

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 641/C3/386,439

Data: 25.03.2022

Prin contestațiile înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 8833 din 18.02.2022, respectiv cu nr. 9640 din 23.02.2022, înaintate de (1) SRL, cu sediul în, str., județul înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, și, convențional, de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, și de (2) SRL, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată convențional de avocat, formulate împotriva raportului procedurii nr. N40562 din 10.02.2022, emis de autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., ..., în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de „Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului Dezvoltarea facilităților de pregătire și a capacităților de intervenție necesare gestionării situațiilor de urgență în domeniul CBRNe și pirotehnic asociat, generate de acte de rea-voință”, ce a fost inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1026973/18.12.2020 și a documentației de atribuire, s-a solicitat: (i) (de către SRL) și (ii) (de către SRL).

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 12115/08.03.2022, ... SA (lider al asocierii SA - SRL), cu sediul în, ... și sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură situat în, ..., înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, director general și, convențional de, a transmis o cerere de intervenție, prin care a solicitat: admiterea ei, respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulate de SRL în ceea ce privește oferta sa, menținerea tuturor actelor emise de către autoritatea contractantă cu ocazia reevaluării ofertei sale, ca fiind temeinice și legale, precum și menținerea, ca temeinic și legal a rezultatului procedurii, prin care oferta depusă de intervenient a fost declarată câștigătoare.

Contestațiile și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

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

(1) Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 8833/18.02.2022, ... SRL atacă raportul procedurii nr. N40562 din 10.02.2022, emis de autoritatea contractantă, în procedura mai sus menționată, în partea ce privește oferta depusă de asocierea SA - SRL, solicitând anularea parțială a acestui raport și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei declarate câștigătoare.

Prin adresa nr. 52370/23.02.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 9609/23.02.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația înaintată de SRL, precum și copia documentelor emise în procedură, ulterior deciziei CNSC nr. 2594/C3/2699 din 22.11.2021.

După învestirea Consiliului cu cererile sale și constituirea dosarului CNSC nr. 386/2022, prin adresa nr. 11016/02.03.2022, ... SRL precizează că renunță la contestația sa. Totodată, ... SRL solicită restituirea cauțiunii aferente ei, în valoare de 88.000 lei, depusă la dosarul cauzei.

(2) În cadrul aceleiași proceduri, ... SRL a formulat contestație, atacând rezultatul procedurii din adresa comunicată sub nr. N42815/11.02.2022, precum și raportul procedurii nr. N40562/10.02.2022, acte întocmite în urma reevaluării ofertelor la care autoritatea contractantă a fost obligată, prin decizia CNSC nr. 2594/C3/2699 din 22.11.2021, reevaluare potrivit căreia câștigătoare a procedurii este Asociera - SRL, iar oferta sa clasându-se pe locul 3, după oferta depusă de SRL.

Contestatoarea reclamă, pe de o parte, că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia CNSC, în ceea ce privește verificarea corectitudinii raporturilor contractuale ale verficatorilor de proiect cu angajatorii/beneficiarii serviciilor lor, pentru a se stabili dacă au fost încălcate regulile specifice de ofertare și/sau derulare a activității lor. În acord cu aspectele reținute de Consiliu, în decizia anterior amintită, evaluarea trebuia să țină cont de prevederile documentației de atribuire. Astfel, conform caietului de sarcini (pag. 20-21 și 38-39), din obiectul contractului face parte și activitatea de verificare tehnică a proiectelor și documentațiilor necesare pentru obținerea avizelor și aprobărilor necesare.

Totodată, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților ca, în echipa de realizare a serviciilor de proiectare, să dețină și verficatori

tehnici de proiect, pentru toate cerințele de calitate - pag 16 din caietul de sarcini.

Procedând la reevaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat asocierii al cărei lider este SA: (i) precizarea și dovada legăturilor contractuale a verificatorilor de proiect cu ofertantul sau dacă se bazează pe contracte de prestări servicii sau sunt parte din personalul ofertantului și (ii) modalitatea efectivă de implicare a verificatorilor de proiect.

Ofertantul SA a precizat faptul că: (i) verificatorii de proiect au fost desemnați în oferta sa, la pag. 1863-1898, precum și că (ii) în propunerea tehnică (*Metodologia de executare a lucrărilor*) se regăsește angajamentul de asigurare a tuturor specialiștilor și modul de acces la aceștia.

De asemenea, ofertantul a mai menționat și că, dacă va fi declarat câștigător, vor fi încheiate contracte de prestări servicii.

Odată cu răspunsul său, ofertantul transmite achizitorului, încă o dată, declarațiile de disponibilitate și angajamentele de participare pentru verificatorii de proiect amintiți.

Comisia de evaluare reține concludența răspunsului de clarificare, respectiv îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini, constatând că dovada relației contractuale este conformă Codului civil, respectiv art. 1279 privind promisiunea de a contracta. De asemenea, se reține că declarațiile de disponibilitate și angajamentele de participare depuse în ofertă reprezintă o varietate de contract și că serviciile verificatorilor de proiect vor fi externalizare, aceștia fiind furnizori, în sensul prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016.

Or, autoritatea contractantă a ignorat în mod nepermis cele dispuse prin decizia CNSC, apreciază contestatoarea. În realitate, ea nu a întreprins nicio verificare suplimentară, cu privire la modalitatea de implicare a verificatorilor de proiect și s-a limitat la a „contabiliza”, încă o dată, documentele deja existente în ofertă.

În concret, comisia de evaluare a preluat teoria dezvoltată de SA, prin plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului, plângere care a fost însă respinsă, ca nefondată, de Curtea de Apel

Declarația de disponibilitate și angajamentul de participare nu pot fi calificate ca o promisiune de a contracta. Promisiunea unilaterală de a contracta naște, în sarcina promitentului, obligația de a încheia contractul, în viitor. În cazul în care beneficiarul promisiunii se decide pentru a încheia contractul, promitentul va fi ținut să-și manifeste consimțământul la încheierea contractului subsecvent, iar în caz de refuz, obligația acestuia ar fi susceptibilă de executare silită (indirectă), caz în care instanța, suplinind consimțământul acestuia, va pronunța o hotărâre care să țină loc de contract. Este evident că acest scenariu nu ar funcționa sau nu ar avea niciun beneficiu în cazul în care beneficiarul promisiunii de a contracta, în speță ofertantul declarat câștigător, ar

trebui să se adreseze instanței pentru a obține respectarea promisiunii de către promitent.

Dincolo de aceste aspecte, nu poate fi ignorată cerința legală privind arătarea aranjamentelor contractuale, care presupun întocmai unor contracte. Mai mult, nu este vorba de contracte de servicii, cum în mod greșit consideră autoritatea contractantă, ci de acorduri de subcontractare, care, fără nicio distincție, se depun odată cu oferta.

Chiar și în ipoteza în care s-ar accepta teoria unor contracte de servicii cu verificatorii de proiect, acestea nu există, ofertantul SA nedepunând niciun astfel de contract, ba chiar mai mult decât atât, arătând că dacă va fi declarat câștigător, vor fi încheiate contracte de servicii. În absența acestor contracte, dovada relației contractuale a verificatorilor de proiect cu ofertantul nu s-a realizat în cazul ofertei declarate câștigătoare.

Mai mult, autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare privind reflectarea în propunerea financiară a costurilor aferente activităților verificatorilor de proiecte, deși decizia CNSC a fost clară sub acest aspect.

Autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SRL clarificări similare celor solicitate ofertantului declarat câștigător. În plus, autoritatea contractantă i-a solicitat acestuia să clarifice și cheltuielile asociate intervenției personalului de specialitate.

Ca și în cazul ofertei câștigătoare, și în cazul SRL, comisia de evaluare constată concludența răspunsului de clarificare și îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini. Premisele sunt însă total diferite de cele considerate de SA. Cu toate acestea, comisia de evaluare a ajuns la aceeași concluzie, în sensul că dovada relației contractuale a verificatorilor de proiect cu ofertantul este conformă prevederilor art. 1279 Codul civil.

Într-o abordare complet diferită față de ofertantul câștigător, ... SRL susține, prin răspunsul său de clarificare, că, în oferta sa, au fost depuse documentele care atestă raporturile juridice dintre verificatorii de proiect și subcontractanții asocierii.

Așadar, ca o primă remarcă, se impune a fi observat faptul că SRL nu are o relație contractuală directă cu verificatorii de proiect.

De asemenea, în răspunsul său de clarificare, ... SRL face trimitere la declarațiile de disponibilitate depuse în ofertă, invocând prevederile art. 1178 și 1240 alin. (1) din Codul civil, arătând, totodată, că există contracte între subcontractanții SRL și unii dintre verificatorii de proiect desemnați, precum și acte adiționale la acestea. SRL susține că declarația de disponibilitate reprezintă voința de a contracta, care poate fi exprimată chiar și verbal.

Odată cu răspunsul de clarificare, ... SRL depune, de asemenea, două acorduri de contractare, pentru 2h/săptămână,

respectiv o remunerație de 500 lei/lună, încheiate între verificatorii de proiect asigurați prin subcontractantul, precum și un tabel care reflectă momentul intervenției în executarea contractului, document nou, inexistent în oferta inițială.

Se observă că unii dintre verificatorii de proiect desemnați sunt „membri ai grupului de ofertare”, ofertantul SRL invocând contractele de furnizare dintre acești verificatori și subcontractanții SRL, ca și cum subcontractanții sunt asociați ai ofertantului sau sunt parte din structura ofertantului.

Or, neavând un raport contractual cu verificatorii de proiect, ... SRL nu are acces la serviciile acestora. De altfel, nici acordurile de subcontractare încheiate cu SRL nu prevăd activitatea de verificare a proiectelor.

Este irelevant faptul că operatorii economici cu care SRL are încheiate acorduri de subcontractare au, la rândul lor, alte acorduri încheiate cu verificatorii de proiect. Numai acei doi subcontractanți ar putea determina și controla executarea activităților de verificare a proiectului.

Nefiind în raporturi contractuale cu verificatorii de proiect, ... SRL nu poate, în niciun fel, să solicite acestora să își execute obligațiile contractuale, obligații ce fac parte din obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat, după cum nu ar putea să aibă vreun mecanism contractual de a bloca o eventuală încetare a acordurilor de contractare dintre cei doi subcontractanți și verificatorii de proiect.

Referitor la prețul activităților verificatorilor de proiect, ... SRL precizează că a fost inclus în procentul aferent subcontractanților. O astfel de susținere este însă contrazisă chiar de acordurile de subcontractare depuse în ofertă. În niciunul dintre acordurile de subcontractare încheiate cu (i) și (ii) SRL nu sunt prevăzute activități ce țin de verificarea de proiect.

Pe de altă parte, contestatoarea reclamă că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia CNSC, în ceea ce privește analiza în raport cu cerințele caietului de sarcini, pentru a stabili în mod cert că ofertele aparținând SA și SRL conțin dovezi ale accesului la specialiștii topo-geodezi.

În scopul verificării implicării specialiștilor topo-geodezi în executarea contractului, în cadrul reevaluării, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SA clarificări similare celor privind verificatorii de proiect.

Răspunsurile transmise de ofertant au fost aceleași cu cele referitoare la verificatorii de proiect, în sensul trimiterii la declarația de disponibilitate și la angajamentul de participare, cu confirmarea că au fost depuse: lista de experți desemnați, documentele care atestă calitatea acestora etc. De asemenea, ofertantul susține aceeași teorie

privind echivalența dintre documentele depuse și o promisiune de a contracta sau ofertă irevocabilă privind încheierea contractului.

Concluzia comisiei de evaluare a fost în sensul concludenței răspunsurilor de clarificare și a confirmării îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă a procedat în mod similar și în cazul ofertei depuse de SRL, solicitând clarificări privind precizarea legăturilor contractuale dintre experții topo-geodezi și ofertant, dovada acestor legături contractuale, modalitatea efectivă de implicare a experților și, totodată, cheltuielile asociate cu intervenția personalului de specialitate.

Deși SRL nu a nominalizat, inițial, un astfel de expert, în cadrul reevaluării, la solicitarea autorității contractante, ofertantul răspunde că acesta este asigurat prin subcontractorul Ca și în cazul verificatorilor de proiect, trebuie observat și reținut că acordul de subcontractare încheiat cu nu conține nicio activitate referitoare la expertiza topo-geodeză.

Prin urmare, orice noi înscrisuri depuse odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări din cadrul reevaluării sunt înscrisuri pro causa, de completare a ofertei inițial depuse.

Cât privește costurile asociate cu activitatea expertului topo-geodez, ... SRL susține, de asemenea, că acestea sunt incluse în procentul serviciilor subcontractate Or, în condițiile în care, în oferta sa, ... SRL nu a avut în vedere și nu a nominalizat niciun astfel de expert, comisia de evaluare a acceptat, în mod nelegal, susținerile ofertantului privind includerea costurilor în procentul de subcontractare. Or, oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului. Astfel, prețul nu este un element pur formal al ofertei, ci reprezintă un element esențial al propunerii financiare, a cărei realitate și sustenabilitate trebuia verificată de comisia de evaluare.

Concluzionând, contestatoarea arată că nici SA și nici SRL nu au declarat subcontractanți specializați ca verificatori de proiect. Într-o manieră superficială, ... SA susține că, dacă va încheia contractul de achiziție publică, va încheia și contracte de prestări servicii cu verificatorii de proiect, în timp ce SRL pretinde că aceștia sunt implicați prin efectul acordurilor de subcontractare, încheiate cu operatorii economici care vor realiza proiectarea (deși obiectul acordurilor de subcontractare nu includ serviciile de verificare a proiectului), iar la nivel pur declarativ, susține că nu ar exista nicio potențială situație de incompatibilitate între proiectant și verificatorii de proiect.

