

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 771/06.04.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18251/07.04.2022, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., reprezentată prin administrator ..., împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 5857/31.03.2022 și a raportului procedurii nr. 5855/31.03.2022, documente emise de ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului la obiectivul de investiție Modernizare infrastructură de transport pe traseul”, cod CPV 71322500-6, s-a solicitat:

- *anularea raportului procedurii, a comunicării privind rezultatul procedurii, precum și a tuturor documentelor subsecvente.*

- *obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de Asocieria SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL, declarată câștigătoare a procedurii;*

- *obligarea autorității contractante la elaborarea/emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta Asocierii SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL.

Contestatoarea învederează că oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul doi, autoritatea contractantă cauzându-i grave prejudicii, motiv pentru care apreciază că justifică și dovedește un interes legitim în a formula contestație. În cazul admiterii

criticilor, cu consecința admiterii contestației, oferta sa poate fi declarată câștigătoare a procedurii de achiziție publică.

Pe fondul contestației, aceasta apreciază decizia autorității contractante ca fiind netemeinică și nelegală pentru următoarele considerente:

- Ofertantul clasat pe primul loc, respectiv Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL, cu subcontractanți SC ...SRL și SC ...SRL, nu îndeplinește cerințele impuse prin fișa de date, motiv pentru care apreciază că oferta trebuia respinsă ca neconformă.

Potrivit specificațiilor caietului de sarcini, serviciile solicitate sunt:

Etapă 1 - Expertiza tehnică drumuri și poduri, studii de teren (studiu geotehnic, topografic, hidrotehnic, hidrologic), studiu de trafic, studiu arheologic/cercetare arheologică, elaborare documentației tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor solicitate prin Certificatului de urbanism, documentație tehnico - economică pentru faza DALI;

Etapă 2 - Realizarea documentației tehnico - economice pentru faza DTAC+PT+DE+DTOE, documentație pentru obținerea avizelor/acordurilor la faza PT, respectiv documentație pentru obținere autorizație de construire, întocmirea documentației tehnice de relocare/protejare utilitati, dacă este cazul;

Etapă 3 -Asigurarea asistenței tehnice pentru perioada de execuție a lucrărilor.

Conform aceluiași caiet de sarcini (pag. 10) pct. 3.4. Tabel nr. 6, în cadrul elaborării documentației tehnice - Etapă 1 - se cere ca Studiul geotehnic să fie verificat Af.

În opinia sa, autoritatea contractantă a urmărit ca ofertanții să țină cont, în elaborarea ofertelor, de toate actele normative, prescripțiile tehnice, coduri, evaluări etc., necesare realizării unui proiect tehnic corect și complet, care să îndeplinească condițiile de aprobare și care să poată fi implementat. Neîndeplinirea uneia dintre aceste condiții conduce la declararea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei astfel întocmite.

Petenta apreciază că este obligația comisiei de evaluare de a verifica dacă operatorul economic clasat pe primul loc deține toate autorizațiile și certificările necesare realizării tuturor activităților presupuse de obiectul achiziției.

În opinia sa, oferta depusă de SC ... SRL - SC SRL - SC SRL este neconformă și trebuia respinsă de comisia de evaluare în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că ofertantul nu poate realiza în mod legal părți ale obiectului contractului.

1. Potrivit caietului de sarcini, pag. 7, 10 și 13, se solicită realizarea „studiu arheologic/cercetare arheologică”.

Raportat la această cerință, ofertantul ar fi trebuit să facă dovada că are capacitatea de a oferi un diagnostic arheologic de natură să satisfacă rigorile cerinței din caietul de sarcini.

Contestatoarea susține că oferta clasată pe primul loc este neconformă, deoarece nu îndeplinește condițiile prevăzute de Ordonanța Guvernului nr. 43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național.

În acest sens, ofertantul avea obligația de a face dovada capacității profesionale de a realiza studiul arheologic sau de a declara, ca subcontractant, un operator autorizat în vederea efectuării de servicii arheologice.

Conform legii, cercetarea arheologică nu poate fi realizată decât de personalul de specialitate atestat și înregistrat în Registrul Arheologilor.

Evaluarea rezultatelor cercetării arheologice, concretizată în rapoarte arheologice, constituie fundamentul statutului juridic al protecției descoperirilor arheologice sau, după caz, al descărcării de sarcina arheologică a zonei.

Asocierea declarată câștigătoare nu a făcut dovada capacității de a realiza această parte a contractului și nici nu a propus printre subcontractanți un operator autorizat în vederea efectuării de servicii arheologice, fapt ce concură pe de o parte la nejustificarea prețului prezentat în oferta financiară prin necuprinderea costurilor cu această componentă, iar pe de altă parte, în lipsa unei astfel de evaluări proiectul tehnic propus nu poate fi implementat.

Petenta precizează că punerea unui diagnostic arheologic se poate realiza doar de institute de cercetare de tip muzeal sau de învățământ superior.

Necesitatea întocmirii în condițiile legii a acestei părți din contract rezultă inclusiv din prevederile Certificatului de urbanism, potrivit căruia, la punctul 5 lit. d) se solicită avizul Direcției Județene pentru Cultură

2. Întocmirea studiului hidrologic solicitat prin documentația de atribuire:

Potrivit caietului de sarcini la pagina 7, 10 și 13 se solicită realizarea „*studiu hidrotehnic și hidrologic*”, iar conform Certificatului de urbanism se solicită aviz de gospodărire a apelor.

În acest sens, pentru a putea realiza studiul hidrologic, ofertantul trebuia să dețină un atestat emis de Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor în domeniul prevăzut la art. 10 lit. a) din Ordinul nr. 1230/05.06.2020. Potrivit art. 10 „*Domeniile pentru care Comisia de atestare este abilitată să ateste instituții publice sau private sunt următoarele:*

a)întocmirea studiilor hidrologice;

b)întocmirea studiilor hidrogeologice;

c)întocmirea studiilor de gospodărire a apelor;

d)Elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor". Astfel, operatorii care dețin atestare în domeniul a) pot întocmi studiile hidrologice, iar cei care dețin atestare în domeniul d) pot realiza documentațiile pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, dar nu și studiile hidrologice."

