



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. depusă de SRL, în calitate de lider al asocierii SRL & SRL, cu sediul social în, județul și sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul secundar din, str. județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator, privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție „Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, județul, municipiul, str. cod CPV 45211000-9, organizată de, cu sediul în municipiul, bdul., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

1. Admiterea contestației, cu consecința anulării:

a. Adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. și a actelor subsecvente și dependente de acestea, inclusiv a adresei de comunicare a rezultatului procedurii către asocierea declarată câștigătoare,

b. Raportului procedurii nr. în ceea ce privește concluziile privind evaluarea ofertei depuse de asocierea sa și a tuturor actelor subsecvente și dependente de acestea, emise în legătură cu procedura organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică;

2. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocierea sa conform considerentelor deciziei pe care o va pronunța Consiliul, stabilirea rezultatului procedurii și desemnarea adjudecatarului, conform prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, pentru argumentele pe care le va prezenta în contestație.

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 SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

Aspecte prealabile:

Contestatorul arată că în conformitate cu dispozițiile art. 33 din Codul de procedură civilă și ținând seama de dispozițiile Legii nr. 101/2016 coroborate cu cele ale Legii nr. 98/2016, asocierea sa justifică un interes născut, direct, legitim și actual pentru a ataca și critica rezultatul procedurii de atribuire organizată de autoritatea contractantă, deoarece la data formulării contestației:

1. are calitatea de operator implicat în procedură,
2. a întocmit și depus o ofertă cu respectarea cerințelor documentației de atribuire,
3. decizia autorității contractante reprezintă o încălcare a legislației aplicabile în materia achizițiilor publice și a prevederilor documentației de atribuire.

Admiterea contestației va genera obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor aplicabile în materie, reevaluarea ofertei precum și stabilirea adjudecatarului.

În esență, contestatorul critică decizia prin care a fost stabilită excluderea ofertei sale, întrucât aceasta are la bază o serie de erori strecurate în procesul de evaluare a ofertelor, care au condus la afectarea drepturilor și interesele sale, izvorâte din calitatea de participant în cadrul procedurii de atribuire.

1. Scurt istoric al procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică:

În fapt, contestatorul arată că autoritatea a demarat procedura de achiziție publică pentru atribuirea contractului având ca obiect: *"Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție „Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, județul , municipiul i, str. nr. 9", valoarea estimată fiind stabilită la 11.873.720,85 lei și criteriul de atribuire: prețul cel mai scăzut.*

De asemenea, contestatorul menționează că potrivit precizărilor regăsite în fișa de date, codul CPV principal indicat a fost 45211000-9 Lucrări de construcții de imobile colective și de case individuale (Rev.2) și Codul CPV secundar: 71200000-0 Servicii de arhitectură și servicii conexe (Rev.2), întrucât execuția contractului presupune derularea succesivă a fazei de proiectare a lucrărilor și etapei de execuție/de punere în operă a Proiectului Tehnic întocmit.

Asocierea SRL & SRL a participat la această procedura de atribuire, sens în care a întocmit și depus o ofertă cu respectarea integrală a cerințelor impuse prin documentația de atribuire.

În etapa evaluării financiare, contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a adresat clarificarea nr. 12455/31.05.2021 prin care i-au fost solicitate o serie de date și informații care vizau abilitarea executării lucrărilor de ignifugare a materialelor combustibile precum și instalarea,

montarea, repararea, întreținerea și verificarea tehnică a centralelor termice.

Prin răspunsul transmis (adresa nr. 658/03.06.2021), contestatorul menționează că a oferit autorității contractante informațiile necesare pentru clarificarea și lămurirea aspectelor referitoare la modalitatea în care va asigura executarea contractului conform reglementărilor aflate în vigoare (în special cele care vizau efectuarea lucrărilor de ignifugare) și, a precizat că toate activitățile acestuia vor fi realizate în mod corespunzător (de asociere și de către furnizorii indicați în ofertă, împreună cu autorizațiile necesare), astfel încât respectă dispozițiile legale aplicabile în cazul activităților principale sau accesorii necesare pentru finalizarea obiectivului de investiții.

În data de 25.06.2021, contestatorul arată că a recepționat din partea autorității adresa privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 14742/25.06.2021, prin care asocierea sa a fost informată că oferta a fost respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, întrucât:

"Ofertantul nu a făcut dovada că este autorizat pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor lemnoase (operatorul economic ,,,SRL a cărui autorizare a fost prezentată nu este participant la procedură nefiind membru al asocierii sau subcontractant declarat și pentru care nu a fost prezentat formular DUAЕ și acord de subcontractare)".

fiind reținută posibilă incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În opinia contestatorului, abordarea autorității contractante este nejustificată, mai ales că motivul de respingere/descalificare reținut în legătură cu oferta sa vizează ipoteza în care aceasta nu ar satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, deși documentația de atribuire nu a impus operatorilor economici prezentarea unei asemenea autorizări/certificări/atestări, iar fișa de date nu impune participanților depunerea unui asemenea document.

Contestatorul consideră că ne aflăm în prezența unei clauze nescrise și obligații inexistente, iar serviciile de ignifugare pot fi executate cu respectarea dispozițiilor legale aflate în vigoare inclusiv de către Furnizorii declarați în cadrul ofertei asocierii, iar soluția descalficării apare ca fiind nejustificată în contextul în care legiutorul nu limitează acest drept și permite ca bunurile/serviciile să fie livrate/prestate în modalitatea propusă de asocierea sa.

În aceste condiții, contestatorul înțelege să reacționeze și să conteste rezultatul procedurii de atribuire, pe care îl apreciază ca netemeinic, acesta fiind adoptat pe baza unor interpretări eronate ale normelor legale aplicabile în materie, iar în continuare va evidenția punctual argumentele pentru care solicită reformarea soluției de respingere a ofertei sale.

2. Criticile formulate față de rezultatul procedurii de atribuire

2.1. Cerințele documentației de atribuire. Modalitatea de prezentare a propunerii tehnice - dispozițiile Capitolului IV.4.1. din Fișa de date. Asigurarea realizării activităților în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materie

Preliminar dezvoltării criticilor pe care se fundamentează contestația, contestatorul apreciază că se impune să redea în cele ce urmează

conținutul cerințelor impuse și prezentate prin fișa de date, astfel cum aceasta a fost publicată în platforma SICAP.

În aceste condiții, contestatorul solicită Consiliului să observe că modalitatea de prezentare a propunerii tehnice a vizat următoarele:

„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice:

Ofertantul va întocmi propunerea tehnică în conformitate cu formularul Propunere tehnică și caietul de sarcini compus din: caiet sarcini 1- Avizul CTE, caiet sarcini 2 - studiu de fezabilitate parte scrisă, caiet sarcini 3 - piese desenate și caiet sarcini 4 - studiu topografic și geotehnic, puse la dispoziție de către autoritatea contractantă.

Ofertantul va prezenta declarație pe propria răspundere cu privire la respectarea soluțiilor tehnice, a indicatorilor tehnico economici și a indicatorilor arhitecturali (POT, CUT, etc), aprobați prin Avizul C. T.E. - MLPDA nr. 107/108/19.11.2020.

Ofertantul va prezenta graficul de prestare a serviciilor de proiectare și graficul fizic de execuție a lucrărilor în conformitate cu termenele prevăzute în documentația de atribuire la pct. VI. 3) alin. 1.