Corelativ obligației de a declara verificatorii de proiect ca subcontractanți, ofertanților le revenea și obligația cotării corespunzătoare a costurilor implicate de această activitate. Cei doi

ofertanți nu au procedat în acest mod, iar autoritatea contractantă nu a verificat acest detaliu decât în cazul ofertantului SRL.

Jurisprudența este incontestabilă, sub aspectul obligației de a declara verificatorii de proiect ca subcontractanți, iar în acest sens, contestatoarea invocă doar unele dintre deciziile de practică relevante (decizia Consiliului nr. 2370/C5/2469/29.08.2018; decizia civilă nr. 3605/22.06.2018, pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 287/57/2018, prin care s-a admis plângerea formulată împotriva deciziei CNSC nr. 1203/C10/919/08.05.2018; decizia Consiliului nr. 890/C3/788/29.04.2021).

Contestatoarea mai reclamă și faptul că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia CNSC în ceea ce privește verificarea informațiilor din oferta depusă de SA, privind identificarea facilităților pentru perioada de mentenanță, angajamentele producătorilor în acest sens, durata de viață.

Conform deciziei CNSC, autoritatea contractantă avea obligația să evalueze, conform condițiilor din documentația de atribuire și prevederilor art. 131 alin. (4) din HG nr. 395/2016, în mod complet, conținutul răspunsului din 14.06.2021, cu atât mai mult cu cât solicitase, explicit, relații privind condițiile de după perioada de garanție și angajamentele producătorilor.

În cadrul reevaluării, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SA clarificări suplimentare, respectiv identificarea facilităților de mentenanță, a angajamentelor producătorilor și a duratei de viață, conform Formularului 11. Așadar, chiar autoritatea contractantă solicită angajamente emanând de la producător, însă acceptă declarații pe proprie răspundere emise de furnizor, respectiv SA. Or, faptul că SA nu este producătorul echipamentelor rezultă din chiar declarațiile acestuia, care fac referire la „echipamentele furnizate”, iar nu la produse.

În opinia contestatoarei, solicitarea unor clarificări suplimentare, după ce, în prealabil, solicitase clarificări pe același subiect, încalcă principiul tratamentului egal și este de natură a dezavantaja ceilalți ofertanți. Practic, procedând la o nouă solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a creat toate premisele pentru ca oferta SA să fie completată și, astfel, declarată conformă, deși subzistau motive de neconformitate a ei, decizia Consiliului fiind suficient de clară, sub acest aspect.

Cu toate acestea, comisia de evaluare a solicitat clarificări, din nou, iar ofertantul a răspuns, făcând trimitere la oferta tehnică și la răspunsul de clarificare nr. 2427/11.06.2021. Mai precizează ofertantul că, pentru reconfirmare, transmite informații în legătură cu echipamentele incluse în lucrări după expirarea perioadei de garanție oferite de SA, prezintă măsurile pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție

și fișe tehnice pentru echipamentele CBRNe și pirotehnic pozițiile 109-151.

Decizia autorității contractante de a accepta clarificările primite, considerând răspunsurile concludente, respectiv cerințele din caietul de sarcini îndeplinite, este însă nelegală, în condițiile în care a permis completarea ofertei prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Dincolo de acest aspect, autoritatea contractantă a acceptat simple declarații pe propria răspundere emanând de la SA, care este doar un furnizor al echipamentelor în discuție. Activitatea de mentenanță a obiectivului și dotărilor nu este stabilită în sarcina SA (conform acordului de subcontractare încheiat între acesta și ofertantul declarat câștigător).

În mod evident, angajamentele date de SA nu îndeplinesc condițiile necesare pentru a putea fi acceptate ca demonstrând îndeplinirea cerințelor și, cu atât mai puțin, nu pot susține concludența răspunsurilor de clarificare.

Astfel, contestatoarea subliniază că aceste angajamente: (i) sunt emise condiționat de alte raporturi comerciale, pe care SA le are cu producătorii; (ii) reprezintă documente noi, care nu existau în oferta inițială și (iii) emană de la un furnizor, iar nu de la producătorul echipamentelor.

Mai mult, nu trebuie omis din vedere faptul că în plângerea respinsă prin Hotărârea nr. 270 din 08.02.2022, pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 7882/2/2021, ... SA a susținut că SA este și producătorul și furnizorul echipamentelor speciale.

Afirmația aceasta nu este însă corespunzătoare realității, întrucât SA nu poate asigura dotările, din cauza naturii speciale a acestora, care impune deținerea unor autorizații/atestare speciale pentru comercializarea și asigurarea lor.

Astfel, subcontractorul deține autorizație ANCEX - emisă de Agenția Națională de Control a Exporturilor, dar nu și pentru comercializarea unor dotări precum pistoale, muniție, disruptor. Astfel, autorizația ANCEX deținută nu se referă și la ML14.

În plus, este relevant și documentul de acreditare pentru producție și comercializare, emis de Organismul Militar de Certificare, Acreditare și Supraveghere pentru SA (disponibil pe website-ul acestui operator economic și anexat prezentei).

Astfel, ... SA nu poate asigura furnizarea echipamentelor solicitate prin documentația de atribuire, întrucât nu este producător. În mod corelativ, ... SA nu poate asigura nici mentenanța și nici garanția solicitate expres (prin formularul nr. 11 - formular-cadru Propunere Tehnică).

Totodată, apreciind că, sub pretinsa necesitate de a clarifica oferta depusă de SA, autoritatea contractantă a acceptat completarea ofertei prin solicitări de clarificări repetate, contestatoarea susține și

faptul că autoritatea contractantă a aplicat discreționar decizia CNSC și în ceea ce privește analiza limitelor în care a fost acceptată modificarea ofertei SA prin răspunsul de clarificare referitor la scările de acces circulare (Clădirea A5 și câmpul 1 și câmpul 2 acoperire la cota de 4m cu structură ușoară Clădirea A4).

În cadrul reevaluării întreprinse de autoritatea contractantă, în scopul punerii în aplicare a deciziei CNSC, comisia de evaluare consemnează că a reanalizat răspunsul nr. 162345/14.06.2021 transmis de SA și, drept urmare, constată că modificările aduse de ofertant prin detalierea modalității de construcție, prin transmitere de documente (ex. schițe orientative) pentru poligonul de antrenament destinat efectivelor de intervenție CBRNe și asociate (A4) și detalierea modalității de construcție, prin transmitere de documente (ex. schițe orientative) pentru casă antrenament model A (A5), se încadrează în categoria abaterilor tehnice minore.

Or, CNSC constatase, referitor la clarificările legate de scările de acces circulare pentru clădirea A5 și câmpul 1 și 2 acoperire la cota de 4m cu structură ușoară la clădirea A4, că răspunsul la solicitarea de clarificare a condus la o modificare a propunerii tehnice depuse, în sensul completării ei. Cu toate acestea, era de competența autorității contractante să analizeze dacă această modificare s-a realizat în limitele de acceptare a ei, stabilite la art. 134 alin. (7) lit. b) din HG nr 395/2016.

Or, modificările aduse de ofertant, prin răspunsul de clarificare nr. 162345/14.06.2021, nu sunt doar simple abateri tehnice minore, ci completări substanțiale ale ofertei, în scopul demonstrării îndeplinirii cerințelor expres solicitate prin caietul de sarcini (pag. 2-14) cu privire la caracteristicile tehnice solicitate de achizitor pentru construcțiile componente și sistemele aferente centrului de pregătire.

Dincolo de acest aspect, clarificările transmise de SA prezintă un scenariu referitor la scările de acces circulare, imposibil de aplicat, din punct de vedere tehnic. Astfel, nu se poate respecta scenariul de antrenament, în condițiile în care, în partea stângă sus, participanții nu pot coborî și urca de la parter la etaj prin două locații, respectiv nu pot urca printr-o parte și să coboare pe o altă parte. Scenariul de antrenament este impus prin documentația de atribuire, Prin urmare, orice soluție alternativă, transmisă de ofertant, încalcă cerințele caietului de sarcini și nu poate fi, în niciun caz, acceptată.

Nu în ultimul rând, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu a aplicat decizia CNSC în ceea ce privește reevaluarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară în proiectare a ofertantului declarat câștigător.

Una dintre principalele critici admise prin decizia CNSC, menținută prin Hotărârea nr. 270 din 08.02.2022 pronunțată de Curtea de Apel, în dosarul nr. 7882/2/2021, a fost cea referitoare la

neîndeplinirea de către oferta depusă de SA a cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară în servicii de proiectare.

Deși avea obligația reevaluării ofertei SA conform deciziei CNSC, autoritatea contractantă nu a întreprins absolut nicio reevaluare, neexistând nicio mențiune referitoare la reanalizarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară în proiectare.

În absența verificării îndeplinirii cerinței privind experiența similară în proiectare, reevaluarea întreprinsă de autoritatea contractantă este semnificativ viciată.

Contestatoarea susține că, în fapt, ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește cerința de experiență similară referitoare la activitatea de proiectare și niciunul dintre membrii asocierii nu deține experiența relevantă în furnizarea acestor servicii.

Considerând că decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SA, respectiv admisibilă oferta depusă de SRL este nelegală, superficială, luată în mod discreționar și cu exces de putere, contestatoarea solicită, corelativ cerinței de constatare a inacceptabilității și neconformității acestor oferte, atribuirea contractului către societatea sa, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (10) teza a II-a din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 59712/02.03.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 11274/03.03.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația înaintată de SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Pe de o parte, autoritatea contractantă solicită respingerea susținerilor contestatoarei potrivit cărora nu ar fi pus în aplicare decizia CNSC, în ceea ce privește verificarea corectitudinii raporturilor contractuale ale verificatorilor de proiect cu angajatorii/beneficiarii serviciilor lor, pentru a se stabili dacă au fost încălcate regulile specifice de ofertare și/sau derulare a activității lor, precizând că procesul de reevaluare s-a derulat conform dispozițiilor deciziei CNSC nr. 2594/C3/2699 și în strictă conformitate cu prevederile/solicitările din caietul de sarcini (pag. 15-19) și din anunțul de participare.

Cu privire la verificatorii de proiect, s-au solicitat următoarele clarificări:

1. de la asocieria SA - SRL (cu adresa nr. 321116 din 17.12.2021):

- precizarea legăturii contractuale a verificatorilor de proiect cu ofertantul/grupul de ofertanți, adică, dacă se bazează pe contracte de prestare a serviciilor în favoarea unui operator economic parte a grupului sau dacă sunt în schema de personal a acestora;

- prezentarea dovezii relațiilor contractuale dintre ofertant/ grupul de ofertanți cu verificatorii de proiect în conformitate cu dispozițiile din decizia CNSC;

- clarificarea modalității efective de implicare a persoanelor propuse ca verificator de proiect prin raportare la prevederile Legii nr. 98/2016 referitor la posibilitățile de implicare în executarea unui contract de achiziție publică (sau a unor părți din acesta);

2. de la SRL (adresa nr. 321119 din 17.12.2021):

- precizarea legăturii contractuale a verificatorilor de proiect cu ofertantul/grupul de ofertanți, adică, dacă se bazează pe contracte de prestare a serviciilor în favoarea unui operator economic parte a grupului sau dacă sunt în schema de personal a acestora;

- prezentarea dovezii relațiilor contractuale dintre ofertant/ grupul de ofertanți cu verificatorii de proiect în conformitate cu dispozițiile din decizia CNSC;

- clarificarea modalității efective de implicare a persoanelor propuse ca verificator de proiect prin raportare la prevederile Legii nr. 98/2016 referitor la posibilitățile de implicare în executarea unui contract de achiziție publică (sau a unor părți din acesta);

- precizarea de către ofertant a momentului intervenției verificatorilor de proiect în execuția contractului, precum și a includerii în echipă, a cheltuielilor asociate acestor intervenții ale personalului de specialitate.

Preliminar, autoritatea contractantă arată că cerințele din caietul de sarcini, cu privire la verificatorii de proiect, au fost în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (4) din Instrucțiunea 1/2017, având următoarea formă:

Ofertanții aveau obligația, conform prevederilor de la pag 18-19 din caietul de sarcini:

> de a descrie în propunerea tehnică

- *momentul în care verificatorii de proiect vor interveni în implementarea viitorului contract;*

- *modul în care ofertantul și-a asigurat accesul la serviciile verificatorilor de proiect;*

- *prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză;*

- *prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor;*

> de a prezenta la solicitare, pe parcursul derulării contractului

- *nominalizarea personalului și*

- *prezentarea de documente precum autorizația/atestatul.*

Astfel, prin documentația de atribuire, și contrar susținerilor contestatoarei:

> nu s-a impus nominalizarea personalului care va activa ca verificator de proiect, aceasta urmând a fi făcută la solicitarea autorității

contractante pe parcursul derulării contractului, excepție: situația în care verificatorii de proiect sunt asigurați din resurse proprii;

- > nu s-a impus prezentarea contractelor încheiate cu verificatorii de proiecte/prezentarea dovezii relațiilor contractuale, ci doar descrierea viitoarelor angajamente contractuale;

- > s-a dat posibilitatea prestării serviciului de verificare proiect prin externalizare, deci prin apelarea la un furnizor de servicii în sensul art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, fiind suficientă descrierea aranjamentului contractual care va fi încheiat;

- > nu s-a solicitat prezentarea de documente pentru verificatorii de proiect, acestea urmând a fi prezentate la solicitarea autorității contractante pe parcursul derulării contractului.