Confruntând listele publice privind instituții publice sau entități private care sunt atestate să realizeze acest studiu hidrologic, petenta a constatat că ofertantul nu deține acest atestat emis în vederea realizării în mod legal a studiului hidrologic, motiv pentru care apreciază că oferta acestuia nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Pentru a putea realiza aceste părți din contract, ofertantul avea obligația deținerii de atestate sau de a subcontracta această componentă unei entități care deține atestatele necesare emise de autoritățile statului.

3. Întocmirea documentațiilor tehnice pentru obținerea avizelor/acordurilor și pentru a realiza proiectele de mutare/relocare/protejare utilități electrice. În certificatul de urbanism se solicită aviz de alimentare cu energie electrică.

Conform prevederilor Ordinului nr. 45/2016, operatorii economici au competența legală de realizare a activităților doar pentru categoriile de lucrări pentru care dețin atestate. În acest sens, ofertantul ar fi trebuit să dețină atestat emis de ANRE de tip C1B.

Având în vedere că ofertantul nu deține acest atestat și nu a subcontractat activitatea unui alt operator economic ce deține acest atestat, rezultă că nu are capacitatea profesională, conform cerințelor minime obligatorii prevăzute la cap. III.1.1.b) din fișa de date și implicit capacitatea legală de a executa această parte din contract, astfel că oferta trebuia respinsă ca neconformă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (3) lit.a) din HG nr. 395/2016.

În susținere, petenta invocă prevederile art. 5 din Ordinul nr. 45/2016: „Un operator economic care are, potrivit legii, calitatea de antreprenor general, în baza unui contract de antrepriză încheiat cu un beneficiar și care nu deține un atestat acordat de ANRE, are dreptul de a subcontracta lucrările de proiectare, executare sau verificare de instalații electrice care, prin contractul încheiat cu beneficiarul investiției, sunt în sarcina sa, numai către operatori economici atestați conform prezentului regulament și numai cu acordul beneficiarului. Antreprenorul general are obligația de a coordona realizarea tuturor lucrărilor de instalații electrice printr-un angajat al său care deține calitatea de electrician autorizat, având gradul de autorizare corespunzător nivelului de tensiune la care se realizează lucrările; antreprenorul general este responsabil pentru lucrările de proiectare, executare sau verificare de instalații electrice realizate, în solidar cu operatorul economic titular de atestat cu care a subcontractat realizarea acestor lucrări”.

4. Petenta învederează că situația este identică și în cazul obținerii avizelor pentru alimentarea cu apă, canalizare și telefonizare.

5. Totodată, nu a făcut dovada capacității profesionale de a efectua activitatea de verificare a proiectului.

Ofertantul câștigător nu face dovada realizării, în mod legal, a componentei din obiectul contractului reprezentând verificarea studiului geotehnic la capitolul Af. Conform documentației de atribuire (caietul de sarcini), ofertanții aveau obligația de a realiza studiul geotehnic verificat Af. Aceste proiecte trebuie să fie verificate de un verficator de proiect atestat în domeniul/domeniile proiectelor, altul decât cel care a întocmit proiectul tehnic.

Ofertantul nu a declarat niciun subcontractant care va realiza verificarea tehnică a proiectului, sens în care și-a asumat inclusiv această activitate. Raportat la modul de ofertare, acesta nu pot realiza în mod legal activitatea din cadrul obiectului contractului de verificare de proiect, deoarece se încalcă prevederile legale și se află în conflict de interese.

Pentru a realiza această activitate, în mod legal, ofertanții aveau obligația de a asigura independența verficatorilor de proiecte prin subcontractarea acestei activități către o entitate/entități care poate desfășura, în mod legal, verificarea studiilor geotehnice.

În lipsa unei subcontractări legale a acestor activități, ofertanții nu pot realiza, în mod legal, verificarea proiectului tehnic, sens în care propunerile tehnice întocmite sunt neconforme, iar aceste componente expres solicitate nu se pot realiza.

În drept, autoarea contestației invocă prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, art. 1 și art. 4 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin Hotărârea de Guvern nr. 925/1995, art. 3, art. 1851 alin. (1), art. 1852 alin. (1) Cod civil, art. 6 și 8 din Legea nr. 71/2011 și art. 13 și 26 din Legea nr. 10/1995.

De asemenea, contestatoarea invocă jurisprudența relevantă în speță, respectiv: Decizia CNSC nr. 2140/C2/2320/27.07.2018; Decizia Civilă nr. 3605/22.06.2018; Decizia nr. 5640/26.06.2014; Decizia Civilă nr. 3137/2017 din 25.09.2017; Decizia civilă nr. 3371/2017 pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 1312/84/2016.

În concluzie, apreciază că prin nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor, la momentul depunerii, nu se respectă cerințele documentației de atribuire, iar prin declararea ca admisibile a ofertelor se încalcă principiul tratamentului egal, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității contractante și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor - împreună cu costurile suplimentare aferente.

Mai mult, consideră că oferta este inacceptabilă și pentru că, prin nedeclararea ca subcontractor a entității ce urmează a efectua

activitatea de verificare de proiect, aceasta nu prezintă DUAE și declarațiile prevăzute de art. 59- 60, 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. Prin neprezentarea acestor declarații nu se poate verifica un eventual conflict de interese dintre persoanele cu atribuții de conducere din această entitate și persoanele cu atribuții de conducere de la nivelul autorității contractante.

Astfel, contestatoarea susține că, nici în acest caz, ofertantul nu este în măsură să facă dovada capacității profesionale de realizare a acestei părți din contract.

... a transmis documentele relevante și necesare în soluționarea contestației, precum și punctul său de vedere nr. 6526/11.04.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 19107/13.04.2022, prin care arată următoarele:

Comisia de evaluare a respectat principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a evaluat nediscriminatoriu toate ofertele depuse, în mod egal, potrivit documentației de atribuire publicată pe SEAP în mod transparent.

În fișa de date a achiziției, la Capitolul II.2.5 Criterii de atribuire, au fost stabiliți ca factori de evaluare componenta financiară cu o pondere de 80% și componenta tehnică cu o pondere de 20%, iar în urma evaluării ofertelor a fost întocmit raportul procedurii nr. 5855/31.03.2022.

SC ...SRL a depus o ofertă conformă și admisibilă, dar comisia de evaluare a declarat oferta necâștigătoare, întrucât a fost clasată pe locul doi. Prin urmare, apreciază că nu a produs grave prejudicii ofertantului, prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate preț”.

