

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

DECIZIE

Nr. 626 / C7 / 452

Data: 21.03.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9407/23.02.2023, depusă de (...), cu sediul în ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de proiectare, întocmire expertiză tehnică și „DALI” (inclusiv documentații obținere certificat de urbanism și avize/acorduri) pentru obiectivul „Consolidări ziduri de sprijin pe DN 7 și DN 7CC”, cod CPV 71322500-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 04.01.2023, anunț de participare nr. CN1049811/25.11.2022, organizată de (...), prin (...), cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea raportului procedurii de atribuire nr. 5210/ 16.02.2023 în partea privind admiterea și declararea câștigătoare a ofertei (...), respectiv declararea necâștigătoare a ofertei (...), accesul la dosarul achiziției publice, repunerea în termenul de a motiva contestația și obligarea autorității la plata cheltuielilor ocazionate de contestație.

**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 ofertantul (...) reclamă decizia autorității contractante (...) - (...) de admitere și declarare câștigătoare a ofertei (...), în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că respectiva ofertă ar fi trebuit declarată neconformă, deoarece nu respectă cerințele stabilite în documentația de atribuire/nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, câștigător neputând realiza, din punct de vedere legal, activitatea de verificare de calitate a expertizei tehnice, a studiului geotehnic și a documentației de avizare a lucrărilor de intervenții (DALI), care include și documentația tehnică pentru obținerea certificatului de urbanism și a avizelor solicitate

prin acesta, sens în care contestatoarea redă extrase din caietul de sarcini și fișa de date a achiziției.

Din coroborarea prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții cu cele ale Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 925/1995, rezultă că activitatea de verificare tehnică de calitate a expertizei tehnice, a studiului geotehnic și a DALI trebuie realizată de o parte terță/ independentă, nicidecum de cel care a întocmit aceste documentații de proiectare. Este evident că ofertantul declarat câștigător avea obligația de a nominaliza un subcontractant care să efectueze această activitate, însă nu a nominalizat niciunul. Societatea care întocmește documentațiile de proiectare nu poate proceda și la verificarea tehnică de calitate a lor. În plus, (...) nu a evidențiat în propunerea tehnică activitatea de verificare tehnică de calitate a documentațiilor de proiectare ce trebuie elaborate și, totodată, nu a cotate această activitate în cadrul propunerii financiare.

În jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată s-a reținut că activitatea de verificare tehnică de calitate a documentațiilor de proiectare trebuie să fie realizată de o parte terță/ independentă de aceea care a elaborat documentațiile.

De asemenea, oferta câștigătoare este neconformă și pentru că (...) nu poate realiza, din punct de vedere legal, activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic, societatea nefiind atestată de către comisia de specialitate din cadrul Ministerului Mediului, Apelor și Pădurilor. Ofertantul nici nu a nominalizat un subantreprenor pentru întocmirea studiului hidrogeologic. El deține o atestare conform Ordinului ministrului mediului, apelor și pădurilor nr. 1287/2021, însă doar pentru domeniul D1, fiind necesară atestarea pentru domeniul B – întocmirea studiilor hidrogeologice.

Autoritatea contractantă avea obligația, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, să emită o solicitare de clarificare către ofertantul declarat câștigător, pentru a explica acesta cum înțelege să realizeze activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic.

În continuare, contestatorul aduce argumente care, în opinia lui, justifică acordarea dreptului de a studia oferta depusă de câștigător și repunerea în termenul de motivare a contestației.

În punctul său de vedere nr. 7099/03.03.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 10974/03.03.2023 autoritatea contractantă susține în apărare că (...) a fost invitat la 20.02.2023, ora 11, la sediul Direcției (...), în vederea consultării documentelor care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale, după cum prevede art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, fiind încheiat procesul-verbal nr. 5573/20.02.2023, semnat fără obiecțiuni. Cu toate acestea, nemulțumit de documentele puse la dispoziție, ofertantul a revenit cu o

