



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. 830/01.11.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 57095/01.11.2021, formulată de către ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului București sub nr. ..., CUI ..., în calitate de lider al Asocierii ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire desfășurată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, organizată prin licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...”, se solicită anularea Raportului procedurii de atribuire nr. A-11992/20.10.2021 și actelor subsecvente acestuia, obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei Asocierii ..., clasate pe locul I, în sensul constatării neconformității/inacceptabilității acesteia și reevaluarea punctajului acordat ofertei prezentate de ..., în asociere, și acces neîngrădit la dosarul achiziției.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 59241/12.11.2021, ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în calitate de lider al Asocierii ..., solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de către ..., ca nefondată și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

**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 ..., lider al Asocierii ..., critică acceptabilitatea și conformitatea ofertei

declarate câștigătoare, depusă de către Asocieria ..., precum și punctajul acordat ofertei sale de către de către autoritatea contractantă, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Prin contestația cu nr. 830/01.11.2021 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 57095/01.11.2021, ..., în calitate de lider al Asocierii ..., critică oferta declarată câștigătoare, depusă de către Asocieria ..., ca inacceptabilă/neconformă și punctajul acordat ofertei sale, în raport de următoarele considerente:

1. Asocieria ... nu îndeplinește unul dintre criteriile stabilite în documentația de atribuire, respectiv garanția de participare constituită nu respecta cerința minimă prevăzută în fișa de date (Anexa nr.1) la secțiunea III 1.6 a) Garanția de participare: "Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016, prin 1) virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societatea de asigurări în condițiile legii (...), întrucât emitentul garanției de participare constituită de Asocieria ... nu este o instituție de credit ori o societate de asigurări, ci o instituție financiară nebancară, ce nu se aliniază cu exigentele impuse de legiuitor, astfel că oferta ar fi trebuit respinsă ca fiind inacceptabilă;

2. Asocieria ... nu asigură realizarea în mod legal a tuturor activităților solicitate în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv a activității de verificare proiect, astfel cum rezultă din oferta depusă, oferta fiind neconformă;

3. Asocieria ... nu a îndeplinit condițiile tehnico-profesionale impuse prin documentația de atribuire, în raport de dispozițiile legale incidente în materie, neavând la data limită de depunere a ofertelor (22.06.2021) (i) autorizația pentru efectuarea lucrărilor de "proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat și (ii) autorizația pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți", sens în care autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei;

4. Autoritatea contractantă nu a evaluat corespunzător oferta depusă de către Asocieria ... și nu a acordat punctajul în conformitate cu cerințele documentației de atribuire;

5. Autoritatea contractantă nu a permis accesul ... la propunerile tehnice și financiare din cadrul dosarului achiziției.

În motivarea cererii, contestatorul amintește că în data de 21.10.2021 autoritatea contractantă a publicat în SEAP Raportul procedurii de atribuire nr. A-11992/20.10.2021 și i-a transmis Adresa nr. I - 1853/21.10.2021 din conținutul căroră, rezultă că oferta sa a fost acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă dar necâștigătoare, iar oferta depusă de Asocieria ... s-a clasat pe locul 1.

Astfel, autorul consideră că autoritatea contractantă nu a analizat temeinic oferta Asocierii ... declarate câștigătoare, omițând criteriile ce ar fi condus la respingerea acesteia ca fiind neconformă/inacceptabilă și pe cale de consecință la declararea ofertei subscrisei ca fiind câștigătoare, aceasta fiind clasata pe locul 2, aspect ce reflectă interesul procesual în cadrul prezentei contestații.

Contestatorul tratează în cele ce urmează, sistematic, considerentele enunțate.

Cu privire la punctul 1 – *“Asocierea ... nu îndeplinește unul dintre criteriile stabilite în documentația de atribuire, respectiv garanția de participare constituită nu respecta cerința minimă prevăzută în fișa de date (Anexa nr.1) la secțiunea III 1.6 a) Garanția de participare: “Garanția de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016, prin 1) virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din Romani a sau din alt stat sau de o societatea de asigurări în condițiile legii (...), întrucât emitentul garanției de participare constituită de Asocierea ... nu este o instituție de credit ori o societate de asigurări, ci o instituție financiară nebancară, ce nu se aliniază cu exigentele impuse de legiuitor, astfel ca oferta ar fi trebuit respinsă ca fiind inacceptabilă”:*

Autorul susține că a constatat faptul că Asocierea ... a depus în cuprinsul ofertei sale, instrumentul de garantare emis de către ... (anexat), menționând că instituțiile financiare nebancare (IFN) nu sunt calificate potrivit legislației în vigoare ca instituții de credit, neintrând astfel sub incidența prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016, ce statuează ca: *„Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.”*

Totodată, petentul precizează că, în Romania, instituțiile de credit sunt reglementate prin OUG nr. 99/2006 - Privind instituțiile de credit, fiind prevăzute în aceasta categorie în mod limitativ conform prevederilor art. 3, următoarele categorii de instituții:

- a) bănci;
- b) organizații cooperatiste de credit;
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;
- d) bănci de credit ipotecar.

or, instituțiile financiare nebancare nu intră în niciuna dintre aceste patru categorii, beneficiind de un regim juridic separat, într-o reglementare normativă distinctă cuprinsă în cadrul Legii nr. 93/2009 - privind instituțiile financiare nebancare.

Așadar, observăm că legiuitorul a limitat categoria emitenților acestui tip de instrument de garantare la instituții de credit, textul de lege fiind de strictă interpretare. Autorul consideră ca o interpretare extensivă a prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016 ar eluda fundamentul normativ, ce urmărește un grad mărit de protecție în raport de interesul subiectiv al autorității, iar față de interesul public într-un raport general și obiectiv. Astfel, trebuie reținut că, între emitenții menționați diferă substanțial aspectele ce implica modul de funcționare al acestora, cu implicații directe asupra bonității, stabilității și dinamicii obligaționale, doar instituțiile de credit putând oferi mecanisme superioare de protecție în raport de aceste aspecte, motiv pentru care oferta ar fi trebuit respinsă ca fiind inacceptabilă.

În ce privește punctul 2 – *“ Asocierea ... nu asigură realizarea în mod legal a tuturor activităților solicitate în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv a activității de verificare proiect, astfel cum rezultă din oferta depusă, oferta fiind neconformă”:*

Autoritatea contractantă a prevăzut în cadrul documentației de atribuire următoarele: -Fișa de Date, pct. II. 2.4 *Descrierea achiziției publice (natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele)*

Denumire contract: „...”

Contract de lucrări ce include deopotrivă, proiectarea soluției tehnice și execuția lucrărilor aferente implementării acesteia.

Proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție imobiliară 2020-1-2700 „...”:

I. Serviciile de proiectare:

i) Verificare proiect de către verificatori de proiecte atestați în condițiile legii; - Caietul de sarcini,

Pag.II- Art. 4.2 SERVICII SOLICITATE. ACTIVITATILE CE VOR FI REALIZATE:

Activitățile ce se achiziționează prin prezenta procedură sunt: (...)

h) Verificare proiect de către verificatori de proiecte atestați în condițiile legii,

k) Întocmire proiect tehnic "As-Built" inclusiv verificarea acestuia de către verificatori de proiecte atestați și prezentarea acestuia odată cu comunicarea de terminare a lucrărilor.

Pag.12- Toate activitățile trebuie realizate cu respectarea legislației și a reglementărilor tehnice în vigoare, aplicabile specificului obiectivului de investiții. Documentația pentru P.A.C./P.A.D., proiect tehnic de execuție și detalii de execuție vor fi verificate de către verificatori de proiect autorizați MRDPA, cu respectarea termenelor de predare din anexa 4 la Formular nr. VI. 5.1."

Pg.16- "Verificarea tehnică. Toate documentațiile vor fi înaintate spre verificare de către verificatori de proiecte atestați în condițiile legii"

Pg.18-Tabel nr.4

Nr.	Rezultate așteptate	Activități ce trebuie realizate de Contractant
8	Verificare proiect	Verificare proiect de către verificatori de proiecte atestați în condițiile legii

Pag.118 – Tabelul nr. 9

Aspect supus analizei înainte de prezentarea documentației tehnico-economice Autorității Contractante pentru aprobare
Proiectul de autorizare a lucrărilor include toate studiile de specialitate necesare
Proiectul de autorizare a lucrărilor este verificat de verificatori de proiect atestați independenți de proiectant - acolo unde este aplicabil

Astfel, conform documentației de atribuire este necesară executarea activității de verificare a proiectului. Din analiza informațiilor puse la dispoziția autorului de către autoritatea contractantă, rezultă că prin modul în care a fost structurată participarea la procedura de atribuire a Asocierii ..., aceasta nu asigură realizarea activității de verificare proiect cu respectarea dispozițiilor legale și a cerințelor documentației de atribuire, de către o persoană independentă.

Astfel, (i) potrivit acordului de asociere nr. 130/07.06.2021- Formular nr. 3 (anexat), lucrările sunt repartizate între membrii asocierii, după cum urmează:

- ... - Execuție lucrări și proiectare lucrări instalații electrice curenți tari pentru obiectivul 2020-1-2700 "..."

- ... - Prestarea serviciilor de proiectare, asistenta tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor conform documentației de atribuire, exclusiv proiectare instalații electrice curenți tari pentru obiectivul 2020- I-2700 "...."

iar, în al doilea rând, potrivit acordurilor de subcontractare, subcontractanții urmează a executa următoarele activități:

- Acord de subcontractare nr. 128/03.06.2021 încheiat între ...-... are ca și obiect „execuție lucrări de instalații electrice de curenți slabi" (anexat)

- Acord de subcontractare nr. 131/07.06.2021 încheiat între ...-... are ca și obiect „execuție lucrări de termoprotecție cu vopsele termosfumante a structurilor metalice "(anexat)

- Acord de subcontractare nr. 132/07.06.2021 încheiat între ...-... are ca și obiect „execuție lucrări de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor " (anexat).

Potrivit celor arătate de către contestator, verificatorii de proiect atestați trebuie să fie independenți de însăși persoana proiectantului pentru a se evita un conflict de interese, or din analiza modului în care lucrările au fost atribuite în cadrul asocierii, precum și în subcontractare, se observă că Asocierea ... deține integral calitatea de proiectant, fără a avea subcontractata activitatea de verificare proiect, ceea ce implică un inerent conflict de interese, prin documentația de atribuire nefiind permisă această facultate elaboratorului proiectului tehnic.

Contestatorul invocă ca relevante în acest sens dispozițiile art. 13 alin. (1) din Legea nr.10/1995, ce statuează următoarele: *„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul 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”* și art. 8 lit. a) din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate aprobat prin HG nr. 925/1995 *”În conformitate cu prevederile art. 13 alin. (1), coroborate cu art. 26 alin. (1) și art. 30 din Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialității/specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat, verificatorul de proiecte:*

a) nu poate verifica, semna și ștampila proiectul/proiectele întocmite de el, proiectul/proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectul/proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică; (...)"

Totodată, autorul evocă ca jurisprudență incidentă Decizia Curții de Apel Alba Iulia nr. 3605/22.06.2018.

În ce privește punctul 3 - *” Asocierea ... nu a îndeplinit condițiile tehnico-profesionale impuse prin documentația de atribuire, în raport de dispozițiile legale incidente în materie, neavând la data limita de depunere a*

ofertelor (22.06.2021) (i) autorizația pentru efectuarea lucrărilor de "proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat și (ii) autorizația pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți", sens în care autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei".

Astfel, în cadrul CAIETULUI DE SARCINI autoritatea contractantă a introdus informații referitoare la tipurile de lucrări ce vor trebui proiectate și executate pentru a atinge scopul contractului, după cum urmează:

În cadrul contractului trebuie proiectate și executate lucrări la *instalațiile electrice de curenți slabi*, mai precis la *instalațiile de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți (desfumare)* după cum rezultă din următoarele părți ale documentației de atribuire:

La pag. 31 din caietul de sarcini se menționează următoarele:

" INSTALATII DE DESFUMARE

Pentru asigurarea evacuării persoanelor din clădire, precum și pentru asigurarea condițiilor de intervenție în caz de incendiu s-au prevăzut o serie de instalații în conformitate cu cerințele din PI 18 - 99.

Instalațiile de desfumare trebuie alimentate electric dintr-o sursă normală și o sursă electrică de rezervă.

În caz de incendiu, de la centrala de semnalizare a incendiilor, se comandă oprirea tuturor instalațiilor de ventilare normală.

La executarea și punerea în funcțiune a instalațiilor de ventilare și climatizare vor fi respectate toate normativele și prescripțiile în vigoare, precum și condițiile impuse de furnizorii de utilaje, echipamente și materiale."

La pag. 47 din caietul de sarcini se menționează următoarele:

" uși sectionale din panouri termoizolante cu deschidere automată și manuală, prevăzute cu sisteme automate de deschidere în caz de incendiu (desfumare) și cu uși pentru acces personal;

ferestre cu tâmplărie din profile de aluminiu, geam termoizolant cu protecție solară; ferestrele vor fi prevăzute cu deschidere manuală cu sistem de acționare a ferestrelor la înălțime, în cazurile amplasării lor la o înălțime mai mare de 180 cm;

în acoperiș se montează luminatoare/trape desfumare prevăzute cu sisteme automate de deschidere pentru ventilare și/sau desfumare;"

Așadar, este lesne de înțeles că în cadrul acestui contract se vor realiza activități de proiectare și executare a lucrărilor pentru instalațiile de desfumare, lucrări ce vor trebui executate în conformitate cu Ordinul nr. 87/2010 și cu dispozițiile Normativului de siguranță la foc a construcțiilor - indicativ PI 18-99, din 07.04.1999, arată contestatorul, subliniind că această observație prezintă o importanță deosebită deoarece legiuitorul stabilește că pentru desfășurarea activităților de proiectare și executare a tipurilor de activități menționate anterior este obligatorie deținerea de către operatorii economici a unor autorizații emise de instituțiile competente.

Mai precis, raportat la specificul activităților de proiectare și execuție lucrări ce vor fi realizate în cadrul contractului, ofertanții, în mod individual sau prin subcontractanți de specialitate, trebuie să dețină următoarele tipuri de autorizații:

Tipul activității ce urmează a fi realizată în cadrul contractului pentru ambele loturi	Tipul autorizației necesare pentru desfășurarea activității și temeiul legal care impune deținerea autorizației/certificării
Proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți	"Pentru realizarea serviciilor de proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți este necesară deținerea unor autorizații emise de Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și protecție Civilă pentru activitățile prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. j) din Metodologia de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor aprobată prin Ordinul nr. 87/2010 potrivit căruia: „Art. 1-(...) (2) Fac obiectul autorizării potrivit prezentei metodologii următoarele lucrări: (...) j) proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat; (...)”
Executarea lucrărilor de instalare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți.	"Pentru executarea lucrărilor de instalare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți este necesară deținerea unor autorizații emise de Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și protecție Civilă pentru activitățile prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. k) din Metodologia de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor aprobată prin Ordinul nr. 87/2010 potrivit căruia: „Art. 1-(...) (2) Fac obiectul autorizării potrivit prezentei metodologii următoarele lucrări: (...) k) instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți.; (...);”

Prin inițierea procedurii de atribuire și documentația transmisă, autoritatea contractantă și-a manifestat clar intenția de a se angaja într-un raport contractual doar cu un ofertant care are capacitatea legală de a executa activitățile contractului, respectiv care poate asigura în mod licit prestarea serviciilor și execuția lucrărilor ce fac obiectul achiziției, apreciază autorul.

În acest sens, contestatorul amintește următoarele prevederi din caietul de sarcini:

- pag. 127 din Caietul de sarcini, respectiv capitolul 11 RESPONSABILITĂȚILE CONTRACTANTULUI - subcapitolul 11.1 RESPONSABILITĂȚILE CU CARACTER GENERAL, autoritatea contractantă a precizat următoarele: [...]

"Contractantul este responsabil pentru deținerea tuturor autorizațiilor și certificatelor necesare conform legislației în vigoare pentru execuția de lucrări într-o formă actualizată (în vigoare pe toată perioada derulării activităților), atât pentru organizația sa, cât și pentru personalul propus".

- pag. 29 din Caietul de sarcini unde autoritatea contractantă a precizat următoarele:

"Dotarea cu mijloace de primă intervenție în caz de incendiu se va face conform Ordinului M. Ap. N. M53 - 2015 pentru aprobarea Normelor de apărare împotriva incendiilor în Ministerul Apărării Naționale, Ordinul ministrului administrației și internelor nr. 163/2007 pentru aprobarea Normelor generale de apărare împotriva incendiilor, normativului PI 18-99 și

normelor aplicabile în vigoare", normativ ce reglementează obligativitatea existenței instalațiilor de desfumare, respectiv a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți.

Raportat la oferta depusă de Asocieria ... și în urma consultării în prealabil a Dosarului achiziției, pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, a rezultat că lucrările/serviciile de instalații de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți (desfumare) se impun a fi desfășurate în conformitate cu cele arătate anterior, de către operatorul economic ... în calitate de asociat și ..., subcontractant declarat al Asocierii ..., având în vedere obiectul acordului de subcontractare, respectiv execuție lucrări de instalații electrice de curenți slabi.

Cu toate acestea, accesând informațiile cu caracter public existente la adresa web <https://www.igsu.ro/InformatiiUtile/FirmeExpertiatestati> unde pot fi identificați operatorii economici care au dreptul să presteze activități în domeniul proiectării și executării sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți se poate observa, că la momentul depunerii ofertei, respectiv 22.06.2021, niciunul dintre operatorii economici ce compun forma de participare la procedura de atribuire în cauză, și în special asociatul ... și subcontractantul declarat ..., care ar trebui să realizeze aceasta activitate, nu figura ca fiind autorizat pentru (i) instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți și (ii) proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat.

Mai mult decât atât, potrivit informațiilor de la adresele web https://www.iasu.ro/Res0urcesCNSIPC/CNSIPC/L_PERS/1634300372155.pdf (anexata) și https://www.iasu.ro/Res0urcesCNSTPC/CNSTPC/L_PERS/163430038Q657.pdf (anexata) unde se regăsesc listele cu operatorii economici care au dreptul să presteze activități în domeniul proiectării și executării sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, constatăm că la o distanță de două luni față de data depunerii ofertelor, respectiv în data de 02.09.2021, singurul operator economic din structura asocierii ... și subcontractanții acesteia este subcontractantul ... care a obținut aceste autorizații.

Chiar dacă autoritatea contractantă nu a solicitat explicit ca ofertanții să prezinte documentul (autorizația/certificatul/atestarea/licența) prin care probează că dețin capacitatea legală de a realiza toate activitățile ce fac obiectul contractului, acest aspect nu este de natură să absolve ofertantul de obligația de a elabora și depune o ofertă care să satisfacă necesitatea autorității contractante, respectiv prin care să facă dovada că deține posibilitatea / capacitatea legală de a realiza toate activitățile ce fac obiectul achiziției. Cerințele privind necesitatea deținerii unor autorizații / certificări / atestări sunt cerințe legale iar ofertantul trebuie să propună autorității contractante o ofertă care să țină seama de aceste cerințe.

Așadar, ofertantul avea obligația de a elabora și depune o ofertă care să satisfacă necesitatea autorității contractante, respectiv care să implice capacitatea legală a acestuia de a realiza toate activitățile ce fac obiectul achiziției, opinează contestatorul.

Astfel, autorul consideră ca autoritatea contractantă a evaluat oferta depusă de Asocieria ... într-un mod superficial, fără a sesiza că la momentul

depunerii ofertei aceasta nu avea capacitatea de a desfășura activitățile ce fac obiectul contractului, nedeținând autorizațiile necesare desfășurării acestora în mod licit, condiție minimă și obligatorie pentru participarea la procedura de atribuire, stabilită prin dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, la art. 53 alin. (1) și (1¹) din Legea nr. 98/2016 se menționează următoarele: „Art. 53 - (1) *Au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat / candidat / terț susținător / subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj)*”

” (1¹) *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice persoană fizică sau juridică, având calitatea de ofertant individual / ofertant asociat / candidat / terț susținător / subcontractant, care NU se încadrează în definiția de la art. 3 alin. (1) lit. jj), fără a mai fi necesară verificarea încadrării în prevederile art. 164, 165 și 167.*”

Așadar, legiuitorul stabilește explicit că pentru a putea participa la o procedură de atribuire operatorul economic interesat trebuie să aibă capacitatea de a oferi în mod licit pe piață prestarea tuturor activităților care fac obiectul procedurii de atribuire.

Sintetizând la nivel juridic aspectele deja arătate, contestatorul învederează că, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. 1 lit. hh, în raport de prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, precum și cu dispozițiile Codului Civil, oferta depusă reprezintă un act juridic angajant care trebuie să îndeplinească toate condițiile de fond necesare perfectării unui contract valabil între părți. Autorizarea persoanelor juridice la nivel de obiect de activitate (CAEN), atât la nivelul Registrului Comerțului, cât și la nivelul oricăror alte instituții abilitate ale statului (în cazul de față ISU), reprezintă o componentă a capacității de folosință a persoanei juridice, în lipsa căreia aceasta nu se poate angaja în mod licit în raporturi juridice.