Autoritatea contractantă precizează că, până la data limită de depunere a ofertelor, operatorul economic menționat în contestație, respectiv SC ... SRL - SC SRL - SC SRL, nu a depus nicio ofertă la procedura de atribuire a contractului având ca obiect *„Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului la obiectivul de investiții - Modernizare infrastructura de transport pe traseul Sarighiol de Deal-Rahman”*.

Referitor la criticiile formulate de SC ...SRL, acesta învederează următoarele:

1. Referitor la realizarea studiului arheologic/cercetare arheologică:

- nu s-a solicitat ofertanților, prin caietul de sarcini, ca la depunerea ofertei să facă dovada că au capacitatea de a oferi un diagnostic arheologic.

Autoritatea contractantă nu a introdus în caietul de sarcini obligația ofertanților de a face dovada capacității profesionale de a realiza studiu arheologic/cercetare arheologică.

2. Referitor la întocmirea studiului hidrologic:

- nu a solicitat, prin caietul de sarcini, ca pentru realizarea studiului hidrologic, ofertantul să dețină un Atestat emis de către Ministerul

Mediului, Apelor și Pădurilor în domeniul prevăzut la art. 10 lit. a) din Ordinul nr. 1230/05.06.2020.

3. Referitor la întocmirea documentațiilor tehnice pentru obținerea avizelor/acordurilor și pentru a realiza proiectele de mutare/relocare/protejare utilități electrice:

- nu a solicitat ofertanților, prin caietul de sarcini, ca pentru întocmirea documentațiilor tehnice pentru obținerea avizelor/acordurilor și pentru realizarea proiectelor de mutare/relocare/protejare utilități electrice, să dețină atestat emis de ANRE de tip CIB.

4. Referitor la întocmirea documentațiilor tehnice pentru obținerea avizelor pentru alimentarea cu apă, canalizare și telefonizare:

- nu a solicitat ofertanților, prin caietul de sarcini, să dețină atestate pentru întocmirea documentațiilor tehnice pentru obținerea avizelor/acordurilor pentru alimentare cu apă, canalizare și telefonizare.

5. Referitor la critica privind neprezentarea dovezii capacității profesionale de a efectua activitatea de verificare a proiectului, autoritatea contractantă arată că nu a solicitat, prin caietul de sarcini, dovada capacității profesionale de a efectua activitatea de verificare a proiectului și dovada prezentării unui verficator atestat pentru studiul geotehnic la capitolul AF.

Aceasta menționează că Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL a subcontractat activitatea de întocmire studiu geotehnic, verificare AF, inclusiv referatul verficatorului, prezentând în acest sens acordul de subcontractare nr. NE-4433 din 27.01.2022 încheiat între asociere și SC ...SRL.

Cu privire la acuzația de încălcare de către comisia de evaluare a art. 137 alin. (3) din HG 395/2016 și verificarea superficială a ofertelor tehnice, consideră că afirmația nu reflectă situația reală și nu este fundamentată. Comisia de evaluare s-a asigurat că ofertantul câștigător va putea derula contractul în bune condiții, respectând caietul de sarcini, la tariful ofertat, care are la bază costuri care vor putea fi respectate pe toată perioada de derulare a contractului conform detalierii din propunerea financiară.

În concluzie, autoritatea contractantă arată că nu adoptă măsuri de remediere, întrucât consideră că evaluarea ofertei a fost temeinică și în mod justificat comisia de evaluare a declarat câștigătoare oferta depusă de Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL.

Urmare punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă, contestatoarea a transmis adresa nr. 871/18.04.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 20012/18.04.2022, prin care solicită admiterea contestației, respectiv înlăturarea motivelor invocate de autoritatea contractantă, având în vedere următoarele argumente:

Potrivit prevederilor caietului de sarcini (pag. 6) „*Obiectul contractului care se va încheia pentru investiția <Modernizare infrastructură de transport regional pe traseul Sarighiol de deal-Rahman>*

este reprezentat de Servicii de proiectare (DALI + DTAC + DTOE + PT + DE), expertiza tehnică drumuri și poduri, studii, documentație pentru obținere avize, acorduri solicitate prin Certificatul de Urbanism și asistență tehnică din partea proiectantului pe timpul execuției lucrărilor.

Serviciile solicitate sunt:

Expertiza tehnică pentru drumuri și poduri;

Studii de teren (studiu geotehnic, studiu topografic, studiu hidrotehnic, studiu hidrologic);

Studiu de trafic;

Studiu arheologic/cercetare arheologică;

Documentații tehnice necesare în vederea obținerii tuturor avizelor/acordurilor și autorizațiilor solicitate prin Certificatul de Urbanism;

Documentația tehnică faza DALI;

Documentație tehnică fazele DTAC+DTOE+PT+DE;

Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului."

Din analiza cerințelor se desprinde concluzia că toate acestea fac parte din obiectul contractului, fiind obligatorii pentru ofertanți, dovada capacității profesionale de realizare a acestora trebuie făcută odată cu depunerea ofertei și nu după încheierea contractului, chiar dacă acestea nu reprezintă factor de evaluare.

Obiectul de investiție include servicii care presupun deținerea de atestate și autorizări, context în care nu se poate face abstracție de cerința invocată în fișa de date a achiziției, pct. III.1.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale: „Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”.

Față de aceste considerente, contestatoarea apreciază că revine autorității contractante obligația de a interpela asocierea cu privire la capacitatea de a executa toată gama de servicii asumate, în condițiile în care aceasta a prevăzut acest lucru prin fișa de date, nefiind suficientă dovedirea unei forme de înregistrare, aceasta trebuind să facă și dovada capacității profesionale de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

În opinia sa, acest argument se desprinde din însăși manifestarea asocierii, care pentru unele activități a făcut dovada deținerii de atestate și certificări, în timp ce pentru altele nu a făcut aceasta dovadă. Simpla condiție a deținerii, în obiectul de activitate al unui operator economic, a unei activități din cele necesare realizării obiectului contractului nu este și suficientă pentru realizarea efectivă a acesteia. Autorizarea activităților cerute la ORC se face în prealabil pe baza unei declarații pe proprie răspundere, dar capacitatea efectivă de realizare a acestora presupune o

serie de autorizări care dau dreptul exercitării în condiții de legalitate a acelor activități. De aceea, în fișa de date, este făcută precizarea referitoare la capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Cu privire la activitatea de verificare Af a studiului geotehnic, autoritatea contractantă a susținut că asocierea ar fi subcontractat activitatea de întocmire studiu geotehnic, verificare Af, inclusiv referatul vericatorului către SC ...SRL. Petenta arată că exact acest lucru este interzis de lege și exact acest lucru a criticat, în sensul că un operator economic care întocmește un proiect (în speță - studiul geotehnic) nu poate realiza și activitatea de verificare a acestuia, având obligația de a desemna o entitate diferită de aceasta.

