

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 488/13.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de administrator ..., împotriva adresei nr. 4660/06.03.2023 privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 4614/06.03.2023, documente emise de către ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, derulate online, în vederea atribuirii unui „Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție «Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, ...»”, cod CPV 45211000-9, anunț de participare simplificat ..., s-au solicitat următoarele:

„- anularea Comunicării rezultatului procedurii nr.4660/06.03.2023, a Raportului procedurii nr. 4614/06.03.2023 și a tuturor actelor subsecvente în ceea ce privește declararea ca admisibilă și conformă a ofertei Asocierii ... SRL clasată pe primul loc;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare, cu respectarea cerințelor legale, cu aplicarea criteriilor de atribuire și a motivelor care conduc la declararea ofertei clasate pe primul loc ca fiind inadmisibilă și neconformă;

- obligarea autorității contractante la atribuirea contractului către operatorii economici care au depus oferte admisibile și conforme, (...).”.

Totodată, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat accesul la dosarul format în cadrul Consiliului.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 594/24.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., formulată de către ... SA, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin

... - director general unic și președinte al Consiliului de Administrație, și convențional prin SCPA „...”, cu sediul în ..., adresă indicată și pentru comunicarea actelor de procedură, în temeiul art. 17 alin. (3) și urm. din Legea nr. 101/2016, cu referire la contestația ... SRL s-au solicitat următoarele:

„1. Admiterea în principiu și pe fond a prezentei cereri de intervenție;

2. Respingerea contestației formulate ca nefondată, cu consecința menținerii ca fiind legale și temeinice a deciziilor și actelor emise de autoritatea contractantă”.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat accesul la dosarul format în cadrul Consiliului.

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

Prezentând situația de fapt, contestatorul menționează că a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, aceasta fiind declarată admisibilă și conformă, iar oferta câștigătoare a fost cea depusă de Asocieria ... SA – ... SRL.

Cu referire la oferta declarată câștigătoare, contestatorul susține că, în urma studierii dosarului achiziției publice, a constatat următoarele:

- și-a modificat oferta în cursul procedurii de evaluare;
- nu deține, personal sau prin subcontractanții declarați, autorizațiile impuse de documentația de atribuire și solicitate de comisia de evaluare;
- nu a îndeplinit cerința din documentația de atribuire referitoare la cash flow.

Argumentând, contestatorul detaliază următoarele critici:

1. Ofertantul și-a modificat în mod nepermis oferta prin depunerea unui acord de asociere rectificat în cursul procedurii de evaluare și a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare.

În acest sens, contestatorul se raportează la cele consemnate în procesul verbal nr. 2532/09.02.2023, intermediar de evaluare a propunerilor tehnice, comisia de evaluare constatând o serie de inadvertențe în oferta Asocierii ... SA – ... SRL, iar prin adresa nr.

1947/01.02.2023 i-a cerut să indice cine este operatorul economic care va realiza proiectarea și execuția instalațiilor electrice.

Cu privire la aceste aspecte, ... SRL prezintă sarcinile membrilor Asocierii ... SA – ... SRL din acordul de asociere inițial, nr. 217/25.01.2023, și consideră că prin adresa nr. 357/02.02.2023, acest ofertant recunoscut implicit faptul că membrul asocierii desemnat pentru a proiecta instalațiile electrice nu deținea autorizația necesară. Ofertantul a menționat că ... SA va realiza proiectarea instalațiilor electrice și a depus un acord de asociere modificat, prin care această activitate a fost prevăzută în sarcina liderului asocierii.

În acest context, subliniază că depunerea unui acord de asociere rectificat reprezintă o veritabilă modificare a ofertei, în sensul art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 din H.G. nr. 395/2016, iar avantajul creat ofertantului declarat câștigător este evident, deoarece i s-a permis modificarea unei oferte neconforme peste termenul limită de depunere a ofertelor, sens în care invocă jurisprudența Curții de Apel București.

Ofertantul declarat câștigător a procedat la modificarea acordului de asociere inițial prin preluarea de către asociatul ... SA a unei activități ce fusese stabilită inițial în sarcina asociatului ... SRL, care nu deține autorizațiile necesare îndeplinirii respectivei activități, precizează contestatorul.

Având în vedere că prin răspunsul la solicitarea de clarificări a fost modificată propunerea tehnică, se impunea respingerea ofertei Asocierii ... SA – ... SRL ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, conchide contestatorul.

Totodată, susține că răspunsul oferit de ofertantul declarat câștigător a fost neconcludent, întrucât activitatea de asistență tehnică din partea proiectantului pentru activitatea de proiectare a instalațiilor electrice a rămas în continuare în sarcina asociatului ... SRL, care nu deține autorizația ANRE necesară pentru realizarea acestei activități.

În acest sens, contestatorul face trimitere la prevederile acordului de asociere rectificat și consideră că oferta Asocierii ... SA – ... SRL trebuia respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin (5) din H.G. nr. 395/2016.

2. Contestatorul susține că ofertantul desemnat câștigător nu poate realiza, în condiții de legalitate, o activitate ce face obiectul contractului și a externalizat-o către terți ce nu au fost declarați subcontractanți.

Precizează că, prin adresa nr. 2300/06.02.2023, comisia de evaluare a solicitat acestui ofertant să precizeze cum anume sunt îndeplinite condițiile de legalitate în ceea ce privește lucrările de

specialitate prevăzute la art. 4.2.9 din modelul de contract - lucrări pentru care era necesară participarea unui topograf ce deține autorizația ANCPI categoria B.

Asocierea a răspuns prin adresa nr. 428/08.02.2023, într-un mod contradictoriu și neconcludent, atașând un certificat de calificare al lui ..., aparent un angajat al ... SA. Calitatea de angajat nu a fost dovedită, iar certificatul de calificare nu reprezintă autorizație ANCPI categoria B, prevăzută și emisă în conformitate cu Regulamentul aprobat prin ordinul nr. 107/2010 al ANCPI, consideră autorul contestației.

Arată că asocierea câștigătoare recunoaște implicit acest aspect, deoarece la același răspuns a atașat un contract de prestări servicii topo nr. 100/13.01.2022, încheiat între ... SA și ..., precum și autorizația ANCPI tip B a lui ..., administratorul acestui operator economic.

Autorizația atașată este cea corectă, însă asocierea invocă, pentru prima dată, o presupusă subcontractare a acestor activități ce fac obiectul contractului către un operator economic care nu a fost declarat subcontractant, precizează contestatorul, invocând dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016.

Ofertantul declarat câștigător a arătat că va realiza aceste servicii prin intermediul unui presupus angajat neautorizat sau prin intermediul unui operator economic ce nu este parte în contract - ceea ce reprezintă o veritabilă subcontractare, apreciază contestatorul.

Arată că asocierea avea obligația indicării unui angajat autorizat ANCPI pentru aceste activități, sau obligația desemnării subcontractantului căruia îi transmite aceste responsabilități, atât în temeiul art. IV.4.3 din fișa de date, cât și în baza art. 150 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, astfel că se impune respingerea ofertei, ca neconformă și/sau inacceptabilă, răspunsul fiind neconcludent.