Analizând conținutul documentelor depuse pentru fiecare dintre persoanele enumerate, precum și mențiunile de la pagina 3 a răspunsului la solicitarea de clarificări, se poate constata că asocierea SA - SRL precizează legătura contractuală pentru verificatorii de proiect, în conformitate cu cerințele din caietul de sarcini. Astfel, ofertantul prezintă descrierea aranjamentelor contractuale, menționând că verificatorii de proiecte nu fac parte din schema de personal a ofertantului, urmând a fi asigurați din surse externe, în baza unor contracte de prestări servicii/contracte de muncă, ce vor fi încheiate cu fiecare persoană în parte.

Suplimentar, autoritatea contractantă evidențiază că, din prevederile ofertei inițiale, pag. 1549 - din tabel, ultima coloană, rezultă descrierea modalității de asigurare a personalului, iar din coroborarea acestei informații cu documentele prezentate la pag. 1871-1899, rezultă că experții verficatori de proiect sunt externi structurii de personal a ofertantului.

Referitor la documentele care dovedesc modalitatea de acces la verificatorii de proiecte, deși prin documentația de atribuire nu s-a solicitat depunerea acestora, comisia de evaluare a analizat documentele prezentate în propunerea tehnică și răspunsurile la solicitările de clarificări cu privire la acest aspect și a constatat că, în propunerea tehnică, sunt prezentate declarația de participare și angajamentul de participare pentru, ..., ..., ..., ...și

Analizând conținutul declarațiilor de disponibilitate și ale angajamentelor de participare depuse pentru fiecare dintre persoanele nominalizate ca verficatori de proiect, precum și mențiunile de la pagina 3 a răspunsului la solicitarea de clarificări, coroborat cu prevederile art. 1279 din Codul civil, comisia a constatat că dovada relației contractuale dintre ofertant și verificatorii de proiect este făcută în conformitate cu prevederile Codului civil, Cartea a V-a Despre Obligații, Titlul II Izvoarele Obligațiilor, Capitolul I Contractul, Secțiunea a 6-a Efectele Contractului, art. 1279 Promisiunea de a contracta, respectiv, prin prezentarea unei varietăți de contracte, denumite declarații de disponibilitate și

angajamente de participare, semnate și asumate de verificatorii de proiect nominalizați. Prin intermediul acestora, verificatorii de proiect se angajează să efectueze serviciile pe toată perioada de la începutul contractului până la finalizarea lui, dacă oferta va fi declarată câștigătoare.

Inclusiv contestatoarea a prezentat aceleași documente (angajament de participare și declarație de disponibilitate) pentru personalul propus.

Privitor la ofertantul SRL, autoritatea contractantă arată că, prin acordurile de subcontractare nr. 7847 din 22.02.2021, încheiat cu SRL și nr. 7849 din 22.09.2021, încheiat cu, se subcontractează prestarea serviciului de proiectare.

Activitatea de verificare a proiectului reprezintă o componentă a serviciului de proiectare, respectiv o resursă a acestei activități, în accepțiunea prevederilor HG nr. 1/2018, care, la Clauza 19 Proiectarea de către Antreprenor, art. 19.2, stabilește că antreprenorul va transmite Supervisorului documentația aferentă proiectului, verificată de către un verficator autorizat, angajat de către Antreprenor, iar la clauza 17.1, se stabilește că, în programul de execute prezentat, activitățile vor avea alocate: resurse necesare proiectării (numărul și specialitățile proiectanților, verficatori autorizați, utilaje, aparate și softuri specifice etc.). Prin urmare, având în vedere cele prezentate, coroborate cu faptul că, în ofertă, au fost prezentați și experți verficatori de proiect, nu era necesar ca, în acordul de subcontractare, să se specifice expres că proiectarea include și prestarea serviciului de verificare proiect.

Directiva nr. 24/2014, precum și prevederile Legii nr. 98/2016 reglementează posibilitatea existenței unui lanț de subcontractare, autoritățile contractante având dreptul de a extinde aplicarea obligațiilor prevăzute la art. 219 din Legea nr. 98/2016 la subcontractanții subcontractanților contractantului sau subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare, drept de care autoritatea contractantă nu a uzat în cadrul prezentei proceduri.

Având în vedere prevederile recitalului 105 din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, autoritatea contractantă a prevăzut, la art. 7.5 din propunerea de contract, că: *Antreprenorul va fi responsabil de acțiunile, abaterile și neglijenta Subcontractanților săi, inclusiv ale subcontractanților acestora de orice nivel, ale agenților sau angajaților lor, ca și cum ar fi acțiunile, abaterile sau neglijenta Antreprenorului, ale agenților sau angajaților săi. Aprobarea de către Beneficiar a subcontractării unei părți din Contract sau a Subcontractantului pentru executarea oricărei părți a Contractului nu-l va exonera pe Antreprenor de nicio obligație care îi revine potrivit prevederilor Contractului.*

Nefondate sunt și criticile privind neincluderea, în prețul ofertat, a serviciilor de verificare. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări,

ofertantul SRL precizează că, în ceea ce privește cheltuielile aferente activităților de verificare de proiect și activități topo și geo, vă rugăm să aveți în vedere: Activitățile ce urmează fi realizate de către verficatorii de proiect/expert topo și geo sunt parte din Acordurile de subcontractare încheiate între și subcontractanții S.R.L. și SRL (iar cheltuielile aferente acestor activități sunt incluse în oferta în procentele din Contractul de achiziție publică ce va fi realizat de către subcontractanții SRL și SRL).

Autoritatea contractantă mai solicită și respingerea susținerilor contestatoarei potrivit cărora nu ar fi pus în aplicare decizia CNSC, pentru a stabili în mod cert că ofertele depuse de SRL și de asocierea SA - SRL conțin dovezi ale accesului la specialiști.

Cu privire la specialistul topo - geodez, ofertanții aveau obligația, conform prevederilor de la pag. 18-19 din caietul de sarcini, de a descrie, în propunerea tehnică, momentul în care specialistul topo-geodez va interveni în implementarea viitorului contract.

Prin raportare la această cerință, comisia de evaluare a reanalizat oferta depusă de asocierea SA - SRL și a constatat că, pentru-hidrogeolog, din mențiunile aferente ultimei coloane a tabelului prezentat la pag. 1549, rezultă descrierea modalității de asigurare a personalului, prin referire la fiecare specialitate, iar din coroborarea acestei informații cu documentele prezentate la pag. 1916 pentru(declarație de disponibilitate, angajament de disponibilitate, diplome, recomandări, cv), rezultă că expertul este extern structurii de personal a ofertantului.

Prin raportare la aceeași cerință, comisia de evaluare a reanalizat și oferta depusă de SRL, precum și răspunsul la solicitarea de clarificări și a stabilit, cu luarea în considerare a faptului că prezentul contract este unul de proiectare și execuție și că nenominalizarea unui expert, pentru care s-a solicitat doar descrierea modului în care ofertantul își va asigura accesul la aceștia, nu poate fi considerată ab initio un motiv de neconformitate a ofertei, că modificarea/completarea operată de ofertant poate fi încadrată în categoria abaterilor tehnice minore, deoarece nu a indus o modificare de preț, nu a schimbat clasamentul ofertanților, nu presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială și nu vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele ei exacte. Calificarea modificării drept abatere tehnică minoră este susținută și de faptul că, prin cerințele formulate, autoritatea contractantă nu a solicitat nominalizarea acestor experți și/sau prezentarea atestatelor și nici prezentarea angajamentelor contractuale, ci doar descrierea modului în care ofertantul își va asigura accesul la aceștia.

Privitor la criticile invocate de contestatoare, în susținerea ideii că reevaluarea ofertelor SRL și asocierea SA - SRL s-a făcut într-o manieră nelegală, sub aspectul nedemonstrării posibilității de a

realiza, în mod legal, activități ce fac parte din obiectul contractului, autoritatea contractantă arată că jurisprudența CNSC cu privire la calitatea de subcontractori ai verificatorilor de proiecte, amintită de contestatoare, nu este relevantă în speță.

Mai exact, din modul de formulare a cerințelor pentru verificatorii de proiect, s-a dat posibilitatea prestării serviciului de verificare proiect prin externalizare, fără a se distinge cu privire la modalitatea de externalizare, fiind permisă, deci, inclusiv apelarea la un furnizor de servicii în sensul art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, cu condiția descrierii aranjamentului contractual care va fi încheiat. Astfel, inclusiv prin utilizarea sintagmei aranjament contractual, reiese faptul că acesta poate fi de orice natură juridică permisă de Codul civil. Raționamentul este justificat și de faptul că activitatea de verificare de proiect este considerată o resursă a activității de proiectare, activitate ce a fost subcontractată de ambii ofertanți în discuție. Mai mult, autoritatea contractantă nu a solicitat furnizarea de informații pentru subcontractanții subcontractanților contractantului sau pentru subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare.

Nu s-a solicitat prezentarea de documente pentru verificatorii de proiect, acestea urmând a fi prezentate la solicitarea autorității contractante pe parcursul derulării contractului

Nu s-a impus nominalizarea personalului care va activa ca verificator de proiect, aceasta urmând a fi făcută la solicitarea autorității contractante pe parcursul derulării contractului, excepție: situația în care verificatorii de proiect sunt asigurați din resurse proprii.

Nu s-a impus prezentarea contractelor încheiate cu verificatorii de proiecte/prezentarea dovezii relațiilor contractuale, ci doar descrierea viitoarelor angajamente contractuale.

Autoritatea contractantă mai precizează că nu a impus nici ca ofertanții să declare ca subcontractori toți participanții la realizarea obiectului contractului, iar în lipsa declarării acestora ca subcontractori oferta devine și inacceptabilă, ci a lăsat ofertanților posibilitatea de a-și exercita toate pârghiile asigurate de legislație în favoarea lor, respectând prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016 și acordând operatorilor economici dreptul de a participa la procedură în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/ subcontractant. Subcontractanții propuși vor fi precizați doar dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei.

De asemenea, s-a menținut dreptul ca anumite activități să fie furnizate/executate de furnizori în sensul art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, față de critica contestatoarei potrivit căreia nu ar fi verificat informațiile din oferta asocierii SA - SRL privind identificarea facilităților pentru perioada de mentenanță, angajamentele

producătorilor în acest sens, durata de viață, autoritatea contractantă precizează că a decis că este necesară o solicitare de clarificări în acest sens. Comisia de evaluare a reevaluat și răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 2427/11.06.2021, unde au fost identificate facilitățile pentru perioada de mentenanță, în garanție și postgaranție, a angajamentului producătorilor, a duratei de viață a echipamentelor, precum și documentele depuse de asociere. Documentele prezentate în propunerea tehnică și răspunsurile la solicitările de clarificări au fost considerate concludente.

Totodată, autoritatea contractantă arată că, potrivit dispozițiilor CNSC, a reanalizat răspunsul asocierii SA - SRL nr. 162345 din data de 14.06.2021, referitor la scările de acces circulare (Clădirea A5) și câmpul 1 și câmpul 2, și a considerat că modificarea operată de ofertant reprezintă o abatere tehnică minoră, deoarece, în speță, nu devin incidente prevederile art. 134 alin (9) litera b) din HG nr. 395/2016.

Față de susținerile contestatoarei, potrivit căroră, experiența similară în prestarea de servicii de proiectare a asocierii SA - SRL nu putea fi dovedită prin prezentarea unui contract în care acesta a avut calitatea de asociat responsabil cu prestarea serviciilor de proiectare dacă ar fi subcontractat prestarea acestora, autoritatea contractantă arată că, din documentele furnizate de asociere (recomandare nr. 523/US/03.10.2019, emisă de Compania Națională de Investiții, coroborată cu acordul de asociere nr. 1123/02.05.2018) rezultă foarte clar că, în ceea ce privește contractul nr. 167/18.07.2018, ... SA a prestat lucrări de proiectare și execuție conform caietului de sarcini - parțial 60% din lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică, iar ceilalți asociați doar lucrări de execuție.

Prin urmare, din moment ce în acordul de asociere nr. 1123/02.05.2018, prestarea serviciilor de proiectare nu este menționată ca activitate în sarcina altor asociați, ci doar în sarcina societății SA, informațiile prezentate sunt suficiente pentru a stabili că serviciile de proiectare, în valoare de 5.400.000 lei fără TVA, au fost în integralitate prestate de aceasta.

Acest raționament este în concordanță cu mențiunile din Instrucțiunea ANAP 2/2017, pag. 14/15, Nota 2, punctul A, subpunctul A.1.

Dacă, ipotetic, aceste servicii ar fi fost subcontractate pe parcursul executării contractului nr. 167/18.07.2018 de către SA, cerința privind experiența similară se consideră îndeplinită conform prevederilor art. 14 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2 - pag. 14, și anume prin luarea în calcul a întregii valori a contractului în care ofertantul SA a avut calitatea de antreprenor (5.400.000 lei), indiferent dacă au fost nominalizați subcontractori, motivat de faptul că antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză.

Cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertantului SA, comisia de evaluare a constatat că acesta este autorizat să presteze servicii de inginerie și arhitectură și prin urmare, servicii de proiectare.