Ofertantul/asociatul/subcontractantul are obligația ca pe parcursul îndeplinirii contractului de proiectare și execuție lucrări, în conformitate cu prevederile art. 51 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, să respecte reglementările în vigoare la nivel național stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele, convențiile/ acordurile internaționale în aceste domenii.

Operatorii economici pot obține informații de la agențiile teritoriale ale ITM, agenții de mediu și agenții teritoriale pentru ocuparea forței de muncă.

Se va prezenta declarație privind respectarea condițiilor de mediu, social și al relațiilor de muncă pe toată durata de îndeplinire a contractului de lucrări, conform art. 51 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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

Persoanele juridice străine pot prezenta documente echivalente, emise în conformitate cu legislația aplicabilă în țara de rezidență."

De asemenea, contestatorul arată că potrivit capitolului II.2 Descrierea achiziției publice, autoritatea a precizat următoarele:

"Contractul are ca scop servicii de proiectare (proiect pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (PAC), proiect tehnic (PT) și detalii de execuție (DDE), inclusiv verificare și asistență tehnică din partea proiectantului și lucrări de construcții-montaj, inclusiv întocmire certificat energetic, întocmire, verificare și avizare dosare instalații energie electrică și întocmire, verificare și avizare dosare instalații gaze naturale aferente obiectivului de investiție „Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, județul Ialomița, municipiul " totalizând 56 unități locative, 2 tronsoane, regim de înălțime P+3E.

Lucrările tehnico-edilitare aferente investiției se suportă de către Consiliul local al municipiului Urziceni, din bugetul propriu. Valoarea

estimată, fără TVA, a contractului de proiectare și execuție lucrări este de 11.873.720,85 lei exclusiv TVA din care:

- pentru proiectare (PAC, PT, DDE), verificare proiectare (PT, DDE), asistență tehnică din partea proiectantului): 416.159,53 lei exclusiv TVA;*
- pentru lucrări de construcții-montaj (inclusiv întocmire certificat energetic, întocmire, verificare și avizare dosare instalații energie electrică și întocmire, verificare și avizare dosare instalații gaze naturale): 11.457.561,32 lei exclusiv TVA."*

În ceea ce privește Capacitatea de exercitare a activității profesionale – Capitolul III.2.1.b), informațiile și formalitățile necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate au vizat următoarele:

"Operatorii economici care depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în nici una dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Modalitatea de îndeplinire: completare DUAE de către ofertant/asociat/subcontractant/ terț susținător urmând ca documentul justificativ, respectiv certificatul ONRC sau pentru ofertanții străini un document echivalent emis în țara de rezidență (în limba în care a fost emis, însoțit de traducerea în limba română efectuată în mod obligatoriu de către traducători autorizați), să fie prezentat la solicitarea autorității contractante, la finalizarea evaluării ofertelor, de către operatorul economic clasat pe primul loc în clasamentul intermediar.

Obiectul contractului trebuie să aibă corespondent în codul CAEN din certificatul constatator ONRC. Informațiile din acest document trebuie să fie reale/valide la data prezentării acestuia."

Contestatorul precizează că potrivit celor de mai sus, rezultă că misiunea operatorilor economici participanți la această procedură de atribuire, constă în probarea/dovedirea/evidențierea modalității în care vor asigura executarea integrală a tuturor operațiunilor în conformitate cu dispozițiile legale.

Astfel, cerințele/precizările redată în precedent stabilesc că participanții sunt datori să demonstreze și să asigure Achiziția că toate operațiunile necesare pentru executarea operațiunilor se vor realiza cu respectarea legii, astfel încât derularea contractului de achiziție publică să fie executată în mod corespunzător, iar obiectivul de investiții să fie realizat în deplină concordanță cu regulile și cerințele impuse de autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatorul susține că din evaluarea și verificarea întregului conținut al fișei de date reiese că autoritatea contractantă nu a solicitat operatorilor participanți să probeze deținerea autorizării pentru lucrările de ignifugare a materialelor lemnoase, lăsând practic acestora posibilitatea să opteze pentru modul în care se asigură că toate operațiunile aferente executării contractului de achiziție publică se vor efectua cu respectarea reglementărilor legale aplicabile, în funcție de specificul fiecărei activități, subactivități și/sau operațiuni.

În aceste condiții, fiecare din participanți are posibilitatea reală să demonstreze că activitățile în cauză (serviciile de ignifugare), în legătură

cu care este necesară deținerea unei autorizări / atestări emise de organismele competente, vor fi prestate fie de furnizori de servicii, fie de subcontractori, fie de un membru al Asocierii, fără însă a fi identificată în fișa de date o eventuală limitare /restrângere a acestor posibilități de asigurare a îndeplinirii sarcinilor contractuale sau a activităților accesorii celor care vizează executarea obiectului contractului de achiziție publică.

Prin urmare, în raport cu conținutul fișei de date, contestatorul își exprimă convingerea că abordarea comisiei de evaluare este contrară dispozițiilor legale aplicabile, în contextul în care în realitate ne aflăm în prezența unei descalificări dispusă exclusiv pe considerentul că cerințele caietului de sarcini nu ar fi fost respectate, deși acestea nu conțin mențiuni privitoare la necesitatea depunerii unei Autorizări eliberată pe numele membrilor asocierii și/sau subcontractorilor, iar această potențială cerință nu este identificată în cuprinsul fișei de date.

2.2. Inexistența cerinței privind prezentarea unei autorizări IGSU. Incidența dispozițiilor art. 30 alin. (6) din Normele de aplicare:

Din nefericire, contestatorul precizează că autoritatea a abordat o manieră nefirească de evaluare și s-a abătut de la limitele trasate de legiuitor și identificate în cuprinsul legislației achizițiilor publice. Aceasta a concluzionat că o serie de cerințe ar putea fi deduse / închipuite / imparate, motiv pentru care a apreciat că activitățile privitoare la serviciile de ignifugare nu vor putea fi prestate de către un Furnizor declarat inițial în Ofertă și autorizat conform prescripțiilor legale.

Cu alte cuvinte, contestatorul menționează că achizitoarea a apreciat că, în baza documentației de atribuire, părțile implicate ar fi putut deduce necesitatea deținerii unor autorizații (nu există certitudinea), printre care și cele emise de IGSU (autorizații privind serviciile de ignifugare), astfel că oferta analizată este neconformă și se impune descalificarea din această perspectivă, deși fișa de date devenită obligatorie pentru toate persoanele implicate în procedură nu prevedea îndeplinirea unor asemenea cerințe.

Contestatorul precizează că tâlcul speței este reprezentat tocmai de faptul că asocierea sa riscă aplicarea unei sancțiuni pentru o presupusă nerespectare a unei obligații / cerințe, care, în realitate, nu este inclusă în fișa de date a achiziției /anunțul simplificat, aceste aspecte fiind confirmate inclusiv de conduita autorității contractante, care nu precizează expres prevederea încălcată, ci se limitează la evocarea generică a pretenției încălcări.

De asemenea, contestatorul arată că, în mod constant, instanțele de control judiciar și completurile de soluționare din cadrul Consiliului, au reținut că documentația de atribuire (caietul de sarcini, fișa de date, lucrările de specialitate, studiile, planșele, documentele achiziției) dobândește forță obligatorie prin publicarea în SICAP și necontestarea sa. În aceste condiții prevederile documentației se bucură de un caracter definitiv și obligatoriu pentru toate părțile implicate în procedură, inclusiv pentru autoritatea contractantă.