3. Ofertantul declarat câștigător nu a dovedit îndeplinirea cerințelor referitoare la capacitatea economică și financiară, respectiv cash flow minim în valoare de 764.067 lei, susține contestatorul, raportându-se la cerințele fișei de date, respectiv art. III.1.1. a) și art. III.1.2, pe care le redă.

Precizează că, prin adresa nr. 2838/13.02.2023, autoritatea contractantă i-a solicitat Asocierii ... SA – ... SRL să transmită documentele suport DUAЕ, ofertantul a transmis documente, dar le-a omis pe cele relevante în dovedirea cash flow-ului, motiv pentru care organizatoarea procedurii a revenit prin adresa nr. 4102/27.02.2023.

Ca răspuns, asocierea a depus adresa nr. 371/28.02.2023, emisă de ... - Sucursala Slatina, înscris care conform procesului verbal nr. 4295/01.03.2023, de evaluare intermediară, ar confirma acordarea unui credit pentru executarea contractului care urmează a fi atribuit, pentru suma de 764.067 lei, arată contestatorul.

Susține că nu a avut acces la aceste documente, declarate confidențiale în mod neîntemeiat, însă are convingerea că respectivul înscris nu poate face dovada disponibilității unor resurse reale sau a unei linii de credit confirmate de bancă.

Pentru a dovedi accesul la aceste resurse în maniera solicitată prin documentația de atribuire, ofertantul declarat câștigător avea obligația de a dovedi resurse reale disponibile sau linii de credit deja existente pentru valoarea solicitată, apreciază contestatorul, menționând că documentul depus reprezintă o simplă comunicare neangajantă din partea instituției de credit.

În concluzie, ... SRL subliniază că Asocieria ... SA – ... SRL a depus o ofertă inacceptabilă și neconformă, și solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

În drept au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, cele ale Legii nr. 98/2016 și cele ale H.G. nr. 395/2016.

În dovedire au fost solicitate și depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. ..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat ... SRL să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în quantumul legal, iar în temeiul art. 16 din același act normativ, dovada comunicării contestației și către autoritatea contractantă.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SRL a transmis dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 5712/21.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... a transmis punct de vedere cu privire la contestația ... SRL, solicitând Consiliului *„să analizeze contestația în concordanță cu legislația aplicabilă și cu jurisprudența existentă în aceste spețe”*.

În cadrul documentului, după ce prezintă un scurt istoric al procedurii de atribuire, autoritatea contractantă susține următoarele:

1. Conform acordului de asociere nr. 217/25.01.2023 încheiat între ... SA și ... SRL activitățile ce se vor realiza în cadrul contractului au fost defalcate astfel:

- ... SA: lucrări de construcții-montaj, inclusiv întocmire certificat energetic, întocmire, verificare și avizare dosare instalații gaze naturale, întocmire, verificare și avizare dosare instalații energie electrică

- ... SRL: prestarea serviciilor de proiectare - proiect tehnic pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (PAC), proiect tehnic (PT) și detalii de execuție (DDE), inclusiv verificare și asistență tehnică.

Având în vedere neconcordanța dintre atestatele/ autorizațiile prezentate în cadrul propunerii tehnice și acordul de asociere, prin adresa nr. 1947/01.02.2023, i-a solicitat clarificări asocierii, inclusiv indicarea operatorului economic care va presta serviciile de proiectare instalații electrice, precizează organizatoarea procedurii.

Ca răspuns, asocieria a precizat că operatorul economic care va presta serviciile de proiectare instalații electrice este ... SA, a prezentat atestatul ANRE nr. 15561 tip B pentru „*proiectare și executare de instalații electrice exterioare/ interioare pentru incinte/ construcții civile și industriale, branșamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0,4Kv*”, precum și acordul de asociere nr. 217/25.01.2023 revizuit, în sensul introducerii activității de proiectare instalații electrice liderului asocierii ... SA, celelalte clauze ale documentului rămânând neschimbate.

2. Redând prevederile art. 4 alin. (3) lit. g) din Regulamentul ANCPI aprobat prin ordinul nr. 107/2010 al directorului ANCPI, autoritatea contractantă susține că Asocieria ... SA – ... SRL a răspuns la solicitările transmise prin adresa nr. 2300/06.02.2023, arătând că operatorul economic care va executa lucrările de specialitate, respectiv trasarea lucrărilor (conf. art. 4.2.9., alin. (1) din Modelul de contract de proiectare și execuție lucrări) este ... SA și anexând următoarele documente:

- certificatul de calificare profesională - topograf în construcții pentru ..., salariat al ... SA;

- certificatul de autorizare ANCPI - lucrări de specialitate în domeniile cadastrului, geodeziei și cartografiei în categoria B pentru ... - administrator al ...S SRL, inclusiv contractul de furnizare servicii de topografie nr. 100/13.01.2022 încheiat între ... SA și ...S SRL având ca obiect prestarea serviciilor de cadastru și topografie.

Realizarea și verificarea lucrărilor de specialitate în domeniul cadastrului, al geodeziei și al cartografiei se efectuează de către persoane autorizate de către Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară, atestarea acestora se referă la evaluarea și recunoașterea capacităților tehnice a persoanelor fizice în vederea exercitării profesiei reglementate de a realiza lucrări de specialitate în domeniul cadastrului, al geodeziei și al cartografiei, menționează organizatoarea procedurii de atribuire.

Consideră că era esențial ca ofertantul să demonstreze că va putea beneficia de serviciile unei persoane fizice atestată de către Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară în momentul în care aceste servicii vor trebui îndeplinite, fără a fi necesară existența unui contract actual de prestare a serviciului însuși, și nici de subcontractare a respectivului serviciu.

3. Cu referire la cerința de la cap. III.2.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date, pe care o redă, autoritatea contractantă susține că asocierea declarată câștigătoare a făcut dovada îndeplinirii prin prezentarea adresei nr. 275/15.02.2023 emisă de ..., prin care se confirmă faptul că aceasta *„va acorda credite pe contract sau alte facilități financiare adecvate în valoare de minim 764.067 lei, pe o perioadă de minim 2 luni, condiționat de constituirea garanțiilor asiguratorii corespunzătoare”*.

Precizează că, prin adresa nr. 4356/01.03.2023, i-a solicitat clarificări asocierii în ceea ce privește această condiționare (*„constituirea garanțiilor asiguratorii corespunzătoare”*) din partea ... SA, iar prin răspunsul oferit s-a specificat faptul că ... este de acord să asigure resurse financiare necesare pentru finanțarea contractului supus procedurii de achiziție în condițiile respectării prevederilor din Normele de Creditare ale ... și s-a anexat adresa nr. 371/28.02.2023 emisă de această unitate bancară.

