit legii, deține calitatea de subcontractant, atunci este obligat să indice subcontractantul și partea pe care acesta o va realiza

Nefiind clar definită situația acestuia - deoarece ofertantul a declarat, la rubrica „proporția de subcontractare”, că „nu este cazul” - comisia nu a putut verifica eligibilitatea subcontractantului și situația incompatibilităților acestuia, astfel încât soluția de respingere a ofertei ca neconformă a fost corect luată de comisia de evaluare.

Nici apărarea contestatorului constând în evaluarea ofertei sale cu încălcarea principiilor nediscriminării și proporționalității nu poate fi primită câtă vreme, cum s-a și arăta deja, situația subcontractantului într-o procedură de atribuire este explicit reglementată de legiuitor. Practic, ceea ce propune contestatorul este respectarea unor prevederi legale, în speță a principiilor din materia achizițiilor publice, în detrimentul altor prevederi legale din aceeași materie, respectiv a celor care reglementează subcontractarea, deși prevederile legale din materia achizițiilor publice trebuie respectate deopotrivă.

De asemenea, față de criticile din concluziile scrise, situația ofertantului câștigător este diferită de cea a contestatorului, în sensul în care asigurarea serviciului de responsabil SSM de către o persoană juridică se circumscrie noțiunii de furnizor prevăzută la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, prezentarea contractului de prestări servicii încheiat de ofertantul în discuție cu firma fiind, prin urmare, suficientă.

În concluzie, criticile contestatorului se vădesc a fi nefondate drept care vor fi respinse cu consecința menținerii deciziei de respingere criticate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația, ca nefondată.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației va fi respinsă, deoarece în cauză nu s-a demonstrat culpa autorității contractante în evaluarea ofertei contestatorului.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradicție cu

Respinge cererea de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației.

Obligatorie.

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.