De asemenea, referitor la modalitatea de evaluare a îndeplinirii cerințelor de calificare în cazul unei asocieri, autoritatea contractantă menționează că nu a impus, prin documentația de atribuire, cerințe formulate conform art. 31 alin. (3) din HG 395/2016 și nici conform art. 54 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016. Prin urmare, cerința poate fi îndeplinită de oricare membru al asocierii, individual sau prin cumul, în conformitate cu prevederile art. 14 din Instrucțiunea nr. 2/2017.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 12115/08.03.2022, ... SA (lider al asocierii SA - SRL) a transmis o cerere de intervenție, prin care a solicitat admiterea ei, respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulate de SRL, în ceea ce privește oferta sa, menținerea tuturor actelor emise de către autoritatea contractantă cu ocazia reevaluării ofertei sale, ca fiind temeinice și legale, precum și menținerea, ca temeinic și legal a rezultatului procedurii, prin care oferta depusă de intervenient a fost declarată câștigătoare.

Încă de la început, intervenienta subliniază faptul că nu înțelege să invoce excepția lipsei interesului raportat la momentul inițial al contestării de către SRL (ofertantul clasat pe locul III) al ambelor oferte clasate pe poziții superioare (..... - locul II, oferta SA - locul I), însă aduce în discuție necesitatea soluționării cu prioritate a criticilor formulate față de ofertantul clasat pe locul II, urmând ca, raportat la soluția Consiliului față de pertinența și temeinicia acestora, să se aprecieze cu privire la interesul contestatoarei în ceea ce privește criticarea ofertei sale.

In concreto, constatarea de către CNSC a caracterului admisibil al ofertantului clasat pe locul II ar conduce la imposibilitatea certă a ofertantului clasat pe o poziție inferioară de a accede la câștigarea prezentei proceduri, echivalând cu lipsa interesului, astfel cum acesta este definit de art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, precum și de art. 32 și art. 33 din Codul de procedură civilă.

În continuare, intervenienta răspunde criticilor contestatoarei ce vizează oferta sa.

Astfel, referitor la critica privind *verificarea corectitudinii raporturilor contractuale ale verificatorilor de proiect cu angajatorii/beneficiarii serviciilor lor pentru se stabili dacă au fost încălcate regulile specifice de ofertare și/sau derulare a activității lor*, intervenienta arată că acestea sunt, pe de o parte, vădit neîntemeiate, iar, pe de altă parte, exced documentației de atribuire și cerințelor acesteia.

În plus, contestatoarea a înțeles să reia mare parte din argumentele pe care le-a invocat în prima etapă procesuală, argumente ce au fost respinse de CNSC, iar decizia nu a fost atacată de SRL, sens în care se impune înlăturarea acestor critici ca fiind tardive, intrate în puterea de lucru judecat, respectiv respinse ca neîntemeiate.

În acest sens, intervenienta precizează că, în cursul zilei de 07.03.2022, a fost comunicată Decizia civilă nr. 270/08.02.2022, pronunțată în dosarul nr. 7882/2/2021, în cadrul căreia se menționează în mod expres următoarele:

- *prin urmare nu a fost reținută neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, întrucât SA, asociat și în prezenta procedură de atribuire, ca de altfel și membru al asocierii care a realizat contractul - fila 48;*

- *impune condiția ca autoritatea contractantă să se asigure că într-adevăr acest din urmă membru poate beneficia efectiv pentru realizarea activității de proiectare (pentru care a fost invocată această experiență similară în proiectare) de experiența similară a celui alt membru al asocierii în cauză, experiență invocată prin raportare la resursele care ar putea fi disponibilizate efectiv în interesul autorității contractante - fila 49;*

- *în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar asociatul responsabil cu serviciile de proiectare (..... SRL), la rândul său, a subcontractat serviciile de întocmire a proiectului tehnic, însă, deși toate aceste informații au fost puse la dispoziția autorității contractante, încă din momentul prezentării DUAЕ, în care se menționează calitățile operatorilor economici din respectivul grup de ofertare, totuși aceste indicii privitoare la nevoia de evaluare a potențialului tehnic și organizatoric de prestare a serviciilor de proiectare nu au fost apreciate de achizitor la nivelul real - fila 52;*

- *referitor la critica vizând efectele invocării ca și experiență similară în privința activității de proiectare prin prisma obiectivului „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului, aferent obiectivului-Stadion Steaua” și a documentelor atașate ofertei în privința susținerii acestei experiențe similare pentru SA, ca membru al asocierii care a executat contractul invocat astfel, Curtea reține că, prin Decizia CNSC nu a fost reținută ca întemeiată această critică invocată prin contestația dedusă judecății, astfel încât, în măsura în care intimata contestatoare nu a formulat plângere împotriva deciziei CNSC, această parte a deciziei este definitivă — fila 53;*

- *Referitor la aceleași critici, Curtea constată că în mod judicios CNSC a apreciat că, deși ofertantul ar fi prezentat pentru această parte a ofertei declarații de disponibilitate și angajamente de participare, pentru demonstrarea îndeplinirii acestei cerințe din documentația de atribuire se impunea și descrierea modului în care aceste resurse vor fi implicate*

efectiv în desfășurarea contractului, atât pentru respectarea cerințelor din documentația de atribuire, cât și a dispozițiilor legale menționate anterior, deopotrivă incidente prezentei proceduri de atribuire - fila 54;

- Prin urmare, referirile la SA au fost în sensul că trimiterile contestatoarei la calitatea incertă deținută de SA, de furnizor/subcontractant/producător, mai ales, în relație cu furnizarea diverselor echipamente tehnologice, dar și de dotare specifică (precum, armament de antrenament) reflectă nu o neconformitate vădită a ofertei, ci o analiză incompletă a ei, în condițiile în care informațiile privind posibilitatea legală de comercializare a armamentului în discuție nu au fost solicitate la momentul evaluării ofertei, fiind evocate numai în fața Consiliului, ca apărare a intervenientei - fila 55;

- în plus, prin decizia CNSC s-a constatat că, în fapt, propunerea tehnică conținea fișe tehnice ale acestora, iar prin răspunsul de clarificare, autoritatea contractantă a primit fișe tehnice cu conținut similar, care nu au condus la o modificare evidentă a ofertei, prin urmare critica privind susținerea din contestația adresată CNSC a fost înlăturată sub acest aspect, iar combaterea acesteia în cadrul plângerii este lipsită de utilitate practică - fila 55.

Pe cale de consecință, argumentele SRL reprezintă reluarea unor aspecte care deja au fost soluționate de CNSC și instanța de judecată, neputându-se obține o nouă judecată în privința acestora, ... SRL optând să nu promoveze plângere împotriva deciziei CNSC, asumându-și măsura respingerii acestor criticii și a tuturor consecințelor ce decurg din aceasta.

Prin urmare, se poate observa lipsa de temeinicie a afirmațiilor contestatoarei, care contravin prevederilor deciziei CNSC și Curții de Apel, impunându-se respingerea acestora ca neîntemeiate. Mai mult, nici CNSC și nici instanța de judecată nu au stabilit ca reevaluarea să se realizeze prin solicitarea de clarificări cu privire la oferta SA, fiind suficientă simpla analiză și asumare de către autoritatea contractantă a îndeplinirii de către aceasta din urmă a cerințelor documentației de atribuire. Contrar alegațiilor nefondate ale contestatoarei, niciun moment nu s-a stabilit neconformitatea ofertei SA, ci doar că se impun măsuri suplimentare de verificare a elementelor evidențiate în cadrul deciziei CNSC, astfel cum a fost menținută de către instanța de judecată.

În acest context, intervenienta solicită Consiliului să se raporteze doar la argumentele ce reprezintă critici noi în raport de noile acte emise de către autoritatea contractantă și să înlătore de la soluționarea cauzei criticile care au mai fost invocate în prima etapă procesuală.

Cu toate acestea, pentru claritate, intervenienta înțelege să combată toate argumentele expuse de contestatoare. Astfel, în primul rând, intervenienta subliniază că nici decizia CNSC anterioară, nici documentația de atribuire nu impun nominalizarea, la momentul ofertării, a personalului ce va avea atribuții de verficator de proiect,

astfel cum în mod corect a subliniat inclusiv autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere. De asemenea, în cadrul deciziei CNSC, pusă în executare de autoritatea contractantă în procesul de reevaluare, nu se reține obligația în sarcina SA de a prezenta contractele încheiate cu verifcatorii de proiecte, ci doar descrierea acestora, acesta fiind sensul și scopul cerinței documentației de atribuire.

În cadrul propunerii tehnice prezentate, în documentul „Metodologia de executare a lucrărilor”, ofertantul și-a luat angajamentul de asigurare a tuturor specialiștilor conform Legii nr. 10/1995 și a cerințelor autorității contractante și a prezentat modul de acces la acești specialiști.

În ceea ce privește dovezile relațiilor contractuale dintre SA și verifcatorii de proiecte desemnați, în cadrul ofertei, la filele 1863-1898, au fost depuse documentele aferente desemnării acestor specialiști.

În măsura în care autoritatea contractantă va considera necesar, intervenienta menționează că va depune reconfirmări ale disponibilității acestor persoane de a fi implicați, în calitate de specialiști desemnați, cu mențiunea că, în măsura în care va fi declarată câștigătoare, vor fi încheiate contracte de prestări servicii/contracte de muncă în cadrul proiectului.

În ceea ce privește legătura contractuală a specialiștilor topo-geodezi cu SA, aceasta arată că a depus, în cadrul ofertei, la filele 1815-1816, documentele aferente desemnării lor.

De asemenea, intervenienta indică acordul contractual semnat cu dl. în calitate de specialist topo-geodez, prin care acesta se obligă ca, în cazul în care va fi declarată câștigătoare, să încheie un contract de prestări servicii/contract de muncă în cadrul proiectului. Mai mult, în cadrul ofertei, se regăsește declarația de disponibilitate și angajamentul de participare, prin care specialistul topo-geodez și-a manifestat disponibilitatea în vederea ocupării acestei poziții și s-a obligat ca, în cazul desemnării drept câștigătoare, să desfășoare activitatea specifică pentru specialistul topo-geodez în cadrul contractului de achiziție.

În ceea ce privește dovezile privind relațiile contractuale cu specialistul topo-geodez/personalul de specialitate implicat în activitatea de întocmire a documentațiilor cadastrale și înscrierea în cartea funciară, intervenienta menționează că a depus, în cadrul ofertei, documentele aferente desemnării acestor specialiști.

Pentru dovedirea modului prin care s-a asigurat accesul la serviciile acestor experți, au fost prezentate:

- lista detaliată a acestor experți;
- documente care atestă calitatea acestora (certificate de atestare/legitimații);
- declarații de disponibilitate;
- angajamentele de participare în cadrul acestui proiect.

Experții externi identificați și desemnați în vederea ocupării acestor poziții garantează față de terțe entități participarea viitoare în cadrul unui proiect prin declarația de disponibilitate și, respectiv, angajamentul de participare, documente ce au fost depuse în cadrul ofertei. Din declarațiile de disponibilitate și angajamentele de participare menționate și prezentate pentru toți experții externi din cadrul acestei proceduri rezultă tocmai modalitatea prin care ofertantul s-a asigurat de participarea acestora în cadrul contractului.

Toate aceste elemente ale documentelor solicitate experților externi echivalează, în mod cert, atât cu o promisiune viitoare de a contracta, astfel cum aceasta este definită și reglementată de art. 1279 Cod civil - Promisiunea de a contracta sau, nu mai puțin important, cu o ofertă irevocabilă privind încheierea contractului, astfel cum legiuitorul a reglementat prin art. 1278 raportat la art. 1191 Cod civil.

În consecință, este evident faptul că aranjamentele contractuale indicate în cuprinsul caietului de sarcini pot fi demonstrate și prin alte modalități decât prezentarea unor contracte de servicii semnate, cu atât mai mult cu cât cerința documentației de atribuire a vizat „descrierea” acestora. Astfel, în cazul în care ar fi înlăturate de la evaluarea ofertei aceste declarații ar echivala cu încălcarea prevederilor legale civile generale și o modificare a cerințelor documentației de atribuire în etapa de evaluare a ofertelor, împrejurare ce nu este permisă de prevederile Legii nr. 98/2016.

Referitor la critica privind pretinsa *nedemonstrare a posibilității de a realiza în mod legal, activități ce fac parte din obiectul de activitate*, intervenienta prezintă distincția între obligațiile și interdicțiile verificatorilor de proiecte și libertatea contractuală a ofertanților de a opta între contractele de furnizare/prestări de servicii și, respectiv, de subcontractare.

Așadar, în pofida susținerilor contestatoarei, nicio prevedere legală aplicabilă în domeniul verificării și expertizării tehnice de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor nu impune ca activitatea de verificare tehnică a proiectului și, respectiv, cea de proiectare să fie efectuate de „(...) ofertanți/asociați/subcontractanți diferiți (...)”, ci să nu existe identitate între persoana verificatorului de proiect și cea care a elaborat proiectul: „Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor” (Legea nr. 10/1995).

Concret, verificatorii de proiecte (persoane fizice „(...) autorizate să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor OUG nr. 44/2008 (...)” sau „acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză

tehnică") trebuie să fie diferiți de specialiștii implicați în elaborarea proiectului tehnic, însă această condiție nu implică *ab initio* aceeași incompatibilitate în cazul angajatorilor/colaboratorilor acestora, după cum rezultă în mod evident chiar din cuprinsul caietului de sarcini.