Autoritatea nu a avut în vedere că cerințele privind autorizațiile IGSU nu sunt prevăzute în documentația de atribuire publicată în SICAP și că acestea nu au fost solicitate expres, clar, precis și fără ambiguități.

Contestatorul menționează că această problemă de drept trebuie analizată exclusiv din perspectiva legislației achizițiilor publice și susține că

ratificarea/validarea unei asemenea opinii poate genera un precedent periculos și poate conduce la apariția unor abordări alunecoase și vătămătoare pentru cei interesați să participe la o procedură de atribuire.

Mergând pe raționamentul autorității contractante, respectiv pe evaluarea ofertelor prin raportare la o serie de cerințe neregăsite/neidentificate în documentație, se ajunge în situația în care drepturile și interesele participanților vor fi grav afectate, urmând să fie generate nenumărate litigii pe această temă, în contextul în care dispozițiile legale sunt extrem de clare din această perspectivă.

Totodată, contestatorul susține că cerințele din cuprinsul fișei de date au fost respectate integral, iar oferta sa a fost întocmită cu respectarea documentației de atribuire, astfel cum aceasta a fost încărcată în SICAP. Însăși autoritatea contractantă a confirmat tacit că cerințele respective nu au fost incluse în documentația de atribuire, o dovadă în acest sens fiind aceea că nu a fost identificat și evocat niciun veritabil motiv de excludere.

Contestatorul critică metoda evaluării ofertelor prin închipuirea/inventarea cerințelor, astfel cum aceasta a fost propusă de autoritatea contractantă, de vreme ce în fișa de date a achiziției nu regăsim condiționările pretinse ulterior în cadrul procesului de evaluare a ofertelor.

De asemenea, contestatorul menționează că a fost de bună-credință și a depus o ofertă conformă cu cerințele documentației, astfel că nu poate fi prejudiciat în contextul în care a respectat integral regulile fixate de autoritatea contractantă.

Totodată, contestatorul precizează că, în decizia de excludere, autoritatea contractantă lasă neluate în seamă dispozițiile art. 30 din HG nr. 395/2016 privind Normele de aplicare, referitoare la criteriile de calificare și selecție.

Contestatorul arată că legiuitorul menționează expres că toate criteriile care nu sunt prevăzute în documentația de atribuire sunt considerate clauze nescrise, iar autoritatea contractantă era obligată să evalueze oferta sa strict prin raportare la dispozițiile legale incidente.

De asemenea, contestatorul menționează că nu se poate abate de la aceste prevederi și trebuie să observe că fiecare dintre participanții implicați în procedură sunt nevoiți să se conformeze regulilor inițiale stabilite de autoritatea contractantă prin documentația încărcată în SICAP.

De vreme ce pentru toții actorii implicați, regulile sunt clare și se determină cu ușurință că nu sunt solicitate autorizări/certificări/avize/atestări, în mod firesc comisia de evaluare trebuia să analizeze oferta depusă prin raportare la aceste date și să respecte prevederile fișei de date referitoare la modalitatea de prezentare a propunerii tehnice - cap. IV.1.4.

Prin urmare, este evident că autoritatea nu este în măsură să indice acea prevedere din documentație care se presupune că ar fi fost încălcată de asocierea descalificată, astfel că se va ajunge în situația în care chiar dacă cerințele regăsite în fișa de date / anunțul de participare sunt respectate și îndeplinite integral de operatorul participant, acesta riscă să fie sancționat și exclus pe motivul că nu a fost în măsură să deducă cerințe neprevăzute în documentație.

2.3. Netemeinicia descalificării. Aspecte teoretice referitoare la rolul furnizorului și subcontractorului în executarea activităților secundare prevăzute pentru îndeplinirea obligațiilor asumate

Contestatorul menționează că din conținutul acestor documente rezultă că obiectul prezentului contract este unul complex, care presupune executarea unei clădiri noi, acesta cuprinzând servicii de proiectare, servicii de asistență tehnică și execuția de lucrări.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit informațiilor din caietul de sarcini pus la dispoziția potențialilor ofertanți, rezultă că, printre lucrările care urmează să fie executate pentru construirea obiectivului, se regăsesc și lucrări de ignifugare, însă, analizând documentația de atribuire, solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă nu a impus ofertanților să prezinte vreo dovadă a faptului că dețin autorizațiile impuse de legiuitor pentru executarea lucrărilor anterior menționate.

În momentul elaborării documentației de atribuire, autoritatea contractantă, prin stabilirea și menționarea cerințelor, a considerat că a informat complet, corect și explicit operatorii economici interesați, potrivit prevederilor art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, astfel încât acestea corespund exigențelor sale iar operatorii economici să-și poată elabora o ofertă conformă.

Astfel cum a susținut și anterior, contestatorul precizează că prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate de către potențialii ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru operatorii economici care au depus oferte, aceștia având obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor depuse prin raportare la cerințele expres stabilite în documentație.

Autoritatea contractantă cu ocazia elaborării documentației de atribuire, avea posibilitatea ca în etapa întocmirii documentației de atribuire să introducă astfel de cerințe în situația în care aprecia ca fiind necesară o asemenea cerință.

Pe de altă parte, contestatorul solicită Consiliului să observe că, din conținutul prevederilor documentației de atribuire, rezultă faptul că din obiectul prezentei proceduri de atribuire așa cum este descris în anunțul de participare simplificat și fișa de date a achiziției (care cuprinde servicii de proiectare, servicii de asistență tehnică, execuția de lucrări construire) nu fac parte lucrări de ignifugare, realizarea acestora fiind activități accesorii lucrărilor de execuție pentru edificarea unor „Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, județul Ialomița, municipiul Urziceni, str. Ion Creangă nr.9” dovadă în acest sens fiind și faptul că pentru aceste activități/lucrări autoritatea contractantă nu a estimat valori distincte.

Pe de altă parte, contestatorul solicită Consiliului să observe că obiectul contractului care urmează a fi atribuit a fost definit de autoritatea contractantă prin referire la 45211000-9 Lucrări de construcții de imobile colective și de case individuale (Rev.2) și Codul CPV secundar: 71200000-0 Servicii de arhitectura și servicii conexe (Rev.2),

Ori, potrivit Nomenclatorului privind Vocabularul comun privind achizițiile publice, lucrările la care face referire autoritatea sunt reprezentate de coduri diferite de cele inserate de autoritatea contractantă

în definirea obiectului prezentei proceduri de atribuire, respectiv codul CPV 45343100-4 Lucrări de ignifugare.

În contextul celor de mai sus, contestatorul reține că legislația în vigoare, în materia achizițiilor publice, prevede următoarele:

- art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, definește noțiunea de subcontractant ca fiind *„orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”,*

- în timp ce prevederile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, definesc furnizorul ca fiind acea entitate care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant.

Prin urmare, din analiza textelor de lege antementionate se observă că, spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.

Astfel, demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului, accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa (ori prestează servicii către contractant, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016), pe când în cazul subcontractantului, acesta furnizează / prestează / execută în mod direct produse / servicii / lucrări, activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică.

În cazul de față, astfel cum a demonstrat anterior, contestatorul precizează că lucrările de ignifugare sunt asociate unul alt Cod CPV, diferit de cel indicat de autoritate și alocat pentru această procedură de atribuire a contractului de achiziție publică.