O conduită contrară din partea autorității contractante ar încălca inclusiv principiile nediscriminării și tratamentului egal, oferind un avantaj competitiv ofertantului clasat pe locul I, nepermis de legislația în materie, apreciază petentul.

În acest sens autorul evocă și opinia unanimă a CNSC și a instanțelor de judecată, sens în care face referire la soluțiile pronunțate în spețe similare precum: Deciziile CNSC nr. 1958/C7/2005/03.09.2021, nr. 1619/C7/1695 din 27.07.2021, nr. 1567/C7/1503 din 20.07.2021, nr. 1323/C5/1178 din 22.06.2021, nr. 1586/C6/1732, 1740 din data de 17.09.2019 și Decizia Curții de Apel Cluj nr. 3935/12.10.2017.

Astfel, autorul relevă faptul că, atât în practica CNSC cât și în practica instanțelor de judecată s-a reținut cu valoare de principiu că în situația în care pentru a putea desfășura activitățile ce fac obiectul procedurii de atribuire este necesară deținerea unor autorizații/certificări/atestări/licențe specifice, ofertantul, personal sau prin subcontractanți, trebuie să dispună de acele autorizații / certificări / atestări specifice de la momentul depunerii ofertei.

Concluzionând, contestatorul solicită să se constate faptul că la momentul depunerii ofertelor, niciun operator economic, membru al Asocierii ... sau subcontractanții acestora, nu îndeplinea condițiile legale pentru a realiza toate activitățile ce fac obiectul contractului.

În ce privește punctul 4 – *"Autoritatea contractantă nu a evaluat corespunzător oferta depusă de către Asocierea ... și nu a acordat punctajul în conformitate cu cerințele documentației de atribuire"*:

În ceea ce privește oferta sa și a punctajului acordat în acesta procedură, contestatorul a constatat ca urmare a analizei fișelor de punctaj, aflate la dosarul achiziției, că punctajul acordat nu a avut nicio coerență, reieșind următoarele inadvertențe:

- Ofertele depuse de (i)(ii) Asocierea ce are ca lider pe (iii) Asocierea ce are ca lider pe ..., (iv) Asocierea ce are ca lider pe ... și (v) Asocierea ce are ca lider pe ... au primit un punctaj de „Bine/Adecvat”, respectiv 10 din cele 20 de puncte acordate pentru subfactorul 3.1 – *"Gradul de adecvare al graficului de realizare al investiției"*, iar la sub factorul 3.2 *"Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați"* au primit numărul maxim de puncte, respectiv 10 din cele 10 puncte acordate.

Din analiza raționamentului utilizat pentru acordarea punctajului reiese faptul că cei 2 subfactori de evaluare sunt corelați, în sensul că pentru acordarea calificativului „Foarte bine/Exceptional”, pentru grafic, acesta trebuia să fie corelat cu metodologia prezentată, consideră autorul.

Totodată, autorul remarcă că, în cadrul algoritmului de calcul autoritatea contractantă îl informează că pentru acordarea punctajului la subfactorul de evaluare nr. 3.2 se vor verifica informațiile din propunerile tehnice cu privire la *"Planul de management al calității în cadrul contractului"* și *"Graficul general de realizare a investiției publice în cadrul Contractului/ graficul general de realizare a lucrărilor"*, aceste aspecte confirmând strânsă legătură între cei doi subfactori de evaluare.

Contestatorul susține că, din analiza comparativă privind punctajele acordate ofertanților competitori, reiese faptul că autoritatea contractantă nu a păstrat o proporție între cei doi subfactori, în sensul că, pentru ofertanții menționați mai sus s-a acordat un punctaj de 10 puncte din 20 la subfactorul 3.1, iar pentru subfactorul 3.2 a fost acordat punctajul maxim, în comparație cu Asocierea ... care a primit punctajul maxim la subfactorul 3.1 și un punctaj de 5 din 10 puncte la subfactorul 3.2. Lipsa logicii în acordarea punctajului îi conferă contestatorului o lipsă de încredere în raport cu evaluarea propriei oferte în condiții de nediscriminare și transparență.

Contestatorul consideră că dacă autoritatea contractantă ar fi acționat în mod diligent, ar fi trebuit să acorde punctaj maxim ofertei sale cu consecința declarării acesteia ca fiind câștigătoare având în vedere prețul ofertat.

- Din analiza procesului-verbal de analiză a propunerilor tehnice, coroborat cu punctajul acordat ofertanților competitori din cadrul procedurii reiese că au fost solicitate clarificări pentru lămurirea informațiilor cuprinse în cadrul propunerilor tehnice de la ofertanții ..., ..., Asocierea ce are ca lider pe ..., Asocierea ce are ca lider ... și Asocierea ce are ca lider pe

Chiar dacă aspectele pentru care au fost solicitate clarificări au fost clarificate de către ofertați, autorul constată că fără un Memoriu tehnic coerent și lămuritor, cum a fost cel al său, pentru care nu a fost nevoie de clarificări, comisia de evaluare a punctat aceste oferte cu punctajul maxim de 10 puncte, respectiv oferta depusă de ... și Asocierea ce are ca lider pe ..., iar pentru ceilalți 3 ofertanți menționați, comisia a acordat același punctaj ca cel al său, echivalând astfel Memoriul tehnic prezentat neclar de acești ofertanți

cu cel al contestatorului unde nu a fost nevoie de clarificări pentru înțelegerea acestuia.

- Din fișele individuale de punctaj reiese faptul că membrii comisiei de evaluare au avut o atitudine superficială în etapa de evaluare și acordare a punctajului, aceștia s-au rezumat doar la simpla copiere a raționamentului utilizat în evaluarea conținutului propunerii tehnice, text prevăzut în cadrul documentului "ALGORITM DE CLACUL ", fără să detalieze de ce oferta contestatorului a fost depunctată în raport cu cerințele din cadrul documentației de atribuire.

Autorul precizează că această abordare a fost utilizată până la încheierea procedurii de atribuire, lipsa de transparență s-a reflectat și în cadrul raportului procedurii în conținutul căruia nu au fost regăsite informații detaliate privind acordarea punctajului tehnic pentru fiecare subfactor de evaluare, comisia rezumându-se doar la stabilirea clasamentului prin evidențierea punctajului total obținut de fiecare ofertant.

Mai mult decât atât, în comunicarea ce a fost transmisă petentului, autoritatea contractantă nu a ținut cont de prevederile art. 215, alin. (2), lit. c) din Legea nr. 98/2016, referindu-se la *"caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa (...)"*

În acest sens, autorul invocă practica unitară a CNSC, redând extras din Decizia publicată în BO nr. 2035/2020.

În ceea ce privește fundamentarea acordării punctajului, limitată la simpla copiere a raționamentului regăsit în cadrul documentației de atribuire, Consiliul în deciziile pronunțate anterior sancționează autoritatea contractantă pentru lipsa de transparență în actul decizional, autorul redând din Decizia CNSC publicată în BO nr. 2282/2021.

"(...) în ceea ce privește modalitatea de acordare a punctajelor pentru subfactorii de evaluare aferenți factorului de evaluare, Consiliul reține că autoritatea contractantă face niște afirmații generale, extrem de lapidare, care nu dovedesc faptul că depunctarea contestatorului la acest factor este întemeiată și în concordantă cu oferta tehnică depusă. (...)

Prin urmare, Consiliul apreciază că modalitatea de acordare a punctajelor pentru factorii de evaluare nu a fost justificată de autoritatea contractantă în mod obiectiv, în corelare cu oferta tehnică depusă, astfel că se impune reevaluarea ofertei. În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. A) și b) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată și va dispune anularea deciziei de declarare câștigătoare a ofertei asocierii SC SRL, anularea raportului procedurii și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia precum și continuarea procedurii prin recalcularea punctajului ofertei SC SRL potrivit motivării și, ulterior, desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile conform criteriului de atribuire stabilit."

Contestatorul demonstrează în cele ce urmează faptul că decizia autorității contractante de a nu acorda punctajul maxim pentru sub factorul 3.2 este eronată, prezentând un tabel comparativ privind elementele necesare a fi prezentate în cadrul propunerii tehnice pentru acordarea punctajului maxim, în raport cu informațiile existente în cadrul propunerii tehnice prezentată:

Memoriul tehnic:

In plus fata de informațiile enumerate, în cadrul calificativului „Bine/ Adecvat”, activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor.	In cadrul Memoriului tehnic prezentat, la pag. 833 - 841 se regăsesc informații detaliate despre activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite astfel încât subscrisa demonstrând optimizarea resurselor.
Conceptul identificat utilizat corespunde în totalitate obiectivelor contractului și demonstrează o gestionare completă a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea a acestuia.	In cadrul Memoriului tehnic prezentat, se regăsesc informații detaliate care demonstrează o gestionare completă a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea a acestuia. Informațiile care asigură gestionarea contractului în faza de proiectare sunt regăsite la pag. 842-947. Informațiile care asigură gestionarea contractului în faza de execuție sunt regăsite la pag. 948-1098. Informațiile care asigură gestionarea contractului în faza de exploatare și întreținere sunt regăsite la pag. 170 (făcându-se referire la faptul că în etapa de exploatare subscrisa va respecta prevederile HG nr. 766/1997), 1181-1182, 1332, 1335, 1336.
Aspectele cheie explicate sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect;	In cadrul Memoriului tehnic prezentat, la pag. 25-134, sunt identificate și explicate aspectele cheie ce sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect.
Nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite;	In cadrul Memoriului tehnic prezentat, la pag. 316-623 sunt regăsite Procedurile tehnice de execuție în cuprinsul cărora este identificată modalitatea de implicare a responsabililor în vederea respectării condițiilor de calitate pentru realizarea investiției. Nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite și în cadrul documentului Planul de Control al Calității Verificări și încercări - PCCVI de la pag. 1101-1127, cat și în cadrul capitolului Planul Calității.
Demonstrează în mod excepțional o partajare a informațiilor și modelare comună cu toate părțile implicate: beneficiar, supervisor, proiectant, constructor, subcontractori.	In cadrul Memoriului tehnic prezentat de subscrisa au fost prezentate informații cu privire la partajarea informațiilor cu toate părțile implicate, drept urmare: -în cadrul pag. 131-134 a fost descris modul de partajare a informațiilor între subcontractanți și raporturile acestora cu asocierea și beneficiar; -în cadrul pag. 135-142 și în cadrul pag. 226- 236 a fost descris modul de partajare a informațiilor între toate părțile implicate în cadrul contractului.
Standardul de Modelare Informațională a Construcțiilor folosit demonstrează atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanța, respectiv securitatea acestora;	In cadrul Memoriului tehnic prezentat, la pag. 29-98, a fost prezentat conceptul utilizat în activitatea de proiectare, în activitatea de execuție și în activitatea de exploatare a investiției. Conceptul descris de subscrisa se încadrează perfect în conceptul modern de Modelare Informațională a Construcțiilor, asigurând beneficiarul de realizarea unei investiții la cele mai înalte standarde de calitate.
Asigură o gestionare completă a proiectării/producției/execuției, inclusiv distribuției și calității informațiilor privind construcția.	In cadrul Memoriului tehnic prezentat, la pag. 625-735 este prezentată procedura sistemului de management integrat care asigură o gestionare completă a informațiilor privind construcția.

Din analiza comparativă prezentată în tabelul de mai sus, contestatorul consideră că decizia autorității contractante este eronată, depunând oferta depusă în mod superficial și fără o analiză obiectivă a întregii propuneri tehnice.

Memoriul tehnic prezentat de autor reflectă în totalitate întreg procesul de realizare a contractului în condiții care asigură calitatea în construcții, în nenumărate rânduri ... făcând trimitere la legislația care reglementează calitatea în construcții, respectiv Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții și HG nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții. Totodată, ..., membrii asocierii și subcontractanții declarați dețin certificări emise de organisme acreditate în ceea ce privește implementarea unui sistem de management al calității ISO 9001.

Astfel, petentul consideră că depunerea sa nu își regăsește fundament în actul emis de autoritatea contractantă, așa cum am demonstrat în cadrul Memoriului tehnic prezentat, Asocieria ... și subcontractanții/colaboratorii acestora, au responsabilitățile clar definite, fiecare asigurând în condiții de legalitate calitatea activităților pe care urmează să o realizeze pe parcursul implementării proiectului.

În practica recentă Consiliul și-a exprimat opina cu privire la faptul că erorile în faza de evaluare a comisei de evaluare au influențat în mod decisiv clasamentul ofertelor admisibile, citând în acest sens din Decizia CNSC publicată în BO nr. 2282/2021: " „(...) Având în vedere diferența foarte mică la punctajul final între oferta declarată câștigătoare și oferta contestatorului, respectiv 3,07 puncte, Consiliul apreciază că erorile din evaluarea realizată de autoritatea contractantă sunt, în speță, de natura a influența în mod decisiv clasamentul ofertelor declarate admisibile (...) ".

Concluzionând, contestatorul învederează un ultim aspect, respectiv faptul că, prin decizia autorității contractante de a depuncta fără niciun fundament oferta sa s-a ajuns în situația în care clasamentul a fost influențat în așa fel încât oferta declarată câștigătoare a avut o ofertă financiară în valoare de 26.969.919,12 lei fără TVA, comparativ cu oferta Asocierii ... care a avut o ofertă financiară în valoare de 25.295.085,30 lei fără TVA, rezultând o diferență de 1.674.833,82 lei fără TVA, sumă care ar trebui suportată suplimentar de către autoritatea contractantă, conducând astfel la o utilizare ineficientă a fondurilor publice, contrar principiilor care stau la baza legislației în domeniul achizițiilor publice.

Referitor la cerința privind accesul neîngrădit la dosarul achiziției ulterior anexării acestuia la dosarul cauzei, în vederea susținerii pretențiilor la nivel de probatoriu, inclusiv în vederea depunerii de concluzii scrise, contestatorul precizează că, în data de 26.10.2021 i-a fost permis accesul doar la documentele procedurii, neavând acces la oferta declarată câștigătoare sau la celelalte oferte depuse în cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă motivând că ofertanții au depus declarație de confidențialitate a propunerii tehnice și financiare.

În urma analizării documentelor din dosar, contestatorul afirmă că nu a regăsit dovezi din care să reiasă ca propunerile tehnice și financiare ar fi confidențiale, așa cum este stabilit la art. 57, alin. (4) din Legea 98/2016: „Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă

caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1) ", motiv pentru care consideră că trebuiau puse la dispoziția sa pentru a reuși să beneficieze de o apărare efectivă în raport cu evaluarea celorlalte oferte.

Concluzionând, coroborând toate capetele de cerere formulate și ținând cont ca ofertanții au obligația potrivit documentației de atribuire să respecte toate dispozițiile legale, cu obligația corelativă a autorității contractante de a evalua ofertele prin raportare la toate dispozițiile legale aplicabile, ... consideră că, prin maniera în care autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei depusă de Asocierea ... s-a încălcat legislația în vigoare și nu s-a ținut cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire, rezultatul final al acestei proceduri fiind fără echivoc nelegal.

În lumina tuturor considerentelor expuse în cadrul prezentei contestații, ... solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, sunt invocate dispozițiile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, înscrisuri anexate.

Prin adresa nr. A12709/04.11.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 58030/05.11.2021, ... transmite punctul său de vedere la contestația formulată de către ..., prin care solicită respingerea acesteia, precizând următoarele aspecte referitoare la punctele menționate în cadrul petitului contestației:

Ref. pct. 1. Asocierea ... a depus, în cuprinsul ofertei sale, „Instrumentul de garantare pentru participare cu oferta la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică” nr. 2021061170NE, emis de către ..., instituție financiară nebanară notificată și înregistrată de Banca Națională a României sub nr. RG-PJR-41-110104/2007 din Registrul General, care funcționează în conformitate cu Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, instituțiile financiare nebanare și Regulamentele Băncii Naționale a României.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 36 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare:

„(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) Autoritatea contractantă nu are dreptul:

a) de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres în documentația de atribuire;

b) de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (1), în cazul în care valoarea garanției de participare este mai mică de 5.000 lei și numai dacă în documentația de atribuire este prevăzută această posibilitate, garanția de participare se poate constitui și prin depunerea la casieria autorității contractante a unei sume în numerar.

Abrogat." și

- Art. 14 din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare din SECȚIUNEA 5- "Activități permise" care prevede că, "(1) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele activități de creditare:

- a) acordare de credite, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare; (...)

- c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare;"

- Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, la CAP. I - „Obiect, domeniu de aplicare și definiții” care, la art. 3, pct.8. definește „instituția de credit - o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu, în conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și firmele de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012.”

- Decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în cauza ce a avut ca obiect raportul procedurii nr. 306958/23.06.2021 cu privire la achiziția unei ambulanțe tip MMU, dispune anularea raportului sus-menționat prin admiterea contestației formulate de ofertantul căruia i s-a declarat ca inacceptabilă oferta pe motivul că instrumentul de garantare nu este emis de către o instituție de creditare.

- Registrului General Instituții Financiare Nebancare actualizat la data de 29.10.2021, Banca Națională a României, la pagina 16/39 precizează în dreptul nr. RG-PJR-41-110104 - ... - la rubrica „Activități desfășurate” atât activitatea de creditare cât și cea de emitere garanții.

În lumina celor precizate mai sus, având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire alte precizări referitoare la garanția de participare, în sensul definirii instituțiilor de creditare cu excluderea celor de tip IFN, pentru a se evita aplicarea sancțiunilor pentru încălcarea dispozițiilor din Legea nr. 98/2016, respectiv a art. 49 alin. (1): "Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională", coroborat cu art. 50: " (1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței; (2) în sensul alin. (1), se consideră că

există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”, achizitoarea apreciază că oferta depusă de Asocierea ... a fost declarată admisibilă în mod corect.

Ref. pct. 2. Conform procesului- verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr.11104 din 01.10.2021, Asocierea ... și-a însușit toate cerințele caietului de sarcini. În ceea ce privește activitatea de verificare a documentației tehnice de către verficatori tehnici atestați, operatorul economic a menționat, în cadrul propunerii tehnice, faptul că *„toate documentațiile vor fi înaintate spre verificare de către verficatori de proiecte atestați în condițiile legii.”* în caietul de sarcini, se prevăd următoarele:

„Cap.5.4.1. Resursele necesare/expertiza necesară pentru realizarea activităților în contract și obținerea rezultatelor (...)

Nominalizarea și prezentarea de documente precum autorizații/atestare se vor solicita pe parcursul derulării contractului.

(...)

în cazul în care, pentru îndeplinirea în bune condiții a activităților incluse în Contract, pe perioada derulării Contractului, Contractantul va avea nevoie de mai mult personal decât cel specificat în Propunerea Tehnică, acesta va răspunde pentru asigurarea acestor resurse, fără costuri suplimentare. În acest caz, Contractantul își va completa echipa cu propriul personal pe cheltuiala proprie.”

Rezultă că, operatorii nu au avut obligația de a declara, în faza de ofertare, verficatorii de proiecte atestați în condițiile legii și nici de a face dovada faptului că dispune de aceștia (în condițiile în care contractantul va răspunde pentru asigurarea resurselor umane pe perioada derulării Contractului, având posibilitatea de a completa echipa cu personal pe cheltuiala proprie). Ofertanților nu le-a fost solicitat prin documentația de atribuire să confirme, în faza de ofertare, faptul că va asigura realizarea, în mod legal, a activității de verificare proiect, în sensul în care pretinde contestatorul, atât timp cât caietul de sarcini prevede în mod clar că nominalizarea și prezentarea de documente precum autorizații/atestare se vor solicita pe parcursul derulării contractului.

Conflictul de interese pe care contestatorul îl aduce în discuție este unul nefondat, din moment ce Asocierea ... a depus, în cadrul ofertei declarații de disponibilitate și angajamente de participare pentru verficatori de proiecte atestați în condițiile legii, rezultând, în mod evident, că nu va realiza activitatea de verificare proiect prin proprii specialiști elaboratori ai proiectelor.

Autoritatea contractantă consideră că Asocierea ... a îndeplinit cerințele solicitate prin documentația de atribuire și acceptate de toți ofertanții și nu există indicii și nici motive de a considera că a încălcat prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995. Mai mult decât atât, în faza de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, comisia de evaluare nu ar fi putut respinge oferta ca fiind neconformă pe motivul invocat de contestator pentru că:

- Cerințele caietului de sarcini sunt clare și nu fac referire la motivul invocat de contestator;

- Asocierea ... a depus, în cadrul ofertei declarații de disponibilitate și angajamente de participare pentru verificatori de proiecte atestați *în condițiile legii*, rezultând, în mod evident, că nu va realiza activitatea de verificare proiect prin proprii specialiști elaboratori ai proiectelor;

- În HG nr. 395/2016 (Normele metodologice din 2 iunie 2016 de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice) sunt prevăzute în mod clar situațiile în care o ofertă este considerată neconformă, printre acestea neregăsindu-se încălcarea prevederilor art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995

Ref. pct. 3. în caietul de sarcini, se prevăd următoarele:

„Cap.5.4.1. Resursele necesare/expertiza necesară pentru realizarea activităților în contract și obținerea rezultatelor

(...)