În opinia contestatoarei, maniera în care a procedat asocierea declarată câștigătoare vine în contradicție cu prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 - *„Vericatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică”*.

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

... a organizat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„Proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului la obiectivul de investiție Modernizare infrastructură de transport pe traseul Sarighiol de Deal - Rahman”*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN 1037925 din 24.12.2021. Valoarea estimată a contractului este de 1.100.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este *„cel mai bun raport calitate-preț”*. Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP odată cu anunțul de participare.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse un număr de 4 oferte conform raportului procedurii de atribuire nr. 5855/31.03.2022, printre care și oferta depusă de contestatoarea din prezenta cauză, SC ...SRL.

Preliminar analizei contestației, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207981215/1, în valoare de 22.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Zalău, la data de 11.04.2022.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Analizând pe fond contestația formulată de SC ...SRL, Consiliul constată că sunt aduse critici cu privire la decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL (denumită în continuare Asocierea NOVOART),

solicitând anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acestuia, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei declarată câștigătoare raportat la cerințele documentației de atribuire și a prevederilor legale precum și emitearea unui nou rezultat al procedurii de atribuire.

Pe fondul contestației, aceasta apreciază decizia autorității contractante ca fiind netemeinică și nelegală având în vedere că oferta depusă de Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL, cu subcontractanți SC ...SRL și SC ...SRL, nu îndeplinește cerințele impuse prin fișa de date, motiv pentru care apreciază că oferta trebuia respinsă ca neconformă în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, întrucât ofertantul nu poate realiza în mod legal părți ale obiectului contractului.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă a urmărit ca ofertanții să țină cont, în elaborarea ofertelor, de toate actele normative, prescripțiile tehnice, coduri, evaluări, etc., necesare realizării unui proiect tehnic corect și complet, care să îndeplinească condițiile de aprobare și care să poată fi implementat, iar neîndeplinirea uneia dintre aceste condiții conduce la declararea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei.

De asemenea, contestatoarea arată că obiectul de investiție include servicii care presupun deținerea de atestate și autorizări, indicând ca relevantă în acest sens cerința din fișa de date a achiziției, pct. III.1.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale, potrivit căreia *„Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”*.

În acest context, arată că este obligația comisiei de evaluare de a verifica dacă operatorul economic clasat pe primul loc deține toate autorizațiile și certificările necesare realizării tuturor activităților presupuse de obiectul achiziției.

Contestatoarea susține că potrivit informațiilor din caietul de sarcini, ofertanții trebuie să facă dovada autorizării pentru *„studiu arheologic/cercetare arheologică (...) de către personal de specialitate atestat și înregistrat în Registrul Arheologilor”*, *„întocmire studiu hidrologic”* pentru care *„ofertanta trebuie să dețină atestat emis de către Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor”*, *„atestat emis de ANRE de tip C1B”* pentru întocmirea documentațiilor tehnice pentru *„obținerea avizelor/acordurilor și pentru a realiza proiecte de mutare/relocare/protejare utilități electrice”*, situație identică și în cazul *„obținerii avizelor pentru alimentare cu apă, canalizare și telefonizare”*, în caz contrar pentru aceste activități era necesară subcontractarea acestora.

Verificând prevederile caietului de sarcini, Consiliul reține că, într-adevăr, așa cum afirmă și contestatoarea, „*Obiectul contractului care se va încheia pentru investiția «Modernizare infrastructura de transport regioanl pe trasul Sarighiol de Deal - Rahman» este reprezentat de Servicii de proiectare (DALI+DTAC+DTOE+PT+DE), expertiza tehnică drumuri și poduri, studii, documentație pentru obținere avize, acorduri solicitate prin Certificat de Urbanism) și asistența tehnică din partea proiectantului pe timpul execuției lucrurilor.*

Serviciile solicitate sunt:

Expertiza tehnică pentru drumuri și poduri;

Studii de teren (studiu geotehnic, studiu topografic, studiu hidrotehnic, studiu hidrologic);

Studiu de trafic;

Studiu arheologic/cercetare arheologică;

Documentații tehnice necesare în vederea obținerii tuturor avizelor/acordurilor și autorizațiilor solicitate prin Certificatul de Urbanism;

Documentație tehnică faza DALI;

Documentație tehnică fazele DTAC+DTOE+PT+DE;

Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului”.

Însă, prin documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a stabilit în sarcina ofertanților astfel de criterii de calificare, astfel încât membrii comisiei de evaluare să fie obligați la verificarea prezentării dovezilor privind îndeplinirea acestor cerințe.

Consiliul nu va reține în soluționare ca relevante prevederile din fișa de date a achiziției, având în vedere că acestea se referă, așa cum rezultă și din titlu, la **Capacitatea de exercitare a activității**, prevăzută de art. 172 alin.(1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, pe care ofertantul a dovedit că o îndeplinește prin prezentarea Certificatului constatatator emis de Oficiul Registrului Comerțului, așa cum s-a solicitat.

În soluționarea criticilor privind lipsa din propunerea tehnică a tuturor atestatelor/autorizațiilor necesare prestării serviciilor, Consiliul reține ca relevante următoarele prevederi:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016, care stabilesc că „(1) *Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:*

a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;

b) situația economică și financiară;

c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la [alin. \(1\)](#).*

(3) *Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele*

tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”.

- art. 178 din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.

(3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora”.