În aceste condiții, de vreme ce lucrările de ignifugare nu fac parte din obiectul contractului, așa cum este descris la nivelul anunțului de participare simplificat și al fișei de date a achiziției, nu este necesară/obligatorie subcontractarea lucrărilor în discuție, nefiind astfel relevant faptul că membrii asocierii sunt/nu sunt autorizați de către IGSU, sau că asocierea criticată a subcontractat sau nu aceste servicii/lucrări, nerezultând, astfel, existența vreunei obligații în sarcina ofertanților de a depune în prezenta procedură de atribuire autorizații/atestare IGSU.

Contestatorul apreciază că realizarea acestor activități accesorii lucrărilor care fac obiectul prezentului contract, poate fi efectuată de către furnizorii declarați, prin intermediul unor contracte de prestări servicii/colaborare.

În acest context, contestatorul consideră că este relevantă pentru soluționarea pricinii inclusiv ponderea valorică redusă (din valoarea ofertată de către asocierea declarată respinsă) a activităților în discuție în

cadrul contractului, întrucât valoarea lucrărilor de ignifugare reprezintă o cotă procentuală de 0,004% din valoarea totală a ofertei financiare.

În această situație, contestatorul consideră că nu sunt aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece nu există astfel de cerințe în fișa de date și în caietul de sarcini, respectiv atestate și autorizații emise de Inspectoratul General pentru Situații de Urgență.

Neintroducând astfel de cerințe, autoritatea contractantă și-a asumat modul de îndeplinire a contractului de către ofertantul câștigător.

Astfel, contestatorul constată că autoritatea contractantă nu este în măsură să probeze că asocierea contestatoare nu îndeplinește vreo cerință menționată în documentația de atribuire și nu deține capacitatea profesională, solicitată prin documentația de atribuire, pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, deși conform legislației aceasta are obligația de a indica și motiva în concret obiectul neconformității pretinse.

În opinia contestatorului, raționamentul autorității în favoarea neconformității ofertei nu poate fi primit și nu poate constitui motiv de respingere, atâta vreme cât această cerință nu este menționată în documentația de atribuire.

Mai mult, contestatorul arată că, potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) și f) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are atribuții expres reglementate de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare și a cerințelor din caietul de sarcini de către ofertanți, doar în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire și nu de a introduce noi cerințe, pe care operatorii economici participanți să le îndeplinească într-un anumit termen, în această etapă a procedurii, respectiv de evaluare a ofertelor depuse, iar în speță, comisia de evaluare, în analiza ofertelor prezentate, a utilizat condiții care nu au fost prevăzute în documentația de atribuire, elaborată în vederea aplicării procedurii de achiziție publică în cauză.

Astfel, în opinia contestatorului, solicitarea prezentării de către asocierea sa a unor autorizații care nu a fost cerută prin documentația de atribuire și evaluarea ofertei pe baza acestor cerințe constituie o abatere de la principiile consacrate de legislația achizițiilor publice la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatorul apreciază că este relevant să evidențieze o serie de aspecte care întăresc opiniile sale și solicită Consiliului să rețină în soluționare că modalitatea în care vor fi realizate serviciile de ignifugare este următoarea:

- Conform mențiunilor consemnate în cuprinsul ofertei tehnice depusă de asocierea sa în cadrul prezentei proceduri (fișierul intitulat: Autorizații execuție lucrări care fac obiectul contractului.pdf, la paginile 5-11 se regăsește contractul de prestări servicii precum și autorizația furnizorului SC „„„SRL).

- Prin răspunsul societății sale la solicitările de clarificare, a precizat expres că Serviciile de ignifugare vor fi realizate de furnizorul declarat în propunerea tehnică, respectiv de SC „„„SRL, cu care se află în derulare contractul cadru de prestări servicii nr. 015/2016.

- Potrivit dispozițiilor contractului, rezultă că aceste servicii sunt furnizate/asigurate și executate de acest operator economic autorizat

potrivit Legii, astfel cum rezultă din Autorizația seria A nr. 2816 din data de 01.11.2012 eliberată de IGSU, precum și din baza de date publice identificată pe site-ul: https://www.igsu.ro/Resources/CNSIPC/L_PERS/PERSQANE%20AUTORIZATE%20IGNIFUGARE.pdf.

- Pentru edificare, contestatorul arată că a transmis autorității captura fotografică (screenshot) a paginii web, de unde rezultă că furnizorul SC „„„SRL figurează ca fiind autorizat în conformitate cu O.M.A.I. nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare, pentru efectuarea lucrărilor de ignifugare a materialelor combustibile, la data de 21 mai 2021. Din aceste date/informații/dovezi rezultă neîndoienic că Furnizorul declarat va presta /executa serviciile de ignifugare cu respectarea prevederilor legale aplicabile.

- De altfel, contestatorul precizează că acest furnizor a prestat aceste servicii și în cadrul proiectelor care au vizat obiectivele de investiții deja finalizate, precum:

- Contract nr. 26468/29.11.2017 - „Blocuri locuințe sociale pentru persoane evacuate din case naționalizate, ”;

- Contract nr. 68/31.03.2017: „Reparații capitale clădiri C2 (corp B), C3 (Corp D), C4 (Corp D), C5 (Corp C) realizare corp nou de legătură între C1 și C2 - Parchetul de pe lângă Judecătoria și Serviciul Teritorial DIICOT”,

aceste proiecte derulându-se conform prescripțiilor legale aplicabile în materie, cu respectarea condițiilor și normelor specifice activităților de ignifugare, accesorii lucrărilor principale prevăzute în obiectul contractelor de execuție.

- Contestatorul arată că potrivit procedurilor de execuție prezentate în oferta tehnică, intervenția acestui furnizor de servicii are loc ulterior punerii în operă a materialului lemnos, iar în această etapă de execuție al lucrărilor, acesta va presta în beneficiul Contractorului (operatorul/asocierea declarată câștigătoare) serviciile de ignifugare necesare, în valoare de aproximativ 4.000,00 lei, costul final urmând să fie determinat în funcție de cotele rezultate în urma Proiectului tehnic.

- Consecutiv celor menționate anterior, contestatorul precizează că societatea „„„SRL a fost indicată în cuprinsul ofertei ca fiind furnizor de servicii, acesta fiind considerat o entitate care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant; această opțiune fiind în deplină concordanță cu spiritul și litera Legii nr. 98/2016, care oferă operatorilor economici participanți posibilitatea ca anumite servicii accesorii lucrărilor principale să fie prestate de Furnizori, fără ca aceștia din urmă să fie declarați ca subcontractori.

- Conform susținerilor de mai sus, având în vedere obiectul contractului de achiziție publică (Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție), contestatorul precizează că realizarea acestor activități accesorii lucrărilor care fac obiectul prezentului contract poate fi efectuată prin intermediul unor contracte de prestări servicii/colaborare. În acest context, este deosebit de important să se aibă

în vedere că ponderea valorică aferentă acestor activități accesorii este de 0,004% din valoarea totală a ofertei financiare.

- De altfel, contestatorul menționează că este important să anticipeze apărările autorității contractante și să aibă în vedere că practica judiciară rezultată din Deciziile anterioare pronunțate de forul administrativ-jurisdicțional, evocată în cuprinsul solicitării de clarificare nr. 12455/31.05.2021 vizează situațiile în care Consiliul a apreciat ca fiind necesar/obligatoriu ca autoritatea contractantă să verifice modul de îndeplinire a acestor servicii și, în cauze similar nu s-a reținut că aceasta s-ar realiza exclusiv prin subcontractanți sau operatori economici participanți.