Nominalizarea și prezentarea de documente precum autorizații/atestare se vor solicita pe parcursul derulării contractului.”

Însuși contestatorul consemnează (cu dovezi) faptul că subcontractantul Asocierii ..., ..., deține autorizația de efectuare a lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți nr. B-1008 din 02.09.2021. Faptul că autorizația a fost emisă la două luni față de data depunerii ofertelor este o dovadă clară a capacității ofertantului de a îndeplini cerința din caietul de sarcini. Astfel, operatorul ... va putea prezenta autorizațiile/atestatele solicitate pe parcursul derulării contractului.

Autoritatea contractantă consideră celelalte argumente ale contestatorului a fi nefondate, din moment ce operatorul declarat câștigător a făcut dovada îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire și, mai mult decât atât, rezultă, în mod evident, faptul că va putea efectua lucrările de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți cu respectarea tuturor prevederilor legale.

Ref. pct. 4. Autoritatea contractantă a evaluat în mod corespunzător oferta depusă de contestator și a acordat punctajul în mod corect, din următoarele considerente:

Punctajele pentru cei doi subfactori de evaluare, *Gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice și Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați* sunt corelate parțial.

Contestatorul remarcă în mod corect faptul că, punctajul acordat pentru grafic trebuia să fie corelat cu punctajul acordat pentru metodologia prezentată, însă, totodată, contestatorul omite faptul că metodologia de executare a lucrărilor este doar una din componentele pe baza căreia comisia de evaluare a evaluat graficul general de realizare a investiției. Astfel, raționamentul contestatorului conform căruia un punctaj maxim acordat *gradului de adecvare al graficului* ar implica, de asemenea, un punctaj maxim acordat pentru *demonstrarea unei metodologii corespunzătoare* este unul eronat.

Autoritatea contractantă învederează că, în conformitate cu algoritmul de calcul încărcat în SEAP, parte componentă a documentației de atribuire, și cu

procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr.11104 din 01.10.2021, punctajul contestatorului pentru cei 2 factori de evaluare a fost acordat după cum urmează:

Gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice (durata, succesiunea activităților și inter-relaționarea acestora, inclusiv drumul critic, identificarea punctelor cheie de control (jaloanelor), resursele alocate pentru realizarea activităților în cadrul Contractului prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor:

Foarte bine/ Excepțional	i. toate activitățile principale sunt incluse în graficul general de realizare a investiției publice, sunt detaliate în sub activități, graficul general de realizare a investiției publice poate fi utilizat așa cum este prezentat ca dată de intrare în cadrul ședințelor de monitorizare a progresului în cadrul Contractului; ii. succesiunea activităților în graficul general de realizare a investiției publice este foarte bine stabilită prin raportare la metodologia de execuție a lucrărilor, iii. durata activităților și perioadele de derulare a acestora sunt în totalitate corespunzătoare complexității activităților (modalitate de realizare, date de intrare, date de ieșire); iv. punctele de reper (jaloanele) sunt identificate corespunzător prin raportare la lucrările ce trebuie executate și metodologia de execuție a acestora, v. graficul general de realizare a investiției publice demonstrează optimizarea utilizării resurselor. Sunt prezentate explicații detaliate iar graficul general de realizare a investiției publice, resursele utilizate și fluxul de numerar (propunerea financiară) sunt corelate cu metodologia de execuție. Planificarea activităților permite flexibilitate pentru situații neprevăzute, vi. Drumul critic corespunde în totalitate metodologiei de execuție a lucrărilor prezentate.
-----------------------------	--

Se remarcă faptul că membrii comisiei de evaluare au confirmat că ofertantul contestator a corelat graficul general de realizare a investiției publice, resursele utilizate și fluxul de numerar (propunerea financiară) cu metodologia de execuție, iar drumul critic corespunde în totalitate metodologiei de execuție a lucrărilor prezentate. Rezultă că, indiferent de punctajul pe care l-ar fi obținut metodologia de execuție, una din condițiile (și nu singura!) pentru ca graficul general să obțină punctaj maxim era ca acesta să fie corelat cu metodologia (indiferent că aceasta din urmă obține sau nu punctajul maxim).

Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate):

Bine/ Adecvat	Memoriul tehnic: i. este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu metodologia de executare a lucrărilor; ii. evidențiază adecvat nivelul de implicare al responsabililor în structura organizațională a Ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității, iii. conceptul identificat utilizat este general și corespunde într-un mod succint obiectivelor contractului și demonstrează o gestionare parțială a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea acestuia; iv. aspectele cheie explicate nu sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect; v. relația dintre graficul general de realizare a investiției publice/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate este realistă și în conformitate cu metodologia propusa, vi. are un nivel de detaliere adecvat, facilitează înțelegerea propusa pentru managementul calității în contract la toate stadiile de punere în opera a documentației. vii. demonstrează în mod acceptabil o partajare a informațiilor și modelare comuna
------------------	---

Se remarcă faptul că autoritatea contractantă a acordat calificativul de bine/adekvat, ceea ce confirmă faptul că ofertantul contestator a prezentat o metodologie care a ținut cont, per ansamblu, de toate cerințele din caietul de sarcini.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că factorii de evaluare au avut la bază criterii pe care comisia de evaluare le-a analizat într-un mod nepărtinitor și cât mai transparent posibil, în condițiile în care niciun ofertant nu a contestat, la momentul respectiv, capacitatea comisiei de evaluare de aplica un tratament egal și de a evalua în mod obiectiv ofertele pe baza algoritmului de calcul pus la dispoziția operatorilor economici.

Rezultă că ofertanții au acceptat puterea de decizie a comisiei de evaluare, în baza algoritmului de calcul respectiv, atât timp cât nu au contestat și nici nu au solicitat clarificări în legătură cu raționamentul utilizat în evaluarea conținutului propunerii tehnice. Prin urmare, este nejustificat a pretinde în acest moment că membrii comisiei de evaluare au avut o „atitudine superficială în etapa de evaluare și acordare a punctajului”, aceasta fiind o apreciere pur subiectivă a contestatorului, atât timp cât comisia de evaluare a acordat punctajul exclusiv în baza raționamentului prevăzut în cadrul documentului „Algoritm de calcul”, document necontestat și asumat de către toți participanții la procedură.

Pentru a demonstra transparența raționamentului utilizat, autoritatea contractantă vă aduce în vedere faptul că printre aspectele avute în vedere care au diferențiat metodologiile declarate ca fiind „foarte bune/exceptionale”, față de cele declarate ca fiind „bune/adekvate” s-a regăsit faptul că anumiți ofertanți au prezentat, în cadrul propunerilor tehnice „Standardul de Modelare Informațională a Construcțiilor - prin care au demonstrat atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanța, respectiv securitatea acestora”. Or, comisia de evaluare nu a regăsit nicio referință în acest sens în cadrul ofertei prezentate de contestator. Dacă ar fi acordat punctajul maxim în cazul acestui factor de evaluare, comisia de evaluare ar fi discriminat ceilalți ofertanți, care au prezentat informații suplimentare, conform algoritmului de calcul.

Mai mult decât atât, conform raționamentului propus de contestator, dacă autoritatea contractantă ar fi corelat cei 2 factori de evaluare, ar fi trebuit ca punctajul în cazul graficului general de realizare a investiției să fie, în consecință, mai mic.

Referitor la comparația pe care contestatorul o face între ofertele financiare, achizițioarea învederează că acest aspect nu face obiectul prezentei contestații.

În ceea ce privește comunicarea la care face referire contestatorul, autoritatea contractantă menționează că această comunicare a fost încărcată în SEAP, întocmai în conformitate cu art. 215, alin. (2), lit. c) din Legea 98/2016, întrucât, aceste comunicări au la bază raportul procedurii (document care a fost încărcat în aceeași zi, sub nr. Al 1992/20.10.2021) și, mai mult decât atât, comunicările în sine conțin „caracteristicile și avantajele relative ale ofertei desemnate câștigătoare în raport cu oferta contestatorului”. Autoritatea contractantă a menționat, în comunicare, faptul că *„În urma întocmirii clasamentului cu oferte admisibile și aplicării criteriului de atribuire*

„cel mai bun raport calitate-preț”, oferta dumneavoastră a fost clasată pe locul II, cu un punctaj total (tehnic și financiar) de 93,34 puncte.

Operatorul economic câștigător, clasat pe locul I, este Asocieria ... cu o ofertă financiară de 26.969.919,12 lei (fără TVA) și cu un punctaj total (tehnic și financiar) de 95,02 puncte.”

Rezultă, din comunicare, că ofertantul contestator a fost informat în legătură cu motivele pentru care oferta sa a fost clasată pe locul II, motivele detaliate (nu doar cele relative) putând fi consultate în cadrul proceselor-verbale întocmite și încărcate în SEAP de către autoritatea contractantă.

Ref. pct. 5. Autoritatea contractantă anexează: *„Declarația privind partea/părțile din PROPUNEREA TEHNICA și FINANCIARA care au caracter confidențial”,* pe care Asocieria ... a depus-o în cadrul ofertei, în sensul art. 57, alin. (4) din Legea 98/2016.

Concluzionând, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de

Ca mijloace de probă, autoritatea contractantă anexează înscrisuri.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 59241/12.11.2021, ..., în calitate de lider al Asocierii ... a formulat cerere de intervenție, prin care solicită, în principiu, admiterea pe fond a acesteia, respingerea contestației formulată de ... ca nefondată și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată, având în vedere următoarele motive:

I. Prezentând succint procedura în cauză, intervenientul amintește că prin adresa nr. T-1846/21.10.2021 a fost înștiințat cu privire la faptul că oferta depusă de Asocieria ... se clasează pe Locul I în clasamentul realizat urmare a evaluării ofertelor, fiind declarată câștigătoare cu un punctaj de 95,02 puncte.

La data de 01.11.2021 ... a formulat contestație împotriva Raportului procedurii de atribuire nr. A-11992/20.10.2021 („Raportul Procedurii”) și a actelor subsecvente, solicitând *„anularea Raportului Procedurii și a actelor subsecvente „cu obligația Autorității contractante la reanalizarea ofertelor în raport de considerentele prezentei, în sensul constatării neconformității /inacceptabilității ofertei clasate pe locul I și declarate câștigătoare, depuse de către Asocieria ... (denumită în cele ce urmează Asocieria ...) și reevaluarea punctajului acordat ofertei prezentate de subscrisa;*

(ii) accesul neîngrădit la dosarul achiziției ulterior anexării acestuia la dosarul cauzei, în vederea susținerii pretențiilor la nivel de probatoriu, inclusiv în vederea depunerii de concluzii scrise.”

Contestația este nefondată, oferta Asocierii ... fiind în mod corect, temeinic și legal declarată câștigătoare prin Raportul Procedurii, după cum intervenientul demonstrează în cele ce urmează.

II. Din punct de vedere al admisibilității, în motivarea cererii de intervenție, intervenientul invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 61 Cod. pr. civ., justificând deplinul interes în cauză în calitatea de lider al asocierii a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare.

III. Intervenientul solicită respingerea solicitării ... de acordare a accesului neîngrădit la dosarul achiziției, arătând că în mod corect autoritatea contractantă a limitat accesul contestatorului la documentele confidențiale din dosarul achiziției.

Potrivit art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectarea confidențialității elementelor tehnice și financiare din ofertă reprezintă o obligație a autorității contractante.

Adițional, intervenientul arată că declararea ofertei Asocierii drept confidențială este întemeiată impunându-se menținerea acestei confidențialități și la această fază procesuală. Astfel, la dosarul achiziției Asocierea ... a depus documentul intitulat *Declarație privind partea /părțile din PROPUNEREA TEHNICĂ și FINANCIARĂ care au caracter confidențial* prin care a declarat informațiile cuprinse în propunerea tehnică și financiară, inclusiv clarificările aferente, ca fiind confidențiale, justificat de faptul că majoritatea elementelor cuprinse în oferta sa reprezintă know-how și informații sensibile concurențial, care, dacă ar fi dezvăluite celorlalți ofertanți, ar denatura concurența în viitoare proceduri de achiziție publică.

Având în vedere că actuala legislație nu stabilește expres care sunt acele documente care pot dovedi caracterul confidențial, în practică, proba caracterului confidențial al ofertei se poate face prin chiar conținutul acesteia, care conține informații sensibile din punct de vedere comercial și concurențial, susține intervenientul.

Exemplificând, intervenientul susține că oferta tehnică este confidențială, întrucât secțiunile/anexele ofertei tehnice indicate mai sus conțin elemente clare de know-how și secrete tehnice, precum (fără a se limita la) descrierea particularizată a modului propriu în care Asocierea înțelege să abordeze executarea lucrărilor de construcții, toate elementele acestei descrieri fiind rezultatul experienței îndelungate de care beneficiază, fiind în esență secrete comerciale. O dezvăluire a acestor secțiuni/anexe indicate mai sus ar permite unui concurent să poate deduce inclusiv (a) oportunități pe piață și strategii de vânzări și marketing ce sunt specifice subscrisei, dar și (ii) modalitatea de calcul a ofertei sale financiare (de exemplu, pe baza listelor de materiale).

Oferta financiară este confidențială, întrucât conține justificări de preț/costuri, elementul preț/cost fiind prin esență de natură confidențială, catalogat ca secret comercial. Dezvăluirea prețului îi poate crea semnificative prejudicii comerciale, afirmă intervenientul. Mai mult, pentru a putea oferta prețul respectiv, Asocierea ... s-a bazat inclusiv prețurile negociate cu diverși furnizori, fapt de natură a asigura avantajul competitiv al serviciilor sale. Astfel, întocmirea ofertei financiare se bazează pe informațiile conținute în oferta tehnică, pe oferte de preț ale furnizorilor, relația partenerială cu aceștia contribuind la obținerea unor facilități referitoare la preț și/sau termen de livrare.

De asemenea, intervenientul arată că oferta Asocierii ... este disponibilă în integralitate Consiliului, care poate verifica temeinicia argumentelor ..., informațiile prezentate în cuprinsul prezentei cereri de intervenție și analiza astfel pe deplin conformitatea ofertei. Or, atât timp cât Consiliul își poate forma propria opinie și verifica obiectiv faptele și argumentele tuturor părților în raport de conținutul ofertei, intervenientul consideră *disproporționată lipsirea ofertei de caracterul ei confidențial, care ar avea un impact major asupra secretelor comerciale și de know-how incluse în aceasta*.

Nu în ultimul rând, intervenientul arată că așa cum reiese din Raportul Procedurii, nu doar oferta sa a fost declarată confidențială, ci și ofertele celorlalți ofertanți, inclusiv a Astfel, în situația improbabilă a admiterii solicitării ... de acordare a accesului neîngrădit la oferta, pentru identitate de

rațiune și în vederea respectării principiului tratamentului egal, intervenientul solicită să îi fie acordat același nivel de acces la oferta

Pentru toate considerentele expuse mai sus, cât și în Declarația de confidențialitate, intervenientul solicită să se constate netemeinicia solicitării ... de acordare a accesului neîngrădit la oferta Asocierii ... și respingerea în consecință a acesteia.

IV. Pretinsele neconformități ale ofertei Asocierii ... sunt neîntemeiate. Oferta Asocierii este acceptabilă și conformă, deci admisibilă, intervenientul argumentând în continuare.

Prin Contestație, ... critică neîntemeiat conformitatea și acceptabilitatea ofertei Asocierii ... argumentând nefondat că:

(i) aceasta nu ar îndeplini *„unul dintre criteriile stabilite în documentația de atribuire, respectiv garanția de participare constituită nu respectă cerința minimă prevăzută în fișa de date”*, întrucât garanția de participare constituită de Asociere nu ar fi fost emisă în conformitate cu prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016;

(ii) *„Asocierea ... nu asigură realizarea în mod legal a tuturor activităților solicitate în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv a activității de verificare proiect”*; și că

(iii) *„Asocierea ... nu a îndeplinit condițiile tehnico - profesionale impuse prin documentația de atribuire, în raport de dispozițiile legale incidente în materie”*.

IV.1. Intervenientul consideră că oferta asocierii ... este acceptabilă - garanția de participare fiind constituită în conformitate cu prevederile legale, apreciind pur speculativă critica contestatorului și susținând că o soluție contrară ar încălca principiul proporționalității, principiu de bază în materia achizițiilor publice.

Astfel, prin documentația de atribuire, secțiunea III.1.6.a) FDA, autoritatea contractantă a instituit obligativitatea prezentării de către fiecare dintre ofertanți a unei garanții de participare în cuantum de 298.251,59 lei, obligație pe care contrar susținerilor contestatorului, Asocierea ... a îndeplinit-o în mod corespunzător.

În acest sens, în termenul și în condițiile stabilite de autoritatea contractantă prin FDA, ..., în asociere, a prezentat *„Instrumentul de Garantare pentru participare cu oferta la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică nr. 2021061170NE”* emis de ..., instrument de garantare care, astfel cum menționam, îndeplinește în mod corespunzător atât cerințele din documentația de atribuire, cât și scopul și spiritul instituirii unei astfel de obligații - pag. 2-4 din ofertă.

Pentru claritate, intervenientul arată că ... este o instituție financiar nebanară înregistrată în Registrul General al Instituțiilor Financiare Nebancare al BNR sub nr. RG-PJR-41-110104 din data de 25.04.2007, fiind autorizată să întreprindă, *inter alia*, activități de creditare și emitere garanții.

Conform art. 14 alin. (1) din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare: *„Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele activități de creditare: a) acordare de credite, incluzând, fără a se limita la: (...), c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare (...)”*

În egală măsură, Ordonanța de urgență nr. 52/2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunurile imobile, precum și pentru

modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, act normativ mult ulterior O.U.G. nr. 99/2006, invocat de ... prin Contestație, definește la art. 3 pct. 8 instituțiile de credit ca fiind „o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu, în conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și firmele de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012;

Ori, conform art. 36 din HG 395/2016 *„Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.”*

Prin urmare, din acest punct de vedere garanția de participare depusă de ... respectă condițiile impuse de art. 36 din HG nr. 395/2016 reprezentând un instrument de garantare emis de o entitate autorizată conform legii să întreprindă activități de creditare și de emitere garanții. În acest sens, intervenientul evocă jurisprudența Consiliului, oferind cu titlu de exemplu Decizia CNSC din BO2021 7136, cât și adresa ANAP nr. 13932/04.06.2021, anexată.

Concluzionând, atât conform jurisprudenței Consiliului mai sus citată, cât și punctului de vedere al ANAP, atunci când se analizează în ce măsură un instrument de garantare emis de un IFN reprezentând garanție de participare într-o procedură de achiziții publice, trebuie avute în vedere următoarele aspecte:

(i) dacă respectivul IFN este autorizat conform legii să întreprindă activități de creditare și emitere garanții - condiție îndeplinită în ceea ce o privește pe ...; și

(ii) dacă garanția de participare emisă de către un IFN este aptă să îndeplinească scopul pentru care constituită - condiție de asemenea îndeplinită, astfel cum intervenientul arată în continuare.

- conform art. 35 alin. (1) din HG 395/2016 *„Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.”*

- conform secțiunii III. 1.6.a) FDA, (a) garanția trebuie să fie în cuantum de 298.251,59 lei, (b) garanția trebuie să fie irevocabilă, (c) garanția trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate și (d) perioada de valabilitate a acesteia este de 90 de zile începând cu data limită de depunere a ofertelor.

Ori, garanția de participare depusă de ..., în asociere, îndeplinește toate condițiile prevăzute în documentația de atribuire fiind pe deplin aptă să îndeplinească scopul constituirii sale, anume să protejeze autoritatea contractantă de riscurile prevăzute la art. 37 din HG nr. 395/2016.

Nu în ultimul rând, la secțiunea III.1.6.a) FDA, autoritatea contractantă specifică faptul că *„nu impune un anumit instrument de garantare”*, ceea ce întărește cu atât mai mult concluzia că garanția de participare prezentată este

acceptabilă, atât în viziunea legii, cât și a documentației de atribuire și a autorității contractante.

IV.2. Oferta ..., în asociere, este conformă - asigurând realizarea în mod legal a tuturor activităților, îndeplinind totodată toate condițiile tehnico-profesionale impuse prin documentația de atribuire.

A. Contrar susținerilor contestatorului, ..., în asociere, asigură realizarea, în mod legal, a activității de verificare proiect.

Concret, prin Contestație ... susține, nefondat, că întrucât ... nu ar fi subcontractat activitatea de verificare de proiect, oferta acesteia nu ar fi fost elaborată *„cu respectarea dispozițiilor art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 și prin urmare ar fi trebuit respinsă ca fiind neconformă”*, argumentele contestatorului fiind lipsite de orice fundament juridic, așa cum argumentează intervenientul în continuare.

Conform documentației de atribuire, în speță secțiunea II.2.4 FDA, respectiv pag. 11 - Art. 4.2 lit. h) și k), pag. 12, pag. 16 et cetera din Caietul de sarcini, autoritatea contractantă a înțeles să includă serviciile de verificare a proiectului ca parte componentă a obiectului viitorului contract de achiziție publică. Însă, cum reiese tot din cadrul documentației de atribuire singura cerință a autorității contractante legată de această componentă este ca verficatorii ce vor realiza activitatea de verificare să fie *„verificatori de proiecte atestați”*.