Consiliul reține că prin caietul de sarcini s-a stabilit, la secțiunea **Atribuțiile și responsabilitățile părților**, autoritatea contractantă a stabilit că:

„**Prestatorul** este responsabil pentru îndeplinirea următoarelor atribuții:

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

În caietul de sarcini la punctul 10 **Mangementul/Gestionarea Contractului și activități de raportare în cadrul Contractului**, este precizat că: „**Toate activitățile trebuie realizate cu respectarea legislației și a reglementărilor tehnice în vigoare, aplicabile specificului obiectivului de investiții.**

Dacă pe parcursul derulării contractului apar modificări/completări ale legislației sau a normelor tehnice referitoare la întocmirea documentațiilor tehnice (DALI, DTAC, DTOE, PT+DE), ofertanții vor întocmi documentația tehnică ținând cont de completările /modificările apărute, ori Asocierea NOVOART s-a obligat, prin ofertă, în acest sens. Cel mult, autoritatea contractantă putea să solicite operatorului în cauză clarificări referitoare la modalitatea prin care va avea acces la resursele respective, deși nici un astfel de demers nu era relevant și necesar de vreme ce nu se puteau cunoaște de la data depunerii ofertei situațiile, respectiv activitățile, apărute ca necesare în derularea contractului ulterior semnării acestuia, și în niciun caz ofertantul nu putea fi respins, de drept, din procedură pe motiv că nu ar deține unele atestate/autorizații sau că nu a declarat subcontractanți pentru aceste activități.

De asemenea, Consiliul reține că prin documentația de atribuire, nu s-a consemnat obligația ofertanților de a prezenta atestate/autorizații de tipul celor reclamate de contestatoare, ci a viitorului ***„prestator”***.

Prin urmare, susținerile contestatoarei că atestatele/autorizările în cauză trebuie deținute de operatori economici la data depunerii ofertei, nu sunt nici probate și nici întemeiate pe prevederile documentației de atribuire, fiind doar o opinie proprie.

O eventuală interpretare a clauzelor documentației de atribuire, în maniera propusă de contestatoare, adică în sensul obligației autorității contractante de a analiza îndeplinirea unor cerințe de calificare neexplicite, ar echivala nu doar cu o contestare a conținutului documentației de la momentul ofertării, demers ce ar fi tardiv, ci și cu o încălcare a regulilor competiției, contrar principiului tratamentului egal și al transparenței.

De asemenea, susținerile contestatoarei se bazează și pe o jurisprudență care nu are relevanță totală în cauza de față, întrucât nu relevă faptul că, și în acele situații (spețe), exista o prevedere explicită a documentației de atribuire că nu este obligatorie prezentarea atestărilor/autorizărilor specifice odată cu oferta.

În condițiile în care contestatoarea considera necesar ca ofertanții să prezinte la data depunerii ofertei dovada deținerii unor astfel de atestate/autorizații avea dreptul de a contesta prevederile documentației de atribuire și să solicite modificarea acesteia în sensul precizării, în mod imperativ, a obligației ofertanților de a prezenta documente doveditoare în acest sens iar autoritatea, ca obligație complementară, în evaluarea ofertei să verifice existența acestor dovezi.

Însă, un astfel de demers nu a fost făcut de către contestatoare, situație în care autoritatea contractantă nu poate solicita la data depunerii ofertei astfel de dovezi, prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 stabilind clar că ***„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”***, iar comisia

de evaluare, conform atribuțiilor stabilite de art. 127 alin. (1) din același act normativ, este obligată la „f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini”.

În consecință, din cele reținute anterior nu rezultă pretinsa nerespectare a cerințelor documentației de atribuire, referitoare la obligația prezentării la data depunerii ofertei a tuturor atestărilor/autorizațiilor ofertantului sau subcontractanților lui necesare prestării activităților contractului, situație față de care Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor contestatoarei privind modul nelegal de evaluare a ofertei Asocierii ...referitor la lipsa atestatelor/autorizațiilor.

În soluționarea cauzei, și în susținerea celor de mai sus, Consiliul constată că în documentul intitulat Observații scrise, transmis de Comisia Europeană, Curții de Justiție a Uniunii Europene, în data de 23.11.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 11093/02.03.2022 (atașat dosarului cauzei), acest organism precizează următoarele:

„-în baza articolului 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, la elaborarea criteriilor de selecție, autoritatea contractantă „limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta”.

- autoritatea contractantă poate solicita doar ceea ce consideră important în lumina proiectului global și numai ceea ce poate verifica în mod adecvat și rezonabil.

-autoritatea contractantă **nu este obligată să acopere toate cerințele legale care decurg din dreptul național sau european legate de executarea unui anumit contract.** De fapt, impunând autorității contractante să își asume o astfel de sarcină **ar fi prea împovăraător și nerealist.**

-în cadrul celorlalte limitări prevăzute de directiva privind achizițiile publice, **este lăsată la latitudinea autorității contractante să decidă care, dacă există, cerințe legale care decurg din legislația națională și europeană pe care le consideră cele mai relevante să le includă între cerințele de participare.**

-Concluziile de mai sus nu sunt afectate în ceea ce privește criteriul capacității de exercitare a activității profesionale prevăzut de articolul 58 alineatul (2) din directiva privind achizițiile publice, **care doar prevede posibilitatea autorității contractante de a solicita o anumită autorizație pentru ca operatorul economic să fie în măsură să presteze în țara de origine serviciul în cauză, și nu o obligație:** „autoritatea contractantă le poate cere să dovedească că dețin o astfel de autorizație [..,]”.

-Același raționament se aplică și în ceea ce privește criteriul capacității tehnice și profesionale și a articolului 58 alineatul (4) din directivă.

-Această abordare îndeplinește, de asemenea, cerința de proporționalitate, întrucât **nu ar fi proporțional și nici adecvat în scopul asigurării executării contractului dacă autoritățile contractante ar fi obligate să solicite și să își asume obligația de a verifica, ca criterii de selecție, îndeplinirea și dovada tuturor condițiilor legale posibile legate de executarea unui contract.**

- în ceea ce privește referința de către instanța de trimitere la principiul asumării răspunderii, Comisia înțelege că această referință se referă la întrebarea dacă o autoritate contractantă poate fi considerată în vreun fel, culpabilă pentru că nu a inclus astfel de cerințe în criteriile de selecție. **In acest sens, nu există un temei legal pentru a considera autoritatea contractantă în culpă pentru**

neincluderea în criteriile de selecție a anumitor cerințe care decurg din dreptul național, pe care nu le-a considerat relevante în acea etapă.