- Cu alte cuvinte, contestatorul precizează că autorității îi revine misiunea să determine dacă serviciile de ignifugare sunt prestate/executate în condiții de legalitate, fără a elimina posibilitatea ca acestea să poată fi executate de un furnizor autorizat conform legii și indicat în cuprinsul ofertei depusă în cadrul prezentei proceduri.

- De altfel, contestatorul arată că potrivit documentației nu este interzisă prestarea acestor servicii de către un Furnizor autorizat, motiv pentru care apreciază că și din această perspectivă interpretările/reconfigurările comisiei de evaluare au depășit limitele prevăzute de lege și au condus la obținerea unui rezultat defectuos, contrar dispozițiilor documentației de atribuire.

- Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să rețină că în cadrul procedurii de atribuire, lucrările de ignifugare a materialului lemnos nu fac parte din obiectul contractului, așa cum este descris la nivelul anunțului de participare simplificat și al fișei de date a achiziției, nefiind necesară/obligatorie subcontractarea lucrărilor în discuție, motiv pentru care societatea sa a apreciat că este posibilă prestarea serviciilor de ignifugare de către un furnizor autorizat conform legii.

- Concluzionând, având în vedere circumstanțele speței, obiectul contractului, precum și cerințele documentației de atribuire, contestatorul solicită Consiliului să constate nelegalitatea și netemeinicia rezultatului procedurii și a soluției de respingere a ofertei sale.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL.

Autoritatea contractantă arată că la procedura în cauză au fost depus în 8 oferte.

Comisia de evaluare a verificat eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind quantumul și valabilitatea acesteia. A procedat, de asemenea, la verificarea formularelor DUAЕ prin care ofertanții confirmă faptul că nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art.164, 165 și 167 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice și că îndeplinesc criteriile de calificare și selecție așa cum au fost solicitate prin fișa de date achiziției.

Procesul de verificare a fost detaliat în procesul verbal privind evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr.6272/23.03.2021.

După această primă etapă de evaluare, au fost declarate admisibile un număr de 7 oferte și inacceptabilă oferta depusă de SC BĂICULESCU CONSTRUCT SRL, conform art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G nr.395/2016 cu modificările și completările ulterioare. Motivarea: ofertantul nu a prezentat, în formularul DUAЕ, dovada experienței similare pentru lucrări de construcții iar la solicitarea de clarificări a menționat terț susținător și subcontractant operatorul economic SC REAL DESIGN TRUST S.R.L pentru care nu a depus formular DUAЕ în SEAP și care nu a fost declarat în formularul DUAЕ al ofertantului, încălcând art.193 alin (2) din Legea nr.98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Procesul de evaluare a continuat cu evaluarea propunerilor tehnice, rezultatul evaluării fiind consemnat în procesul verbal de evaluare înregistrat cu nr. 8506/14.04.2021, ofertanților fiindu-le solicitate clarificări în ceea ce privește conținutul propunerii tehnice.

Propunerile tehnice au fost evaluate de către comisia de evaluare în conformitate cu jurisprudența CNSC 2019-2020, conform căreia: "Autoritatea contractantă avea obligația să verifice îndeplinirea prevederilor art. 51 din HG nr. 395/2016: "(1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă. (2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă." și, de asemenea în conformitate cu jurisprudența Curții de Apel 2019-2020, conform căreia "atestatele/autorizările pentru prestarea serviciilor și executarea lucrărilor care necesită atestate/autorizări pot fi deținute doar de lider, asociați, subcontractanți sau terți susținători".

"Pentru a proiecta/executa în mod legal aceste servicii/activități este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unor astfel de autorizații în cuprinsul documentației de atribuire".

După finalizarea evaluării tehnice, 4 oferte au fost declarate conforme, oferta SC HENTZA BUSINESS SRL a fost declarată inacceptabilă conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare și respinsă conform art. 137 alin.(1) din același act normativ, deoarece ofertantul nu a răspuns la solicitarea de clarificări transmisă de către autoritatea contractantă, ofertele Asocieria SC SRL - SC SRL și Asocieria SC SRL - SRL declarate neconforme în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și respinse conform art. 137 alin. (1) din același act normativ,

deoarece ofertanții nu au făcut dovada că sunt abilitați să presteze serviciile și să execute lucrările care necesită atestate/autorizări.

Propunerile financiare au fost evaluate prin raportare la prevederile din fișa de date a achiziției, încadrarea în valoarea estimată, încadrarea în situația prevăzută la art.210 din Legea nr.98/2016, solicitându-se clarificări operatorilor economici, în urma evaluării propunerilor financiare și a răspunsului la solicitarea de clarificări, cele 4 oferte au fost declarate admisibile, rezultatul evaluării fiind consemnat în procesul verbal de evaluare înregistrat cu nr. 10381/07.05.2021.

Ofertantului Asocierea SC SRL și SC SRL, situat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, i s-au solicitat documentele care probează îndeplinirea cerințelor de calificare așa cum au fost acestea declarate în formularul DUAЕ.

În etapa verificării acestor documente, urmare a primirii la autoritatea contractantă a deciziei CNSC pentru soluționarea contestației în cadrul unei proceduri simplificate cu obiect similar (Decizia CNSC nr. , comisia de evaluare a luat act de faptul că nu a fost verificată și nu au fost solicitate clarificări cu privire la deținerea de către fiecare ofertant a autorizației privind lucrările de ignifugare a materialului lemnos.

În vederea clarificării și stabilirii cu certitudine a posibilității ofertanților de a executa din punct de vedere legal toate lucrările aferente contractului care face obiectul procedurii de atribuire, comisia de evaluare a hotărât reevaluarea tehnică a celor patru oferte declarate admisibile, respectiv verificarea deținerii autorizării specifice pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor combustibile. În urma reevaluării ofertelor tehnice, comisia de evaluare a constatat următoarele:

- ofertanții asocierea SC SRL - SC SRL - SC SA - SC SRL și asocierea SC SRL - SC SRL - SC SRL dețin autorizările specifice pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor combustibile, ofertele acestora fiind declarate admisibile;

- ofertanții Asocierea SC SRL - SC SRL și Asocierea SC SRL - SC SRL nu au făcut dovada că sunt autorizați pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor lemnoase (operatorii economici ale căror autorizări au fost prezentate prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu sunt participanți la procedură nefiind membrii ai asocierilor sau subcontractanți declarați și pentru care nu au fost prezentate formulare DUAЕ și acorduri de subcontractare, ofertele acestora fiind declarate neconforme conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și respinse conform art. 137 alin. (1) din același act normativ.

În urma aplicării criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, comisia de evaluare a solicitat ofertantului asocierea SC SRL - SC SRL - SC SRL prezentarea documentelor justificative pentru îndeplinirea DUAЕ.

În urma finalizării evaluării a fost aprobat raportul procedurii nr. 14523/23.06.2021, fiind declarată câștigătoare, în urma aplicării criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, oferta depusă de asocierea SC SRL - SC SRL - SC SRL. Operatorii economici participanți la procedură au fost informați în ceea ce privește rezultatul procedurii de atribuire, prin publicarea comunicărilor în SEAP la data de 25.06.2021.

La data de 05.07.2021, operatorul economic SC SRL a transmis contestația înregistrată la ANL cu nr. 15448/05.07.2021, motivul contestației constând în faptul că oferta asocierii SC SRL - SC SRL a fost declarată neconformă în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și respinsă conform art. 137 alin. (1) din același act normativ motivat de faptul că ofertantul nu a făcut dovada că este autorizat pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor lemnoase (operatorul economic SC ,,SRL a cărui autorizare a fost prezentată nu este participant la procedură nefiind membru al asocierii sau subcontractant declarat și pentru care nu a fost prezentat formular DUAE și acord de subcontractare în SEAP).