Dovada comunicării punctului de vedere către contestator a fost atașată, iar în probațiune au fost transmise la dosarul cauzei, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice, precum și un CD.

Prin adresa nr. ..., în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat Asocierii ... SA – ... SRL să comunice temeiul juridic al încadrării înscrisurilor menționate ca fiind

„confidențiale” din cadrul ofertei, să justifice această încadrare, și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații.

În temeiul art. 20 alin. (1) și alin. (4) din Legea nr. 101/2016, în completarea documentației ce a fost înaintată la dosarul cauzei cu adresa nr. 5714/21.03.2023, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a solicitat autorității contractante să transmită, în format letric, documentele regăsite pe CD-ul atașat adresei anterior indicate, precum și documentele întocmite cu ocazia studierii dosarului achiziției publice de către contestator.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 844/23.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., Asocierea ... SA – ... SRL și-a prezentat argumentele în susținerea caracterului confidențial al documentelor din cadrul ofertei, precum și a celor în care au fost preluate informații din aceste documente.

Prin adresa nr. 5956/23.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., organizatoarea procedurii a transmis la dosarul cauzei, în copie certificată, documentele solicitate de Consiliu prin adresa nr.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 594/24.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., formulată de către ... SA, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ... SRL, în temeiul art. 17 alin. (3) și urm. din Legea nr. 101/2016, cu referire la contestația ... SRL, s-au solicitat cele redată în partea introductivă.

Argumentând admisibilitatea cererii de intervenție, ... SA invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 C.pr. civ., și arată că asocierea sa a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, iar după evaluare, aceasta a fost declarată câștigătoare.

Astfel, solicită introducerea în cauză în calitate de intervenient accesoriu în favoarea autorității contractante.

Contestația este nefondată, se bazează pe supoziții nedovedite, pe interpretarea eronată a dispozițiilor legale, pe insuficienta înțelegere a documentației de atribuire, și pe ignorarea voită a jurisprudenței relevante în domeniul achizițiilor publice, susține intervenientul.

Detaliind, combate în mod punctual criticile din cadrul contestației ... SRL, după cum urmează:

1. Susținând lipsa modificării ofertei, precum și furnizarea de răspunsuri concludente la solicitările de clarificări, intervenienta invocă dispozițiile legale care reglementează prezentarea unei oferte comune de participare la procedura de atribuire prin instrumentul asocierii temporare a operatorilor economici, respectiv posibilitatea prevăzută expres de lege de cumulare a capacităților membrilor grupului de operatori economici care depun ofertă în asociere.

Redând prevederile art. 3 alin. (1) lit. jj) și art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, intervenientul precizează că Asocierea ... SA -... SRL a fost creată tocmai pentru a cumula capacitățile celor doi membri ai asocierii în scopul adjudecării contractului.

Cu privire la autorizația ANRE de tip B, invocată în contestație, intervenientul susține că nu există o astfel de cerință de calificare în cuprinsul anunțului de participare, fiind lipsită de relevanță identitatea membrului asocierii/ subcontractantului care ar deține respectiva autorizare, sens în care se raportează la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) din 16 aprilie 2015, emisă în cauza C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia.

Invocând dispozițiile art. 181 din Legea nr. 98/2016, intervenientul precizează că în anunțul de participare nu există precizată obligația ofertanților de a dovedi deținerea unei autorizații ANRE de tip B. O astfel de cerință, care vizează capacitatea de exercitare a activității profesionale, reprezintă un veritabil criteriu de calificare care, în lipsa includerii în secțiunea dedicată a fișei de date a achiziției și în anunțul de participare, nu poate fi avut în vedere în evaluarea ofertelor, sens în care indică o decizie pronunțată de Curtea de Apel București.

Consideră că autorizația ANRE în discuție nu poate reprezenta cerință de calificare, ci eventual o cerință de executare a contractului de achiziție publică, care poate fi îndeplinită inclusiv prin intermediul unui subcontractant declarat în timpul derulării contractului. În acest context, nu are nicio relevanță juridică cărui membru al asocierii îi este alocată sarcina proiectării instalațiilor electrice raportat la îndeplinirea în comun a contractului de achiziție publică și la posibilitatea legală de subcontractare a unor părți din obiectul contractului.

Referindu-se la pretinsa modificare a ofertei ca urmare revizuirii acordului de asociere, prezentată în contestație, intervenientul invocă

hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-599/10 SAG ELV Slovensko as. și prevederile art. 1949 și urm. din Codul civil, respectiv noțiunea de „*contract de asociere în participație*”, subliniind că, în contractul de achiziție publică, membrii asocierii răspund solidar față de autoritatea contractantă pentru executarea obligațiilor aferente contractului, fiecare dintre ei fiind ținut responsabil separat pentru executarea în întregime a respectivelor obligații.

O eventuală schimbare structurală în cadrul asocierii în derularea contractului nu conduce la înlocuirea ofertantului desemnat câștigător în cadrul procedurii de atribuire cu un alt operator economic, ci la îndeplinirea obligațiilor contractuale asumate în solidar de oricare dintre membrii aceleiași ofertant desemnat câștigător, menționează intervenientul, sens în care se raportează la dispozițiile Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, dar și la jurisprudența CJUE.

Precizează că, în prezenta cauză, nu a avut loc schimbarea componenței Asocierii ... SA - ... SRL, ci o simplă realocare a sarcinilor între membrii aceleiași asocieri, fără influență juridică în ceea ce privește validitatea angajamentului solidar asumat de către cei doi asociați de a îndeplini în comun activitățile care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică.

În condițiile în care unul dintre membrii Asocierii ... SA -... SRL, respectiv liderul acesteia, deține atestat ANRE de tip B pentru activitatea de proiectare, a demonstrat pe deplin capacitatea tehnică și profesională de îndeplinire în comun a tuturor sarcinilor asumate prin depunerea ofertei, consideră intervenientul.

Nu a avut loc o modificare a ofertei asocierii care să determine încălcarea principiului tratamentului egal, subliniază intervenientul, solicitând respingerea ca nefondată a criticii ce vizează acordul de asociere.

2. Cu referire la critica ce viza capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv pretinsa subcontractare nedeclarată a activității de efectuare a măsurătorilor topografice, intervenientul invocă jurisprudența CJUE, din care redă.

Consideră că, pentru a putea să se prevaleze în evaluare de cerința privind autorizarea de către Agenția de Cadastru și Publicitate Imobiliară (ANCPPI), în vederea respectării principiului transparenței, autoritatea contractantă trebuia să prevadă în mod expres și explicit în anunțul de participare o astfel de cerință.

Precizează că și această cerință, similar celei ce viza autorizarea ANRE, nu reprezintă criteriu de calificare, putând fi îndeplinită pe parcursul derulării contractului, cu respectarea clauzei de la art. 4.2.9 din contractul de achiziție publică, fie de către contractant, fie prin intermediul unui subcontractant specializat, implicat la momentul în care se vor presta serviciile de topografie.