-În plus, faptul că anumite cerințe sunt incluse în documentele achiziției ca criterii de selecție are o importanță profundă pentru desfășurarea procedurii de achiziție și pentru poziția ofertanților: în conformitate cu articolul 56 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, un contract nu poate fi atribuit unui ofertant care nu îndeplinește aceste criterii.

- În acest context, trebuie amintit, de asemenea, că din acest motiv, după cum a confirmat Curtea de Justiție, **anumite condiții sau autorizații legale, care se referă la executarea efectivă a contractului ce nu pot fi efectiv ridicate și îndeplinite în mod rațional decât în cursul executării efective a contractului, trebuie să fie impuse precum condiții pentru executarea contractului (în conformitate cu articolul 70 din directiva privind achizițiile publice) și nu ca criterii de selecție.**

-În cazul în care natura cerințelor tehnice ar fi atât de specială așa cum s-a descris mai sus (ceea ce ar exclude impunerea acestor cerințe ca criterii de selecție), **lipsa dovezii îndeplinirii acestor cerințe la momentul depunerii ofertelor nu ar constitui în niciun caz un motiv valabil pentru respingerea ofertei.**

-din ordonanța de trimitere reiese că cerințele tehnice în cauză vizează autorizarea de a exercita în mod legal unele dintre activitățile care fac obiectul contractului, ce nu pot fi efectiv ridicate și îndeplinite în mod rațional decât în cursul executării efective a contractului.

-După cum s-a menționat mai sus, în conformitate cu articolul 58 alineatul (1) din directivă, cerințele incluse ca criterii de selecție „vor fi corelate și proporționale cu obiectul contractului”.

- Desigur, se poate întâmpla ca, deși activitățile sunt minore, dacă se dovedesc a fi necesare, ele să fie foarte importante pentru finalizarea cu succes a contractului, în timp ce îndeplinirea cerințelor legale aplicabile (de exemplu, pentru obținerea autorizației necesare pentru acele activități) este foarte îndelungată și greu de prevăzut.

-într-o astfel de situație, includerea acestor cerințe printre criteriile de selecție ar putea fi justificată. **Prin urmare, ar fi necesară o analiză de la caz la caz a conformității cerințelor specifice în cauză cu principiul proporționalității.**

-în principiu, astfel de cerințe ar putea fi impuse atât precum condiții pentru executarea contractului, cât și ca cerințe de selecție.

-De asemenea la punctul 51 din cererea de decizie preliminară se indică ca „în cazul de speță, contestatoarea apreciază că este necesară nominalizarea unui subcontractant pentru activitatea „Serviciile (...)”,

-ar trebui să se analizeze și dacă principiul transparenței afectează acest răspuns. Curtea a definit acest principiu ca implicând faptul că **„Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”** (C-27/15 Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404. hotărârea din 2 iunie 2016, punctul 36 și jurisprudența citată) și că “principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților,

pentru ca aceștia să poală cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților".

-în speță, autoritatea contractantă nu solicită acest lucru și nu efectuează selecția pe baza acestei cerințe (care este ceea ce contestă reclamantul din procedura națională). Prin urmare, **trebuie să se presupună că, în speță, respectarea cerinței legale naționale este lăsată de autoritatea contractantă în sarcina ofertantului câștigător pentru stadiul executării**. Curtea de Justiție a confirmat deja că obligațiile de execuție care decurg în mod clar din dreptul UE aplicabil activității contractuale nu trebuie prevăzute în cererea de ofertă sau în documentele de achiziție și, în opinia Comisiei, aceeași concluzie ar trebui să se aplice pentru cerințe similare care decurg în mod clar și fără echivoc din dreptul național.

- Având în vedere că cerințele legale în cauză se referă la autorizații pentru exercitarea anumitor activități, s-ar părea totuși că cunoașterea existenței și conținutului unor astfel de cerințe ar trebui să fie destul de clară pentru potențialii ofertanți, având în vedere și natura tehnică specifică a subiectului contractului (întocmirea unui proiect tehnic și a unui studiu de fezabilitate), care pare să necesite o anumită expertiză în domeniu.

-în acest context, **a nu permite autorității contractante să stabilească dacă să includă sau nu în criteriile de selecție anumite cerințe care decurg din dispozițiile unor legi speciale, precum cele în discuție în prezenta cauză, ar încălca principiul proporționalității, precum și a regulilor prevăzute la articolul 58 din directiva privind achizițiile publice.**

Prin urmare, Comisia Europeană recomandă Curții de Justiție „În împrejurările prezentei cauze, **articolul 58 din Directiva 2014/24/UE și principiile proporționalității și transparenței trebuie interpretate în sensul că este de competența autorității contractante să stabilească criteriile referitoare la capacitatea tehnică, adică să se stabilească dacă este sau nu oportună includerea în documentele de achiziție a unor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională ce decurg din prevederile legilor speciale în cauză, cu privire la activități de importanță minoră în contract, în măsura în care cerințele legale care decurg din aceste dispoziții sunt clare și fără echivoc, ceea ce revine instanței naționale să verifice.**"

Deci:

-Includerea **explicită** a unor astfel de cerințe în documentele de licitație îi pune în gardă pe toți ofertanții că îndeplinirea acestor cerințe trebuie să fie demonstrată înainte de atribuirea contractului, în conformitate cu principiul transparenței.

- trebuie să se presupună **că îndeplinirea criteriilor, inclusiv a celor care decurg din legislația aplicabilă, care nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, nu trebuie îndeplinite înainte de atribuirea contractului**. Considerând altfel, nu numai că ar fi netransparent, ci ar fi și în contradicție cu principiul proporționalității.

-după cum a explicat Curtea de Justiție, „criteriile calitative de selecție permit autorității contractante să nu admită să participe decât operatori economici ale căror capacități tehnice și profesionale, întemeiate pe experiența lor recentă, lasă să se înțeleagă că vor fi în măsură să execute contractul în discuție, obținând, dacă este nevoie, autorizațiile sau logistica necesare. În plus, a **constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă, așadar, să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței, garantate la articolul 18 din directiva menționată**".