Prin oferta depusă, ..., în asociere, și-a însușit în mod corespunzător realizarea acestei componente de verificare de proiect, astfel cum în mod judicios a reținut și autoritatea contractantă, depunând în acest sens (Nota bene: fără a exista vreo obligație prevăzută în documentația de atribuire de a declara în faza de ofertare verficatorii de proiecte) declarații de disponibilitate și angajamente de participare din partea a 4 (patru) verficatori de proiecte, împreună cu documentele care fac dovada atestării lor (i.e. certificate de atestare, legitimații etc) - *pag. 2097 - 2110 din Propunerea Tehnică*.

Aceștia au fost în mod corespunzător indicați și nominalizați și în secțiunea din Propunerea Tehnică - Organizarea de Proiect - Personalul propus și managementul contractului pentru execuția lucrărilor (proiectare și execuție) - *pag. 1870 din Propunerea Tehnică*.

Niciunul dintre verficatorii de proiecte indicați în Propunerea Tehnică nu este angajat al vreunui membru al Asocierii ..., susține intervenientul.

În plus, conform Caietului de Sarcini - Capitolul 5.4.1 - Resursele necesare/expertiza necesară pentru realizarea activităților în contract și obținerea rezultatelor:

„Nominalizarea și prezentarea de documente precum autorizații/atestare se vor solicita pe parcursul derulării contractului.

Notă: La nivelul propunerii tehnice va fi prezentată modalitatea de asigurare a accesului la resursele umane necesare pentru executarea contractului.

În cazul în care, pentru îndeplinirea în bune condiții a activităților incluse în Contract, pe perioada derulării Contractului, Contractantul va avea nevoie de mai mult personal decât cel specificat în Propunerea Tehnică, acesta va răspunde pentru asigurarea acestor resurse, fără costuri suplimentare. În acest caz, Contractantul își va completa echipa cu propriul personal pe cheltuiala proprie.”

Așadar, chiar dacă o astfel de obligație nu era prevăzută în documentația de atribuire, prin ofertă Asocierea ... a indicat și persoanele care vor realiza activitatea de verificare de proiecte, precum și autorizațiile / atestatele care fac pe deplin dovada îndeplinirii cerinței.

Revenind la argumentele contestatorului cu privire la acest pretins motiv de neconformitate, intervenientul arată că în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții:

Art. 2 (1): „Prevederile prezentei legi se aplică construcțiilor și instalațiilor aferente acestora, denumite în continuare construcții, în etapele de proiectare, de verificare tehnică a proiectelor, (...) în scopul protejării vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător”)

Art. 9 lit. d): „Sistemul calității în construcții se compune din: d) verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor”

Art. 13 (1): „Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificali de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul 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”,

Art. 26 (1): „Specialiștii verificali de proiecte atestați răspund în mod solidar cu proiectantul în ceea ce privește asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor proiectului.”

Totodată, conform Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, din 13.09.2018 aprobat prin Hotărârea nr. 925/1995:

Art. 6 (1): „Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificali/verificali de proiecte, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor.”

Art. 8: „În conformitate cu prevederile art. 13 alin. (1), coroborate cu art. 26 alin. (1) și art. 30 din Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialității/specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat, verificali de proiecte:

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

b) răspunde în mod solidar cu proiectantul în ceea ce privește asigurarea nivelului de calitate a construcției/construcțiilor pentru realizarea cerințelor fundamentale aplicabile prevăzute în proiect, precum și pentru concordanța dintre soluția tehnică descrisă în memoriile tehnice pe specialități, tehnologia de execuție propusă pentru realizarea obiectivului de investiții și caietele de sarcini corespunzătoare, concordanță reflectată inclusiv în listele de cantități de lucrări din proiectul tehnic de execuție;

c) efectuează verificarea, din punct de vedere tehnic, a unei documentații tehnice/proiect numai pentru domeniul/domeniile și/sau subdomeniul/subdomeniile de construcții și/sau specialitatea/specialitățile

pentru instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerinței/cerințelor fundamentale pentru care a fost atestat."

Așadar, atât Legea nr. 10/1995, cât și Regulamentul setează următoarele condiții în ceea ce privește verificatorul/verificatorii de proiecte:

a) să fie atestați pe domeniul / domeniile și/sau subdomeniul/subdomeniile pe care le verifică - condiție îndeplinită în ceea ce privește verificatorii indicați; și

b) să nu se afle în următoarele situații de conflict de interese:

(i) să nu verifice, semneze și ștampileze proiectul/proiectele întocmite de el - condiție îndeplinită întrucât verificatorii indicați nu sunt cei care vor întocmi proiectele;

(ii) să nu verifice, semneze și ștampileze proiectul/proiectele la a căror elaborare a participat - condiție îndeplinită întrucât verificatorii indicați nu au atribuții în elaborarea proiectelor;

(iii) să nu verifice, semneze și ștampileze proiectul/proiectele pentru care. în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică - condiție îndeplinită;

Așadar, atât Legea nr. 10/1995 care instituie obligativitatea verificării proiectelor, cât și Regulamentul care prevede regulile privind verificarea proiectelor instituie foarte clar cazurile de conflict de interese care îi privește pe verificatori, niciunul dintre verificatorii de proiecte indicați neregăsindu-se în vreunul dintre aceste cazuri expres și limitativ prevăzute de lege.

În plus, astfel cum arătam mai sus, documentația de atribuire, care este legea părților în procedurile de achiziție publică, documentație care nu a fost contestată de niciunul dintre ofertanți pe acest aspect, nu impune, contrar susținerilor Contestatorului, vreo obligație în sensul declarării verificatorilor de proiect drept subcontractanți, arată intervenientul.

În acest sens, intervenientul invocă și optica jurisprudențială a Consiliului din Decizia B02018_8189.

B. Contrar susținerilor contestatorului, Asocierea ... îndeplinește toate condițiile tehnico - profesionale impuse prin documentația de atribuire, susține în continuare intervenientul.

Contrar susținerii contestatorului potrivit căreia „Asocierea ... nu a îndeplinit condițiile tehnico - profesionale impuse prin documentația de atribuire, în raport de dispozițiile legale incidente în materie, neavând la data limită de depunere a ofertelor (22.06.2021) (i) autorizația pentru efectuarea lucrărilor de proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat și (ii) autorizația pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, sens în care Autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei.", la data depunerii ofertei Asocierea ... îndeplinea toate cerințele prevăzute de documentația de atribuire privind capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Astfel, conform secțiunii III.1.1.b) FDA - Cerința nr. 3

„Deținerea de către ofertant, în conformitate cu Ordinul 87/2010 al M.A.I. privind Metodologia de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor:

- autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;

- *autorizație pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;*
- *autorizație pentru execuția lucrărilor de execuție a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;*
- *autorizație pentru execuția sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;*

Modalitatea de îndeplinire:

Operatorii economici (ofertant unic/ofertanți asociați/subcontractanți) vor prezenta orice document prin care se susține cerința și anume deținerea atestatului de tipul solicitat, document în copie scanată și semnată electronic"

Așadar, în raport de capacitatea de exercitare a activității profesionale sub aspectul îndeplinirii rigorilor Ordinului M.A.I. nr. 87/2010 pentru aprobarea Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor, autoritatea contractantă a precizat foarte clar în documentația de atribuire care sunt documentele, respectiv autorizațiile care trebuie prezentate de ofertanți în dovedirea capacității, precum și modalitatea în care acestea trebuie prezentate.

Ori, astfel cum reiese cu claritate din însuși cuprinsul Propunerii Tehnice a Asocierii ..., pag. 2907 - 2916, această cerință a fost în mod corespunzător îndeplinită, făcând pe deplin dovada deținerii autorizațiilor solicitate în documentația de atribuire.

Cu privire la alte tipuri de autorizații despre care contestatorul susține că ... nu le-ar deține, tot prevederile documentației de atribuire, în speță Caietul de sarcini, sunt foarte clare în a statua că:

„Nominalizarea și prezentarea de documente precum autorizații/atestare se vor solicita pe parcursul derulării contractului.

Notă: La nivelul propunerii tehnice va fi prezentată modalitatea de asigurare a accesului la resursele umane necesare pentru executarea contractului.

în cazul în care, pentru îndeplinirea în bune condiții a activităților incluse în Contract, pe perioada derulării Contractului, Contractantul va avea nevoie de mai mult personal decât cel specificat în Propunerea Tehnică, acesta va răspunde pentru asigurarea acestor resurse, fără costuri suplimentare. În acest caz, Contractantul își va completa echipa cu propriul personal pe cheltuiala proprie."

Deci, acestea nu au fost solicitate de autoritatea contractantă a fi prezentate la data depunerii ofertei, ci vor fi solicitate, trebuind a fi deținute, pe parcursul derulării contractului, aspect care nici măcar contestatorul nu îl neagă.

Așadar, Contestatorul însăși recunoaște că autoritatea contractantă nu a impus cerința prezentării autorizațiilor la care face referire în Contestație, însă susține, vădit eronat, că aceasta ar fi fost o cerință implicită a cărei îndeplinire ar fi trebuit verificată de către Autoritate.

Ori, conform dispozițiilor art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

„documentația de atribuire - documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de

prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile-", a art. 154: " *Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă> corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*" și a art. 181: " *Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.*", cât și a art. 30 alin (2) și (6), art. 59 alin. (1) și art. 131 alin. (4) din HG nr. 395/2016, statuează clar că, pentru ca un operator economic să poată fi sancționat cu privire la neîndeplinirea unei cerințe, această cerință, în vederea respectării principiilor transparenței, proporționalității, tratamentului egal, trebuie să fie clar prevăzută în documentația de atribuire, iar nu implicită.

În acest sens, intervenientul invocă jurisprudența Consiliului, respectiv Decizia BQ2018 6386 și Decizia Curții de Apel București nr. 375/21.06.2019.

Așadar, în lipsa unor prevederi / cerințe clare prevăzute în documentația de atribuire, nu se poate susține că există implicit o obligație în sarcina operatorilor economici de a prezenta anumite autorizații/avize, a căror neprezentare să conducă la neconformitatea ofertei operatorilor economici, cum greșit susține contestatorul, opinează intervenientul.

De asemenea, intervenientul subliniază că în măsura în care contestatorul ar fi fost nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, aceasta ar fi avut posibilitatea în termenele și condițiile prevăzute de lege să o conteste, fapt care nu s-a întâmplat, motiv pentru care documentația de atribuire se aplică astfel cum a fost concepută de către Autoritatea Contractantă, toți ofertanții însușindu-și și acceptând prevederile sale ca atare.

Concluzionând, intervenientul solicită constatarea conformității ofertei sale cu cerințele documentației de atribuire prin prisma considerentelor mai sus expuse și, pe cale de consecință respingerea contestației ..., ca nefondată.

V. Totodată, intervenientul solicită respingerea solicitării contestatorului de reevaluare a punctajului acordat, aceasta fiind vădit neîntemeiată.

În concluzie, raportat la considerentele expuse, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție așa cum a fost formulată.

În drept, intervenientul invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101, precum și pe prevederile textelor de lege invocate în cuprinsul cererii.

Ca mijloace de probă, înscrisuri și anexe.

Prin adresa cu nr. 851/15.11.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 59656/15.11.2021, ..., lider al Asocierii ..., a formulat concluzii scrise prin care solicită admiterea contestației și înlăturarea tuturor apărărilor formulate de către autoritatea contractantă și intervenient, în baza următoarelor argumente:

Referitor pct. 1. din contestație:

I. În cadrul apărărilor formulate, autoritatea contractantă pune în discuție obligația acesteia reglementată prin art. 36 alin (5) din HG 395/2016, în sensul ca „*Autoritatea contractantă nu are dreptul:*

a) de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societatea bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres în documentația de atribuire;

b) de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări;

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă dă o interpretare total eronată articolului enunțat, care în opinia noastră nu doar că nu are aptitudinea juridică de a înlătura susținerile contestatoarei, ci chiar vine în sprijinul acestora, demonstrând fără tăgadă aspectele invocate în cadrul contestației.

Astfel, conform principiilor ce guvernează interpretarea normelor de drept civil, se poate observa că legiuitorul face trimitere expresă în cadrul art. 36 alin. (5) la societățile bancare.

Dând valență principiilor interpretării literale și gramaticale, se observă că pe de-o parte societățile financiare nebancare (IFN) nu sunt cuprinse în cadrul textului enunțat, iar pe de altă parte se impune o interpretare restrictivă a prevederilor alineatului 5 în raport de cele ale alineatului 1 ale aceluiași articol, în sensul limitării sferei instituțiilor de creditare la o singură categorie de emitenți și anume societățile bancare.

De asemenea, dacă prin absurd am considera valide susținerile autorității contractante, întrucât dispozițiile alineatului 5 vizează doar societățile bancare și de asigurări, într-o interpretare *per a contrario* i s-ar da dreptul autorității contractante de a impune prin documentația de atribuire ca și emitent al instrumentului de garantare o anumită societate financiară nebancară (IFN), ceea ce în mod evident ar eluda atât prevederile textului normativ în discuție, cât și principiile ce guvernează achizițiile publice.

II. Analizând în continuare apărările autorității contractante, aceasta invocă inclusiv prevederile art. 14 din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare din secțiunea 5 - Activități permise care prevăd ca „Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele activități de creditare:

a) acordarea de credite, incluzând fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare;[...]

c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare."

Contestatorul precizează în acest sens, că din nou, autoritatea contractantă se află într-o eroare, întrucât nu s-a pus la îndoială capacitatea instituțiilor financiare nebancare de a emite instrumente de garantare ori de a acorda credite, astfel cum acestea sunt enumerate conform legii, ci încadrarea acestor instituții în categoria instituțiilor de credit, indiferent dacă acestea potrivit obiectului de activitate pot desfășura activități specifice instituțiilor de credit. Astfel, nu poate fi relevant ca instituțiile financiare nebancare pot emite garanții atâta timp cât în materia achizițiilor publice, acest atribut este permis limitativ anumitor instituții, respectiv doar instituțiilor de credit, astfel cum acestea sunt definite și încadrate prin intermediul OG nr. 99/2006.

III. În ceea ce privește înscrierea instituțiilor financiare nebancare în Registrul General de Instituții Financiare Nebancare al BNR, nici aceasta nu poate fi relevantă întrucât potrivit Legii nr. 93/2009, aceasta nu reprezintă

decât o condiție de funcționare a acestor tipuri de instituții, având în vedere calitatea Băncii Naționale a României, de singura autoritate în măsură să decidă dacă activitatea unei entități este de natura activității de creditare. Banca Națională a României este abilitată să reglementeze, autorizeze/înregistreze inclusiv să supravegheze prudențial/monitorizeze în scop statistic entitățile ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional, respectiv instituțiile de credit, instituțiile de plata, instituțiile emitente de moneda electronică și instituțiile financiare nebancare. Din perspectiva atribuțiilor statutare ale băncii centrale, în raport cu entitățile aflate în sfera sa de autoritate, autorul semnalează faptul că fiecare tip de entitate, respectiv instituția de credit și instituția financiară nebancară, are, așa cum însăși denumirea indică, un statut diferit, reglementat distinct prin acte normative separate, care nu pot fi aleatoriu coroborate și nici scoase din contextul cadrului legal special aplicabil fiecărei categorii instituționale în parte.

IV. Referitor la punctul de vedere expus de către Asocieria ... în cadrul cererii de intervenție, cu privire la definirea instituțiilor de credit, astfel că acestea sunt reglementate de OUG nr. 52/2016, consideram de asemenea lipsite de orice fel de relevanță juridică aceste aspecte, mai mult decât atât constatăm că actul normativ are un obiect total diferit, reglementând contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile.

V. De asemenea, solicitam Consiliului să înlăture deopotrivă susținerile intervenientei referitoare la adresa ANAP nr. 13932/04.06.2021, ca fiind neîntemeiate. În acest sens învederam Consiliului că adresa menționată nu reprezintă un punct de vedere oficial al ANAP, neavând un caracter public și nici opozabil.

În fapt, intervenientul încearcă în mod vădit să inducă în eroare Consiliul făcând uz de un document bazat pe o corespondență personală, unde nici măcar nu a permis atât Consiliului cât și părților să analizeze obiectul acestei corespondențe, lăsând lizibilă doar o parte a adresei menționate sub forma unui argument scos dintr-un context.

Chiar și în ipoteza în care ANAP ar fi formulat „un punct de vedere” oficial având ca obiect eligibilitatea IFN-urilor în categoria emitenților instrumentelor de garantare, petentul precizează că acesta nu ar fi putut avea valoare de izvor al dreptului, CNSC precum și instanțele de judecată, rămânând în continuare suverane în analiza unor astfel de cauze.

Într-adevăr se poate vorbi de eventuale izvoare în raport de activitatea ANAP, însă doar în ceea ce privește actele normative publicate în MOF, în principal sub forma Instrucțiunilor (*fără ca acestea să poată adăuga la legislația primară în materie, conform normelor juridice de drept constituțional*).

VI. În plus față de toate acestea, susținerea autorității contractante conform căreia nu a prevăzut în documentația de atribuire alte precizări referitoare la garanția de participare, în sensul definirii instituțiilor de creditare cu excluderea celor de tip IFN, este delirantă în condițiile în care dacă aceasta ar fi existat, ar fi încălcat prevederile legale în vigoare care reglementează condițiile în care garanția de participare poate fi constituită în materia achizițiilor publice. Mai mult decât atât, așa cum am mai arătat, în materia achizițiilor publice, prin restricționarea legiuiitorului la alte instituții financiare, decât cele de credit, s-a dorit protejarea potențialilor beneficiari ai contractelor

de achiziție publică, astfel încât prin emiterea unor scrisori de garanție de către aceste instituții să se asigure în mod real capacitatea acestora de a respecta cerințele legale incidente, de a răspunde în față beneficiarului imediat și cu toate resursele necesare, în cazul în care garanția de participare urmează a fi executată și implicit de a-și îndeplini obligațiile asumate, elemente care, în mod cert nu pot fi asigurate de către o instituție financiară nebancară.

VII. Chiar dacă autoritatea contractantă susține că nu a făcut alte precizări cu privire la garanția de participare, contestatorul atrage atenția că aceasta a precizat în cadrul anunțului de participare modalitatea de constituire a garanției de participare, în sensul că aceasta se va constitui în conformitate cu prevederile art. 36 din HG 395/2016, articol care prevede în mod expres faptul că instrumentul de garantare trebuie să fie emis de o instituție de credit sau de o societate de asigurări, drept urmare, comisia de evaluare în mod eronat a extins aplicabilitatea prevederilor legale în ceea ce privește asimilarea instituțiilor financiare nebancare ca fiind instituții de credit. Chiar și intervenienta în cuprinsul punctului 33 din cererea de intervenție, admite faptul că instrumentul de garantare al Asocierii nu este emis de o instituție de credit, ci este emis de o entitate autorizată conform legii să întreprindă activități de creditare și de emitere garanții, recunoscând astfel neîncadrarea în prevederile clare ale art. 36 din HG 395/2016.

Ca jurisprudență, contestatorul invocă Decizia CNSC nr. 2503/C10/2641,2676 din data de 10.11.2021.

Astfel, toate reglementările potrivit cărora instituțiile financiare nebancare pot desfășura activități de creditare, pot emite garanții, pot fi înscrise în Registrul General de Instituții Financiare Nebancare al BNR, reprezintă atribute specifice desfășurării activității acestora cu un caracter extrinsec legislației specifice achizițiilor publice, fără a putea genera prin natura lor o categorie extinsă a emitenților instrumentelor de garantare.

În mod evident IFN-urile au aptitudinea juridică generală de a emite diferite instrumente de garantare, în special sub forma scrisorilor de garanție, însă caracterul special al normelor ce guvernează achizițiile publice în România, limitează sfera emitenților eligibili la societăți bancare și de asigurare.

2. Referitor la pct. 2 din contestație *„Asocierea nu asigura realizarea în mod legal a tuturor activităților solicitate în cuprinsul documentației de atribuire, respectiv a activității de verificare tehnică a proiectelor, astfel cum rezulta din oferta depusă”*

I. În esență, în cadrul apărărilor formulate, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile art. 5.4.1 din Caietul de Sarcini, referitoare la prezentarea atestatelor/autorizațiilor pe parcursul derulării contractului. De asemenea, conform caietului de sarcini, autoritatea contractantă precizează ca, *„În cazul în care, pentru îndeplinirea în bune condiții a activităților incluse în Contract, pe perioada derulării Contractului, Contractantul va avea nevoie de mai mult personal decât cel specificat în Propunerea Tehnică, acesta va răspunde pentru asigurarea acestor resurse, fără costuri suplimentare. În acest caz, Contractantul își va completa echipa cu propriul personal pe cheltuiala proprie.”*

II. În aceeași linie atât autoritatea contractantă, cât și intervenientul, susțin că cerința privitoare la verificatorul de proiect a fost îndeplinită prin

depunerea declarației de disponibilitate și angajament, ca parte a ofertei tehnice.