Intervenientul arată că este eronată concluzia la care a ajuns contestatorul, respectiv pretinsa subcontractare în timpul evaluării a respectivelor servicii către compania ... SRL, acest operator economic nefiind subcontractant, iar contractul de prestări servicii de topografie prezentat are caracter general, tocmai în scopul de a dovedi autorității contractante că asocierea beneficiază de un instrument juridic care să permită îndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale.

Raportat la caracterul subsidiar, accesoriu, al serviciilor de trasare (operațiuni care nu se confundă cu realizarea unui studiu topografic) a amplasamentului lucrărilor raportat la obiectul principal al contractului de proiectare și execuție lucrări, terțul care va presta respectivele servicii are calitatea de furnizor în înțelesul art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, precizează intervenientul.

Astfel, subliniază că nu era obligatorie declararea ca subcontractant a terțului care va presta, în calitate de furnizor, serviciile de topometrie ce nu fac parte din obiectul principal al contractului de achiziție publică, iar autorizarea ANCPPI reprezintă cel mult o cerință legală de executare a contractului, fiind „neavenită și prematură” critica formulată de către contestator privind lipsa capacității de exercitare a activității profesionale a asocierii.

Menționează că a demonstrat faptul că beneficiază de serviciile permanente ale unui topograf (...) autorizat în domeniul construcțiilor, angajat al liderului de asociere, expert care deține abilitarea legală și experiența necesară pentru efectuarea operațiunii de trasare, activitate

accesorie și de valoare nesemnificativă raportat la obiectul contractului de achiziție publică de proiectare și execuție lucrări.

3. În ceea ce privește îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară (cash-flow), intervenientul susține că întreaga argumentație a contestatorului este fundamentată pe *„simple suspiciuni nedovedite”*.

Arată că, adresa nr. 371/28.02.2023, emisă de ... Sucursala Slatina, a demonstrat îndeplinirea cerinței de calificare privind cash-flow-ul, instituția de credit asumându-și asigurarea resurselor financiare necesare pentru finanțarea lucrării din prezenta procedură.

Raportat la relația comercială privilegiată și de lungă durată pe care o are cu banca, bonitatea și solvabilitatea *„societății”*, ... și-a exprimat *„angajamentul acordării de credite/ alte facilități financiare adecvate în valoare de minim 764.067 RON pe o perioadă de minim 2 luni”*, iar angajamentul bancar de asigurare a cash-flow-ului necesar executării lucrărilor este unul ferm, precizează intervenientul.

Apreciază că oferta asocierii sale respectă toate condițiile din documentația de atribuire, iar ... SRL încearcă să înfrângă principiul asumării răspunderii, care incumbă exclusiv autorității contractante, dar și pe cel al utilizării eficiente a fondurilor publice, susținând că ar trebui respinsă oferta asocierii, deoarece are un preț mai redus decât cel propus de contestator.

Intervenientul menționează că a demonstrat recent capacitatea de îndeplinire în mod corespunzător, în aceeași asociere dintre ... SA și ... SRL, a unor contracte similare pentru același beneficiar, ..., sens în care indică procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor și recomandări favorabile.

În concluzie, ... SA, în calitate de lider al Asocierii ... SA – ... SRL, solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației, ca nefondată, precum și menținerea actelor autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 98/2016, ale Legii nr. 101/2016, cele ale H.G. nr. 395/2016, Directiva 2014/24/UE și jurisprudența CJUE, iar în probațiune au fost solicitate înscrisuri, precum și „*orice alte mijloace de probă necesare soluționării cauzei*”.

Dovada comunicării acestui document către contestator și către autoritatea contractantă a fost atașată.

Conform solicitării din cadrul contestației, prin adresa nr. ..., Consiliul i-a transmis societății ... SRL invitația de a studia dosarul cauzei, reprezentanții acesteia prezentându-se în data de 28.03.2023.

Prin adresa nr. ..., în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatorului să comunice temeiul juridic aferent înscrisurilor declarate confidențiale din cadrul ofertei, să justifice această încadrare, și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații.

Urmare a studierii dosarului format în cadrul Consiliului, prin adresa nr. 609/29.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SRL a transmis note scrise prin care a solicitat respingerea cererii de intervenție a Asocierii ... SA – ... SRL, ca neîntemeiată, precum și admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

După ce arată că își menține criticile formulate prin contestație, ... SRL răspunde la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă și la apărările din cererea de intervenție, după cum urmează:

I. În combaterea argumentelor organizatoarei procedurii, contestatorul reia considerente deja prezentate.

Cu privire la documentele ce vizau îndeplinirea cerințelor prevăzute la art. III.1.1.a) și art. III.1.2, prin care s-a impus probarea disponibilității unor resurse reale, respectiv „*linii de credit confirmate de bănci*”, contestatorul arată că nu a fost dovedită existența unei linii de credit, iar în temeiul art. 68 teza a II-a din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 297 C.pr. civ., solicită emiterea unei adrese către ... - Sediul Central în vederea depunerii „*Normelor de creditare ...*” la care s-a făcut referire în adresele emise de ...-Sucursala Slatina.

II. Referindu-se la conținutul cererii de intervenție, contestatorul arată că reprezintă apărări generale, considerând că soluția respingerii ofertei Asocierii ... SA – ... SRL reprezintă o soluție proporțională.

În ceea ce privește răspunderea solidară a asociaților și valorificarea resurselor acestora în comun, susține că nu a criticat operațiunea

propriu-zisă de modificare a actului juridic reprezentat de acordul de asociere, ci depunerea unui înscris nou în cadrul unei proceduri de atribuire, ulterior termenului limită de depunere a ofertelor.

Apreciază că răspunderea solidară a asociaților și valorificarea resurselor acestora în comun nu justifică încălcarea dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016. În cazul în care asocierea ar fi considerat neîntemeiată solicitarea autorității contractante care a identificat această inadvertență a acordului de asociere, soluția ar fi fost formularea unei contestații împotriva solicitării de clarificări, iar nu completarea ofertei în mod nelegal.

Sușinerile intervenientului referitoare la analiza în comun a resurselor sunt neîntemeiate, în condițiile în care art. 51 din H.G. nr. 395/2016 reglementează că îndeplinirea acestor cerințe se analizează prin raportare la membrul asocierii care execută respectiva parte din contract, precizează contestatorul.

Totodată, precizează că intervenientul nu a explicat maniera în care va fi realizată activitatea de *„Asistență tehnică din partea proiectantului”* proiectarea instalațiilor electrice, în condițiile în care această activitate a fost păstrată, ulterior modificării acordului de asociere, în sarcina ... SRL, operator economic neautorizat pentru realizarea oricărei activități de proiectare în acest domeniu.

Cu privire la solicitarea prezentării autorizației ANRE tip B, contestatorul invocă și redă cerința de la art. IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date, apreciind ca neîntemeiată susținerea intervenientului.