-Rezultă că **încorporarea „automată” a criteriilor care decurg din legislația aplicabilă, care însă nu sunt menționate în mod expres în**

documentația de licitație drept criterii de selecție, este, de asemenea, în contradicție cu însăși rațiunea criteriilor calitative de selecție, și anume de a permite autorității contractante de a aprecia că, în cuvintele Curții, ofertanții „vor fi în măsură să execute contractul în cauză”.

-Criteriile care permit autorității contractante să efectueze o astfel de evaluare ar trebui să fie „alese manual” de către autoritatea contractantă și identificate în mod clar în documentele de licitație. **Dacă autoritatea contractantă neglijează această sarcină și, în schimb, solicită ofertanților să îndeplinească toate cerințele legale aplicabile la momentul depunerii ofertei, autoritatea contractantă impune cerințe excesive și, prin urmare, încalcă principiile proporționalității și transparenței garantate de articolul 18(1) din directivă, după cum a arătat Curtea.**

-Prin urmare, se propune Curții să răspundă la a doua întrebare după cum urmează: **„Principiile transparenței și proporționalității se opun completării de drept a documentației de atribuire cu criterii de calificare ce ar rezulta din legi speciale în discuție în prezenta cauză și aplicabile unor activități aferente contractului ce urmează să fie atribuit, ce nu au fost prevăzute în documentația de atribuire”.**

Consiliul reține că în același sens s-a pronunțat și jurisprudența constantă a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)". Conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informații în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Ou Hora dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44)".

În deplin acord cu cele enunțate de Comisia Europeană și cu cele statuate de CJUE în cauzele C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, Cauza C-27/15 Pipo Pizzo, Cauza C-278/14- SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia, Cauza C-42/13 Cartiera dell'Adda, Cauza C-6/05 Medipac - Kazantzidis, Consiliul reține că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului de participare întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț, cum sunt cele invocate

de contestatoare, în speță lipsa atestatelor/autorizațiilor necesare în prestarea serviciilor.

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă astfel de cerințe de calificare, a pretinde în acest moment, așa cum solicită contestatoarea, să includă astfel de cerințe în evaluarea ofertelor, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind profund nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime.

Prin urmare, având în vedere că în soluționarea acestei chestiuni există la nivel național o practică diversă, în timp ce la nivelul instanței europene soluția obligatorie impune atât dreptul autorității contractante de a impune cerințe de calificare la alegerea sa, fără a avea caracter exhaustiv în ceea ce privește dovada îndeplinirii cerințelor necesare în executarea în întregime a contractului, dar și imposibilitatea respingerii unui ofertant pentru cerințe ce nu sunt menționate în documentație, ci doar în legi speciale, cum este și situația de speță, ținând seama de efectul obligatoriu pentru instanțele de toate gradele din România a hotărârilor, inclusiv pentru CNSC, organism considerat de CJUE instanță de prim grad în sensul Tratatului de aderare, Consiliul va reține ca nefondate criticile formulate de contestatoare, neexistând obligația, pentru niciun ofertant, de a depune, în etapa depunerii ofertelor, a dovezii existenței tuturor atestatelor/autorizațiilor necesare prestării serviciilor în cadrul contractului, o astfel de cerință excedând documentației de atribuire.

Consiliul constată că este criticat și faptul că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada capacității profesionale, apreciind că ofertantul declarat câștigător trebuia să facă dovada realizării componentei din obiectul contractului reprezentând verificarea studiului geotehnic la capitolul Af în mod legal.

În susținerea acestei aprecieri, contestatoarea arată că potrivit caietului de sarcini ofertanții aveau obligația de a realiza studiul geotehnic verificat Af, iar potrivit prevederilor legale acesta trebuie verificat de un verficator de proiect atestat în domeniul/domeniile proiectelor, altul decât cel care a întocmit proiectul tehnic.

Contestatoarea mai arată că pentru componenta contractului – verificarea de proiect – ofertanții aveau obligația de a realiza această activitate prin verificatori de proiect independenți care să nu aibă calitatea de angajați ai proiectantului. Din această perspectivă, contestatoarea invocă inacceptabilitatea ofertei întrucât nu au fost declarați subcontractanți care urmează să efectueze activitatea de verificare de proiect, nu prezintă DUAЕ și declarațiile prevăzute de art. 59-60, 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, situație în care nu se poate verifica un eventual conflict de interese dintre persoanele cu

atribuții de conducere ale ofertantului și persoanele cu atribuții de conducere din cadrul autorității contractate.

Consiliul va respinge ca nefondată și această critică pentru considerente similare cu cele reținute anterior.

Consiliul reține că SC ...SRL invocă, inclusiv prin concluzii scrise, nerespectarea prevederii din fișa de date a achiziției, de la Cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, despre care s-a constatat că au fost îndeplinite așa cum s-au solicitat, respectiv prin prezentarea Certificatului emis de ONRC, în condițiile în care pentru aceasta este stabilit ca Modalitate de îndeplinire:

„Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAEm respectiv deținerea unui certificat constatator emis de ONRC, sau în cazul ofertanților străini, deținerea de documente echivalente (...).”

În ceea ce privește criticile aduse legat de verificatorul de proiect, pentru care nu s-a prezentat un DUAЕ, în calitate de subcontractant și nici declarațiile menționate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a solicitat prin documentația de atribuire, activitatea de verificare a proiectului, prin urmare, ofertanții nu erau obligați să depună vreun document legat de verificatorii de proiect.

Mai mult, verificarea proiectului nu formează obiectul contractului în cauză, deoarece verificatorul nu poate fi nici subcontractant și nici asociat, sau în orice formă de angajare în raport cu contractantul, deoarece legislația aferentă impune independența acestuia, fiind angajat al investitorului.

Așa cum susține și autoritatea contractantă, cât și contestatoarea, potrivit legislației incidente sau, după caz, care reglementează chiar activitatea verificatorilor de proiecte, se prevede astfel:

- art. 6 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995 *„(1) Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificator/verificatori de proiecte, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor.*

(2) Verificarea tehnică a proiectelor se realizează potrivit legii, prin grija și responsabilitatea investitorului/proprietarului/administratorului, după caz, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.