Or, asocierea s-a conformat acestor cerințe, prezentând următorii experți:

A) Specialiști implicați în elaborarea proiectului și a documentațiilor tehnice:

Arhitect cu drept de semnătură (coordonator colectiv proiectare)	Fotache Margareta
Inginer proiectant rezistență, specializarea construcții civile, industriale și agricole	Cortojan Vasile
Inginer proiectant instalații sanitare	Dinu Vladimir
Inginer proiectant specialist în instalații electrice	Niculescu Sorin Eliodor
Inginer proiectant specialist în instalații de instalații electrice	Firta Nicușor
Inginer proiectant instalații termice, ventilații, climatizare	Zissulescu- Ianculescu- Enache Cristian
Inginer proiectant instalații securitate la incendiu	Petean Vlad Cristian
Inginer proiectant instalații curenți slabi	Apostoaie Mihut Vasile
Auditor energetic	Mirea Gheorghe
Specialiști CBRNE	Mărunțelu Nicolae
	Somoghi Vasile
	Arama Florin
Inginer proiectant de drumuri (CFDP)	Nita Daniel
Inginer proiectant rețele edilitare	Roman Valeriu

B) Verificatorii de proiecte:

Expert tehnic atestat A1	iu
Expert tehnic atestat A2	Tanislav Victor Aristica
A1-beton	
A2-structură metalică	iu
Af	
B1	
Cc, Ci	Rusu Gheorghe Constantin

D	
E	Rusu Gheorghe Constantin
F	
Is	
It	Catana Ioana
Ie	

Modalitatea de implicare a acestor experți în cadrul contractului este cea de furnizare/prestare de servicii (modalitate permisă de art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016), acesta fiind motivul pentru care toți acești colaboratori nu au fost nominalizați drept subcontractori în cadrul contractului; pe cale de consecință, în absența acestei calități, nu se pot aprecia ca fiind neîndeplinite obligațiile reglementate de art. 193 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Teza invocată de SRL potrivit căreia singura posibilitate „legală” de a asigura independența verificatorilor de proiecte exclusiv prin subcontractare este una absolut falsă, și nu reprezintă o noutate în materie jurisprudențială (CNSC, Curți de Apel). Spre deosebire de susținerile contestatoarei, practica judiciară în materie (care trebuie analizată în detaliu și cu atenție pentru a identifica concret particularitățile fiecărei spețe asupra căreia s-a pronunțat o decizie a CNSC sau o sentință a unei Curți de Apel) insistă asupra incompatibilității legale (mai sus citată) între persoana verificatorului de proiecte și cea a elaboratorului de proiecte, fiind eronată aplicarea unor interpretări comune tuturor situațiilor și tuturor ofertelor prin care sunt nominalizați acești experți.

Nu poate fi primită nici interpretarea potrivit căreia pretinsa obligativitate de subcontractare ar fi singura modalitate de asigurare a independenței verificatorilor de proiecte față de persoana care asigură elaborarea proiectelor, cu atât mai mult cu cât esența subcontractării are la bază o relație de subordonare, care, sub nicio formă, nu poate garanta independența invocată, sau cel puțin nu mai mult decât un contract de furnizare (astfel cum acesta este permis și reglementat de legislația în materie). După cum în mod judicios s-a reținut în mod constant de către CNSC și instanțele de judecată, nici entitățile contractante, nici ofertanții nu pot impune solicitări/cerințe suplimentare celor din cuprinsul unei documentații de atribuire, numai pentru a declara o anumită ofertă ca fiind neconformă/inacceptabilă. Având în vedere prevederile art. 127 alin. (1) lit. f) și art. 65 alin. (2) din HG nr. 395/2016, analiza ofertelor trebuie făcută pe baza documentației de atribuire, care este obligatorie atât pentru ofertant, cât și pentru autoritatea contractantă.

De altfel, nici CNSC, în decizia anterior pronunțată, nu reține vreun aspect de neconformitate al ofertei SA sub acest aspect, și nici nu reține cu putere de lucru judecat faptul că desemnarea acestor experți și

cooptarea lor în proiect trebuie să se facă sub o anumită formă legală. CNSC reține doar, și îndrumă autoritatea contractantă exclusiv spre analiza modalității de acces a ofertantului la experții desemnați, fapt ce a fost analizat de către autoritate, cu ocazia reevaluării ofertei.

Interpretarea potrivit căreia orice activitate desfășurată de către un anumit expert desemnat în cadrul unei proceduri ar trebui să îmbrace forma subcontractării goleşte efectiv de conținut și de efecte dispozițiile legale referitoare la furnizorul/prestatorul de servicii, conform Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, după cum în mod corect a reținut chiar CNSC în deciziile publicate în BO2018_6705, BO2017_5543 sau BO2018_8189.

În consecință:

- > în cuprinsul documentației de atribuire nu s-a impus colaborarea cu experții verficatori de proiecte exclusiv sub forma subcontractării;

- > reglementările legale cu privire la asigurarea independenței verficatorilor de proiect, raportat la elaboratorii proiectelor (identitatea persoanelor, incompatibilitatea între calitatea de angajat al proiectantului și obligațiile verficatorilor de proiecte, etc) au fost respectate prin contractarea distinctă atât a verficatorilor de proiecte, cât și a proiectanților;

- > sub nicio formă nu se poate interpreta faptul că subcontractarea s-ar impune în cazul colaborării cu verficatorii de proiecte ca unica variantă/modalitate de asigurare a independenței acestora;

- > CNSC nu a reținut cu putere de lucru judecat că se impunea subcontractarea acestor experți.

Limitarea ofertanților la posibilitatea exclusivă de a colabora cu verficatorii de proiecte prin subcontractare este vădit nelegală și netemeinică, cu atât mai mult cu cât obiectul contractului din prezenta procedura vizează proiectarea și execuția de lucrări.

O interpretare diferită ar conduce la interzicerea efectivă a posibilității contractării unor servicii prin contracte de furnizare sau de prestări servicii, impunându-se în mod nelegal obligativitatea subcontractării pentru toate tipurile de activități ce urmează a fi prestate în cadrul unui contract; or, potrivit art. 1.169 Cod civil (libertatea de a contracta): „Părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri”. Reiterând cele mai sus expuse, limitele impuse de lege în cazul de față trebuie să se circumscrie dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. yy) și lit. w) din Legea nr. 98/2016, recunoscându-se dreptul ofertanților de a opta pentru o variantă contractuală (furnizarea/prestarea de servicii) permisă de legea specială.

Referitor la critica privind *identificarea facilităților pentru perioada de mentenanță, angajamentele producătorilor, durata de viață*, intervenienta arată că, în cuprinsul propunerii tehnice, la pag. 880 - 987,

se regăsesc toate fișele tehnice privind dotările și caracteristicile tehnice ale acestora.

Pentru reconfirmarea informațiilor cuprinse în documentele din ofertă și având în vedere solicitarea transmisă de autoritatea contractantă, intervenienta a indicat, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 6166/23.12.2021, informațiile cu privire la echipamentele incluse în lucrare după expirarea perioadei de garanție ofertate de SA și măsurile pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție acordată echipamentelor ofertate de acesta.

..... SA, în calitate de subcontractant al ofertantului, este și producătorul și furnizorul acestor echipamente speciale, astfel încât este legal ca fișele tehnice să fie emise de către aceeași entitate, contrar celor susținute de contestatoare.

Inclusiv din declarația dată de reprezentantul SA, în calitate de subcontractant, rezultă că aceasta se angajează să aplice măsurile necesare pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție, și aceste măsuri constau în: (i) măsuri de remediere a defectelor datorate viciului de execuție; (ii) prevederea modalității de intervenție; (iii) măsuri luate pe perioada de execuție pentru eliminarea apariției defecțiunii; (iv) prevederea termenului de intervenție; (v) durata de remediere a potențialelor defecțiuni; (vi) alocarea resurselor - financiare, materiale, echipamente și personal - în acest sens.

Nu în ultimul rând, ... SA, în calitate de subcontractant, se angajează să asigure piese de schimb pentru produsele furnizate în perioada de garanție și post garanție pe toată durata de viață a echipamentelor, intervenienta indicând în mod concret, sub formă tabelară, măsurile pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție acordată echipamentelor ofertate de SA, echipamente CBRNe și pirotehnic asociat pozițiile 109-151.

De asemenea, având în vedere prevederile art. 19 din Legea nr. 449/2003, rezultă obligativitatea legală a societății SA de a asigura mentenanța și garanția produselor livrate de către aceasta.

Sușinerile contestatoarei sunt total nefondate având în vedere faptul că SA, în calitate de subcontractant, producător și furnizor de echipamente speciale, cu o vastă experiență în producția de produse militare, este înregistrat în registrul potențialilor contractori din industria de apărare.

Nu în ultimul rând, ... SA este autorizat de Ministerul Afacerilor Externe - Departamentul pentru Controlul Exporturilor - ANCEX, Cod înregistrare S 03-030, valabilă până la data de 27.03.2022.

Mai mult, decizia CNSC nu reține vreun aspect de neconformitate sau avantajare a SA cu privire la modalitatea în care s-a efectuat evaluarea ofertei sale sub acest aspect. Dimpotrivă, CNSC reține faptul că „acceptarea acestor clarificări nu a condus la o avantajare a ofertantului, așa cum pretinde contestatoarea, în sensul că nu s-a

modificat propunerea tehnică", sensul deciziei CNSC fiind acela de a indica autorității contractante să evalueze complet răspunsul la solicitarea de clarificări cu privire la condițiile de după perioada de garanție.

Referitor la critica privind *scările de acces circulare (Clădirea A5) și câmpul 1 și câmpul 2 acoperite la cota de 4m cu structură ușoară Clădirea A4)*, intervenienta redă aspectele reținute de CNSC cu ocazia soluționării acestei critici, și anume: „Referitor la clarificările legate de scările de acces circulare, pentru Clădirea A5 și câmpul 1 și 2 acoperite la cota de 4m cu structură ușoară, la Clădirea A4, Consiliul constată că răspunsul la solicitarea de clarificare a condus la o modificare a propunerii tehnice depuse, în sensul completării ei. Cu toate acestea, era de competența autorității contractante (prin comisia de evaluare) să analizeze dacă această modificare s-a realizat în limitele de acceptare a ei, stabilite la art. 134 alin. (7) lit. b) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016 (...) care stabilesc faptul că *Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos: ... b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire*”.

Așadar, este evident faptul că CNSC a stabilit în sarcina comisiei de evaluare o obligație foarte clară cu privire la această critică a contestatoarei, care nu poate fi interpretată *in extenso* pentru a se permite readucerea ei în discuție, cu încălcarea flagrantă a autorității de lucru judecat, ci care vizează exclusiv verificarea aplicabilității în cauză a dispozițiilor alin. (7) ale art. 134 din HG nr. 395/2016.

Raportat la această obligație impusă de CNSC, comisia de evaluare a reanalizat răspunsurile nr. 162.345/14.06.2021 și nr. 144.185/26.05.2021, reținând, în cuprinsul procesului-verbal nr. 318.798/15.12.2021: „(...) modificarea operată de ofertant prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 144.185/26.05.2021 reprezintă o abatere tehnică minoră, deoarece, în speță, nu devin incidente prevederile art. 134 alin. (9) lit. b) din HG nr. 395/2016, în sensul că:

- modificarea nu induce o modificare de preț;
- nu schimbă clasamentul ofertanților;
- nu presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;
- nu vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații”.

În concluzie, autoritatea contractantă a dat curs solicitărilor CNSC din cuprinsul deciziei sale.

Referitor la critica privind pretinsa neîndeplinire a cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară în servicii de proiectare, intervenienta reclamă faptul că SRL intenționat recurge la o confuzie și interpretare eronată a dispozițiilor deciziei CNSC, în încercarea de a susține o pretinsă neconformitate a ofertei. La obiectivul „Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului, aferente obiectivului Stadion Steaua, situat în bulevardul Ghencea nr. 45, incinta cazarmii 1950, sector 6, ...”, ... SA, așa cum reiese (i) din recomandarea nr. 523/US/03.10.2019, emisă de Compania Națională de Investiții, a deținut calitatea de proiectant general și de antreprenor general, coordonând absolut toate specialitățile, (ii) precum și din acordul de asociere încheiat pentru acest obiectiv, de unde rezultă că a avut în atribuții și partea de proiectare a contractului, cerințele privind experiența similară fiind astfel îndeplinite.

În măsura în care s-ar da eficiență interpretării eronate, ar însemna că nu poate fi considerată ca experiență similară nici subcontractarea părții de execuție dintr-un contract similar. Or, o astfel de interpretare ar priva operatorii economici care au deținut calitatea de lideri ai unei asocieri și care au avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză, să folosească experiența obținută în respectivele contracte.

În mod evident că nu se impune clarificarea suplimentară, având în vedere că CNSC a reținut, în mod explicit, că „documentele doveditoare a experienței similare în proiectare prezentate de asocieria de ofertanți desemnată câștigătoare, aparțin, exclusiv, liderului de asociere - SA”.

Concluzionând, intervenienta susține că a îndeplinit în mod corespunzător cerințele imperative ale legii, precum și pe cele din documentația de atribuire, simpla analiză a documentelor depuse de asociere în prezentarea ofertei demonstrează fără putință de tăgadă că declararea ofertei câștigătoare a fost o decizie luată în considerarea dispozițiilor documentației, a prevederilor legale aplicabile, precum și cu respectarea și punerea în aplicare a deciziei CNSC nr. 2594/C3/2699.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 18.12.2020, o licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de „Proiectare și execuție lucrări în cadrul proiectului Dezvoltarea facilităților de pregătire și a capabilităților de intervenție necesare gestionării situațiilor de urgență în domeniul CBRNe și pirotehnic asociat, generate de acte de rea-voință”, ce a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1026973 și a documentației de atribuire.