Analizând susținerile intimatei și intervenientei, contestatorul apreciază ca acestea nu pot fi reținute și pe cale de consecință solicită înlăturarea lor ca fiind neîntemeiate.

În acest sens, contestatorul reiterează argumentația din contestație referitoare la normele de drept incidente raportate la prevederile Caietului de sarcini referitoare la activitățile ce vor fi realizate, concluzionând că autoritatea adoptă o poziție părtinitoare față de intervenienta clasată pe locul I, încălcând principiul tratamentului egal considerând conform apărărilor formulate ca, verficatorul de proiect intra în categoria personalului de specialitate ce va putea fi modificat/suplimentat față de oferta tehnică, pe parcursul derulării contractului în funcție de necesitate.

Așadar, este important de reținut ca cerința legală este întrunită în funcție de natura relației juridice și nu de obiect, însemnând că între proiectant și verficator nu poate exista o relație juridică de „prepușenie”. În doctrina juridică prepusul reprezintă *„Persoana care efectuează acte juridice sau îndeplinește o funcție după directivele și sub controlul altei persoane”* fiind reflectată tocmai această relație de subordonare care contravine dispozițiilor Legii nr. 10/1995. Or, autoritatea și intervenientul consideră deopotrivă că cerința impusă prin caietul de sarcini este satisfăcută prin anexarea la oferta tehnica a declarației de disponibilitate, document ce în opinia contestatorului nu poate valida „independenta” verficatorilor, ci doar exigente generale cu privire la personalul de specialitate cum ar fi experții ori alt gen de personal autorizat în condițiile legii.

III. Comparația făcută de către intervenienta în raport de obiectul contractual, în sensul ca „imparțialitatea” verficatorului ar trebui analizată juridic din aceeași perspectiva atât în cadrul subcontractării, cât și în cazul unui contract de servicii separat nu poate fi primita, susține petentul, în discuție nefiind obiectul contractului perfectat între proiectant și verficator, ci natura relației juridice dintre aceștia.

Așadar, pentru conformitatea ofertei tehnice este obligatoriu ca autorității contractante să-i revină o aptitudine formală de a verifica potențialul conflict. În acest context, doar subcontractarea activității de verificare poate satisface o astfel de exigență, subcontractantul fiind un operator economic participant la procedură conform prevederilor art. 53 alin. 1 din Legea nr. 98/2016.

Extinderea cadrului declarației de disponibilitate, în sensul includerii verficatorilor de proiect în sfera personalului de specialitate, contravine aspectelor mai sus enunțate, autoritatea neavând pârghii juridice care să permită o analiza formală asupra potențialului conflict, din moment ce ofertantul ar avea posibilitatea de a perfecta diferite tipuri de raporturi juridice, fie de natura relațiilor de muncă, fie de natura colaborativă, înfrângând practic dispozițiile legale în materie, apreciază autorul.

IV. Din analiza punctul de vedere exprimat de autoritate și de intervenient, reiese că acestea în mod eronat au încadrat activitatea de verificare în sfera personalului de specialitate de care trebuie asigurat pe parcursul executării contractului. În cuprinsul caietului de sarcini se prevede foarte clar că activitatea de verificare este o parte componentă a contractului

ce urmează a fi atribuit, mai mult, în cuprinsul anexei formularului de ofertă această activitate este prinsă în mod distinct, este lesne de înțeles că activitatea de verificare de proiect nu poate fi asimilată în sfera personalului de specialitate, ci aceasta trebuia prevăzută în cuprinsul ofertei ca fiind o activitate distinctă pe care ofertantul să o realizeze în conformitate cu normele în vigoare.

Evocând prevederile art. 7.1 din HG nr. 1/2018 și a art. 150 din Legea nr. 98/2016 se indică faptul că *„ofertantul are obligația de a cuprinde în oferta sa denumirea subcontractanților și datele de contact ale acestora, partea/părțile din contract care urmează a fi îndeplinite de către aceștia, valoarea la care se ridică partea/părțile respective, precum și acordul subcontractanților cu privire la aceste aspecte.”*

Concluzionând, petentul arată că susținerile intimatei și intervenientului în sensul includerii verficatorului de proiect în sfera personalului de specialitate sunt nu doar neîntemeiate, ci prin natura acestora tind să eludeze normele imperative ale Legii nr. 98/2016 și ale Legii nr. 10/1995, demonstrând aprecieri subiective și părtinitoare, oferta depusa de către intervenient fiind în realitate neconformă.

3. Referitor la pct.3 din contestație, contestatorul subliniază succint câteva aspecte juridice în raport de apărările intimatei și intervenientei.

Comprimând apărările, autorul reține în principal ca și argumente lipsa unei prevederi exprese în cadrul documentației de atribuire cu privire la autorizațiile ce fac obiectul contestației, precum și lipsa unei obligații de a le deține/depune la data limită de depunere a ofertelor.

I. În ceea ce privește obligativitatea deținerii autorizației, izvorul este în primul rând legislația și în subsidiar documentația de atribuire, orice argument în sensul necunoașterii legii neputând fi primit (*„nemo consetur legem ignorare”*).

Așadar, omisiunea autorității contractante de a insera în cadrul documentației de atribuire obligativitatea deținerii acestei autorizații, alături de celelalte autorizații specifice, nu poate constitui izvor obligațional.

În aceeași ordine de idei, orice neclaritate ar fi putut angrena solicitări de clarificare. Chiar și în ipoteza în care am ignora prevederile caietului de sarcini, apreciind ca autorizația în discuție ar fi putut fi depusă și ulterior datei limită de depunere a ofertelor, tot nu am putea ignora obligația generală a operatorilor de a derula activitățile în conformitate cu prevederile legale, însemnând în cazul de față aptitudinea juridică generală a acestora, bazată pe existența tuturor autorizațiilor la data depunerii ofertelor.

II. Afirmația autorității contractante ca *”însuși contestatorul consemnează (cu dovezi) faptul că subcontractantul Asocierii ..., ..., deține autorizația de efectuare a lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți nr. B-1008 din 02.09.2021. Faptul ca autorizația a fost emisă la doua luni fata de data depunerii ofertelor este o dovada clară a capacității ofertantului de a îndeplini cerința din Caietul de sarcini . Astfel, operatorul ... va putea prezenta autorizațiile/atestatele solicitate pe parcursul derulării contractului”* demonstrează încă o dată modul defectuos de analiza a ofertei Asocierii ... de către comisia de evaluare.

Sub acest aspect, contestatorul reiterează asupra argumentației din contestație legată de obținerea autorizațiilor de către subcontractantul ..., după termenul limită de depunere oferte.

4. Referitor la pct. 4 din contestație, în raport cu cele prezentate de autoritatea contractantă în punctul de vedere transmis Consiliului și informațiile cuprinse în cadrul cererii de intervenție, contestatorul prezintă următoarele argumente:

I. Plecând de la confirmarea autorității contractante în ceea ce privește înțelegerea corectă a subscrisei privind corelarea dintre cei doi subfactori de evaluare, autorul crede că în procesul de evaluare și de acordare a punctajului, comisia de evaluare, nu a avut o viziune unitară în ceea ce privește acordarea punctajului pentru cei doi subfactori de evaluare.

Comisia, trebuia să analizeze subfactorul de evaluare 3.2 în raport cu întreg conținutul Memoriului tehnic cuprins în propunerea tehnică, așa cum reiese din raționamentul utilizat în acordarea punctajului.

Din cerințele cuprinse în cadrul documentației de atribuire, contestatorul înțelege faptul că Memoriul tehnic prezentat în cuprinsul propunerii tehnice trebuia să conțină un Grafic detaliat de execuție care să îndeplinească toate punctele regăsite în raționamentul de acordare a punctajului maxim aferent subfactorului 3.1.

Per a contrario, în situația în care comisia de evaluare nu a acordat punctajul maxim Graficul Gantt prezentat, este lesne de înțeles că această situație trebuia să aibă repercusiuni în punctajul acordat pentru subfactorul 3.2, deoarece Graficul Gantt reprezintă o parte din Memoriul tehnic prezentat.

Mai mult, prin intermediul Memoriului tehnic trebuia să se demonstreze că lucrările se vor realiza la parametri calitativi solicitați în cadrul documentației de atribuire, drept urmare, având în vedere importanța Graficului Gantt în realizarea unei lucrări care să respecte cerințele de calitate, comisia de evaluare nu trebuia să treacă cu vederea acest aspect în ceea ce privește acordarea punctajului maxim pentru subfactorul de evaluare 3.2, punctaj care viza în mod direct realizarea calitativă a lucrării.

Astfel, potrivit argumentelor prezentate, contestatorul consideră că acordarea punctajului a fost lipsit de coerență, aspect ce, în strânsă legătură cu celelalte aspecte prezentate în cuprinsul contestației, întărește argumentele cu privire la modul superficial de acordare a punctajului pentru oferta prezentată.

II. Din punctul de vedere prezentat de autoritatea contractantă, nu a prezentat nicio justificare cu privire la lipsa de coerență dintre solicitările de clarificări privind clarificarea Memoriilor tehnice prezentate și acordarea punctajului maxim pentru cei doi ofertanți, totodată autoritatea contractantă nu a prezentat nicio justificare în ceea ce privește întocmirea identică a fișelor individuale de evaluare, aspect ce danturează obiectivitatea membrilor comisiei de evaluare.

III. În ceea ce privește critica adusă privind lipsa motivării în depunerea ofertei, autoritatea contractantă nu a exprimat un punct de vedere care să justifice simpla copiere a textului aferent „raționamentului utilizate pentru acordarea punctajului” de la sub factorul 3.2 de evaluare.

Aceasta a ținut să precizeze faptul că „pentru transparență”, autoritatea contractantă prezintă faptul că diferențierea de punctaj între Memoriile tehnice prezentate ce au primit punctajul maxim de 10 puncte și Memoriul tehnic

prezentat, a fost făcută de prezentarea „Standardului de Modelare Informațională a Construcțiilor - prin care au demonstrat atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și menținerea, respectiv securitatea acestora”. În legătură cu susținerea autorității contractante, contestatorul prezintă următoarele argumente care combat raționamentul autorității în ceea ce privește depunerea ofertei:

- pentru respectarea principiului transparenței, așa cum în mod greșit se raportează autoritatea contractantă, aceasta trebuia să prezinte în cadrul procesului verbal de acordare a punctajului și în cadrul comunicării ce a fost transmisă către contestator, această mențiune privind depunerea ofertei prezentate;

- prin lipsa accesului la propunerile tehnice prezentate de ofertanții competitori, contestatorul nu se poate asigura că „anumiți ofertanți” au prezentat în cadrul Memoriilor tehnice alte informații față de cele care au fost prezentate de ..., în asociere, în propriul Memoriu tehnic privind conceptul folosit care demonstrează atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanța, respectiv securitatea acestora; Contestatorul solicită Consiliului să verifice dacă ofertanții care au primit punctajul maxim la subfactorul de evaluare 3.2 au prezentat informații diferite față de cele prezentate de subscrisa privind conceptul folosit care demonstrează atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanță, respectiv securitatea acestora;

- trebuie menționat faptul că, Standardul de Modelare Informațională a Construcțiilor este doar un concept, nefiind definit nici în legislația în vigoare și nici în cuprinsul Caietului de sarcini, astfel încât comisia de evaluare să se raporteze la elemente concrete ce nu au fost evidențiate de subscrisa în cuprinsul pag. 29-98 din Memoriul tehnic prezentat;

Având în vedere că acest concept nu este bine definit, petentul consideră că informațiile cuprinse în cadrul Memoriului tehnic demonstrează un concept propriu care demonstrează atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanța, respectiv securitatea acestora;

IV. În ceea ce privește solicitarea făcută de ... prin cererea de intervenție privind respingerea punctului 4 din contestație privind reevaluarea ofertei, pe motiv că aceasta este vădit neîntemeiată, contestatorul consideră că aceasta nu trebuie luată în considerare deoarece terțul intervenient nu aduce nicio minimă argumentație care să stea la baza solicitării sale.

Pentru toate motivele arătate, ... solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată, cu obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor în raport de toate aceste considerente.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 61112/22.11.2021, ..., în calitate de lider al Asocierii ..., a formulat concluzii scrise prin care solicită admiterea pe fond a cererii de intervenție voluntară și, pe cale de consecință, respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată, precum și obligarea contestatorului la plata tuturor cheltuielilor de judecată, având în vedere următoarele motive:

I. Referitor pct. 1 din contestație, intervenientul susține că garanția de participare a fost constituită în conformitate cu prevederile legale,

argumentând că, potrivit criticilor contestatorului, rezultă în mod evident că problema de drept pe care aceasta o ridică reprezintă în fapt o chestiune de interpretare a prevederilor art. 36 alin. (1) din HG 395/2016.

În acest sens, cu titlu general, intervenientul aratăm că scopul interpretării unei norme juridice constă în stabilirea situațiilor de fapt concrete la care norma juridică respectivă se referă în vederea asigurării corecteii aplicării a respectivei norme. Mai concret, interpretarea legii civile reprezintă o etapă în procesul aplicării sale, conținutul interpretării fiind tocmai stabilirea sensului voinței legiuitorului, exprimată într-o anumită normă de drept civil.

Concret, în cazul de față, în stabilirea sensului voinței legiuitorului trebuie să se aibă în vedere două aspecte majore:

(A) scopul pentru care a fost instituită o astfel de obligație în sarcina ofertanților; și

(B) scopul pentru care legiuitorul a înțeles să înlocuiască sintagma „*societate bancară*”, astfel cum era prevăzut în forma anterioară a HG nr. 395/2016 cu sintagma „*instituție de credit*”, cum este prevăzut în forma actuală a HG 395/2016, precum și interpretarea noțiunii de „*instituție de credit*” în accepțiunea HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește scopul instituirii obligației în sarcina ofertanților de a constitui garanția de participare, intervenientul arată următoarele:

(i) Conform art. 35 alin. (1) din HG 395/2016: *„Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire”;*

(ii) Totodată conform art. 37 din HG 395/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a reține garanția de participare atunci când ofertantul se află în oricare dintre următoarele situații”*

a) *își retrage oferta în perioada de valabilitate a acesteia;*

b) *oferta sa fiind stabilită câștigătoare, nu constituie garanția de bună execuție;*

c) *oferta sa fiind stabilită câștigătoare, refuză să semneze contractul de achiziție publică/acordul-cadru în perioada de valabilitate a ofertei.”*

Așadar, voința legiuitorului în ceea ce privește instituirea obligației în sarcina ofertanților de prezentare a garanției de participare este aceea de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui comportament neadecvat al ofertantului, astfel cum acesta este definit la art. 37 din HG nr. 395/2016.

Mergând mai departe, următoarea întrebare care se pune este în ce măsură instrumentul de garantare emis de o instituție financiară nebanară este aptă de a acoperi acest risc.

Ori, astfel cum intervenientul a arătat și în cuprinsul cererii de intervenție *“Instrumentul de Garantare pentru participare cu oferta la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică nr. 2021061170NE”* emis de ... este de a atinge scopul pentru care o astfel de obligație a fost instituită, anume de a proteja autoritatea contractantă de riscurile prevăzute la art. 37 din HG 395/2016, întrucât:

a) ... reprezintă o instituție autorizată conform legii să întreprindă activități de creditare și de emitere garanții, fiind sub supravegherea și controlul Băncii Naționale a României (ca și societățile bancare, de altfel) și supunându-se normelor prudențiale corespunzătoare;

b) Garanția de participare emisă de ... îndeplinește toate condițiile referitoare la quantum, perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului et cetera, prevăzute în FDA secțiunii III.1.6.a), fiind astfel un instrument apt de a acoperi în mod corespunzător riscurile în legătură cu care legiuitorul a avut intenția de a proteja autoritatea contractantă;

Contrar celor susținute de contestator prin concluziile scrise punctul de vedere al ANAP exprimat în cuprinsul adresei nr. 13932/04.06.2021 reprezintă poziția oficială a ANAP vis-a-vis de interpretarea art. 36 alin. (1) din HG 395/2016, asumată prin semnătură și ștampilă de către această instituție și emisă în temeiul prerogativelor sale consacrate la art. 3 lit. b) din OUG nr. 13 / 2015 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice anume *„elaborarea politicilor și a legislației în domeniul achizițiilor publice, în conformitate cu legislația europeană și asigurarea interpretărilor unitare în domeniu, pentru care are drept de inițiativă legislativă”*.

Nu în ultimul rând, intervenientul arată că însăși autoritatea Contractantă, beneficiara protecției conferite de legiuitor prin art. 35 din HG 395/2016, prin acceptarea necondiționată a garanției de participare depusă de Asociere, a considerat că aceasta este suficientă pentru a o proteja de riscurile pe care le acoperă.

În ceea ce privește interpretarea noțiunii de *„instituție de credit”* în accepțiunea legislației specifice în domeniul achizițiilor publice, intervenientul arată următoarele:

(i) În varianta inițială a HG nr. 395/2016 în vigoare de la data de 06 iunie 2016, art. 36 alin. (1) prevedea că *„Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se află în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condițiile legii”*

(ii) Prin urmare, la momentul intrării în vigoare a HG nr. 395/2016 intenția legiuitorului a fost foarte clară în sensul în care în cadrul procedurilor de achiziție publică erau acceptabile doar instrumentele de garantare emise de societăți bancare, respectiv societăți de asigurări;

(iii) Întrucât o astfel de condiție era foarte restrictivă, pe piață existând și alte instituții autorizate prin lege să emită garanții, cum ar fi în acest caz instituțiile financiare nebancare, prin HG nr. 419/2018, în vigoare de la data de 18 iunie 2018, prevederile art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost modificate, în sensul înlocuirii sintagmei *„societate bancară”* cu sintagma *„instituție de credit din România sau din alt stat”*;

(iv) Așadar, scopul al legiuitorului prin modificarea adusă art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 a fost clar acela de a lărgi sfera instituțiilor care puteau emite instrumente de garantare acceptabile în cadrul procedurilor de achiziție publică de la societăți bancare, la instituții autorizate să întreprindă activități de creditare și să emită garanții, în acest caz instituții financiare nebancare;

(v) Prin urmare, în materia achizițiilor publice noțiunea de instituție de credit trebuie privită și interpretată *lato sensu*, anume ca reprezentând o instituție autorizată să întreprindă activități de creditare și să emită garanții, în acest caz instituții financiare nebancare, iar nu prin raportare strict la OG nr. 99/2006;

(vi) Faptul că aceasta a fost voința reală a legiuitorului reiese inclusiv din Nota de Fundamentare a HG nr. 419/2018 (anexată) prin care a fost modificat, *inter alia*, art. 36 alin. (1) din HG nr. 395/2016 în cuprinsul căreia se arată că scopul acestei modificări este:

„Se clarifică condițiile de constituire a garanției de participare și de către o societate nebancară” (pag 16, 26 din Nota de Fundamentare);

Intervenientul reamintește cu această ocazie un principiu de bază în interpretarea normelor juridice, aplicabil folosind metoda logică de interpretare, sumarizat prin adagiul *adus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat - actul trebuie interpretat în înțelesul în care el poate produce un efect, nu pentru a-l lăsa fără efect*.

Ori, dacă s-ar interpreta, prin absurd, că modificarea sintagmei *„societate bancară”* din cuprinsul art. 36 alin. (1) al HG 395/2016 în sintagma *„instituție de credit”* nu ar reprezenta altceva decât o reformulare a ceea ce era deja scris, atunci ne-am regăsi în situația în care actul interpretat, în speță modificarea adusă prin HG nr. 419/2018, este lăsat fără niciun efect, *fapt ce contravine flagrant principiului de drept mai sus enunțat*, conchide intervenientul.

II. Cu privire la pct. 2 din Contestație, intervenientul arată că alegațiile contestatorului sunt lipsite atât de fundament, cât și de orice urmă de logică juridică.

Astfel cum reiese din documentația de atribuire și chiar din concluziile scrise formulate în cauză de ..., singura cerință a autorității contractante a fost aceea ca realizarea verificării de proiecte să fie efectuată de *„verificatori de proiecte atestați”*.

Ori, cum se desprinde fără putință de tăgadă din oferta depusă de Asocieria ...,

(i) Aceasta și-a însușit în mod corespunzător realizarea acestei componente de verificare de proiect, astfel cum în mod judicios a reținut și Autoritatea Contractantă, depunând în acest sens (Nota bene: fără a exista vreo obligație prevăzută în documentația de atribuire de a declara în faza de ofertare verificatorii de proiecte) declarații de disponibilitate și angajamente de participare din partea a 4 (patru) verificatori de proiecte, împreună cu documentele care fac dovada atestării lor (i.e. certificate de atestare, legitimații et cetera) - a se vedea în acest sens paginile 2097 - 2110 din Propunerea Tehnică; și

(ii) Verificatorii de proiecte au fost în mod corespunzător indicați și nominalizați și în secțiunea din Propunerea Tehnică - Organizarea de Proiect - Personalul propus și managementul contractului pentru execuția lucrărilor (proiectare și execuție) - pag. 1870 din Propunerea Tehnică.