Intervenientul avea posibilitatea contestării solicitării de clarificări prin care comisia de evaluare a identificat neconcordanțe între autorizațiile depuse și sarcinile din acordul de asociere, apreciază contestatorul.

În ceea ce privește lucrările de specialitate topografie, ce fac parte din contractul care urmează a fi atribuit, contestatorul face trimitere la argumente deja prezentate și arată că lucrările ar fi putut fi realizate

doar de către membrii asocierii, sau de către subcontractanți declarați în acest sens, nu de către furnizori.

Calitatea de furnizor este subsidiară celei de subcontractant, în sensul că, pentru a fi un furnizor, un operator economic trebuie să nu se încadreze în definiția subcontractantului, în conformitate cu teza finală a art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, susține contestatorul.

Referindu-se la dovada unui disponibil financiar real prin intermediul unei linii de credit confirmate de bancă, contestatorul face trimitere la argumentele prezentate anterior.

Dovada comunicării documentului către autoritatea contractantă și către intervenient a fost atașată.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 608/29.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., contestatorul a prezentat argumentele în susținerea caracterului confidențial al documentelor din cadrul ofertei societății sale.

Prin adresa nr. ..., Consiliul i-a transmis intervenientului invitația de a studia dosarulul cauzei, astfel că în data de 31.03.2023, reprezentantul convențional al asocierii s-a prezentat, a studiat documentele și a obținut fotocopiile solicitate.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 527/16.03.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... SRL a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208979513/1 din 15.03.2023, eliberată de ..., în cuantum de 88.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, derulată online, în vederea atribuirii unui „*Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție «Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, ...»*”, cod CPV 45211000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ..., conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 6.332.669,99 lei, fără TVA.

Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „*prețul cel mai scăzut*”.

În cauza care formează obiectul prezentei, ... SA, lider al Asocierii ... SA – ... SRL, a depus cererea de intervenție voluntară nr. 594/**24.03.2023** (*transmisă la Consiliu, pe cale electronică, prin e-mail, în data de 24.03.2023*), înregistrată la CNSC cu nr. ..., (*pag. 000103, vol. 1/4 al dosarului cauzei*), 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 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 **14.03.2023**, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul *„[.../00082] contestatie_Slatina.pdf”*, contestația formulată de ... SRL, 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 c.p.c. dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, Asocierea ... SA – ... SRL are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de ... SA, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de ... SRL.

Prin declarația de confidențialitate aflată în vol. 2/4 al dosarului cauzei, ... SA menționează: *„precizez că următoarele părți/informații din propunerea tehnică și din propunerea financiară:*

a. *propunerea tehnică servicii de construcție-montaj*

b. *propunere financiară servicii construcție-montaj au caracter*

confidențial, pentru a nu prejudicial interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală (...). În conformitate cu prevederile art. 123 alin. (1) din HG 395/2016, precizăm că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnică și din propunerea financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

- propunere tehnică privind serviciile de construcții-montaj reprezintă modul de abordare propriu, descriere, concept

- modul de formare a prețului-fiecare ofertant își stabilește costul conform algoritmul propriu și acesta nu trebuie cunoscut de alți ofertanți
- datele personale și documentele suport prezentate sunt pentru experți sunt date confidențiale.”

Prin declarația de confidențialitate aflată în vol. 2/4 al dosarului cauzei, ... SRL menționează: „precizez că următoarele părți/informații din propunerea tehnică și din propunerea financiară:

a. propunerea tehnică servicii de proiectare și asistență tehnică
b. propunere financiară servicii de proiectare și asistență tehnică au caracter confidențial, pentru a nu prejudicial interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală (...).

În conformitate cu prevederile art. 123 alin. (1) din HG 395/2016, precizăm că motivele pentru care părțile/informațiile mai sus menționate din propunerea tehnică și din propunerea financiară sunt confidențiale sunt următoarele:

- propunere tehnică privind serviciile de proiectare și asistență tehnică reprezintă modul de abordare propriu, descriere, concept

- modul de formare a prețului-fiecare ofertant își stabilește costul conform algoritmul propriu și acesta nu trebuie cunoscut de alți ofertanți

- datele personale și documentele suport prezentate pentru experți sunt date confidențiale.”

Totodată, prin declarația de confidențialitate aflată tot în vol. 2/4 al dosarului cauzei, ... SRL menționează că: „(...) următoarele informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale:

a) PROPUNEREA TEHNICĂ – toate componentele propunerii tehnice, inclusiv clarificările ulterioare aferente propunerii tehnice;

b) PROPUNEREA FINANCIARĂ – toate componentele propunerii financiare, inclusiv clarificările ulterioare aferente propunerii financiare, cu excepția Formularului de ofertă;

c) Documentele de calificare și cele care probează îndeplinirea celor asumate în DUAE, inclusiv clarificările aferente.

(...)

Oferta noastră financiară intră sub incidența secretului comercial și are un pronunțat caracter confidențial, dat fiind faptul că aceasta cuprinde prețurile practicate de subscrisa, dar și ofertele de la furnizori.

(...)

Referitor la propunerea tehnică, arătăm ca aceasta reprezintă concepția proprie a subscrisei cu privire la organizarea și execuția lucrărilor, cuprinzând în proporție majoritară informații care intră sub incidența secretului tehnic. (...)”

Având în vedere aceste aspecte, coroborat cu solicitările contestatorului, și ținând cont de prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „La

cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”, Consiliul a solicitat ... SA, prin adresa nr. ... (pag. 000082, vol. 1/4 al dosarului cauzei), și ... SRL, prin adresa nr. ... (pag. 000165, vol. 1/4 al dosarului cauzei), să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al acestora și prejudiciul adus ca urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiile legale anterior citate în paragraf.

La această solicitare, ... SA a răspuns prin adresa nr. 844/23.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. ... (pag. 000088, vol. 1/4 al dosarului cauzei), în care precizează că:

„(...) vă solicităm să adoptați măsuri adecvate pentru menținerea confidențialității informațiilor care constituie secrete comerciale și a căror dezvăluire ar prejudicia în mod grav interesele subscrisei și ar afecta concurența loială în domeniul de activitate al construcțiilor de drumuri.

(...)

În oferta tehnică și financiară a subscrisei în prezenta procedură de atribuire, elaborate cu respectarea prevederilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, sunt cuprinse date cu caracter personal și secrete comerciale, ambele categorii de informații fiind protejate de dispozițiile legale anterior menționate.

Astfel, în conformitate cu dispozițiile art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, susținem în mod ferm confidențialitatea informațiilor/documentelor din cadrul ofertei noastre tehnice/financiare și solicităm Consiliului să aibă în vedere declarația de confidențialitate depusă de subscrisea în cadrul ofertei, care vizează informațiile de natură tehnică și financiară din cadrul ofertei și, implicit, din cadrul oricărui document care conține astfel de informații, (...).”