În fapt, autoritatea contractantă arată că, în conținutul propunerii tehnice, ofertantul asocieria SC SRL - SC SRL a prezentat, în folderul "Autorizații execuție lucrări care fac obiectul contractului", contractul-cadru de prestări servicii nr. 15/11.01.2016 încheiat cu operatorul economic SC ,,SRL în calitate de furnizor, precum și autorizarea IGSU a acestuia pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor combustibile.

În ceea ce privește argumentele prezentate în conținutul contestației, autoritatea face următoarele precizări:

În conformitate cu prevederile art. 51 din HG nr. 395/2016 *"(1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.*

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă."

Legea nr. 98/2016 reglementează furnizorul ca entitate care pune la dispoziția unui contractant produse care pot consta inclusiv în servicii de instalare și de amplasare a acelor produse sau prestarea unor servicii și precizează că acest furnizor nu are și calitate de subcontractant.

Conform Notei de Bune Practici cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial transmisă autorităților contractante de către ANAP, "furnizorul" este entitatea care furnizează produse/prestează servicii către contractant, iar "subcontractantul" execută/furnizează părți sau elemente ale lucrărilor/construcției ori îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Prin urmare, subcontractantul este implicat în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului.

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

Având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, autoritatea contractantă arată că legislația în domeniul achizițiilor publice impune anumite obligații în sarcina ofertantului cu privire la subcontractanți, obligații care nu există în cazul furnizorilor, respectiv:

- de a cuprinde în oferta sa documentele și informațiile prevăzute de lege referitor la subcontractare (informații privind partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinite de subcontractanți și valoarea acesteia, DUAЕ pentru subcontractant, acord de subcontractare, documente justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante;

- de a transmite, la solicitarea autorității contractante, informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

Subcontractanții propuși trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere (art.164, 165 și 167 din Legea nr.98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin.(1) și art. 174 alin.(1) din aceeași Lege. Pentru furnizori, cerințele enumerate mai sus nu există. În plus, calitatea de furnizor nu poate fi invocată ca experiență similară, capacitatea tehnică și profesională a furnizorului unui ofertant nu va fi luată în considerare deci nici autorizările specifice, deoarece furnizorul nu este implicat direct în executarea contractului.

Demarcația dintre cele două calități este dată de faptul că, în cazul furnizorului, accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, pe când în cazul subcontractantului, acesta furnizează/prestează/execută în mod direct activități în cadrul contractului de achiziție publică.

În ceea ce-l privește pe subcontractant dar nu și pe furnizor, pot apărea situații potențial generatoare de conflict de interese, de aceea autoritatea contractantă este obligată să asigure publicitatea datelor de identificare ale subcontractantului propus în aceleași condiții în care este obligată să asigure publicitatea datelor ofertantului.

Autoritatea menționează că toate aceste considerente au stat la baza deciziei comisiei de evaluare de a nu considera îndeplinită cerința cu privire la deținerea autorizării IGSU pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor combustibile de către furnizorul ofertantului asocierea SC SRL - SC ,,,,SRL și de a declara oferta acestuia neconformă în conformitate cu art.137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și respinsă conform art.137 alin. (1) din același act normativ.

Mai mult, comisia de evaluare avea obligația să verifice în cadrul evaluării ofertelor dacă ofertanții pot proiecta și executa din punct de vedere legal lucrările aferente obiectului contractului deoarece ofertanții au luat la cunoștință de natura lucrărilor care se vor proiecta și executa în cadrul studiului de fezabilitate, parte a documentației de atribuire. Conform jurisprudenței CNSC (Decizia nr. 1032/C7/902/18.05.2021), "pentru a

executa în mod legal aceste lucrări/activități este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unor astfel de autorizații în cuprinsul documentației de atribuire."

Conform jurisprudenței Curții de Apel „Curtea reține obligativitatea deținerii unor atestări în vederea executării de lucrări (...) nu reprezintă un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresa în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități(...). Așadar, pentru a desfășura în mod legal activitatea de (...), este necesar să se dețină un atestat eliberat în condițiile legii nr. (...) și a metodologiei elaborate de (...) indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de atestat în cuprinsul fișei de date. O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării de lucrări de (...) nu este de natura a înlătura de la aplicare obligația legală instituită (...)”.

Având în vedere cele anterior prezentate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să analizeze contestația în concordanță cu legislația aplicabilă și cu jurisprudența existentă în această speță.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 36324/14.07.2021, contestatorul formulează concluzii scrise, solicitând Consiliului să admită contestației, astfel cum aceasta a fost formulată și să observe că sunt esențiale în dezlegarea pricinii următoarele argumente:

Cu titlul prealabil, subliniem că Entitatea contractantă prin punctul de vedere formulat, nu se apleacă asupra criticilor noastre, aceasta limitându-se la prezentarea generică a succesiuni fazelor procedurale precum și la redarea integrală a concluziilor conținutului Raportului procedurii, fără a răspunde cu exacitate motivelor de netemeinicie regăsite în contestația introductivă.

De asemenea, din examinarea apărărilor intimatei constatăm că ipoteza de lucru promovată de aceasta este diferită/străină de esența problemei supusă în atenția Consiliului.

În concret, tâcul acestei spețe vizează exclusiv modalitatea în care Asocierea contestatoare a făcut dovada îndeplinirii cerinței din Fișa de date, regăsită în cuprinsul Cap. IV.4.1. - Prezentarea propunerii tehnice în cuprinsul căreia entitatea achizitoare a precizat expres că fiecare participant la procedură este dator să prezinte:

„[...] La nivelul propunerii tehnice [...] informații în legătură cu modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor în conformitate cu reglementările legale aplicabile."

În aceste condiții, rezultă că întreaga apărare configurată de Autoritatea contractantă este străină de esența chestiunii litigioase, iar susținerile acesteia nu pot fi avute în vedere, în contextul în care obligația fiecărui participant consta în indicarea/precizarea tuturor elementelor/datelor/informațiilor relevante pe baza cărora se poate determina că execuția lucrărilor se va realiza doar în condiții de legalitate.

Așadar, contestatorul apreciază că opiniile autorității sunt eronate, motiv pentru care în continuare va evidenția punctual aspectele pe care le consideră ca fiind esențiale pentru dezlegarea pricinii.

În primul rând, contestatorul solicită Consiliului să observe că autoritatea contractantă recunoaște că nu a solicitat/impus această cerință și, contrar dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, aceasta își menține argumentația eronată consemnată în Raportul procedurii de atribuire.

De asemenea, contestatorul precizează că întreaga paralelă dintre noțiunea de furnizor și cea de subcontractor nu este relevantă în cauza de față, în contextul în care legiuitorul nu interzice ca livrarea unor bunuri și/sau prestarea unor servicii să fie asigurată prin intermediul furnizorilor.

În cazul în care ar fi îmbrățișată opinia autorității contractante ar fi golate de conținut normele și regulile aplicabile în cazul furnizorilor, iar anumite activități accesorii lucrărilor principale din contract nu ar mai putea fi asigurate prin intermediul acestei categorii de profesioniști.