Tot prin concluziile scrise formulate în cauză de către ..., aceasta confirmă apărările formulate de ... prin cererea de intervenție referitoare la faptul că singurele interdicții, respectiv singurele situații în care verificatorii de proiecte s-ar afla în conflict de interese sunt cele prevăzute la art. 13 (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, respectiv art. 8 din

Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, din 13.09.2018 aprobat prin Hotărârea nr. 925/1995, anume:

(i) să nu verifice, semneze și stampileze proiectul/proiectele întocmite de el - **CONDIȚIE ÎNDEPLINITĂ** întrucât verificatorii indicați nu sunt cei care vor întocmi proiectele;

(ii) să nu verifice, semneze și stampileze proiectul/proiectele la a căror elaborare a participat - **CONDIȚIE ÎNDEPLINITĂ** întrucât verificatorii indicați nu au atribuții în elaborarea proiectelor;

(iii) să nu verifice, semneze și stampileze proiectul/proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică - **CONDIȚIE ÎNDEPLINITĂ**.

Așadar, laitmotivul criticilor ... cu privire la aceste aspecte se rezumă la aceea că întrucât verificatorii de proiecte nu au fost indicați drept subcontractanți aceștia s-ar afla într-un așa zis conflict de interese, întreaga sa construcție în susținerii acestei argumentații bazându-se pe existența unui așa-zis raport de prepușenie între verificatori și ofertanți, raport de prepușenie care ar exista doar în situația în care verificatorii de proiect nu ar fi declarați drept subcontractanți, argumentație considerată vădit falsă de către intervenient.

În context, intervenientul reiterează că, așa cum arăta și în cuprinsul cererii de intervenție și cum reiese din însăși Propunerea Tehnică - pag. 1870 din Propunerea Tehnică, niciunul dintre verificatorii indicați nu este angajatul vreunui membru al Asocierii, respectiv al vreunui subcontractant, așadar nu există niciun raport de subordonare între verificatori și ofertant care să conducă la concluzia influențării acestora în activitatea pe care o întreprind.

Intervenientul consideră fără logică afirmația contestatorului în sensul că singura modalitate prin care se poate evita un așa-zis conflict de interese rezultat dintr-un așa - zis raport de prepușenie este declararea verificatorilor de proiecte drept subcontractanți, argumentând prin definiția conferită subcontractantului/subantreprenorului de la art. 3 *alin. (1) lit. yy*) din Legea 98/2016, evidențiind faptul că subcontractantul este cel în legătură cu care, asemănător comitentului, antreprenorul exercită direcția, supravegherea și controlul asupra sa, adică asupra aceluși care, asemănător prepusului, îndeplinește anumite funcții sau însărcinări în interesul antreprenorului sau al beneficiarului.

Cu titlu subsidiar, dacă prin absurd s-ar ajunge la concluzia că există conflict de interese cu privire la activitatea de verificare urmare a faptului că verificatorul de proiect răspunde contractual în fața antreprenorului, atunci ne aflăm un fața unor neregularități în legătură cu care nu s-ar putea dispune măsuri de remediere, caz în care ar deveni incidente dispozițiile art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea 101, susține intervenientul.

III. Cu privire la pct. 3 din contestație, intervenientul reiterează că, astfel cum reiese cu claritate din însuși cuprinsul Propunerii Tehnice depuse, pag. 2907 - 2916, această cerință a fost în mod corespunzător îndeplinită, Asocierea ... făcând pe deplin dovada deținerii autorizațiilor solicitate în documentația de atribuire.

Cu privire la alte tipuri de autorizații despre care contestatorul susține că Asocierea ... nu le-ar deține, acestea nu au fost solicitate de autoritatea contractantă a fi prezentate la data depunerii ofertei, ci vor fi solicitate, trebuind a fi deținute, pe parcursul derulării contractului, aspect care nici măcar contestatorul nu îl neagă.

Reiterând cadrul legal incident, respectiv art. 3 alin. (1), art. 154, art. 181 din Legea nr. 98/2016 și art. 30 alin. (2) și (6), art. 159 alin. (1) și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, intervenientul evocă claritatea textelor legale ce statuează că pentru sancționarea cu privire la neîndeplinirea unei cerințe, în vederea respectării principiilor transparenței, proporționalității, tratamentului egal, trebuie să fie clar prevăzută în documentația de atribuire, iar nu implicită, făcând trimitere la jurisprudența Consiliului, anume Decizia din BO2021 494.

Concluzionând, intervenientul solicită constatarea conformității ofertei Asocierii ... cu cerințele documentației de atribuire prin prisma considerentelor expuse și, pe cale de consecință, respingerea contestației ..., ca nefondată, precum și obligarea contestatorului la plata tuturor cheltuielilor de judecată.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect "...", cod CPV ... (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului publicitar simplificat nr.

Conform anunțului publicitar și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de ..., fără TVA.

Potrivit *Procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc* nr. A7907/08.07.2021, în cadrul procedurii au fost depuse 13 oferte, dintre care și a asocierii ..., al cărui lider este contestația în prezenta cauză.

Potrivit *Raportului procedurii nr. A11992/20.10.2021*, în urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, oferta contestației s-a clasat pe locul al doilea, cu un punctaj total de 93,34 puncte, câștigătoare fiind oferta asocierii ..., cu un punctaj total de 95,02 puncte.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că după depunerea contestației de către ... , ..., lider al asocierii ... a formulat cerere de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 59241/12.11.2021 prin care a solicitat admiterea, în principiu, a acesteia, și respingerea contestației, ca nefondată.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ..., Consiliul are în vedere că în ceea ce îl privește pe intervenient, interesul acestuia este evident în condițiile în care oferta sa ocupă locul I în procedură, conform Raportului procedurii nr. A11992/20.10.2021, motiv pentru care va admite, în principiu, cererea intervenție accesorie formulată de acesta, în condițiile în care intervenția vizează menținerea deciziei autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ.

În condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ... o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „*Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii*

economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației” și având în vedere că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 02.11.2021 contestația formulată de, Consiliul constată că cererea de intervenție aparținând ... este formulată în cadrul termenului legal.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a ..., împreună cu contestația formulată de

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform căroră „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitările contestatoarei ... și ale asocierii interveniente ... de studiere a dosarului cauzei.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Se are în vedere că formulează critici și vizavi de pretinsa nedovedire a caracterului confidențial al ofertei depuse de asocieria

Dispozițiile art. 19 din Legea nr. 101/2016 prevăd următoarele:

”Art. 19. - (1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

(2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea

contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(3) În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.”

Potrivit art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele: ” - (1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală.”

La art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: ”Dosarul achiziției publice are caracter de document public”, iar alin. (5) din cadrul aceluiași aliniat se stipulează că **”Accesul** persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public **și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii.**

Autoritatea contractantă a analizat în mod unitar ofertele ținând cont, în cazul în care anumiți ofertanți au depus declarații de confidențialitate, să facă aplicarea dispozițiilor legale mai sus amintite.

Așa cum a fost mai sus reținut, ținând seama de faptul că în cadrul ofertei depuse de asocierea documentele confidențiale declarate de aceștia sunt marcate sau indicate de către achizitoare în baza declarațiilor de confidențialitate depuse în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale, Consiliul a pus la dispoziția ... dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale de asocierea În mod similar și în cazul asocierii ... a pus la dispoziție dosarul achiziției publice, mai puțin documentele declarate confidențiale

Consiliul, având în vedere că ambele ofertante au acționat identic, declarându-și confidențiale ofertele, motivele invocate fiind, de asemenea similare, reține că egalitatea de tratament a fost respectată. Astfel, alternativele pe care autoritatea contractantă le avea la îndemână era ori să pună toate documentele la dispoziția ambilor ofertanți, situație în care ambii ar fi invocat încălcarea confidențialității de către achizitoare, ori să respingă ambele cereri, situație întâlnită în speța în analiză. Luând această decizie, nu i se poate

reproșa nimic autorității contractante, în condițiile în care ambele părți au beneficiat de același tratament. De asemenea, Consiliul a aplicat un tratament identic și în ceea ce privește cererile de studiu depuse la sediul său, părțile având acces doar la documentele care nu au fost declarate confidențiale.

Astfel, ar fi fost lipsită de sens admiterea unei cereri și respingerea alteia sau admiterea amândurora, situație în care ar fi fost încălcate solicitările ambelor părți.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul determină că achiziția a a ținut seama de rigorile la care este supusă, prin regulile precitate, conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precitate, precum și declarația asocierii, nu au fost pus la dispoziția autoarei contestației, documentele declarate confidențiale.

Sunt relevante în soluționare considerentele reținute de Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal din cuprinsul Hotărârii nr. 354/2021 din data de 08 Martie 2021 respectiv:

„Potrivit jurisprudenței CJUE din cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'Etat (Belgia), „Obligațiile prevăzute în Directiva 93/36 în ceea ce privește respectarea confidențialității informațiilor de către autoritatea contractantă sunt asumate, în cadrul unei căi de atac, de către organismul responsabil cu procedura privind căile de atac. Cerința unor căi de atac eficiente prevăzută la articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665 coroborat cu articolul 7 alineatul (1), cu articolul 9 alineatul (3) și cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 impune, prin urmare, acestui organism să ia măsurile necesare pentru a garanta efectul util al dispozițiilor menționate și, prin aceasta, să asigure menținerea unei concurențe loiale, precum și protecția intereselor legitime ale operatorilor economici respectivi. În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar. Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52. Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C-438/04, Rec., p. 1-6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53. În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54. Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce

caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29)".

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca neîntemeiată, solicitarea autoarei contestației referitoare la permiterea studierii documentelor confidențiale declarate de asocierea ... motivat de nedovedirea declarării confidențialității acestora, constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, Consiliul a ținut seama de solicitarea formulată de respectiva ofertantă, privind respectarea caracterului confidențial al documentelor declarate confidențiale, conform celor menționate anterior în considerente, dat fiind dispozițiile legiuitorului, care a prevăzut la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *"Totodată vă informăm că dosarul achiziției conține documente declarate confidențiale de către ofertanții participanți, respectiv propunerile tehnice și financiare. Precum și răspunsurile la clarificări, pentru studierea acestor documente fiind necesar acordul în scris al acestora",* aspect comunicat autoarei contestației prin intermediul adresei nr. 58674/2845/C7/10.11.2021, cu ocazia invitării acestuia la Consiliu pentru studierea dosarului cauzei.

Un astfel de acord din partea asocierii ... nu a fost pus la dispoziția

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, fiind formulate critici cu privire la modalitatea de evaluare de către autoritatea contractantă a ofertei declarate câștigătoare, depusă de asocierea ... precum și a punctajului acordat ofertei contestatorului, clasată pe locul al doilea.

Un prim aspect reclamat în ceea ce privește oferta depusă de asocierea declarată câștigătoare ... vizează faptul că respectiva asociere nu îndeplinește unul dintre criteriile stabilite în documentația de atribuire, respectiv *garanția de participare constituită nu respecta cerința minimă prevăzută în fisa de date la secțiunea III 1.6 a) Garanția de participare: „Garanția de participare se constituie în conformitate cu prev. art. 36 din HG nr. 395/2016, prin 1) virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări în condițiile legii, întrucât emitentul garanției de participare constituită de Asocierea ... nu este o instituție de credit or o societate de asisurari, **ci o instituție financiară nebancară**, ce nu se aliniază cu exigentele impuse de legiuitor, astfel ca oferta ar fi trebuit respinsă ca fiind inacceptabilă.*

Argumentele aduse de autoarea contestației se bazează pe faptul că instituțiile financiare nebancare (IFN) nu sunt calificate potrivit legislației în vigoare ca *instituii de credit*, neintrând astfel sub incidența prevederilor art. 36 din H.G. nr. 395/2016, care statuează că: *„Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare **emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.**”*

Autoarea contestației a adăugat că autoritatea contractantă a precizat în cadrul anunțului de participare modalitatea de constituire a garanției de participare, în sensul că aceasta se va constitui în conformitate cu prevederile art. 36 din H.G. 395/2016, articol care prevede în mod expres faptul că instrumentul de garantare trebuie să fie emis de o *instituție de credit* sau de o *societate de asigurări*, drept urmare, comisia de evaluare în mod eronat a extins aplicabilitatea prevederilor legale în ceea ce privește asimilarea instituțiilor financiare nebancare ca fiind instituții de credit.

În replică la cele reclamate de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că având în vedere faptul că nu a prevăzut în documentația de atribuire alte precizări referitoare la garanția de participare, *în sensul definirii instituțiilor de creditare cu excluderea celor de tip IFN*, pentru a se evita aplicarea sancțiunilor pentru încălcarea dispozițiilor din Legea nr. 98/2016 respectiv a art 49 alin. (1) *Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională*, coroborat cu art. 50 alin. (1) *Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței*; (2) *în sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici*", a apreciat că oferta depusă de asocierea ... a fost declarată admisibilă în mod corect.

Așadar problema care se impune a fi dezlegată de Consiliu vizează încadrarea/neîncadrarea *instituțiilor financiare nebancare*, emitente a instrumentelor de garantare, în categoria celor prevăzute de dispozițiile legale incidente, art. 36 alin. (1) din H.G. 395/2016.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor reclamate de contestatoarea ..., Consiliul găsește util expunerea câtorva elemente din cadrul documentației de atribuire, precum și din cadru legislativ incident, menite să înlăesnească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Referințe vizavi de modul de constituire a garanției de participare solicitată se regăsesc în cuprinsul fișei de date a achiziției, la secțiunea dedicată *III.1.6) Depozite valorice si garantii solicitate: **III.1.6.a) "Garantie de participare:***

Este in valoare de: 298.251,59 lei.

1. Dovada constituirii garantiei trebuie sa fie prezentata cel mai tarziu la termenul limita de depunere a ofertelor, prin incarcarea in SICAP in format electronic semnata cu semnatura electronica extinsa, bazata pe un certificat calificat eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat in conditiile legii, indiferent de modalitatea de constituire aleasa, pâna la termenul limita de depunere a ofertelor, in cuantumul si pentru perioada de valabilitate prevazuta.

2. In cazul depunerii de oferte in asociere, instrumentul de garantare trebuie sa prevada in mod explicit faptul ca garantia este constituita in numele asocierii si ca acopera in mod solidar toti membrii grupului de ofertanti

3. In cazul in care ofertantii isi constituie garantia printr-un instrument de garantare emis de o societate de asigurari acesta va fi insotit de dovada platii politei de asigurare privind garantia

4. Garantia emisa in alta limba decât româna va fi insotita de traducerea autorizata in limba româna

5. Echivalenta pentru o garantie de participare depusa in alta moneda se va face la cursul BNR din data anterioara datei limita de depunere a ofertelor cu 5 zile calendaristice.

6. Neprezentarea constituirii garantiei conduce la declararea ofertei ca inacceptabila.

7. *Garantia trebuie sa fie irevocabila. Instrumentul de garantare trebuie sa prevada ca plata garantiei de participare se va executa neconditionat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declaratiei acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.*

8. *Perioada de valabilitate a garantiei de participare este de 90 de zile incepând cu data limita de depunere a ofertelor.*

9. *Garantia de participare se constituie în conformitate cu prevederile art. 36 din HG 395/2016.*

10. *Eliberarea G.P. se va face în conformitate cu prevederile art.38 din H.G.395/2016.*

11. *Retinerea garantiei, se va face, în cond art.37 alin.1 din HG 395/2016 12. A.C. nu impune un anumit instrument de garantare."*

Sunt relevante în cauză următoarele dispoziții legale incidente din H.G. nr. 395/2016:

- art. 35:

(1) Garanția de participare reprezintă un instrument aferent modului de prezentare a ofertei, care are drept scop protejarea autorității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților constituirea garanției de participare.

(3) Anunțul de participare/simplificat/de concurs trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare:

a) valoarea, ce nu poate depăși 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent;

b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire.

- art. 36:

(1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau **printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.**

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) Autoritatea contractantă nu are dreptul:

a) de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres în documentația de atribuire;

b) de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (1), în cazul în care valoarea garanției de participare este mai mică de 5.000 lei și numai dacă în documentația de atribuire este prevăzută această posibilitate, garanția de participare se poate constitui și prin depunerea la casieria autorității contractante a unei sume în numerar. "

Din economia dispozițiilor legale mai sus redată rezultă intenția legiuitorului de a accepta ca instrumentele de garantare să fie emise/eliberate de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

Procedând la verificarea garanției de participare depusă de asocierea ..., Consiliul reține că acesta a depus în cuprinsul ofertei sale "*Instrumentul de garantare pentru participare cu oferta la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică*" nr. 202106117ONE, emis de către ..., **instituție financiară nebancară** notificată și înregistrată de Banca Națională a României sub nr. RG-PJR-41-110104/ 2007 din Registrul General, care

funcționează în conformitate cu Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, instituțiile financiare nebancare și Regulamentele Băncii Naționale a României, toate aceste mențiuni fiind precizate în nota de subsol a respectivului instrument de garantare.

Argumentele aduse de achizitoare în favoarea faptului că instrumentul de garantare depus de asocierea reclamată se înscrie în rigorile legii, se bazează pe de o parte, pe dispozițiile art. 14 din cadrul Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare din Secțiunea 5-

"Activități permise" care prevede că: (1) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele activități de creditare:

- a) *acordare de credite*, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare;
- c) *emitere de garanții*, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare."

Iar, pe de altă parte, pe dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 52 din 14 septembrie 2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, la CAP. I - „Obiect, domeniu de aplicare și definiții” la art. 3, pct.8. definește „*Instituția de credit - o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu, în conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și firmele de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012*”.

Sunt relevante susținerile contestatoarei, precum că în România, instituțiile de credit sunt reglementate prin O.U.G. nr. 99/2006 - *Privind institutiile de credit*, fiind prevăzute în aceasta categorie în mod limitativ conform prevederilor art. 3, următoarele categorii de institutii:

- a) *bănci*;
- b) *organizații cooperatiste de credit*;
- c) *bănci de economisire și creditare în domeniul locativ*;
- d) *bănci de credit ipotecar*.

or, institutiile financiare nebancare nu intra în niciuna dintre aceste patru categorii, beneficiind de un regim juridic separat, într-o reglementare normativă distinctă cuprinsă în cadrul Legii nr. 93/2009 - privind institutiile financiare nebancare.

Dispozițiile antemenționate prevăd în mod expres categoriile de instituții acceptate în accepțiunea noțiunii de **instituție de credit**, definită și reglementată de *O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului*. Prezenta ordonanță de urgență reglementează, astfel cum este prevăzut la art. 1 următoarele:

- a) condițiile de acces la activitate pentru *instituțiile de credit și de desfășurare a acestora pe teritoriul României*;
- b) competențele și instrumentele pentru supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și, respectiv, a societăților de servicii de investiții financiare;
- c) supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și, respectiv, a societăților de servicii de investiții financiare, într-o manieră care să corespundă cu regulile stabilite în Regulamentul (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale

pentru instituțiile de credit și firmele de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012;

d) cerințele de publicare pentru Banca Națională a României în domeniul reglementării și supravegherii prudențiale a instituțiilor de credit, respectiv cerințele de publicare pentru Autoritatea de Supraveghere Financiară în domeniul reglementării și supravegherii prudențiale a firmelor de investiții;

e) «abrogat»

f) supravegherea sistemelor de plăți și a sistemelor de decontare a operațiunilor cu instrumente financiare.

(2) Prezenta ordonanță de urgență se aplică *instituțiilor de credit*, persoane juridice române, inclusiv sucursalelor din străinătate ale acestora și instituțiilor de credit din alte state membre, respectiv din state terțe, în ceea ce privește activitatea acestora desfășurată în România. (...)

Art. 3. - **Instituțiile de credit**, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în Partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

a) bănci;

b) organizații cooperatiste de credit;

c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;

d) bănci de credit ipotecar;

e) «abrogat» instituții emitente de monedă electronică. (...)

Secțiunea a 2-a

Definiții

Art. 7. - (1) În înțelesul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

31 «abrogat»

(1¹) În sensul prezentei ordonanțe de urgență, termenii și expresiile: ***instituție de credit***, firmă de investiții, întreprindere de asigurare, întreprindere de reasigurare, întreprindere-mamă, filială, sucursală, întreprindere prestatoare de servicii auxiliare, societate de administrare a activelor, societate financiară holding, societate financiară holding mixtă, societate holding cu activitate mixtă, instituție financiară, instituție-mamă dintr-un stat membru, instituție-mamă din Uniunea Europeană, societate financiară holding-mamă dintr-un stat membru, societate financiară holding-mamă din Uniunea Europeană, societate financiară holding mixtă-mamă dintr-un stat membru, societate financiară holding mixtă-mamă din Uniunea Europeană, participație, deținere calificată, control, legături strânse, autoritate competentă, supraveghetor consolidant, autorizație, stat membru de origine, stat membru gazdă, bănci centrale din cadrul Sistemului European al Băncilor Centrale, bănci centrale și instrument financiar au *înțelesul prevăzut la art. 4 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 575/2013*.