La acest răspuns cu un conținut generalist, ofertantul în cauză nu a administrat nici un mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul

confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

La rândul său, ... SRL a răspuns prin adresa cu nr. 608/29.03.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. ... (pag. 000180, vol. 1/4 al dosarului cauzei), în care precizează că:

„(...) ne menținem declarația de confidențialitate care a însoțit oferta depusă de subscrisa și formulată inițial în temeiul art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, pe care înțelegem să o reiterăm prin raportare la dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, (...).

(...)

În ceea ce privește potențialul prejudiciu pe care subscrisa l-ar suferi în cazul dezvăluirii informațiilor confidențiale, menționăm că avantajul injust pe care l-ar dobândi ceilalți ofertanți, prin posibilitatea folosirii informațiilor confidențiale de către aceștia în elaborarea propriilor oferte, destabilizarea relațiilor dintre subscrisa și furnizori, dezvăluirea know-how-ului nostru și a modului de defalcare a prețurilor, a programului de lucru/graficului de execuție, etc., sunt toate de natură să prejudicieze grav și iremediabil subscrisa în viitoarele proceduri, subscrisa pierzând din avantajul pe care îl deține pe piață, iar alți ofertanți dobândind în mod artificial un avantaj. (...).

Și în cazul ... SRL, respectivul ofertant nu a administrat nici un mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsurile sus menționate, transmise de ... SA și de ... SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția părților cauzei, care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, documentele aflate la respectivul dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

În acest context, este de menționat că, în cadrul Hotărârii din 14 februarie 2008, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-450/06**, astfel:

*„55. (...) **Este de competența acestui organism (responsabil cu procedurile privind căile de atac – n.n.) să decidă** în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, **în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu** și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil.”*

Mai mult, în cadrul Hotărârii din 7 septembrie 2021, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-927/19**, declarând că:

„6) Articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2014/23, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina

articolului 47 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, trebuie interpretate în sensul că **instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante** prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia ia fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz **este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată,** care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, **trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative dacă acestea sunt nelegale și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.**

În acest sens, raportat la cele precizate anterior, sunt deosebit de relevante în context concluziile formulate de Avocatul General în cauza **C-927/19**, și anume „36. **Conform unei interpretări literale și izolate a articolului 21 din Directiva 2014/24, informațiile confidențiale ar fi, pur și simplu, cele calificate ca atare de un operator economic.** Prin urmare, informații protejate ar fi, în orice caz, **cele „desemnate de [operatorii economici] ca fiind confidențiale”.**

37. **Dacă s- ar aplica acest criteriu hermeneutic, orice informație**

a cărei divulgare nu ar fi autorizată de operatorul care a pus- o la

■

dispoziția autorității contractante, indiferent de conținutul său, ar fi blocată în mod automat, cu alte cuvinte nu ar putea fi divulgată.

38. **Această interpretare extensivă nu poate fi primită. (...)**

40. Prin urmare, considerăm că **articolul 21** din Directiva 2014/24, **citit în contextul său, nu încredințează exclusiv operatorului economic funcția de a specifica, după cum consideră de cuviință, informațiile care trebuie calificate drept confidențiale. Cererea sa motivată în această privință – indispensabilă, dacă dorește să limiteze publicarea informațiilor pe care el însuși le furnizează – este supusă deciziei ulterioare a autorității contractante (și, eventual, celei a instanței care efectuează controlul deciziilor acestora).**

Tot în context, Consiliul subliniază că, potrivit Îndrumării privind analiza confidențialității ofertelor, publicată în data de 07.03.2023, pe site-ul ANAP, „6.3. **Este important de reținut faptul că OUG nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale** împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, care a transpus Directiva 2016/943/UE privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale - **NU se aplică în domeniul achizițiilor publice.**”

Procedând la analiza actualei contestații, formulată de ... SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de rezultatul procedurii de atribuire, respectiv de decizia autorității contractante, prin care oferta Asocierii ... SA – ... SRL a fost declarată câștigătoare.

Astfel, cu privire la criticile contestatorului de la **punctul 1.** din contestație, Consiliul reține că, prin instrucțiunile pentru ofertanți, publicate în SEAP sub identificatorul „[.../00004] FisaDate_DF1165825.pdf” și intitulate generic „Fișa de date”, autoritatea contractantă a solicitat, în cadrul **secțiunii IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice** din respectiva Fișă, următoarele:

„La nivelul propunerii tehnice, **ofertanții vor prezenta informații în legătură cu modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor** în conformitate cu **reglementările legale aplicabile**, respectiv executarea unor operațiuni **cum sunt: proiectare și execuție instalații electrice, proiectare și execuție instalații gaze naturale, montarea și punerea în funcțiune a centralelor cu funcționare pe gaze naturale, ignifugare materiale combustibile, montarea și punerea în funcțiune a ascensorului și alte autorizații specifice.**”

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați să întreprindă anumite demersuri și **să prezinte informații în legătură cu**

modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor din contract, **asa cum au fost solicitate.**

Or, în urma analizei documentelor achiziției, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a impus/solicitat respectiv nu a indicat/nominalizat în mod expres, în documentația de atribuire, ca cerință obligatorie, pentru operatorii economici, prezentarea anumitor autorizații specifice în documentația de atribuire, cum este autorizația ANRE de tip B invocată de contestator (*document care, prin caracteristicile sale, reprezintă un înscris de natura celor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale*).

Mai mult, în cadrul caietului de sarcini, la pagina 89, autoritatea contractantă a precizat expres că „Pe **tot parcursul execuției lucrărilor**, precum și în activitatea de exploatare și întreținere a instalațiilor proiectate **se va urmări respectarea cu strictețe a prevederilor actelor normative menționate** și luarea tuturor măsurilor necesare pentru evitarea oricăror accidente. Responsabilitatea privind organizarea șantierului și a procesului de producție pentru evitarea accidentelor de orice fel revine în întregime antreprenorului.” indicând astfel ca fiind în sarcina antreprenorului/contractantului, **nu** a ofertantului, obligația respectării **legislației aplicabile** menționată la pag. 87-89 din caietul respectiv, pe durata derulării contractului.

Consiliul subliniază că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie **atât pentru operatorii economici participanți la procedură**, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (*art. 123 din HG nr. 395/2016*), **cât și pentru autoritatea contractantă**, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Astfel, în Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15**, CJUE (**ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele din statele membre**) a declarat că:

„2) Principiul egalității de tratament și obligația de transparență **trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire** a unui contract de achiziții publice **ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres** din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, **ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor**, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, **prezentate de documentele menționate**. În aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului de a permite operatorului economic să își remedieze situația și să îndeplinească obligația menționată într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.”