Împotriva noului rezultat al procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. N40562/10.02.2022, au înaintat contestații SRL și SRL, autori ai ofertelor clasate pe locurile 2 și 3, solicitând

Consiliului (i) (de către SRL) și (ii) anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. N42815/11.02.2022, respectiv anularea raportului procedurii în partea ce privește decizia autorității contractante de a declara admisibile și conforme ofertele depuse de Asocieria - SRL și SRL, precum și anularea oricăror documente/înscrisuri ale comisiei de evaluare care au stat la baza emiterii acestora și obligarea autorității contractante la reevaluarea lor, cu consecința constatării caracterului inacceptabil și neconform al acestora (de către SRL).

Văzând precizarea SRL, de renunțare la contestație, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestator” și va lua act de renunțarea la contestație.

De asemenea, văzând acordul autorității contractante în legătură cu restituirea cauțiunii către SRL, exprimat prin adresa nr. 60497/03.03.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 11415/03.03.2022, cu luarea în considerare a prevederilor art. 611 alin. (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune restituirea, către petentă, a cauțiunii în valoare de 88.000 lei, constituite prin recipisa de consemnare nr. 1/22.02.2022, emisă de Raiffeisen Bank.

Consiliul are în vedere și că liderul asocierii a cărei ofertă este desemnată câștigătoare, ... SA, a formulat cerere de intervenție, susținând decizia autorității contractante vizată de contestație. La analiza de principiu a acestei intervenții, conform prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată că este admisibilă, autoarea ei având interesul menținerii ofertei în competiție, contrar solicitărilor contestatoarei de invalidare a actelor autorității contractante.

În raport cu petitul acesteia, cererea de intervenție urmărind, în principal, menținerea actelor emise de autoritatea contractantă, Consiliul o califică drept intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante.

Preliminar analizei pe fond a cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1/24.02.2022, în valoare de 1.462.810,57 lei, emisă de Raiffeisen Bank.

Consiliul are în vedere faptul că, anterior disputei prezente, împotriva primului rezultat al procedurii, ... SRL a formulat o contestație ce a fost admisă prin Decizia CNSC nr. 2594/C3/2699 din 22.11.2021. Soluția adoptată în cauza precedentă a rămas definitivă, Curtea de Apel respingând plângerea împotriva ei, prin Decizia civilă nr. 270 din 08.02.2022, din dosarul nr. 7882/2/2021. Conform soluțiilor pronunțate în precedent, autoritatea contractantă a fost obligată la continuarea procesului de analiză a ofertelor privind evaluarea propunerilor tehnice ale ofertelor clasate pe primele 3 locuri, dar și a

experienței similare invocate de câștigătorul desemnat al procedurii - Asocierea SA – SRL.

Întrucât intervenienta SA a invocat inadmisibilitatea contestației, Consiliul este ținut a analiza excepția cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Din modul de formulare a motivelor de fapt și de drept, rezultă că autoarea excepției pune în discuție doar o eventuală lipsă de utilitate practică a analizei disputei ce privește propria ofertă, în cazul în care s-ar respinge criticile contestatoarei împotriva modului de analiză a ofertei SRL. Practic, autoarea excepției își apără poziția din clasamentul ofertelor prin invocarea ca, din rațiuni practice, analiza disputei privind evaluarea propriei oferte să fie subsecventă și condiționată de analiza, cu preferință, a situației ofertei clasate pe locul secund.

Or, o eventuală respingere a contestației în privința acesteia din urmă oferte nu poate fi stabilită decât după o analiză pe fond a cauzei, chiar și parțială, conform și cu apărarea intervenientei, dar nu poate echivala cu constatarea inadmisibilității de principiu a contestației. Consiliul are în vedere că, în mod subsidiar, intervenienta accesorie invocă lipsa interesului contestatoarei, în privința situației ofertei câștigătoare, în cazul validării procesului de evaluare a ofertei clasate pe locul 2, adică al respingerii contestației în privința evaluării acesteia.

În fapt, Consiliul este investit la analiza pe fond a criticilor formulate împotriva modului de aplicare a unor obligații ce-i reveneau autorității contractante conform deciziei amintite a instanței, față de primele 3 oferte din clasament.

Prin urmare, respingând excepția de inadmisibilitate a contestației, formulată de intervenientă, Consiliul urmează a face analiza pe fond a disputei.

În mod implicit, Consiliul va face și analiza excepției de lucru judecat și/sau a tardivității unora dintre criticile/motivele de contestare a noului rezultat, așa cum au fost invocate de intervenienta accesorie.

Se constată că autoritatea contractantă, după reevaluarea ofertelor, etapă la care a fost obligată de decizia precedentă a CNSC, definitivă, conform dispozitivului amintitei Decizii a instanței de control judecătoresc, a desemnat câștigătoare, din nou, oferta Asocierii SA – SRL, iar oferta SRL și oferta contestatoarei SRL au ocupat locurile 2 și 3 ale clasamentului. Situația este descrisă în cuprinsul Raportului procedurii nr. 40562 din 10.02.2022.

Prin Decizia nr. 2594/C3/2699 din 22.11.2021 CNSC a dispus: „Admite contestația în partea privind anularea rezultatului procedurii consemnat în raportul procedurii de atribuire, nr. 249899 din 28.09.2021 și în actele prealabile/subsecvente lui, pe care le anulează, sub aspectul stabilirii admisibilității ofertelor clasate pe locurile 1-3 în clasamentul întocmit de autoritatea contractantă, pentru licitația deschisă inițiată pe baza anunțului de participare nr. CN1026973 din 18.12.2020.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de analiză a ofertelor privind evaluarea propunerilor tehnice ale ofertelor clasate pe primele 3 locuri, dar și a experienței similare invocate de câștigătorul desemnat al procedurii - Asocierea SA – SRL, de SRL, în 30 zile de la primirea deciziei, în limitele stabilite prin motivarea de mai sus”.

În a statua asupra respectivei soluții, CNSC reținuse că autoritatea contractantă nu a finalizat procesul de analiză a ofertelor clasate pe primele 3 locuri, în privința unor aspecte comune, dar și a unor aspecte individuale ce țin de experiența similară invocată de asocierea de ofertanți declarată câștigătoare.

Aspectele comune din precedenta cauză au vizat situația ofertei câștigătoare și a ofertei SRL și au privit modul de evaluare a conținutului propunerilor lor tehnice, în legătură cu cerințele autorității contractante de a se prezenta condițiile de implicare în viitorul contract a verficatorilor de proiecte și a specialiștilor topo-geodezi. S-a reținut, în precedenta decizie (paginile 52-54), care sunt obligațiile corelative, ce rezultă din caietul de sarcini, de prezentare a activităților/resurselor și modalităților legale de derulare/implicare a acestora, de către ofertanți: În concordanță cu prevederile explicite ale caietului de sarcini (de exemplu, paginile 18-20, 41 și 46), activitatea de verificare a proiectelor face parte din obiectul viitorului contract de achiziție, fiind detaliat prezentată chiar și regula de ofertare a serviciilor în cauză. De altfel, și în cuprinsul formularelor anexate formularului de ofertă sunt evidențiate distinct aceste servicii – Formular nr. 2 CENTRALIZATOR VALORIC și formular nr. 5 - PROGRAM DE PRESTARE A SERVICIILOR DE PROIECTARE ȘI EXECUȚIE A LUCRĂRILOR.

Astfel, ofertanții aveau obligația indicării modalității explicite de asigurare a lor, dar și a costurilor aferente. Prin caietul de sarcini (pag. 18), autoritatea contractantă a impus ofertanților să descrie modalitatea de intervenție a verficatorilor de proiecte, să prezinte modalitatea de acces la aceștia (resurse proprii sau resurse atrase), cu prezentarea persoanelor în cauză sau a aranjamentelor contractuale necesare externalizării serviciilor, iar nominalizarea acestora și prezentarea autorizațiilor specifice să fie asigurate pe durata viitorului contract.

De asemenea, caietul de sarcini a precizat obligația ofertanților de a ține cont de nevoia de licențiere/autorizare a acelor operatori economici care s-ar implica în activități care reclamă, prin lege, o astfel de autorizare (a se vedea pagina 19): 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.

Or, din conținutul celor 3 oferte, precum și din apărările formulate de intervenientele accesorii și de autoritatea contractantă, rezultă că

aceasta din urmă (prin comisia de evaluare) nu a asigurat o evaluare la nivelul cerințelor propriului caiet de sarcini.

În ofertele amintite sunt documente care reflectă faptul că ofertanții au înțeles nevoia de a deține acces la/indica verificatorii de proiect, în sensul că toate conțin declarații de disponibilitate ale unor persoane care dețin atestate/autorizații de verificator de proiect.

Cu toate acestea, din documentele prezentate, nu rezultă care este legătura contractuală a verificatorilor de proiect cu ofertantul/grupul de ofertanți care a/au transmis autorității contractante ofertele, adică dacă se bazează pe contracte de prestare a serviciilor în favoarea unui operator economic parte a grupului sau/și dacă sunt în schema de personal a acestora (așa cum aceste reguli au fost impuse prin caietul de sarcini).

În oferta desemnată câștigătoare, este prezentată lista verificatorilor de proiecte, dar și documente care atestă calitatea în cauză (certificat de atestare/legitimație), precum și declarații de disponibilitate și angajamente de participare în viitoarea echipă a ofertantului asociat - SRL, adică a operatorului economic care, conform acordului de asociere este responsabil cu partea de proiectare.

.....
În oferta aparținând SRL, sunt prezentate documente similare (declarații de disponibilitate pentru a lucra în echipa SRL și atestate/legitimații), precum și CV și contracte de servicii cu SRL (subcontractant care are în sarcină asigurarea serviciilor de proiectare). Nici în cazul acestora, nu se cunoaște relația pe baza căreia se va desfășura activitatea de verificare de proiecte, în condițiile în care, cel puțin o parte dintre persoanele în cauză sunt angajate ale altor operatori economici.

Revenea autorității contractante, prin comisia de evaluare, obligația de a analiza ofertele (pagina 55 a deciziei precedente): în sensul verificării corectitudinii raporturilor contractuale ale viitorilor verificatori cu angajatorii lor/beneficiarii serviciilor lor, pentru a se stabili dacă au fost încălcate regulile specifice de ofertare și/sau de derulare a activității lor, care nu trebuie să se afle sub riscul unui control direct din partea executantului proiectului/responsabilului cu proiectarea/proiectantului, care să încalce incompatibilitatea reclamată.

În raport cu modul de formulare a criticilor și cu soluția anterioară, rezultă că cererile contestatoarei de constatare a nerespectării prevederilor documentației de atribuire, urmare a procesului de evaluare a ofertelor în discuție, nu sunt nici tardive și nici nu se bucură de puterea lucrului judecat. Prin decizia precedentă, Consiliul a constatat doar lipsa unei evaluări efective a ofertelor și a impus analiza lor, inclusiv a elementelor ce priveau modalitatea de implicare a verificatorilor de proiecte și a personalului cu activități de topo-geodez. Practic,

contestația de față vizează modul de evaluare a acestor elemente, prin punerea în aplicare a obligațiilor din decizia amintită.

În consecință, Consiliul va respinge, ca nefondate, excepțiile de tardivitate și/sau de lucru judecat îndreptate de intervenientă împotriva motivelor de fapt și de drept asociate cererilor contestatoarei de constatare a eronatei evaluări a celor două oferte.

Consiliul constată că, în privința verificatorilor de proiecte, care ar urma să deruleze o activitate explicit impusă prin caietul de sarcini, față de care s-ar prezenta și costuri specifice în ofertă, nici Asocierea SA - SRL și nici SRL nu au prezentat modalitatea clară de implicare a lor, în acord cu legislația specifică, în cazul atribuirii viitorului contract de achiziție publică, ci au prezentat doar documente care atestă numai faptul că există disponibilitatea unor persoane atestate de a lucra în viitorul proiect.

Prin corespondența de clarificare a ofertelor amintite, autoritatea contractantă a solicitat:

1. de la asocierea SA - SRL (cu adresa nr. 321116 din 17.12.2021):

- *Precizarea legăturii contractuale a verificatorilor de proiect cu ofertantul/grupul de ofertanți, adică, dacă se bazează pe contracte de prestare a serviciilor în favoarea unui operator economic parte a grupului sau dacă sunt în schema de personal a acestora;*

- *Prezentarea dovezii relațiilor contractuale dintre ofertant/ grupul de ofertanți cu verificatorii de proiect în conformitate cu dispozițiile din decizia CNSC.*

- *Clarificarea modalității efective de implicare a persoanelor propuse ca vericator de proiect prin raportare la prevederile Legii nr. 98/2016 referitor la posibilitățile de implicare în executarea unui contract de achiziție publică (sau a unor părți din acesta);*

2. de la SRL (cu adresa nr. 321119 din 17.12.2021):

- *Precizarea legăturii contractuale a verificatorilor de proiect cu ofertantul/grupul de ofertanți, adică, dacă se bazează pe contracte de prestare a serviciilor în favoarea unui operator economic parte a grupului sau dacă sunt în schema de personal a acestora;*

- *Prezentarea dovezii relațiilor contractuale dintre ofertant/ grupul de ofertanți cu verificatorii de proiect în conformitate cu dispozițiile din decizia CNSC;*

- *Clarificarea modalității efective de implicare a persoanelor propuse ca vericator de proiect prin raportare la prevederile Legii nr. 98/2016 referitor la posibilitățile de implicare în executarea unui contract de achiziție publică (sau a unor părți din acesta);*

- *Precizarea de către ofertant a momentului intervenției vericatorilor de proiect în execuția contractului, precum și a includerii în echipă, a cheltuielilor asociate acestor intervenții ale personalului de specialitate.*

Consiliul constată că răspunsurile de clarificare primite de autoritatea contractantă nu au concludența necesară stabilirii conformității ofertelor cu caietul de sarcini.