Iar *Regulamentul (UE) nr. 575/2013* prevede la art. 4 alin. (1):

1) În sensul prezentului regulament, se aplică următoarele definiții:

1. „Instituție de credit” înseamnă o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu;

2. „firmă de investiții” înseamnă o persoană astfel cum este definită la articolul 4 alineatul (1) punctul 1 din Directiva 2004/39/CE, care intră sub incidența cerințelor prevăzute în directiva menționată, excluzând:

(a) instituțiile de credit;

(b) firmele locale;

(c) firmele care nu sunt autorizate să presteze serviciile auxiliare menționate în secțiunea B punctul 1 din anexa I la Directiva 2004/39/CE care prestează numai unul sau mai multe dintre serviciile de investiții și activitățile menționate în secțiunea A punctele 1, 2, 4 și 5 din anexa I la directiva menționată și care nu au voie să dețină bani sau titluri de valoare aparținând clienților și care, din acest motiv, nu pot deveni în niciun moment debitoare față de respectivii clienți.

3. „instituție” înseamnă o instituție de credit sau o firmă de investiții;

4. „firmă locală” înseamnă o firmă care tranzacționează în cont propriu pe piețe de contracte futures financiare sau de opțiuni ori de alte instrumente derivate și pe piețe monetare având ca scop unic acoperirea pozițiilor luate pe piețele de instrumente financiare derivate, sau care tranzacționează pentru contul altor membri de pe acele piețe și care beneficiază de garanții din partea membrilor compensatori ai acelorași piețe, atunci când responsabilitatea asigurării executării contractelor încheiate de o astfel de firmă este asumată de membrii compensatori de pe aceleași piețe;

5. „întreprindere de asigurare” înseamnă o întreprindere de asigurare astfel cum este definită la articolul 13 punctul 1 din Directiva 2009/138/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2009 privind accesul la activitate și desfășurarea activității de asigurare și de reasigurare (Solvabilitate II) (20);

(...).

În mod similar, instituțiile financiare nebancare sunt reglementate în mod distinct, de dispozițiile **Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare**, fiind relevante următoarele dispoziții:

- **Art. 1.** - (1) Prezenta lege reglementează condițiile minime de acces la activitatea de creditare și desfășurarea acesteia pe teritoriul României, prin instituțiile financiare nebancare, în scopul asigurării și al menținerii stabilității financiare.

(2) Prevederile prezentei legi se aplică în mod corespunzător și sucursalelor din România ale instituțiilor financiare având sediul în străinătate.

- **Art. 2.** - (1) Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin instituții de credit și prin instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile actului normativ sus-menționat, prin prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată, în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, precum și prin instituții financiare nebancare, în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi.

- **Art. 14** din Secțiunea 5 - "Activități permise" :

(1) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura următoarele **activități de creditare**:

a) acordare de credite, incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare;

b) leasing financiar;

c) emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare;

d) acordare de credite cu primire de bunuri în gaj, respectiv amanetare prin case de amanet;

e) acordare de credite către membrii asociațiilor fără scop patrimonial organizate pe baza liberului consimțământ al salariaților/pensionarilor, în vederea sprijinirii prin împrumuturi financiare a membrilor lor de către aceste entități, organizate sub forma juridică a caselor de ajutor reciproc;

f) alte forme de finanțare de natura creditului.

(2) În cadrul derulării activității de creditare, instituțiile financiare nebancare pot presta servicii de emitere și administrare de carduri de credit pentru clienți, altele decât cele care intră sub incidența prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare, și pot desfășura activități legate de procesarea tranzacțiilor cu acestea, cu respectarea reglementărilor în domeniu.

(3) Instituțiile financiare nebancare pot desfășura activități conexe și auxiliare legate de realizarea activităților de creditare sau de funcționarea entității.

(4) În măsura în care activitățile avute în vedere se circumscriu activităților de creditare înscrise în obiectul de activitate al instituției financiare nebancare, aceasta poate efectua operațiuni în mandat și poate presta servicii de consultanță.

(5) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot efectua și operațiuni de schimb valutar aferente activităților permise, cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de reglementările în materie.

(6) Instituțiile financiare nebancare pot administra fonduri publice acordate drept fonduri pentru microcredite de agențiile guvernamentale, cu respectarea condițiilor prevăzute de Ordonanța Guvernului nr. 40/2000 privind acreditarea agențiilor de credit în vederea administrării fondurilor pentru acordarea de microcredite, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 376/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(7) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul de evidență pot desfășura și activitățile prevăzute de legislația specială care le reglementează activitatea, precum și activitățile auxiliare legate de realizarea acestora.

(8) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot efectua în relație cu entitățile din cadrul grupului operațiuni nefinanciare în mandat sau de comision aferente activităților necesare susținerii funcționării respectivelor entități.

(9) Instituțiile financiare nebancare înscrise în Registrul general pot presta servicii de plată și pot acorda credite legate de activitatea de plată, în conformitate cu prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare. Acest tip de credite nu intră sub incidența prezentei legi. "

Așadar din dispozițiile legale amintite reiese intenția legiuitorului cu privire la cele două instituții, respectiv instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancare, actul normativ de reglementare privind instituțiile

financiare nebancare are un obiect diferit de cel reglementat de O.U.G. nr. 99/2006, reglementând activitățile de creditare care pot fi desfășurate de instituțiile financiare nebancare, printre acestea fiind și acordare de credite (incluzând, fără a se limita la: credite de consum, credite ipotecare, credite imobiliare, microcredite, finanțarea tranzacțiilor comerciale, operațiuni de factoring, scontare, forfetare) și emitere de garanții, asumare de angajamente de garantare, asumare de angajamente de finanțare.

Cu alte cuvinte instituția financiară nebancară nu se confundă cu instituția de credit, fiind organisme/entități/intreprinderi reglementate în mod distinct și având domenii de aplicare diferite.

Chiar dacă în legislația aplicabilă domeniul care reglementează achizițiile publice nu este definit termenul de *instituție de credit*, având în vedere faptul că, potrivit dispozițiilor legale mai sus redată, sunt prevăzute în mod expres instituțiile acceptate în vedere emiterii instrumentelor de garantare, Consiliul apreciază că, din coroborarea tuturor dispozițiilor legale anterior redată, rezultă că înțelegerea instituțiilor de credit este cea reglementată de dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006.

Contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice.

În considerarea celor antemenționate sunt și precizările contestatoarei, potrivit căroră: *"Consideram ca o interpretare extensiva a prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016 ar eluda fundamentul normativ, ce urmărește un grad mărit de protecție în raport de interesul subiectiv al autorității, iar fata de interesul public într-un raport general și obiectiv. Astfel, trebuie reținut ca, între emitentii menționați diferă substantial aspectele ce implica modul de funcționare al acestora, cu implicații directe asupra bonității, stabilității și dinamicii obligationale, doar instituțiile de credit putând oferi mecanisme superioare de protecție în raport de aceste aspecte (...)"*

Autoritatea contractantă aduce ca argument decisiv în temeinicia deciziei adoptate faptul că potrivit Registrului General Instituții Financiare Nebancare actualizat la data de 29.10.2021, Banca Națională a României, la pagina 16/39 precizează în dreptul nr. RG-PJR-41-110104 - S.C. ... - la rubrica „Activități desfășurate” atât *activitatea de creditare cât și cea de emitere garanții*.

Argumentele aduse vizavi de modul de constituire și funcționare a S.C. ... nu pot fi primite ca fiind relevante în soluționare, fiind important de reținut precizările autoarei contestației, precizări care sunt în concordanță cu dispozițiile O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului (art.1 – art. 6), respectiv:

"In ceea ce privește înscrierea instituțiilor financiare nebancare în Registrul General de Instituții Financiare Nebancare al BNR, nici aceasta nu poate fi relevantă întrucât potrivit Legii nr. 93/2009, aceasta nu reprezintă decât o condiție de funcționare a acestor tipuri de instituții, având în vedere calitatea Băncii Naționale a României, de singura autoritate în măsura să decidă dacă activitatea unei entități este de natura activității de creditare. Banca Națională a României este abilitată să reglementeze, autorizeze/înregistreze inclusiv să supravegheze prudențial/monitorizeze în scop statistic entitățile ce desfășoară activitate de creditare cu titlu profesional, respectiv instituțiile de credit, instituțiile de plată, instituțiile emitente de moneda electronică și instituțiile financiare nebancare.

Din perspectiva atribuțiilor statutare ale băncii centrale, în raport cu entitățile aflate în sfera sa de autoritate, va semnalăm faptul că fiecare tip de entitate,

respectiv instituția de credit și instituția financiară nebancară, are, așa cum însăși denumirea indică, un statut diferit, reglementat distinct prin acte normative separate, care nu pot fi aleatoriu coroborate și nici scoase din contextul cadrului legal special aplicabil fiecărei categorii instituționale în parte.”

Împrejurarea că instituțiile financiare nebancare desfășoară activități similare, specifice instituțiilor de credit, respectiv activități de creditare (respectiv au capacitatea de a emite instrumente de garantare or de a acorda credite, astfel cum acestea sunt enumerate conform legii (*Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare*) nu conduce la acceptarea implicită a acestor instituții financiare ca și instituții de credit.

Nu prezintă relevanță faptul că instituțiile financiare nebancare pot emite garanții, atâta timp cât în materia achizițiilor publice, acest atribut este permis *limitativ* doar instituțiilor de credit, astfel cum acestea sunt definite și încadrate prin intermediul OUG nr. 99/2006 și societăților de asigurări.

În speța aflată în analiză prezintă interes proba faptului că instituțiile financiare nebancare se regăsesc definite și încadrate de dispozițiile legale incidente, respectiv O.U.G. nr. 99/2006.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante precizările contestatoarei, precum că *nu poate fi relevant ca instituțiile financiare nebancare pot emite garanții atâta timp cât în materia achizițiilor publice, acest atribut este permis limitativ anumitor instituții, respectiv doar instituțiilor de credit, astfel cum acestea sunt definite și încadrate prin intermediul OG nr. 99/2006.*

Nici argumentele aduse de achizitoare vizavi de incidența *Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 52 din 14 septembrie 2016 privind contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile, precum și pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori*, în favoarea definiției reglementată de acest act normativ pentru instituția de credit (respectiv *la CAP. I - „Obiect, domeniu de aplicare și definiții” la art. 3, pct.8. definește „**instituția de credit - o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu**, în conformitate cu prevederile Regulamentului (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și firmele de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012*) nu sunt de natură de a aprecia ca temeinică încadrarea instituțiilor financiare în categoria instituțiilor de credit, indicate de dispozițiile art. 36 alin. () din H.G. nr. 395/2016, respectivul act normativ indicat de achizitoare reglementează în fapt contractele de credit oferite consumatorilor pentru bunuri imobile.

Sunt judicioase susținerile achizitoare precum că autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire alte precizări referitoare la garanția de participare, în sensul definirii instituțiilor de creditare cu excluderea celor de tip IFN.

În mod similar sunt întemeiate și susținerile autoarei intervenției, respectiv “a) ... reprezintă o instituție autorizată conform legii să întreprindă activități de creditare și de emiteri garanții, fiind sub supravegherea și controlul Băncii Naționale a României (ca și societățile bancare, de altfel) și supunându-se normelor prudențiale corespunzătoare; (b) Garanția de participare emisă de ... îndeplinește toate condițiile referitoare la cuantum,

perioada de valabilitate, caracterul irevocabil, plata necondiționată la prima cerere a beneficiarului et cetera, prevăzute în FDA secțiunii III.1.6.a) (...)."

Însă, se au în vedere exigențele pe care legiuitorul le-a instituit prin dispozițiile legale incidente ale art. 36 din H.G. nr. 395/2016.

Contractul de achiziție publică este contract administrativ și nu comercial, așa cum acesta este definit la art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016 (contract cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ).

În acest context, având în vedere că prin contractul administrativ administrația publică (sau entitățile assimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, se consideră că regimul juridic aplicabil acestor contracte este unul exorbitant, de drept public.

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general, ceea ce dă administrației posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare a contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește, prin executarea contractului, o satisfacție completă și continuă.

Clauzele exorbitante sunt clauze derogatorii de la dreptul comun și care consacră puteri sporite în favoarea entității publice pe considerentul ocrotirii interesului public. Astfel, orice contract cu o entitate publică centrală sau locală cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului.

În consecință, se reține că și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice.

Nimic nu oprește operatorii economici să nu participe la licitațiile în curs dacă nu doresc să își asume clauzele exorbitante pe care le presupune orice contract administrativ, cum sunt cele enumerate la art. 2 lit. c) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, în rândul cărora se încadrează și contractele de achiziție publică, în condițiile în care la art. 8 alin. (3) din același act normativ este prevăzut că la soluționarea litigiilor care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea, modificarea, interpretarea, executarea și încetarea contractului administrativ, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

Pe de altă parte, se reține că la art. 1350 din Codul civil se prevede că orice persoană trebuie să își execute obligațiile pe care le-a contractat, iar atunci când, fără justificare, nu își îndeplinește această îndatorire, respectiva persoană este răspunzătoare de prejudiciul cauzat celeilalte părți și este obligată să repare acest prejudiciu în condițiile legii.

Aceeași abordare a fost îmbrățișată și de Curtea de Apel Oradea, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, reținându-se considerentele avute în vedere de instanța de judecată cu ocazia emiterii Deciziei nr. 662/CA/2021 – R din 10.09.2021, în Dosarul nr. 365/35/CA/2021 – R.

"Analizând plângerea formulată prin prisma motivelor invocate și a dispozițiilor legale aplicabile, instanța reține următoarele:

Municipiul Oradea în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect "Furnizare 1 bucată ambulanță tip MMU și servicii accesorii de instalare, punere în funcțiune, testare și instruire

personal pentru obiectivul de investiții - Proiect integrat pentru dezvoltare durabilă în zona montană a județului Bihor, îmbunătățirea accesului și dezvoltării serviciilor de sănătate în caz de intervenții medicale în situații de urgență.

În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1027429/01.01.2021.

În Raportul procedurii nr. 306958/23.06.2021 s-a consemnat depunerea a două oferte, respectiv de către Avânt Maris Medical SRL și Deltamed SRL.

Oferta depusă de către Avânt Maris Medical SRL a fost respinsă ca inacceptabilă potrivit art. 132 al. 3 din HG nr. 395/2016, pe motiv că cerința impusă de art. 36 al. 1 din HG nr. 395/2016, ca instrumentul de garantare să fie emis de o instituție de credit nu este îndeplinită. Aceasta întrucât instrumentul de garantare prezentat de acest ofertant a fost constituit de o instituție financiară nebanară.

Instanța reține că Avânt Maris Medical SRL a depus garanția de participare sub forma unui instrument de garantare emis de Advisers Financial IFN SA.

Autoritatea contractantă, în cadrul etapei de evaluare a garanției de participare a solicitat clarificări ofertantului cu privire la îndeplinirea cerinței impuse de art. 36 al. 1 din HG nr. 395/2016.

Contrar opiniei CNSC, instanța constată că în mod corect a fost respinsă ca inacceptabilă oferta depusă de Avânt Maris Medical SRL de către autoritatea contractantă.

La pct. III. 1.6.b) - Garanția de bună execuție din Fișa de date, s-a menționat expres că garanția de bună execuție se poate constitui prin instrument de garantare emis în condițiile -Iești de a Institut ie de credit din Romania sau din alt stat, sau de o societate de asigurări.

Potrivit art. 39 din HG nr. 395/2016, pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului- cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

(I) Garanția de bună execuție a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului de achiziție publică/contractului subsecvent.

În conformitate cu prevederile art. 40 din HG, garanția de bună execuție se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii și devine anexă la contract, prevederile art. 36 alin. (3) și (5) aplicându-se în mod corespunzător.

Art. 36 din același act normativ, prevede la rândul său că garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

Această cerință a fost impusă ca urmare a modificărilor aduse HG nr. 395/2016, prin Hotărârea Guvernului nr. 419/2018,

Prin urmare, instanța reține că potrivit legii, instrumentul de garantare poate fi emis doar de către o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări.

Potrivit prev. art. 3 din OUG nr. 99/2006, instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa, cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

- a) bănci;
- b) organizații cooperatiste de credit;
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;
- d) bănci de credit ipotecar.

Existând o indicare expresă prin lege a instituțiilor de credit, se pune problema de a stabili dacă emitentul garanției, Advisers Financial IFN SA poate fi încadrat sau nu în categoria instituțiilor de credit.

Astfel cum rezultă din chiar denumirea sa, Advisers Financial IFN SA, este o Instituție Financiară Nebanară, a cărei funcționare este reglementată prin prevederile Legii nr. 93/2009. privind instituțiile financiare nebanare.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 93/2009. privind instituțiile financiare nebanare;

(1) Activitatea de creditare se desfășoară cu titlu profesional prin instituții de credit și prin instituțiile financiare prevăzute la secțiunea a 2-a a cap. IV al titlului I al părții I din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007. cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu dispozițiile actului normativ sus-menționat, prin prestatori de servicii de plată care acordă credite legate de serviciile de plată. în conformitate cu dispozițiile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 113/2009 privind serviciile de plată, aprobată cu modificări prin Legea nr. 197/2010, cu modificările și completările ulterioare. precum și prin instituții financiare ne bancare. în condițiile stabilite prin prezenta lege, prin legile speciale care le reglementează activitatea și prin reglementările emise de Banca Națională a României în aplicarea prezentei legi.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă că activitatea de creditare poate fi desfășurată atât prin intermediul instituțiilor de credit, cât și prin intermediul instituțiilor financiare nebancare.

Cu toate acestea, instituțiile de credit sunt diferite de instituțiile financiare nebancare, fiecare având reglementare legală distinctă, prin acte normative diferite. ;

De asemenea trebuie observat că și activitatea de creditare diferă de cea a oferirii unui instrument de garantare.

Conform Registrului Instituțiilor de Credit emis de Banca Națională a României, instituțiile de credit - persoane juridice române, se pot constitui și funcționa numai pe baza autorizației emise de BNR conform dispozițiilor art. 32 al. 1 din QUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit, potrivit dispozițiilor art. 164 al. 1 din același act normative.

Pe de altă parte, conform prevederilor pct. IV - Registru] Instituțiilor Financiare Nebancare. În conformitate cu prevederile art. 43 din Legea nr. 93/2009, BNR realizează monitorizarea instituțiilor financiare nebancare înscrise în Registrul General.

Verificând Registrul General al Instituțiilor Financiare Nebancare ținut de BNR, instanța constată că Advisers Financial IFN SA, apare înscrisă în acest registru.

Chiar dacă această societate este autorizată de către BNR să acorde credit de consum, credite ipotecare, imobiliare, microcredite, finanțare tranzacții comerciale, factoring, scontare, forfetare, leasing financiar, emitere garanții și deci poate avea o ofertă similară cu cea a instituțiilor de credit, nu este o instituție de credit, respectiv bancă, organizație cooperatistă de credit; bancă de economisire și creditare în domeniul locativ sau bancă de credit ipotecar, ci o instituție financiară nebancară.

Or, în condițiile în care legiuitorul, prin norma legală imperativă a înțeles și stabilească expres că în cadrul atribuirii contractelor de achiziție publică, garanția de bună execuție poate fi constituită doar de către o instituție de credit sau societate de asigurări, acceptarea constituirii garanției de către o societate care nu îndeplinește condiția de a fi o instituție de credit sau societate de asigurări, constituie o încălcare a legii.

Prin urmare, în mod corect Autoritatea Contractantă a respins ca inacceptabilă oferta Avânt Maris Medical SA, din moment ce aceasta nu a respectat dispozițiile legale enunțate, menționate fișa de date a achiziției, privind constituirea garanției.

Nu pot fi acceptate argumentele intimitei expuse în întâmpinare întrucât norma legală incidentă este clară, lipsită de dubiu și conține enumerarea expresă a instituțiilor ce pot emite garanții în cazul atribuirii contractelor de achiziții publice. În aceste condiții orice altă interpretare, care adaugă sau schimbă conținutul normei nu este permisă.

Cât privește criticile formulate la adresa ofertei declarate câștigătoare, acestea sunt lipsite de interes față de împrejurarea că oferta Avânt Maris Medical SA a fost declarată inacceptabilă.

Instanța reține, că cerințele prevăzute de art. 1 din Legea nr. 101/2016 trebuie interpretate și aplicate în contextul principiilor generale în materia procesuală civilă, fiind necesar ca interesul să fie nu numai legitim, ci și actual și direct, întrucât atât Consiliul competent să soluționeze contestația, cât și instanța de judecată investită cu plângerea, sunt chemate să rezolve un conflict în care interesul părții rezultă din prejudiciul real și concret la care s-ar expune dacă nu ar promova respectivul demers judiciar.

În acest context, din moment ce oferta intimitei a fost înlăturată, orice contestație a acesteia față de alte măsuri ale autorității contractante nu este aptă să îi satisfacă un interes actual, adică nu îi poate aduce nici un folos practic în actuala procedură de atribuire, motivele de nevalabilitate ale ofertei câștigătoare nefiind de natura a înlătura caracterul neconform al ofertei sale și pe cale de consecință, să îi asigure accesul la procedura de atribuire.

Prin urmare nu se mai impune realizarea analizei criticilor referitoare la oferta Dehamed SRL, reținând lipsa interesului petentei în formularea unei astfel de cereri.