De vreme ce legislația aplicabilă în materie permite o asemenea abordare, iar documentația de atribuire nu a impus operatorilor participanți depunerea unei asemenea autorizări/atestări, contestatorul susține că asigurarea executării lucrărilor de ignifugare prin intermediul unui furnizor de servicii autorizat în condițiile legii, poate fi realizată prin modalitatea propusă de asocierea contestatoare, respectiv prin intermediul unui contract de prestări servicii.

Consecutiv celor de mai sus, contestatorul precizează că este important să se observe că obiectul principal al contractului de achiziție publică vizează coduri CPV - diferite de cele alocate serviciilor de ignifugare - astfel că și din această perspectivă raționamentul autorității este infirmat tocmai de împrejurarea că furnizorul indicat în cuprinsul ofertei sale asigură îndeplinirea exactă/legală/corectă a activităților accesorii de ignifugare a materialului lemnos.

Comparativ cu situația subcontractorului, contestatorul menționează că furnizorul nu execută lucrări principale și/sau etape contractuale determinante pentru realizarea obiectivului de investiții, intervenția acestuia fiind exclusiv în ceea ce privește ignifurarea materialului lemnos.

În cazul în care s-ar valida o asemenea opinie, ne-am afla în situația în care furnizorii de materiale/servicii vor migra artificial în categoria subcontractorilor, chiar dacă prima categoria nu este implicată direct în executarea obiectului contractului/nu participă efectiv la îndeplinirea sarcinilor contractului precum la și finalizarea etapelor de execuție a lucrărilor principale.

Practic, într-o asemenea ipoteză ar fi radiată din procedurile de achiziții publice noțiunea de furnizor, deși legiuitorul român explică într-o manieră clară și precisă faptul că acesta are calitatea unui profesionist care pune la dispoziția *"[...] unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant."*

Contestatorul consideră că, în cazul de față, prestarea unor servicii de ignifugare nu poate fi realizată exclusiv prin intermediul subcontractului, mai ales că acesta din urmă are rolul de sprijini executantul și a de a participa efectiv la realizarea unor etape

esențiale/importante/semnificative ale contractului de achiziție publică, participarea sa vizând executarea unor cantități de lucrări mult mai însemnate și nicidecum prestarea unor servicii punctuale, de o valoare extrem de redusă raportat la valoarea obiectivului de investiții (în cazul de față ponderea serviciilor de ignifugare este de 0,004% din valoare ofertei financiare).

De altfel, contestatorul precizează că în situația în care am îmbrățișa opiniile autorității ne-am afla în situația în care pentru livrarea/prestarea anumitor produse/bunuri/servicii aferente activităților conexe/accesorii celor principale, ar fi necesară indicarea respectivelor furnizori ca și subcontractori, care dacă aceștia în realitate nu participă efectiv la executarea lucrărilor aferente obiectului principal al contractului.

Simpla preluare a conținutului Notei de bune practici publicată de ANAP, referitoare la interpretarea noțiunilor de furnizori și subcontractori, nu are aplicabilitate în situația de față, întrucât esența problemei constă în aceea că:

- pe de o parte, operatorii participanți în această procedură erau datori să prezinte modalitatea în care vor asigura îndeplinirea obiectivului, cu respectarea dispozițiilor legale aflate în vigoare,
- pe de altă parte, serviciile de ignifugare nu fac parte din categoria activităților principale/etapelor intermediare determinante pentru finalizarea contractului de achiziție publică.

Contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că societatea sa a fost preocupată să asigure executarea contractului în condiții de legalitate și tocmai de aceea a depus în cadrul ofertei copia contractului de prestări servicii și dovada existenței autorizării eliberate de IGSU, din cuprinsul căreia rezultă indubitabil că furnizorul de servicii este abilitat să presteze servicii de ignifugare.

Astfel, contestatorul susține că a demonstrat că îndeplinește cerințele regăsite în fișa de date și a dovedit că toate activitățile principale, activitățile conexe și accesorii, vor fi realizate cu respectarea dispozițiilor legale aferente fiecărei specialități.

De asemenea, contestatorul precizează că din analiza dispozițiilor legale invocate de asocierea sa se observă că, spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.

Demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect:

- în cazul furnizorului, accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa (ori prestează servicii către contractant, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016),
- pe când în cazul subcontractantului, acesta furnizează / prestează / execută în mod direct produse / servicii / lucrări, activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică.

În speța de față, contestatorul menționează că lucrările de ignifugare nu fac parte din obiectul contractului, așa cum este descris la nivelul anunțului de participare simplificat și al fișei de date a achiziției și, în

consecință, nu este necesară/obligatorie subcontractarea lucrărilor în discuție, nefiind astfel relevant faptul că membrii asocierii sunt/nu sunt autorizați de către IGSU, sau că asocierea sa a subcontractat sau nu aceste servicii/lucrări, nerezultând, astfel, existența vreunei obligații în sarcina ofertanților de a depune în prezenta procedură de atribuire autorizații/atestate IGSU.

Prin urmare, realizarea acestor activități accesorii lucrărilor care fac obiectul prezentului contract, poate fi efectuată de către furnizorii declarați, prin intermediul unor contracte de prestări servicii/colaborare.

Contestatorul arată că pentru soluționarea pricinii este relevantă inclusiv ponderea valorică redusă (din valoarea ofertată de către asocierea declarată respinsă) a activităților în discuție în cadrul contractului, întrucât valoarea lucrărilor de ignifugare reprezintă o cotă procentuală de 0,004% din valoarea totală a ofertei financiare.

Totodată, contestatorul opinează că nu sunt aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, în contextul în care nu există astfel de cerințe în fișa de date și în caietul de sarcini, respectiv necesitatea depunerii unor atestate și autorizații emise de Inspectoratul General pentru Situații de Urgență. Neintroducând astfel de cerințe, autoritatea contractantă și-a asumat modul de îndeplinire a contractului de către ofertantul câștigător.

Astfel, în raport de apărările formulate, contestatorul constată că autoritatea nu a fost în măsură să probeze că asocierea contestatoare nu îndeplinește vreo cerință menționată în documentația de atribuire și nu ar deține capacitatea profesională, solicitată prin documentația de atribuire, pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, deși conform legislației aceasta are obligația de a indica și motiva în concret obiectul neconformității pretinse.

Contestatorul arată că potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) și f) din HG. nr. 395/2016, autoritatea contractantă are atribuții expres reglementate de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare și a cerințelor din caietul de sarcini de către ofertanți, doar în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire și nu de a introduce noi cerințe, pe care operatorii economici participanți să le îndeplinească într-un anumit termen, în această etapă a procedurii, respectiv de evaluare a ofertelor depuse, iar în speță, comisia de evaluare, în analiza ofertelor prezentate, a utilizat condiții care nu au fost prevăzute în documentația de atribuire, elaborată în vederea aplicării procedurii de achiziție publică în cauză.

Practica judiciară evocată de autoritatea contractantă vizează exclusiv situațiile în care s-a apreciat ca fiind necesar/obligatoriu ca autoritatea contractantă să verifice modul de îndeplinire a acestor servicii, iar în cauzele prezentate de societatea sa nu s-a reținut că aceasta s-ar realiza exclusiv/doar/numai prin subcontractanți sau prin operatorii economici participanți.