noua solicitare de acces la întregul dosar al achiziției publice, solicitare la care autoritatea a răspuns cu adresa nr. 5857/22.02.2023: „Urmare a solicitării dumneavoastră, înregistrată la secretariatul DRDP Craiova cu nr 5802/22.02.2023, prin care ne adresați solicitarea de a va permite accesul neîngrădit la dosarul achiziției publice, în vederea consultării tuturor proceselor-verbale, precum și a ofertei depusa de (...), autoritatea contractanta considera ca documentele solicitate de dumneavoastra sunt considerate confidențiale. Subliniem faptul ca, autoritatea contractanta v-a invitat in data de 20.02.2023, ora 11:00 la sediul (...), pentru a va pune la dispoziție, in vederea consultării, raportul procedurii de atribuire, informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost, precum si informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale, astfel cum prevede art. 217 alin (6) din Legea 98/2016, cu modificările si completările ulterioare ale ofertantului clasat pe primul loc, în speță (...), astfel cum a fost consemnat și în procesul verbal nr. 5573/20.02.2023.”

În evaluarea conformității ofertei depusă (...) comisia a reținut, față de cerința de la pct. III.1.1.b) – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale” din cadrul fișei de date a achiziție („Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țară de rezidență, și să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”), că ofertantul deține coduri CAEN cu corespondent în obiectul contractului.

(...) a prezentat experții cheie pentru care autoritatea a stabilit factorii de evaluare: expert Tehnic (...), șef proiect (...) și proiectant de specialitate (...), aceștia având contract de colaborare, și proiectant de specialitate (...), cu contract de muncă. Comisia de evaluare a considerat că ofertantul a îndeplinit cerințele, făcând dovada că dispune de personalul de specialitate solicitat în caietul de sarcini.

În documentația de atribuire nu a fost solicitată deținerea de autorizații specifice în executarea contractului. Pe cale de consecință, ofertanții nu aveau obligația de a declara persoanele fizice „care realizează efectiv activitățile ca subcontractanți”.

La 06.03.2023, contestatorul transmite notele de ședință înregistrate la Consiliu cu nr. 11223/06.03.2023, prin care combate argumentele aduse de autoritate în punctul de vedere, reiterând că (...) nu poate realiza legal verificarea tehnică de calitate a documentațiilor de proiectare care vor fi elaborate de el însuși. Nu ar putea realiza în condiții de legalitate activitatea de verificare tehnică de calitate a expertizei tehnice, a studiului geotehnic și a documentației de avizare a

lucrărilor de intervenții, care include și documentația tehnică pentru obținerea certificatului de urbanism și pentru obținerea avizelor solicitate prin certificatul de urbanism (componentă a obiectului contractului), întrucât, conform dispozițiilor legale, verificarea tehnică a documentațiilor de proiectare nu poate fi realizată de operatorul economic care le întocmește.

Din moment ce există o interdicție legală pentru verificarea tehnică de calitate a documentațiilor de proiectare de către aceeași entitate/persoană care le-a realizat, pentru ca ofertantul câștigător să poată realiza legal aceste servicii de verificare era necesar să nominalizeze un subcontractant, respectiv o parte terță, care să nu fi procedat/participat la elaborarea acestor documentații. Contrar celor afirmate de autoritate, nu a contestat că ofertantul declarat câștigător nu poate realiza activitatea de verificare tehnică de calitate a documentațiilor de proiectare pentru că nu deține vreo autorizație specifică.

Referitor la afirmația autorității că verificarea nu face parte din activitățile principale ale obiectului contractului, având o pondere nesemnificativă, ea este contrazisă de cele menționate la pag. 14 din caietul de sarcini: „8.43. *Experții secundari (experți non-cheie) verificator de proiect; inginer consolidări; topometrist.*

Contractantul va asigura pentru serviciile din contract, personal de backstopping/suport pentru prestarea serviciilor (obținerea acordurilor/avizelor care vor fi menționate în certificatul de urbanism). CV-urile pentru experți, alții decât cei cheie, nu sunt analizate înainte de semnarea contractului și nu vor fi incluse în ofertă.

Pentru verificator de proiect, topometrist și inginer consolidări, ofertanții vor prezenta în propunerea tehnică, în secțiunea dedicată personalului contractantului/resurse și organizare, o descriere a modului de acces la specialiștii atestați, care sunt strict necesari pentru îndeplinirea obiectului contractului, demonstrând astfel îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale, precum și a reglementarilor, standardelor și normelor aplicabile în domeniul din care face parte obiectul contractului.”