Pe de o parte, răspunsurile de la asocierea SA - SRL (cuprinse în adresa nr. 6166/23.12.2021) enumeră persoanele care ar urma să ocupe poziția de verificatori de proiecte tehnice (pe diferite specialități), dar evocă și existența declarațiilor de disponibilitate existente în ofertă, inclusiv posibilitatea de reînnoire a lor, dar și eventuala încheiere a unor contracte de prestări servicii/contracte de muncă în cadrul proiectului, dacă oferta va fi desemnată câștigătoare.

Pe de altă parte, aceste răspunsuri nu clarifică care ar fi legătura contractuală între verificatorii de proiecte și membrii grupului de ofertanți, deja cunoscuți, pentru a se valida modalitatea de implicare permisă de Legea nr. 98/2016 în executarea acestei părți din obiectul achiziției.

Consiliul constată că răspunsurile în cauză se bazează pe conținutul ofertei, fără alte documente care să le susțină, fără a conduce la o justificare pertinentă, în sensul stabilirii conformității ofertei.

Sușinerile autorității contractante, dar și ale intervenientei, că documentația de atribuire nu ar fi impus ofertanților prezentarea anumitor documente doveditoare, de tipul contractelor care să probeze implicarea verificatorilor de proiecte, sunt lipsite de interes, la acest moment. Prin decizia CNSC precedentă s-a statuat asupra acestei chestiuni, în sensul că nu erau impuse de autoritatea contractantă relațiile contractuale de un anumit fel, dar exista obligația de a se prezenta care este modalitatea efectivă de intervenire în execuția obiectului achiziției a diferiților operatori economici și/sau specialiști absolut necesari.

Angajamentul ofertantului desemnat câștigător că va încheia contracte de prestări servicii/de muncă, în cadrul proiectului, pentru verificatorii de proiect, nu clarifică nici situația lor față de modalitățile de implicare într-o procedură de atribuire și nici situația față de nevoia de a se stabili, cu certitudine, că nu există vreo incompatibilitate interzisă de legislația specifică domeniului de activitate specific.

Practic, confirmarea faptului că aceștia sunt din surse de personal externe oricărui actual operator economic implicat în grupul de ofertanți cunoscut (membrii ai asocierii și/sau subcontractanții), probează că activitățile de verificare a proiectelor tehnice ar urma să fie încredințate unor executanți care nu ar avea nicio răspundere contractuală față de beneficiarul serviciilor lor – autoritatea contractantă.

Mai mult, ambiguitatea relațiilor contractuale, care ar rezulta din contracte de prestări servicii și/sau contracte de muncă, nu poate profita asocierii de ofertanți, nici în raport cu obligațiile din caietul de sarcini, care impunea prezentarea modalității clare, inclusiv, a momentului implicării lor, nici în raport cu regulile de derulare a activității

verificatorilor de proiecte rezultând din prevederile Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate aprobat prin HG nr. 925/1995 (modificată prin HG nr. 742/2018). Conform art. 4 al Regulamentului: *Activitatea verificatorilor de proiecte și/sau a experților tehnici poate fi efectuată numai de către specialiști atestați, care își pot desfășura activitatea în una dintre următoarele forme:*

- *angajat al unei persoane juridice care are prevăzute în statut activități de verificare sau de expertizare tehnică de calitate a proiectelor și a construcțiilor, cu respectarea prevederilor legale;*

- *autorizat, ca persoană fizică, să desfășoare activități în mod independent, conform prevederilor Decretului-lege nr. 54/1990 și ale Hotărârii Guvernului nr. 201/1990 pentru aprobarea normelor de aplicare ale acestuia;*

- *angajat al investitorului, cu contract de muncă sau cu convenție civilă, potrivit legii.*

Din răspunsul de clarificare a ofertei, nu a rezultat care ar fi statutul verificatorilor enumerați, în sensul dacă sunt persoane fizice autorizate, cu activitate independentă sau dacă sunt angajați ai altor entități care au în statut activitatea de verificare. Este exclusă posibilitatea, permisă de regulament, a angajării lor direct de către investitor/autoritate contractantă, conform documentației de atribuire și răspunsului de clarificare.

Din cele două posibilități, reglementate, de implicare (angajat al unei firme cu obiect de activitate sau PFA), coroborate și cu interdicția implicării în activitatea specifică a verificatorilor dacă sunt parte a schemei de personal a executantului de proiecte, rezultă că nu s-ar putea atrage viitorii verificatori pe baza unor contracte de muncă decât în schema unor operatori fără responsabilități în proiectarea directă, dar ofertantul în cauză nu a indicat niciunul, ca făcând parte din grupul de operatori. De asemenea, posibilitatea derulării activității pe baza unui contract de prestări servicii nu este o soluție pretabilă în prezenta procedură de atribuire. Este evident că nu se neagă posibilitatea generală a derulării unor contracte de acest tip în cazul altor beneficiari, însă în cazul procedurii de atribuire, în care autoritatea contractantă a identificat serviciile de verificare a proiectelor tehnice drept obiect al achiziției, este evident că executantul acestora trebuie să aibă calitatea unui operator economic implicat în procedura de atribuire. În contextul dat, invocarea unui drept general de participare a verificatorului de proiect ca furnizor de servicii, în beneficiul contractantului, nu prezintă relevanță în cauză, cu atât mai mult cu cât oferta intervenientei și răspunsurile de clarificare a ei nu au evidențiat care operator economic din grupul de ofertanți ar fi beneficiar al unei astfel de legături contractuale și care evaluator/i ar putea presta servicii în acest mod.

Prin urmare, Consiliul consideră că răspunsurile de clarificare emise de asocieria condusă de intervenienta SA nu sunt concludente, privitor la modalitatea de asigurare a serviciilor de verificare a proiectelor tehnice, prin implicare corectă a personalului autorizat (cerință expresă a caietului de sarcini), iar autoritatea contractantă eronat a stabilit admisibilitatea ofertei, contrar prevederilor art. 134 alin. (5) din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobată prin HG nr. 395/2016: *În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.*

De asemenea, răspunsurile de clarificare emise de SRL (adresa sa nr. 8488/23.12.2021) confirmă nerespectarea în parte a regulilor de ofertare stabilite în decizia precedentă a CNSC. Deși statutul verficatorilor identificați în ofertă/clarificări este concordant cu evocatele prevederi ale art. 4 al regulamentului din domeniu (persoane fizice autorizate/angajați ai unor entități cu obiect de activitate conform), asigurarea acestei părți a obiectului achiziției nu se bazează pe implicarea autorilor în calitate de membri ai grupului de ofertanți din procedură, ci pe calitatea de prestatori de servicii în favoarea subcontractanților ce au responsabilitatea executării serviciilor de proiectare. Se poate remarca faptul că, în răspunsul nr. 1 al adresei în cauză, ... SRL indică faptul că acești verficatori de proiecte ar fi prestatori de servicii, prin răspunsul numărul 3 precizează că au calitatea de furnizori și subcontractanți ai subcontractanților grupului de ofertare.

Or, la analiza conținutului efectiv al acestor înțelegeri contractuale, pentru a se determina obiectul lor, se constată că verficatorii își asumă calitatea de furnizor al unuia dintre subcontractanți. Din conținutul unor documente prezentate odată cu răspunsul de clarificare rezultă și lipsa de fermitate a înțelegerilor contractuale respective, ceea ce explică și absența unor informații de certitudine privitor la valoarea serviciilor de verificare, pe care autoritatea contractantă a pretins-o, prin caietul de sarcini și prin solicitarea de clarificare.

Se remarcă faptul că acordurile de contractare ce ar fi încheiate cu subcontractantul SRL, de verficatorii SRL, ... SRL și SRL, la capitolul *III. CONDIȚIILE COLABORĂRII*, precizează: "toate condițiile comerciale și juridice legate de colaborarea dintre părți vor fi negociate cu buna-credință de către părți, la momentul și sub condiția atribuirii Proiectului... către un alt participant la procedură, decât Ofertantul".

Coroborat și cu faptul că, prin răspunsul de clarificare, se pretinde că "prețul activităților ce vor fi realizate de către verficator a fost inclus în procentul din Contractul de achiziție publică ce urmează a fi executat

de către subcontractant...”, rezultă și nerespectarea cerinței documentației de atribuire (în centralizator valoric aferent formularului de ofertă) de a se releva, distinct, valoarea serviciilor de verificare, nu doar lipsa de fermitate a înțelegerilor pe baza cărora aceste valori ar trebui să fie determinate/determinabile.

Prin urmare, și în cazul ofertei clasate pe locul secund, autoritatea contractantă a apreciat eronat admisibilitatea ei, întrucât răspunsurile de clarificare a aspectelor ce țin de verificatorii de proiecte sunt lipsite de concludența necesară unei astfel de finalități a evaluării.

Cu privire la situația personalului care ar urma să fie implicat în activitățile (topo-geodez) de tipul celor autorizate în temeiul Regulamentului aprobat prin Ordinul ANCPI nr. 107/2010, corespondența de clarificare a ofertelor nu a condus la obținerea acelor informații care erau solicitate prin caietul de sarcini (*Pentru restul experților operatorul economic va descrie în propunerea tehnică modul în care și-a asigurat accesul la serviciile acestora...*).

Prin decizia precedentă (paginile 55-56), Consiliul a stabilit următoarea situație de fapt:

Deși oferta desemnată câștigătoare a indicat în lista de personal și specialistul topo-geodez, iar oferta înaintată de Asociera SRL – – SA (locul 3) a precizat implicarea unui inginer topometrist (nenumit și fără documente de atestare a calității), autoritatea contractantă nu a analizat modalitatea de implicare a acestora, informațiile fiind de același tip cu cele transmise în legătură cu implicarea verificatorilor de proiect, adică persoane care ar fi, aparent, în schema de personal a unuia dintre operatorii economici implicați în grupul de ofertare.

În privința ofertei clasate pe locul 2 (aparținând SRL), Consiliul constată că autoarea ei confirmă (prin propria cerere de intervenție) faptul că nu a nominalizat un astfel de expert.

Or, prin punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă nu neagă absența unor verificări asupra informațiilor de natura celor reclamate de contestatoare, ci pretinde doar faptul că relațiile contractuale minime/suficiente pentru derularea activității specifice pot să aibă la bază un contract de prestări servicii/furnizare, nu o subcontractare, așa cum reclamă contestatoarea.

Consiliul constată că ofertele în cauză nu au fost analizate în raport cu cerințele caietului de sarcini, sus evocate, în sensul stabilirii certe că acestea conțin dovezi ale accesului la specialiști necesari conform cu reglementările din domeniul specific, respectiv Ordinul ANCPI nr. 107/2010 prin care se aprobă Regulamentul privind autorizarea și recunoașterea autorizării persoanelor fizice și juridice în vederea realizării și verificării lucrărilor de specialitate în domeniul cadastrului, geodeziei și cartografiei pe teritoriul României.

Or, urmare a solicitărilor de clarificare, prin corespondențele sus menționate, autoritatea contractantă a cerut ofertantului desemnat câștigător să precizeze tipul legăturii contractuale a personalului indicat în ofertă cu grupul de operatori implicați, iar ofertantului SRL i-a cerut să prezinte informații privind modalitatea de îndeplinire a condiției de a deține specialiștii necesari.

Consiliul reține că răspunsurile de clarificare au fost înaintate pe măsura obiectului întrebărilor, dar fără să aibă valoarea unor informații la nivelul indicat în caietul de sarcini. Se înțelegea, din regulile acestuia, că ofertanții aveau obligația de a descrie modalitatea de acces la acei specialiști ("restul experților") care nu erau expres enumerați în caiet, ca minim necesari, deci prezentarea unor contracte/declarații sau alte angajamente nu poate fi interpretată drept echivalentul unei descrieri a modalității de acces legal la serviciile lor.

Mai mult, prezentarea respectivelor înțelegeri (prin ofertă sau pe calea răspunsului de clarificare) nu probează faptul că emitenții și autoritatea contractantă au înțeles/verificat condițiile de prestare a serviciilor de acest tip, conform cu Regulamentul privind autorizarea și recunoașterea autorizării persoanelor fizice și juridice în vederea realizării și verificării lucrărilor de specialitate în domeniul cadastrului, geodeziei și cartografiei pe teritoriul României, sus amintit.

În concordanță cu prevederile alineatelor (3) și (6) ale articolului 24 din Regulament, o persoană autorizată în domeniu nu poate lucra decât pentru o persoană juridică autorizată sau într-o formă independentă de autorizare/activare: *(3) Persoanele fizice autorizate nu pot executa lucrări de specialitate pe seama și în numele persoanei juridice neautorizate, cu excepția persoanelor fizice autorizate în categoria E, care pot executa lucrări de specialitate pentru unitatea administrativ-teritorială angajatoare - primăria/consiliul local -, unde sunt angajate.*

(6) Persoanele fizice autorizate pot realiza lucrările de specialitate prevăzute de prezentul regulament în calitate de angajat la o instituție publică, la o persoană juridică autorizată și/sau independent, în formele prevăzute de lege.