Contestatorul arată că atât CNSC, cât și Curțile de Apel, prin deciziile pronunțate, au stabilit că executarea lucrărilor trebuie să se realizeze în condiții de legalitate, însă nu este limitată posibilitatea ca o serie de servicii accesorii lucrărilor principale să poată fi prestate de un furnizor autorizat conform legii și indicat *ab initio* în cuprinsul ofertei depusă în cadrul prezentei proceduri.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să rețină că în cadrul procedurii de atribuire lucrările de ignifugare a materialului lemnos nu fac parte din obiectul contactului, așa cum este descris la nivelul anunțului de participare simplificat și al fișei de date a achiziției, nefiind necesară/obligatorie subcontractarea lucrărilor în discuție, iar asocierea contestatoare în mod corect a considerat că este posibilă prestarea serviciilor de ignifugare de către un furnizor autorizat conform legii.

În concluzie față de toate criticile invocate, contestatorul solicită Consiliului să constate că este justificat demersul de față și în consecință solicită admiterea contestației astfel cum aceasta a fost formulată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "Contract de proiectare și execuție lucrări aferent obiectivului de investiție „Locuințe pentru tineri, destinate închirierii, județul Ialomița, municipiul Urziceni, str. Ion Creangă nr.9", cod CPV 45211000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În raportul procedurii nr. 14523/23.06.2021, s-a consemnat depunerea a 8 oferte, respingerea a 6 oferte printre care și a contestatorului SRL, admisibilitatea celorlalte 2 oferte, precum și desemnarea ofertei asocierea SC SRL – SC SRL – SC SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 10.925.000 lei fără TVA.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr., ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

Pe fondul contestației formulate de SRL, Consiliul retine următoarele:

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. , oferta asocierii SC SRL - SC ,,,,SRL a fost declarată neconformă în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și respinsă conform art. 137 alin. (1) din același act normativ motivat de faptul că ofertantul nu a făcut dovada că este autorizat pentru efectuarea lucrării de ignifugare a materialelor lemnoase.

Consiliul retine și ca în etapa evaluării financiare, autoritatea contractantă i-a adresat ofertantului asocierii SRL & ,,,,SRL clarificarea nr. prin care i-au fost solicitate o serie de date și informații care vizau abilitarea executării lucrărilor de ignifugare a materialelor combustibile precum și instalarea, montarea, repararea, întreținerea și verificarea tehnică a centralelor termice.

Prin adresa nr. asocierea SRL & ,,,,SRL a oferit autorității contractante informațiile necesare pentru clarificarea și lămurirea aspectelor referitoare la modalitatea în care va asigura executarea

contractului conform reglementărilor aflate în vigoare (în special cele care vizau efectuarea lucrărilor de ignifugare) și a precizat că toate activitățile aferente serviciilor de ignifugare vor fi realizate de furnizorul declarat în propunerea tehnică, respectiv de SC „„„SRL, cu care se află în derulare contractul cadru de prestări servicii nr. 015/2016.

În aprecierea Consiliului, solicitarea de clarificări sub aspectul executiei serviciilor de ignifugare nici nu era necesară întrucât în oferta depusă de asocieria SRL & „„„SRL la paginile numerotate 14-17 se regăsesc atât contractul cadru de prestări servicii nr. 15/11.01.2016 încheiat între SC SRL ca beneficiar și SC „„„SRL ca prestator de servicii de ignifugare, cât și Autorizația seria A nr. 2816 din data de 01.11.2012 eliberată de IGSU acestui operator economic.

În cadrul răspunsului la clarificări asocieria SRL & „„„SRL a transmis autorității contractante și dovada că furnizorul SC „„„SRL figurează ca fiind autorizat în conformitate cu O.M.A.I. nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare, pentru efectuarea lucrărilor de ignifugare a materialelor combustibile, la data de 21 mai 2021.

Prin urmare, în aprecierea Consiliului, asocieria SRL & „„„SRL a probat absolut concludent modalitatea de efectuare a lucrării de ignifugare a materialelor lemnoase, motivul respingerii ofertei depuse fiind neîntemeiat.

Nu este întemeiată pe nicio prevedere legală și nici pe vreo prevedere din documentația de atribuire susținerea autorității contractante potrivit căreia, în mod obligatoriu, operatorul economic autorizat/atestat să efectueze aceste lucrări trebuia să fie membru al asocierii sau subcontractant declarat. Calitatea operatorului economic SC „„„SRL de **furnizor** autorizat de servicii de ignifugare cu contract semnat cu liderul asocierii este o garanție și o dovadă suficientă privind efectuarea lucrărilor de ignifugare a materialelor lemnoase, fără ca acest operator economic să trebuiască declarat subcontractant, cu atât mai mult cu cât valoarea lucrărilor de ignifugare reprezintă o cotă procentuală de numai 0,004% din valoarea totală a ofertei financiare.

În ceea ce privește jurisprudența CNSC și a Curții de Apel invocată de autoritatea contractantă:

Extras din Decizia CNSC nr. 1032/C7/902/18.05.2021):

"pentru a executa în mod legal aceste lucrări/activități este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unor astfel de autorizații în cuprinsul documentației de atribuire."

Extras din Decizia nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel în dosarul 8303/2/2017:

„Curtea reține obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări (...) nu reprezintă un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfasurarea unei astfel de activități, împrejurarea ce rezultă din dispozițiile (...). Așadar, pentru a desfasura în mod legal activitatea de(...), este necesar să se dețină un atestat eliberat în condițiile legii nr.(...) și a metodologiei elaborate de..., indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui

astfel de atestat in cuprinsul fisei de date. O eventuala omisiune a autoritatii contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului in vederea executării de lucrări de(...) nu este de natura a inlatura de la aplicare obligația legala instituita(...)."

Consiliul retine ca face o confuzie intre obligatia autoritatii contractante de a verifica fiecare oferta privind modul de realizare, in conditii de legalitate, a anumitor lucrari sau servicii necesare, indiferent daca în anunțul de participare simplificat și/sau fișa de date a achiziției au fost mentionate acest tip de lucrări sau servicii ceea ce este absolut corect si o interpretare neprevazuta nicaieri (nici in legislatie, nici in documentatie) ca realizarea in conditii de legalitate sa fie in sarcina unui membru al asocierii sau a unui subcontractant declarat. In speta, avand in vedere si ponderea valorica nesemnificativa fata de valoarea totală a ofertei financiare, contractul cu un furnizor autorizat reprezinta o certitudine privind modul de realizare, in conditii de legalitate, a lucrarilor/serviciilor de ignifugare a materialului lemnos.

Mai mult decat atat, daca autoritatea contractanta ar fi dorit sa impuna ofertantilor detinerea unei autorizatii pentru lucrari de ignifugare, aceasta cerinta de calificare ar fi fost necesar a fi consemnata in anuntul de participare, potrivit prevederilor art. 30 alin (4) din HG nr. 395/2016: *„(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.”*, ceea ce nu este cazul in speta.

În concluzie, Consiliul constata ca motivul de respingere al ofertei depuse de asocierea SRL & ,,,,SRL mentionat in adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 14742/25.06.2021 nu este intemeiat.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu si va dispune anularea deciziei de respingere a ofertei asocierii SRL & ,,,,SRL, anularea raportului procedurii nr. 14523/23.06.2021, precum si a tuturor comunicarilor subsecvente.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, dupa indeplinirea dispozitiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei asocierii SRL & ,,,,SRL conform motivarii si stabilirea ofertei castigatoare potrivit criteriului de atribuire, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

Dispune anularea deciziei de respingere a ofertei asocierii SRL & ,,,,SRL, anularea raportului procedurii nr., precum si a tuturor comunicarilor subsecvente.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei asocierii SRL & „„SRL conform motivării și stabilirea ofertei castigatoare potrivit criteriului de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

.....

.....

.....