Așadar, și în cazul de față, cerințele din documentația de atribuire sunt obligatorii și nu formale, nu au fost contestate de către niciun operator economic interesat, până la data-limită de depunere a ofertelor, iar, **prin depunerea ofertelor la procedura în cauză, operatorii economici au acceptat și și-au însușit condițiile impuse de autoritatea contractantă**, deci implicit și conținutul Fișei de date și al caietului de sarcini, motiv pentru care aveau obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016, de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Consiliul reține că, prin criticile sale, contestatorul omite, pe lângă aspectele precizate anterior, și faptul că, potrivit prevederilor art. 54 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, „(4) **Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire anumite condiții specifice privind executarea contractului** de achiziție publică/acordului-cadru **în cazul în care operatorii economici participă în comun la procedura de atribuire**, diferite de cele aplicabile ofertanților individuali, justificate de motive obiective și cu respectarea principiului proporționalității.”

În acest sens, conform prevederilor art. 31 alin. (3) din HG nr. 395/2016, „(3) În aplicarea prevederilor art. 54 alin. (5) din Lege, **autoritatea contractantă are dreptul de a impune prin documentația de atribuire ca, în cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, fiecare dintre aceștia să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare** în executarea viitorului contract.”

Prin urmare, în situația în care o autoritate contractantă **nu precizează** în documentația de atribuire **modalitatea concretă** în care operatorii economici, care participă în asociere (*în comun*) la procedura de atribuire, trebuie să demonstreze, proporțional cu cota de implicare a fiecăruia dintre aceștia, îndeplinirea criteriilor referitoare **doar la**

situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională *(o autorizație ANRE de tip B este un înscris de natura celor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, **criteriu diferit față de cele precizate anterior**)*, evaluarea ofertelor, din acest punct de vedere, **se va realiza prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului**, indiferent de cota de implicare a fiecărui asociat în executarea contractului.

Astfel, și dacă ar fi fost solicitată în documentația de atribuire, ca cerință expresă, obligatorie, prezentarea unei autorizații ANRE de tip B pentru o anumită activitate, aceasta tot s-ar fi considerat îndeplinită în cazul unei asocieri, în condițiile în care **membrii asocierii demonstrează că dispun de respectiva resursă autorizată și/sau că unul dintre aceștia deține autorizația solicitată, după caz**, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă, conform prevederilor art. 51 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Or, în cazul de față, în condițiile în care nu a fost solicitată în documentația de atribuire, ca cerință expresă, obligatorie, prezentarea autorizației ANRE de tip B în discuție, cu atât mai mult, contrar criticilor contestatorului, nu se putea impune Asocierii ... SA – ... SRL, în vederea evaluării ofertei depuse de aceasta, prezentarea într-un anume fel, respectiv raportat exclusiv la un anume membru al acestei asocieri, a respectivei autorizații, date fiind considerațiile precizate anterior.

Cu toate acestea, deși nu s-a solicitat în documentația de atribuire, ca cerință expresă, obligatorie, prezentarea de autorizații ANRE de tip B, Asocierea ... SA – ... SRL a prezentat în cadrul ofertei astfel de autorizații.

În acest context, Consiliul reține că, în evaluarea ofertei Asocierii ... SA – ... SRL, autoritatea contractantă a transmis către aceasta adresa cu nr. 1947/01.02.2023 *(vol. 2/4 al dosarului prezentei cauze)*, prin care a solicitat, în mod clar, printre altele, următoarele clarificări:

„Conform acordului de asociere nr. 217/25.01.2023 activitățile ce se vor realiza în cadrul contractului supus prezentei proceduri sunt defalcate astfel:

... SA: lucrări de construcții-montaj, inclusiv întocmire certificat energetic, întocmire, verificare și avizare dosare instalații gaze naturale, întocmire, verificare și avizare dosare instalații energie electrică

...: **prestarea serviciilor de proiectare** – proiect tehnic pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (PAC), proiect tehnic (PT) și detalii de execuție (DDE), inclusiv verificare și asistență tehnică.

(...)

În cadrul propunerii tehnice s-au regăsit următoarele atestate ANRE:

- **Atestat ANRE tip B** nr. 15561 **pentru proiectare și executare instalații electrice** al liderului ... **SA**

- **Atestat ANRE tip B** nr. 14574 pentru proiectare și executare instalații electrice al subcontractantului ... **SRL**

(...)

Vă solicităm **să indicați:**

- **operatorul economic participant la procedură care va presta serviciile de proiectare/executare instalații electrice,**

(...)

și, **dacă este cazul, să revizuiți acordul de asociere/acordurile de subcontractare.**"

Din formularea solicitării anterioare rezultă în mod evident că autoritatea contractantă a vizat, într-un mod clar, definit explicit și suficient de detaliat, identificarea operatorului economic, parte din respectiva asociere, **care va presta** (efectiv – n.n.) **serviciile de proiectare/executare instalații electrice**, acordând în acest sens, posibilitatea, precizată în mod expres, a **revizuirii acordului de asociere**, și **nu** prezentarea, mai ales în mod exclusiv, de către un anume operator economic, parte din asocierea în discuție, a unei autorizații ANRE tip B, acest tip de autorizație nefiind solicitată expres prin documentația de atribuire.

În aceste condiții, Consiliul reține că Asocierea ... SA – ... SRL a răspuns la solicitarea de clarificări anterior citată prin adresa cu nr. 357/02.02.2023 (vol. 2/4 al dosarului prezentei cauzei), precizând că „operatorul economic participant la procedură **care va presta serviciile de proiectare/executare instalații electrice**, este **SC ... SA**. Pentru proiectul Tehnic – Proiectantul general este ..., având ca proiectant de specialitate pentru instalații electrice pe ... SA. **Atașat acordul de asociere revizuit.** (pag. 6-7)".

Pe cale de consecință, Consiliul reține că Asocierea ... SA – ... SRL a răspuns concludent la solicitările de clarificări în discuție, astfel cum au fost formulate, neputând fi impusă acestei asocieri, în condițiile pretinse de contestator, prezentarea autorizației ANRE de tip B, date fiind considerațiile anterior precizate, întemeiate pe prevederile legale sus citate, fiind evident că, în absența unor cerințe exprese privind

prezentarea unor anumite autorizații, necesare în vederea implementării contractului în speță, autoritatea contractantă și-a asumat astfel riscurile aferente neprezentării/nedeținerii de către ofertanți a respectivelor autorizații.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini, precum și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor, și, pe cale de consecință, a evaluării răspunsurilor aferente, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și lit. i) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu.

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului formulate la **punctul 1.** din contestație.

Referitor la criticile contestatorului de la **punctul 2.** din contestație, Consiliul reține că acestea se axează pe deținerea unei autorizații ANCPI categoria B, în condițiile pretinse de respectivul contestator, de către Asocieria ... SA – ... SRL.

Or, și în acest caz, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a impus/solicitat respectiv nu a indicat/nominalizat în mod expres, în documentația de atribuire, ca cerință obligatorie, pentru operatorii economici, prezentarea anumitor autorizații specifice în documentația de atribuire, cum este autorizația ANCPI categoria B, invocată de contestator (*document care de asemenea, prin caracteristicile sale, reprezintă un înscris de natura celor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale*).