Argumentele prezentate în analiza plângerii petentului Municipiul Oradea sunt valabile și în privința cererii de intervenție voluntară accesorie formulată de Deltamed în favoarea petentului.

Pentru toate aceste considerente, de fapt și de drept, precum și pentru considerentele expuse în practica hotărârii, instanța va respinge plângerea formulată de petentul Municipiul Oradea împotriva Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, ca fiind formulat împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă; va admite plângerea declarată de petentul Municipiul Oradea, împotriva Deciziei nr. 1736/C10/1611 din 10.08.2021 pronunțată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, pe care o va modifica în tot și rejudecând fondul, va respinge ca neîntemeiată contestația formulată de contestatoarea SC Avânt Maris Medical SRL și va admite cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de intervenienta Deltamed S.R.L în favoarea petentului Municipiul Oradea."

Se are în vedere că instanța de judecată a invalidat considerentele avute în vedere de Consiliu în cuprinsul Deciziei nr. 1736/C10/1611 din 10.08.2021. În cuprinsul deciziei amintite Consiliul a apreciat că instrumentul

de garantare emis de o instituție financiară nebanară respectă dispozițiile art. 36 alin (1) din H.G. nr. 395/2016.

În mod similar, Consiliul a îmbrățișat aceeași abordare cu cea din prezenta cauză, sub același aspect, într-un litigiu similar celui de față, în Decizia nr. 2503/C10/2641,2676 din 10.11.2021, fiind util a reda următoarele considerente reținute de Consiliu în cuprinsul deciziei amintite:

"In ceea ce privește respingerea ofertei depuse de SC ..., Consiliul reține ca motivul invocat de autoritatea contractantă este nerespectarea de către ofertant a prevederilor legale și a documentației de atribuire privind modul de constituire a garanției de participare.

Potrivit prevederilor art. 36 din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare:

„Art. 36. - (1) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) Garanția trebuie să fie irevocabilă.

(4) Instrumentul de garantare se transmite în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

(5) Autoritatea contractantă nu are dreptul:

a) de a impune sau de a interzice prezentarea unui instrument de garantare emis de către o anumită societate bancară ori societate de asigurări, nominalizată în mod expres în documentația de atribuire;

b) de a limita posibilitatea de prezentare a instrumentelor de garantare numai la cele care sunt emise de către societăți bancare sau numai la cele care sunt emise de către societăți de asigurări.

(6) Prin excepție de la prevederile alin. (1), în cazul în care valoarea garanției de participare este mai mică de 5.000 lei și numai dacă în documentația de atribuire este prevăzută această posibilitate, garanția de participare se poate constitui și prin depunerea la casieria autorității contractante a unei sume în numerar”.

Potrivit prevederilor din fișa de date a achiziției, Cap. III.1.6.a) vizând constituirea garanției de participare, autoritatea contractantă a stabilit următoarea cerință, în acord cu prevederile legale:

„c) GP se va constitui, în conformitate cu prevederile art. 35 și art. 36 din H.G. nr. 395/2016, prin: **1. Virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii, sau 2. Ordin de plata în contul U.A.T. Oraș Chitila IBAN R096TREZ4225006XXX000296 deschis la Trez Statului, Suc. Buftea, cu condiția confirmării acestuia de către banca emitentă până cel târziu la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor.** [...] N2: În cazul constituirii GP printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări acesta trebuie să prevadă că plata GP se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate. Se va completa declarația pusă la dispoziție prin DA sau un alt model care să conțină cel puțin datele din această declarație. GP în format electronic se depune în SICAP până la termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor.[...]”

Consiliul constata ca ofertantul SC ... nu a constituit garanția de participare prin virament bancar, nici prin ordin de plata în contul U.A.T. Oraș Chitila, ci printr-un instrument de garantare emis de ... care are calitatea de Instituție financiară nebanară.

Consiliul reține ca ...(ca orice alt IFN) nu are calitatea de instituție de credit din România sau din alt stat și nici de societate de asigurări.

Potrivit art. 3 din Ordonanța de urgență 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului Instituțiile de credit, persoane juridice române, se pot constitui și funcționa cu respectarea dispozițiilor generale aplicabile instituțiilor de credit și a cerințelor specifice prevăzute în Partea a II-a a prezentei ordonanțe de urgență, în una din următoarele categorii:

- a) bănci;
- b) organizații cooperatiste de credit;
- c) bănci de economisire și creditare în domeniul locativ;
- d) bănci de credit ipotecar;

Astfel cum se poate observa, IFN-urile nu fac parte din nici una din aceste categorii. Aceste institutii (IFN-urile) pot emite garanții (articolul 14 litera c din Legea 93/2009) dar nu în procedura de achiziție publică și în contracte de achiziție publică, unde se face mențiunea expresă că garanțiile vor fi emise de instituții de credit sau societăți de asigurări.

Nu au absolut nicio relevanță alegațiile contestatorului potrivit cărora din modificarea din 2018 a HG nr. 395/2016 (prin HG nr. 419/2018) în sensul înlocuirii posibilității ca instrumentul de garantare

să fie emis de o „societate bancară” cu posibilitatea ca instrumentul de garantare să fie emis de o „instituție de credit” ar rezulta implicit că legiuitorul a dorit să permită și altor entități decât „societățile bancare” (adica IFN-urilor) să emită instrumente de garantare care să fie utilizate în procedurile de achiziție publică.

Prin modificarea menționată a HG nr.395/2016 legiuitorul a permis ca instrumentele de garantare **în procedurile de achiziție publică** să poată fi emise și de organizații cooperatiste de credit, de bănci de economisire și creditare în domeniul locativ sau de bănci de credit ipotecar (nu numai de bănci) dar nu a permis, pentru procedurile de achiziție publică, emiterea de instrumente de garantare de către instituțiile financiare nebancare.

Noțiunea de „instituție de credit” este strict definită de legislație, așa cum am arătat, există un Registru al Instituțiilor de Credit din care, evident, nu face parte niciun IFN, iar **Instituțiile de credit** persoane juridice române se pot constitui și funcționa numai pe baza autorizației emise de Banca Națională a României conform dispozițiilor art. 32 alin.(1) din OUG nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului aprobată cu modificări și completări prin Legea nr.227/2007, cu modificările și completările ulterioare.

În concluzie, prin prezentarea unui instrument de garantare emis de o instituție financiară nebancară (...) ofertantul SC ... a încălcat atât prevederile art. 36 din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare cât și prevederile din fișa de date a achiziției, Cap. III.1.6.a), respingerea ofertei acestuia fiind pe deplin întemeiată legal.”

Raționamentul conturat de autoarea intervenției în favoarea faptului că *”scopul al legiuitorului prin modificarea adusă art. 36 alin. (1) din HG 395/2016 a fost clar acela de a lărgi sfera instituțiilor care puteau emite instrumente de garantare acceptabile în cadrul procedurilor de achiziție publică de la societăți bancare, la instituții autorizate să întreprindă activități de creditare și să emită garanții, în acest caz instituții financiare nebancare”* nu va fi reținut de Consiliu ca fiind relevant în soluționare. În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere în mod similar, considerentele reținute în cuprinsul deciziei mai sus redată, Decizia nr. 2503/C10/2641, 2676 din 10.11.2021:

”Nu au absolut nicio relevanță alegatiile contestatorului potrivit cărora din modificarea din 2018 a HG nr. 395/2016 (prin HG nr. 419/2018) în sensul înlocuirii posibilității ca instrumentul de garantare să fie emis de o „societate bancară” cu posibilitatea ca instrumentul de garantare să fie emis de o „instituție de credit” ar rezulta implicit că legiuitorul a dorit să permită și altor entități decât „societățile bancare” (adica IFN-urilor) să emită instrumente de garantare care să fie utilizate în procedurile de achiziție publică.

Prin modificarea menționată a HG nr. 395/2016 legiuitorul a permis ca instrumentele de garantare în procedurile de achiziție publică să poată fi emise și de organizații cooperatiste de credit, de bănci de economisire și creditare în domeniul locativ sau de bănci de credit ipotecar (nu numai de bănci) dar nu a permis, pentru procedurile de achiziție publică, emiterea de instrumente de garantare de către instituțiile financiare nebancare.”

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul determină că asocierea ... prin prezentarea unui instrument de garantare emis de o instituție financiară nebancară (...) a încălcat atât prevederile art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cât și prevederile din fișa de date a achiziției, III.1.6.a) *”Garantie de participare”*, autoritatea contractantă trebuie să facă aplicarea dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborate cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) și art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

În condițiile date, respectiv de stabilire a incidenței inacceptabilității în privința ofertei depusă de asocierea ..., cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de contestatoare este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei, în sensul transformării ei în una admisibilă. Astfel cum s-a statuat irevocabil în decizia civilă nr. 2514 din 30 noiembrie 2009 a

Curții de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, *"nu are nicio relevanță că autoritatea a declarat oferta petentei ca neconformă pentru șase motive și doar unul dintre cele șase a fost reținut de Consiliu sau de instanță, deoarece și un singur motiv, dacă este întemeiat, poate duce la constatarea ofertei ca neconformă."*

Similar, în Decizia civilă nr. 1117 din 19 mai 2011, aceeași instanță a reținut că: *"În mod judicios Consiliul a apreciat că, găsind întemeiat un singur motiv de respingere ca inacceptabilă a ofertei petentei, nu se mai impune analizarea și a celorlalte, câtă vreme cel analizat este apt prin el însuși a conduce la concluzia că oferta este inadmisibilă."*

Evident, în acest context, analizarea celorlalte motive ale contestației se constituia într-un demers inutil soluționării cauzei deduse judecății." Totodată, în decizia civilă nr. 129 din 14 ianuarie 2013, instanța a consemnat: "Atât timp cât oferta este declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea unei singure cerințe de calificare, chiar dacă le îndeplinește pe toate celelalte, ar fi fost inutil ca, Consiliul, să analizeze și restul motivelor invocate în cuprinsul contestației, vizând alte cerințe de calificare cu privire la care autoritatea contractantă a reținut că nu au fost îndeplinite, un asemenea demers nemaiprezentând niciun interes pentru contestatoare."

Așa cum a fost anterior reținut, asocierea contestatoare reclamă și aspecte legate de modul în care membrii comisiei de evaluare au acordat ofertei depuse de această asociere ..., punctajul aferent faptului de evaluare 3.2. - *Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate).*

Autoarea contestației precizează că memoriul tehnic prezentat reflectă în totalitate întreg procesul de realizare a contractului în condiții care asigură calitatea în construcții, în nenumărate rânduri subscrisa făcând trimitere la legislația de căpătâi care reglementează calitatea în construcții, respectiv Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții și HG nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții. Totodată, subscrisa, membrii asocierii și subcontractanții declarați dețin certificări emise de organisme acreditate în ceea ce privește implementarea unui sistem de management al calității ISO 9001.

Astfel, în aprecierea autoarei contestației, decizia autorității contractante de a nu acorda punctajul maxim pentru sub factorul 3.2 este eronată.

Referitor la criticile aduse de autoarea contestației vizavi de actulul de comunicare a rezultatului procedurii, sub aspectul nerespectării dispozițiile legale incidente, art. 215 alin. (2), lit. c) din Legea nr. 98/2016: *"În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: c) fiecărui ofertant care a depus o ofertă admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor desemnate câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuiască contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertantului/ ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru"*, Consiliul constată netemeinicia acestuia.

În stabilirea acestei finalități se are în vedere că lipsa detalierii modului de acordare a punctajelor acordate factorilor de evaluare a fost acoperită cu ocazia studierii de către autoarea contestației a *Procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini*

nr.11104 din 01.10.2021 care a conținut anexate fișele de punctaj, drept urmare contestatoarea a luat la cunoștință despre mențiunile din cadrul fișelor și a formulat critici vizavi de acestea.

Consiliul redă algoritmul de calcul stabilit de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire pentru factorul de evaluare 3.2 *Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)* reclamat:

Denumire sub factor de evaluare				Pondere
3.2. Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)				10%
Calificativ	Raționament utilizat în evaluarea conținutului propunerii tehnice	Punctaj	Informațiile analizate în propunerile tehnice	Informații relevante în Caietul de sarcini
Acceptabil/Satisfăcător / Parțial relevant	Memoriul tehnic: i. este prezentat la modul general și nu reflectă caracteristicile specifice ale Contractului de lucrări, nefiind în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor; ii. conceptul utilizat este depășit sau acesta nu corespunde obiectivelor contractului și nu demonstrează o gestionare a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea acestuia; iii. aspectele cheie nu sunt explicate sau nu sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect; iv. este identificat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizațională a Ofertantului cu controlul calității lucrărilor însă nu este detaliat v. indică faptul că se realizează controlul calității la toate stadiile de punere în operă a documentației; vi. există neconcordanțe minore între graficul general de realizare a investiției publice, activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele. vii. nu demonstrează	1 puncte	Informațiile prezentate la: - Planul de management al calității în cadrul contractului; - Graficul general de realizare a investiției publice în cadrul Contractului/graficul general de realizare a lucrărilor	Capitolul 13 METODOLOGIA DE EVALUARE A OFERTELOR PREZENTATE – pct. 1 Memoriul tehnic: E. Planul calității; F. Planul general de control al calității; B. Programul detaliat de execuție a tuturor activităților din contract;

Denumire sub factor de evaluare			Pondere
	partajare a informațiilor și modelare comuna cu toate părțile implicate, beneficiar, supervizor, proiectant, constructor, subcontractori;		
Bine/ Adecvat	Memoriul tehnic: <i>i.</i> este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu metodologia de executare a lucrărilor; <i>ii.</i> evidențiază adecvat nivelul de implicare al responsabililor în structura organizațională a Ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității: <i>iii.</i> conceptul identificat utilizat este general și corespunde într-un mod succint obiectivelor contractului și demonstrează o gestionare parțială a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea a acestuia. <i>iv.</i> aspectele cheie explicate nu sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect; <i>v.</i> relația dintre graficul general de realizare a investiției publice/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate este realistă și în conformitate cu metodologia propusă. <i>vi.</i> are un nivel de detaliere adecvat, facilitează înțelegerea propusă pentru managementul calității în contract la toate stadiile de punere în opera a documentației. <i>vii.</i> demonstrează în mod acceptabil o partajare a informațiilor și modelare comuna cu toate părțile implicate: beneficiar, supervizor, proiectant, constructor,	5 puncte	

Denumire sub factor de evaluare				Pondere
Foarte bine/ Excepțional	subcontractori;			
	Memoriul tehnic: i. în plus fata de informațiile enumerate mai sus, în cadrul calificativului „Bine/Adecvat”, activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor. ii. conceptul identificat utilizat corespunde în totalitate obiectivelor contractului și demonstrează o gestionare completă a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea a acestuia. iii. aspectele cheie explicate sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect: iv. nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite; v. demonstrează în mod excepțional o partajare a informațiilor și modelare comună cu toate părțile implicate: beneficiar, supervizor, proiectant, constructor, subcontractori vi. Standardul de Modelare Informațională a Construcțiilor folosit demonstrează atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanța, respectiv securitatea acestora; vii. Asigură o gestionare completă a proiectării/producției/execuției ei, inclusiv distribuției și calității informațiilor privind construcția. viii. construcția.	10 puncte		

Din examinarea fișelor de punctaj elaborate de membrii comisiei de evaluare, Consiliul reține că asocierea ... a obținut 5 puncte:

„3.2 Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate).

Memoriul tehnic:

- i. este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu metodologia de executare a lucrărilor;*
- ii. evidențiază adecvat nivelul de implicare al responsabililor în structura organizațională a Ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității;*
- iii. conceptul identificat utilizat este general și corespunde într-un mod succint obiectivelor contractului și demonstrează o gestionare parțială a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea acestuia.*
- iv. aspectele cheie explicate sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect;*
- v. relația dintre graficul general de realizare a investiției publice/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate este realistă și în conformitate cu metodologia propusă.*
- vi. are un nivel de detaliere adecvat, facilitează înțelegerea propusă pentru managementul calității în contract la toate stadiile de punere în opera a documentației.*
- viii. demonstrează în mod acceptabil o partajare a informațiilor și modelare comună cu toate părțile implicate: beneficiar, supervisor, proiectant, constructor, subcontractori;*
- ix. Punctaj acordat: 5 puncte”*

Așadar se reține faptul că membrii comisiei de evaluare au acordat 5 puncte, prin identificarea tuturor reperelor precizate în cadrul algoritmului de punctare. Rațiunea pentru care membrii comisiei de evaluare nu au acordat punctajul maxim a fost faptul că *ofertanta nu a dovedit că Standardul de Modelare Informațională a Construcțiilor folosit demonstrează atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanța, respectiv securitatea acestora.*

Maniera de punctare de către membrii comisiei de evaluare se circumscrie algoritmului detaliat de achiziție (raționamentului utilizat în evaluarea conținutului propunerii tehnice) în cuprinsul documentației.

Cu titlu de exemplu, în mod comparativ, în cazul ofertei depuse de asocierii ..., membrii comisiei de evaluare au precizat în cadrul fișei de punctaj următoarele:

3.2 Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametri calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate).	1. Memoriul tehnic: i. activitățile/ etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/ gestionarea/controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor. ii. conceptul identificat utilizat corespunde în totalitate obiectivelor contractului și demonstrează o gestionare completă a producției, distribuției și calității informațiilor privind construcția, atât etapa de proiectare și execuție a proiectului cât și în etapa de exploatare și întreținerea acestuia. iii. aspectele cheie explicate sunt reprezentative pentru atingerea rezultatelor impuse prin proiect: iv. nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite; v. demonstrează în mod excepțional o partajare a informațiilor și modelare comună cu toate părțile implicate: beneficiar, supervisor, proiectant, constructor, subcontractori vi. Standardul de Modelare Informațională a Construcțiilor folosit demonstrează atingerea unor standarde înalte de calitate pentru proiectarea și execuția proiectelor cât și pentru exploatarea și mentenanța, respectiv securitatea acestora; vii. Asigură o gestionare completă a proiectării/producției/execuției, inclusiv distribuției și calității informațiilor privind construcția.	Punctaj acordat 10 puncte
---	---	--------------------------------------

În considerarea celor antemenționate sunt și precizările achizitoarei potrivit cărora:

“Vă rugăm să constatați că factorii de evaluare au avut la bază criterii pe care comisia de evaluare le-a analizat într-un mod nepărtinitor și cât mai transparent posibil, în condițiile în care niciun ofertant nu a contestat, la momentul respectiv, capacitatea comisiei de evaluare de aplica un tratament egal și de a evalua în mod obiectiv ofertele pe baza algoritmului de calcul pus la dispoziția operatorilor economici.

Rezultă că ofertanții au acceptat puterea de decizie a comisiei de evaluare, în baza algoritmului de calcul respectiv, atât timp cât nu au contestat și nici nu au solicitat clarificări în legătură cu raționamentul utilizat în evaluarea conținutului propunerii tehnice. Prin urmare, este nejustificat a pretinde în acest moment că membrii comisiei de evaluare au avut o „atitudine superficială în etapa de evaluare și acordare a punctajului”, aceasta fiind o apreciere pur subiectivă a contestatorului, atât timp cât comisia de evaluare a acordat punctajul exclusiv în baza raționamentului prevăzut în cadrul documentului „Algoritm de calcul”, document necontestat și asumat de către toți participanții la procedură.”

Cu privire la corectitudinea acordării punctajelor acordate de membrii comisiei de evaluare, Consiliul are în vedere că nu se poate substitui acestora, atâta vreme cât analiza efectuată de membrii comisiei a respectat reperele expres detaliate care trebuiau avute în vedere pentru acordarea punctajului, nu se poate reține vreo culpă a membrilor comisiei de evaluare vizavi de modalitatea de acordare a punctajului pentru factorul de evaluare reclamat în discuție.

Într-o atare situație, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor formulate de contestator sub acest aspect, motiv pentru care va proceda la respingerea acestora.

Luând în considerare ansamblul considerentelor anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ... și anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. A7907/08.07.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și al documentelor suport care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare și actele subsecvente acestuia, inclusiv Raportul procedurii nr. A11992/20.10.2021, în partea aferentă evaluării ofertei depuse de asocierea ... și comunicările privind rezultatul procedurii.*

Obligă ... la reevaluarea ofertei depuse de asocierea ... și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Pe cale de consecință, având în vedere soluția de admitere a contestației formulate de ..., Consiliul respinge cererea de intervenție depusă de asocierea

În ceea ce privește solicitarea ... de obligare a contestatoarei la plata tuturor cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, Consiliul constată că nu au fost prezentate documente din care să rezulte cuantumul și detalierile acestora, motiv pentru care, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, va respinge acest capăt de cerere, ca nefondat.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul social în ..., în calitate de lider al asocierii ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Anulează, în parte, *Procesul-verbal nr. A7907/08.07.2021 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și al documentelor suport care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare și actele subsecvente acestuia, inclusiv Raportul procedurii nr. A11992/20.10.2021, în partea aferentă evaluării ofertei depuse de asocierea ... și comunicările privind rezultatul procedurii.*

Obligă ... la reevaluarea ofertei depuse de asocierea ... și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici în termenul legal.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară formulată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de lider al asocierii ..., cu privire la contestația formulată de către

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...