(3) Verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialități

pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile”;

- art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții *„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verifikatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor.*

Verifikatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică”;

Astfel, având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu a stabilit ca activitate distinctă verificarea proiectului, respectiv a întregului proiect, prin verifikatori de proiecte conform definiție de la art. 2 din Regulamentul aprobat de HG 925/1995 *„a) verifikator de proiecte - specialist cu activitate în construcții atestat în unul sau mai multe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, care efectuează verificarea proiectelor în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice și cerințelor fundamentale aplicabile prevăzute de lege”*, aceasta urmează a beneficia de această realizarea acestei activități din partea unei persoane fizice sau juridice autorizate în acest sens conform Regulamentului aprobat prin HG nr. 907/1995.

În același sens a formulat punct de vedere și MDRAP prin adresa 132226/09.11.2018 la solicitarea Consiliul, în vederea stabilirii unei practici unitare, respectiv:

*„Având în vedere prevederile legale mai sus menționate, coroborate cu prevederile art. 23, lit. c din Legea nr. 10/1995 și ale art. 7, alin. (1), lit. d) din HG nr. 742/2018, **verifikatorul de proiecte este stabilit și angajat de către beneficiar/investitor și desfășoară activitate în una din formele legale prezentate mai sus**”.*

Faptul că doar pentru studiu geotehnic, autoritatea contractantă a făcut precizarea *„inclusiv referatul verifikatorului”*, nu reprezintă o cerință care ar trebui interpretată ca fiind cerință referitoare la verificarea întregului proiect, cum încearcă contestatoarea să inducă în eroare, pornind de la precizarea făcută în cazul studiului geotehnic. Ofertantul a făcut dovada că va subcontracta activitatea referitoare la studiu geotehnic, așa cum s-a solicitat, în mod excepțional pentru acesta, respectiv *„studiu geotehnic, verificat Af, inclusiv referatul verifikatorului”*, spre deosebire, spre exemplu, în cazul studiului topografic, hidrotehnic și hidrologic, de trafic sau studiu arheologic/cercetare arheologică, pentru care nu s-a făcut o astfel de precizare.

În aceste condiții, Consiliul constată că autoritatea contractantă a ținut seama la elaborarea documentației de atribuire de faptul că

verificatorul de proiect este fie angajat al ei, fie prin grija și responsabilitatea sa, va beneficia de prestarea unor astfel de servicii printr-un alt tip de raport juridic cu o persoană fizică sau juridică, așa cum prevăd dispozițiile legale în materie, motiv pentru care ofertanții nu aveau obligația de a prezenta un Acord de subcontractare pentru activitatea de verificare de proiect iar pe cale de consecință nici DUAЕ și nici declarațiile indicate de contestatoare.

Astfel, având în vedere considerentele expuse pe larg mai sus, Consiliul nu va lua în considerare alegațiile contestatoarei referitoare la existența unei preținse obligații implicite ale operatorului câștigător de a declara subcontractant pentru activitățile pentru care sunt necesare aceste atestate/autorizări, mai cu seamă că și Instrucțiunea ANAP Nr. 1/2017 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, stabilește că nu se introduc astfel de cerințe în documentația de atribuire, respectiv că: *„(4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea/entitatea contractantă nu va stabili criterii de calificare și selecție, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective)”*.

În baza acestei prevederi, orice documentație care cuprinde astfel de cerințe de calificare (Exemple: responsabil tehnic cu execuția (RTE) în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată; expert/expert tehnic în domeniul protejării monumentelor istorice în conformitate cu Ordinul ministrului culturii și patrimoniului național nr. 2.495/2010 pentru aprobarea Normelor metodologice privind atestarea specialiștilor, experților și verificatorilor tehnici în domeniul protejării monumentelor istorice; contabil autorizat/expert contabil în conformitate cu legislația incidentă în domeniul contabilității și fiscalității; verificator de proiecte, diriginte de șantier în conformitate cu legislația incidentă în domeniul construcțiilor; personal ce necesită atestări profesionale de la autorități competente - cum ar fi, dar fără a se limita la, AFER/ISCIR/ANRE/ANEVAR/ANCPI/CECAR/CAFR/MCPN etc) și care ajunge la verificarea ex ante, este cenzurată de ANAP, motivat de faptul că *„Cerința este restrictivă/limitativă, prin faptul că nu se dă posibilitatea ofertanților de*

a prezenta astfel de autorizații la data semnării contractului și/sau la momentul implicării expertului în activitățile desfășurate în cadrul contractului”.

Prin urmare, practica ANAP bazată pe instrucțiunea citată nu poate fi interpretată ulterior, în etapa evaluării ofertelor, în sens diametral opus, respectiv că, deși există o interdicție de a formula astfel de cerințe, ofertantul să fie respins pentru neincluderea în documentație a unor astfel de experți. O astfel de interpretare ar transforma sistemul de achiziții publice din România într-unul aleatoriu, instabil, care nu oferă posibilitatea realizării investițiilor, încălcându-se în mod grav legislația națională, europeană și practica CJUE.

Prin urmare, contrar susținerii contestatoarei, ofertanta câștigătoare a dovedit capacitatea sa tehnică, deși nu s-au solicitat dovezi în cadrul documentației de atribuire, în acest sens.

Consiliul mai reține că în baza instrucțiunii ANAP citată mai sus, în condițiile în care, pentru realizarea contractului, sunt necesari astfel de experți, autoritatea contractantă va solicita în documentație ca în propunerea tehnică **să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora** (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, **fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective**).

Deci, conform instrucțiunii, dacă intenționează să externalizeze respectivele servicii, cel mult, operatorul trebuie să ofere această informație, și nu să nominalizeze pe prestatorul respectiv sau să subcontracteze această activitate la momentul depunerii ofertelor. Prin urmare, nu există niciun motiv pentru care autoritatea contractantă ar respinge pe ofertanta câștigătoare, în condițiile în care:

- nu există vreo obligație de a prezenta un astfel de expert prevăzută în documentația de atribuire;

- documentația de atribuire nu cuprinde cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională cum sunt cele invocate;

- ofertantul a prezentat declarație că se angajează să presteze serviciile în conformitate cu cerințele caietului de sarcini (punctul 1, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției), informații suficiente și relevante prin prisma instrucțiunii ANAP.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

PREȘEDINTE

MEMBRU

MEMBRU

....

Redactată în 4 exemplare, conține 22 (douăzecidouă) pagini.