Astfel, invocarea de către ofertantul desemnat câștigător a posibilității de cooptare a specialistului amintit în schema de personal a grupului de ofertanți nu reprezintă proba că sunt respectate condițiile legale de implicare, sus evocate.

În același timp, transmiterea de către ofertantul clasat pe locul secund - SRL - a unor declarații de disponibilitate aparținând unor persoane ce apar ca fiind reprezentanți ai unor firme care ar îndeplini documentațiile geotehnice și topo-cadastrale, pentru un subcontractant al ofertantului nu probează respectarea amintitei reguli a caietului de sarcini și nici a regulamentului.

Nu se înțelege dacă persoanele cu declarații de disponibilitate în favoarea ofertantului SRL se angajează în nume propriu sau în numele societăților cu care au acord de prestare servicii către subcontractant. De altfel, nu se știe nici dacă societățile în cauză au autorizații specifice, care le-ar conferi drepturile de prestare a serviciilor, rezultând din Regulament: Art. 37. - (1) Persoanele juridice autorizate au următoarele drepturi:

- a) să participe la licitații conform prevederilor legale;*
- b) să încheie convenții de colaborare;*
- c) să acorde consultanță tehnică de specialitate pentru clasa de lucrări în care sunt autorizate;*
- d) să execute lucrări de specialitate și măsurători pentru clasa de lucrări în care sunt autorizate;*
- e) să dețină și să folosească ștampila.*

În mod implicit, deși nu exista obligația expresă a relevării distincte a valorii serviciilor asociate, răspunsul de clarificare emis de SRL că valoarea serviciilor este cuprinsă în procentul de subcontractare trebuia considerat un indiciu în plus al lipsei de concludență în raport cu nevoia de conformare la caietul de sarcini.

Practic, prin răspunsurile de clarificare, ofertanții în cauză nu au prezentat informații concludente, aspect care relevă lipsa de seriozitate a angajamentelor asumate prin oferte, în privința aspectelor sus analizate.

Sunt întemeiate, astfel, criticile formulate de contestatoarea SRL împotriva modului de evaluare și de acceptare a răspunsurilor de clarificare/completare a ofertelor situate pe primele două locuri ale clasamentului.

Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă a solicitat informații de completare/confirmare a datelor din oferta desemnată câștigătoare și în privința facilităților pe care SA trebuia să le obțină de la producătorii diverselor echipamente/dotări, pentru a fi incluse în oferta sa, noile clarificări nu au condus la finalitatea care rezulta din considerentele precedentei decizii (pagina 61):

Prin informațiile și documentele noi, conținute în răspunsul de clarificare din 14.06.2021, ... SA nu a asigurat informații atât de explicite, în sensul că nu se identifică facilitățile pentru perioada de mentenanță, angajamente ale producătorilor în acest sens, durata de viață, iar autoritatea contractantă nu a sesizat aceste lipsuri.

Prin urmare, deși acceptarea acestor clarificări nu a condus la o avantajare a ofertantului, așa cum pretinde contestatoarea, în sensul că nu s-a modificat propunerea tehnică, se impunea ca autoritatea contractantă să evalueze complet conținutul răspunsului, cu atât mai mult cu cât solicitase, explicit, relații privind condițiile de după perioada de garanție și angajamentele producătorilor.

În context, trimiterile contestatoarei la calitatea incertă deținută de SA, de furnizor/subcontractant/producător, mai ales, în relație cu

furnizarea diverselor echipamente tehnologice, dar și de dotare specifică (precum, armament de antrenament) reflectă nu o neconformitate vădită a ofertei, ci o analiză incompletă a ei. Informațiile privind posibilitatea legală de comercializare a armamentului în discuție nu au fost solicitate la momentul evaluării ofertei, fiind evocate numai în fața Consiliului, ca apărare a intervenientei.

Astfel fiind, Consiliul consideră că autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare) nu a asigurat o evaluare completă a ofertei desemnate câștigătoare [...].

Prin noua corespondență de clarificare nu s-au obținut angajamente de la producătorii tuturor dotărilor, pentru facilitățile de după perioada de garanție, fișele tehnice și tabelele de prezentare a caracteristicilor menționând și alți producători decât SA. Declarațiile pe proprie răspundere emise de acest subcontractant (din postura de furnizor) nu pot suplini declarațiile producătorilor, precum etc. care să susțină condițiile mentenanță sau alte foloase de după perioada de garanție a echipamentelor, ce ar rezulta din acceptarea ofertei. De altfel, nici din alte documente (precum fișele tehnice), nu rezultă astfel de facilități din partea producătorilor sau dreptul furnizorului de a angaja producătorii în susținerea lor.

În privința dreptului de comercializare a unor dotări specifice (precum armament de antrenament), autoritatea contractantă nu a solicitat informații de certitudine, așa cum statua decizia CNSC, și nici ofertantul nu a prezentat dovezi ale autorizărilor SA. Astfel, autoritatea contractantă a ignorat o obligație expresă în sarcina, sa.

Cu referire la obligația de a verifica dacă, prin modificarea propunerii tehnice, pe baza clarificărilor precedente, s-au depășit sau nu limitele de acceptare a lor, reglementate prin normele aplicabile în domeniu, se constată că autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare) a statuat, fără nicio justificare, că respectivele modificări ar reprezenta o abatere tehnică minoră. Deși, prin decizia precedentă (pagina 60), Consiliul nu a impus modalitatea de analiză a informațiilor legate de acest aspect (*Referitor la clarificările legate de scările de acces circulare, pentru Clădirea A5 și câmpul 1 și 2 acoperire la cota de 4 m cu structură ușoară, la Clădirea A4, Consiliul constată că răspunsul la solicitarea de clarificare a condus la o modificare a propunerii tehnice depuse, în sensul completării ei. Cu toate acestea, era de competența autorității contractante (prin comisia de evaluare) să analizeze dacă această modificare s-a realizat în limitele de acceptare a ei, stabilite la art. 134 alin. (7) litera b) din Normele de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 925/2016...*), comisia de evaluare nu putea să justifice acceptarea ofertei doar prin copierea textului hotărârii de guvern care reglementează situații de acest tip. Mențiunea că nu ar deveni incidente prevederile art. 134 alin. (9) litera b) din amintitele norme metodologice, fără a se verifica care ar fi condițiile ori efectele tehnice

și/sau valorice ce rezultă din acceptarea ofertei în cauză, adică în forma sa modificată, reprezintă o încălcare evidentă a obligației rezultând din decizia anterioară a Consiliului dar și a obligației rezultând din aplicarea prevederilor art. 133 alin. (1)-(2) din Norme: *(1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.*

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

Și în privința experienței similare a grupului de ofertanți desemnat câștigător se constată nerespectarea deciziei Consiliului, în sensul că autoritatea contractantă (prin comisia de evaluare) nu a analizat modul efectiv de asigurare a experienței similare a executantului serviciilor de proiectare, ci a verificat existența documentelor și a valorilor din care rezultau nivel minim impus prin documentația de atribuire al cerinței minime, dar care sunt emise pe numele operatorului economic care nu va participa efectiv la prestarea serviciilor de proiectare.

În privința acestei cerințe legate de capacitatea tehnică a viitorului executant, este întemeiată susținerea intervenientei că nu se mai poate verifica existența experienței similare în proiectare a asociatului SA, în raport cu documentele prezentate, întrucât instanța a statuat (definitiv) că: "prin Decizia CNSC nu a fost reținută ca întemeiată această critică invocată prin contestația dedusă judecătii, astfel încât [...], această parte a deciziei este definitivă, iar analiza acestor susțineri devine lipsită de utilitate practică" (pagina 53, primul paragraf al Deciziei civile nr. 270/08.02.2022). Astfel, motivul de contestare/critica în cauză nu poate fi analizat/ă, bucurându-se de statutul de lucru judecat disputa privind analiza existenței experienței similare a operatorului economic arătat.

Cu toate acestea, instanța a statuat asupra nevoii de verificare a modalității de asigurare efectivă, și nu aparentă, a resurselor de experiență similară în proiectare, adică modul în care resurse concrete vor fi puse la dispoziția asocierii, care a încredințat activitatea de proiectare unui subcontractant ce nu are o asemenea experiență (paginile 51-52): "revenea autorității contractante obligația de a verifica dacă resursele invocate de asocierea în cauză în această modalitate avea un rol formal sau într-adevăr membrul asocierii care a invocat în cadrul asocierii experiența similară va pune la dispoziția asocierii resurse concrete prin care să fie adus la îndeplinire obiectul contractului, în partea referitoare la proiectare, chiar și în contextul în care celălalt membru al asocierii a propus în cadrul ofertei un subcontractant, pentru îndeplinirea efectivă a acestei activități" [...] urmează ca autoritatea [...] să verifice modul în care și subcontractantul, prin prisma celor analizate și prezenta cauză, se va implica în susținerea capacității tehnice și

profesionale, prin coroborarea documentelor din cadrul ofertei și, eventual, a unor lămuriri suplimentare solicitate ofertantului în cauză”.

Or, autoritatea contractantă nu a solicitat noi informații de clarificare sau completare a celor din ofertă, ci s-a limitat la a ”trece în revistă” documentele primite în precedent, care atestă experiența similară a asociatului SA, fără a se determina condițiile în care aceasta ar putea profita, efectiv, grupului de operatori economici, pentru îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară, în condițiile în care executantul serviciilor viitoare de proiectare nu are capacități de acest fel.

Apărările, de factură teoretică, privind profitul pentru grupurile de ofertanți asigurat de cumulul capacităților lor, în îndeplinirea cerințelor de calificare, nu reflectă maniera în care, în prezenta procedură, se realizează efectiv acest cumul. În fapt, nu se contestă dreptul de asociere a respectivelor capacități, ci efectivitatea punerii lor la dispoziție, așa cum a statuat, în precedent, și instanța de judecată.

În consecință, Consiliul constată că, din documentele analizate de autoritatea contractantă, nu rezultă modalitatea de îndeplinire a cerinței minime de calificare privind experiența similară în servicii de proiectare de către grupul de operatori economici care a înaintat oferta desemnată câștigătoare.

Având în vedere considerentele de mai sus, Consiliul constată că eronat autoritatea contractantă a stabilit asupra conclundenței răspunsurilor de clarificare privind ofertele clasate pe primele două locuri în clasament, puse în discuție, prin prezenta cauză. În același timp, Consiliul constată că nici evaluările bazate pe documentelor din ofertele inițiale, considerate suficiente pentru analiza ofertelor, nu au corespuns cu nevoile efective ale autorității contractante de a se asigura de admisibilitatea lor, dar nici cu obligațiile rezultând din decizia instanței de judecată. Întrucât caracterul inadmisibil al celor două oferte nu ar putea fi înlăturat, pe calea altor etape de clarificare a lor, decât prin încălcarea dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la reluarea procesului de evaluare, în maxim 20 zile, pornind de la această situație a lor.

Prin urmare, Consiliul va admite cererile contestatoarei de anulare a actualului rezultat al procedurii, conținut de raportul procedurii și de adresa de comunicare a lui, ca act subsecvent primului, în privința stabilirii admisibilității ofertelor clasate pe primele două locuri, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

Cât privește capătul de cerere prin care contestatoarea urmărește atribuirea către ea a contractului, Consiliul constată că, din documentele puse la dispoziție nu rezultă că sunt îndeplinite condițiile de excepție prevăzute la alin. (10) al art. 26 din aceeași Lege: *Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea*

contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

În mod implicit, Consiliul va admite contestația SRL în parte, respectiv doar în sensul anulării raportului procedurii de atribuire nr. 40562 din 10.02.2022 și a comunicării nr. 42815 din 11.02.2022, privitor la stabilirea admisibilității ofertelor înaintate de Asociera SA – SRL (desemnată câștigătoare) și de SRL (clasată pe locul 2) și al obligării autorității contractante la continuarea procesului de evaluare, pornind de la absența dovezilor de admisibilitate a lor, inclusiv din cauza lipsei de concludență a răspunsurilor de clarificare transmise.

Raportat la această soluție, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Conexează contestațiile SRL și SRL, formulate în contradictoriu cu, privind rezultatul licitației deschise inițiate pe baza anunțului de participare nr. CN1026973 din 18.12.2020.

Ia act de renunțarea la contestația formulată de SRL.

Admite cererea formulată de către SRL și dispune restituirea către aceasta a cauțiunii, în valoare de 88.000 lei, constituită prin recipisa de consemnare nr. 1/22.02.2022, emisă de Raiffeisen Bank, în contradictoriu cu

Admite în principiu cererea de intervenție accesorie formulată de SA în favoarea autorității contractante.

Respinge excepția de inadmisibilitate a contestației SRL, formulată de intervenientă, ca nefondată.

Admite contestația SRL, în parte. Anulează raportul procedurii de atribuire nr. 40562 din 10.02.2022 și comunicarea nr. 42815 din 11.02.2022, privitor la stabilirea admisibilității ofertelor înaintate de Asociera SA – SRL (desemnată câștigătoare) și de SRL (clasată pe locul 2) și obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de evaluare a lor, în maxim 20 zile, pornind de la situația descrisă în motivarea ce precede.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere prin care contestatoarea SRL urmărește atribuirea către ea a contractului de achiziție publică.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,
....

MEMBRU,
....

MEMBRU,
....