Consiliul subliniază, ca fiind relevante în context, punctele 30-31, 35 și 36 din Hotărârea pronunțată de CJUE în cauza **C-403/21**, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, și anume:

„30. Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor **arată că rezultă**

în special din Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo (C- 27/15,

EU:C:2016:404), că un operator economic nu poate fi exclus din procedură pentru motivul că nu a respectat cerințe neprevăzute în documentele achiziției.

31. Or, în cauza principală, **normele referitoare la activitățile de construire, de modernizare, de întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare, care nu figurau în documentele achiziției, nu**

s- ar impune ofertantului câștigător decât în stadiul executării

contractului în cauză. În plus, numărul de operatori economici autorizați pentru anumite activități de pe această piață ar fi limitat. **Prin urmare,**

obligatia de a- i desemna drept subcontractanți ar diminua drastic

▪

concurența, majorând totodată sarcina administrativă a participanților la procedura de cerere de ofertă în discuție în litigiul principal, ceea ce ar putea fi contrar principiului proporționalității. Organismul de trimitere ridică, în consecință, problema dacă este necesar să se impună în mod sistematic ofertanților să își desemneze eventualii subcontractanți la momentul depunerii ofertei, indiferent de importanța activităților ce le vor fi atribuite în contractul menționat, de momentul la care acești subcontractanți vor interveni în timpul executării aceluiași contract sau de probabilitatea ca aceștia să fie solicitați.

32. Pe de altă parte, potrivit acestui organism, **documentele achiziției nu pot fi completate cu anumite criterii al căror caracter obligatoriu ar rezulta din legi speciale fără relevanță în materie de achiziții publice.** Astfel, completarea de drept a documentelor achiziției cu asemenea criterii ar încălca principiul proporționalității și ar repune în discuție marja de apreciere pe care articolul 58 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 o recunoaște autorității contractante în ceea ce privește stabilirea criteriilor de selecție.

(...)

35. În sfârșit, impunerea subcontractării ca unică formă de desfășurare a unei activități dintr-un contract ar încălca libertatea

■

contractuală, dreptul la organizare al operatorilor economici și articolul 63 din Directiva 2014/24. Astfel, în măsura în care din acest articol 63 ar rezulta că prezentarea unui angajament este suficientă pentru a demonstra respectarea unor criterii de selecție, o simplă declarație de disponibilitate ar trebui să fie a fortiori suficientă atunci când, fiind vorba despre activități care au o importanță minoră în contract, respectarea unor asemenea criterii nu este necesară.

36. În aceste condiții, **Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a hotărât** să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

(...)

3) a) Articolul 63 din Directiva [2014/24] și principiul proporționalității se opun respingerii din procedură a unui ofertant care nu a nominalizat un operator drept subcontractant pentru dovedirea îndeplinirii unor criterii privind capacitatea tehnică și profesională și capacitatea de exercitare a activității tehnice și profesionale ce ar rezulta din prevederile unor legi speciale care nu sunt prevăzute în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv a ales o altă formă contractuală de implicare în contract a specialiștilor, respectiv [un] contract de furnizare/prestări servicii, sau a depus [o] declarație de disponibilitate din partea acestora?

b) **Dreptul de a-și stabili propria organizare și relațiile**

contractuale din interiorul grupului îi aparține operatorului economic, existând posibilitatea implicării în contract și a unor prestatori/furnizori în condițiile în care respectivul prestator nu face parte din entitățile pe a căror capacitate ofertantul intenționează să se bazeze în dovedirea îndeplinirii criteriilor relevante?".

Ca urmare, în cadrul Hotărârii pronunțată în data de **26.01.2023**, în cauza **C-403/21**, CJUE a declarat următoarele:

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

subcontractare.”

Pe cale de consecință, în aceste circumstanțe, în care subzistă corespunzător considerațiile de mai sus cu privire la criticile contestatorului, de la **punctul 1.** din contestație, Consiliul urmează să respingă ca nefondate și criticile acestuia de la **punctul 2.** din aceeași contestație.

Cu privire la criticile contestatorului de la **punctul 3.** din contestație, Consiliul reține că, potrivit **secțiunii III.1.2) - Capacitatea economică și financiară** din Fișa de date, „**Ofertantul clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare suficiente pentru a realiza cash flow de execuție a lucrărilor de minim 764.067 lei, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă destinată exclusiv îndeplinirii obligațiilor contractuale pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării contractului de proiectare și execuție, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.**”

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze îndeplinirea cerințelor privind capacitatea economică și financiară.

În acest sens, autoritatea contractantă a permis, prin cerințele sus precizate, ca, la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ, în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor de calificare în discuție, ofertantul clasat pe primul loc să poată

- fie să depună documente/înscrișuri, prin care acesta să demonstreze că **va avea acces** la resursele solicitate la **secțiunea III.1.2) - Capacitatea economică și financiară** anterior citată,
- fie să depună documente/înscrișuri, prin care acesta să demonstreze că **are disponibile** resursele solicitate la **secțiunea III.1.2) - Capacitatea economică și financiară** anterior citată.

Or, analizând adresa nr. 371/28.02.2023 (vol. 2/4 al dosarului cauzei), invocată de contestator în criticile sale, adresă care a fost emisă de Banca ... Sucursala Slatina și care a fost transmisă de Asocieria ... SA - ... SRL către autoritatea contractantă, în urma primirii unei solicitări de clarificări din partea respectivei autorități (adresa 4102/27.02.2023, vol. 2/4 al dosarului cauzei), Consiliul reține că, în respectiva adresă, sunt menționate următoarele:

„(...) vă facem cunoscut că ... - ... SA prin Sucursala Slatina **este de acord să asigure resurse financiare necesare** pentru finanțarea lucrării Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție „Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, ...”, pentru care, ... organizează licitație publică.

Credite pe contract sau alte facilități financiare adecvate în valoare de minim 764.067 RON fără TVA pe o perioadă de minim 2 luni , se vor acorda în situația câștigării de către compania dumneavoastră a licitației privind lucrarea „Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție, Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, ...”, în condițiile respectării prevederilor din Normele de Creditare ale”

Așadar, contrar susținerilor contestatorului, și anume că „pentru a dovedi accesul la aceste resurse în maniera solicitată de documentația de atribuire, ofertantul declarat câștigător **avea obligația de a dovedi resurse reale disponibile sau linii de credit deja existente pentru valoarea solicitată**”, susțineri contrazise chiar de formularea cerințelor în discuție, sus citate, este evident că Asocieria ... SA - ... SRL a demonstrat că **va avea acces** la resursele menționate la **secțiunea III.1.2) - Capacitatea economică și financiară** în discuție, astfel cum s-a solicitat de către autoritatea contractantă.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge ca nefondate și criticile contestatorului formulate la **punctul 3.** din contestație.

Cu privire la jurisprudența națională invocată atât de către contestator cât și de către intervenient, Consiliul reține faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost învestite”*.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația depusă de ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție accesorie formulată de ... SA.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție accesorie formulată de ... SA.

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 ... pagini