Așadar, ofertantul declarat câștigător era obligat să desemneze un subcontractant de specialitate (fie o persoană fizică autorizată să presteze activitatea de verificare tehnică de calitate a proiectelor, fie o societate având cod CAEN 71 - Activități de arhitectură și inginerie/ activități de testări și analiză tehnică) pentru efectuarea activităților de verificare a documentațiilor de proiectare. Practic, necesitatea executării acestei părți a obiectului contractului prin intermediul unui subcontractor este determinată de cadrul legal și de conținutul caietului de sarcini, aspect ce a fost cunoscut ca atare de toți participanții la procedură. Prin faptul că ofertantul (...) nu a declarat un subcontractant este evident că

oferta acestuia nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, întrucât nu poate proceda la verificarea propriilor documentații.

Totodată, legat de activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic, față de care autoritatea nu formulează nicio apărare, contestatoarea reiterează că ofertantul declarat câștigător nu deține o atestare pe domeniul B, respectiv pentru întocmirea studiilor hidrogeologice, context în care oferta sa este neconformă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 12350/09.03.2023, contestatorul informează că renunță la solicitarea de studiere a dosarului achiziției publice, motiv pentru care nu se va prezenta la sediul Consiliului în acest scop.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. CN1049811, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 25.11.2022, autoritatea contractantă (...) - (...) a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de servicii de întocmire expertiză tehnică (termen - 30 de zile) și „DALI” (inclusiv documentații obținere certificat de urbanism și avize/acorduri; termen - 60 de zile) pentru obiectivul „Consolidări ziduri de sprijin pe DN 7 și DN 7CC”, servicii estimate valoric la 1.484.000 lei, fără TVA.

La procedură s-au prezentat trei operatori economici, între care și (...), a cărui ofertă a fost clasată pe locul secund, iar câștigătoare a fost declarată oferta (...). Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, (...) a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 29.680 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 208920826/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Cluj, la data de 24.02.2023.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP la data de 29.11.2022, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru cei trei operatori economici participanți la procedura de atribuire (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). „*Conținutul*

documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2724gd82).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust

gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 828 din 1 aprilie 2021, cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr. 517 din 4 martie 2021, cod ReJust 65459455, și Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016, cod ReJust 27494445).

Depășind această scurtă introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 5210/16.02.2023, rezultat comunicat competitorilor în ziua următoare. La 23.02.2023, (...) a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În viziunea reclamantei, în esență, ofertanta concurentă desemnată câștigătoare trebuia exclusă din competiție din cauză că nu a subcontractat serviciile de verificare de calitate a expertizei tehnice, a studiului geotehnic și a documentației de avizare a lucrărilor de intervenții, precum și din cauză că nu poate realiza, în mod legal, activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic, nefiind atestată pentru domeniul B – întocmire studii hidrogeologice.

Este cert că toate părțile litigante recunosc necesitatea prestării în cadrul contractului a unor servicii de verificare a documentațiilor, de către un verificator de proiecte atestat. De altminteri, în caietul de sarcini, autoritatea a punctat obligativitatea efectuării serviciilor „numai” cu personal atestat, între care și verificatorul de proiect:

3.6. Atribuțiile și responsabilitățile Părților

Contractantul este responsabil pentru indeplinirea următoarelor atribuții:

[...]

i. **Efectuarea serviciilor numai cu personal atestat**, potrivit legii.

[...]

8.4. Experți secundari (experți non-cheie)

Verificator de proiect;

Inginer consolidări;

Topometri st.

Contractantul va asigura pentru serviciile din Contract, personal de backstopping/suport pentru prestarea serviciilor (obținerea acordurilor/avizelor care vor fi menționate în certificatul de urbanism). CV-urile pentru experți, alții decât cei cheie, nu sunt analizate înainte de semnarea contractului **și nu vor fi incluse în oferta.**

Pentru verificator de proiect, topometrist și inginer consolidări, ofertanții vor prezenta în propunerea tehnica, în secțiunea dedicată personalului

contractantului/resurse si organizare, o descriere a modului de acces la specialiștii atestati, care sunt strict necesari pentru indeplinirea obiectului contractului, demonstrând astfel indeplinirea cerințelor tehnice si contractuale precum si a reglementarilor, standardelor si normelor aplicabile in domeniul din care face parte obiectul contractului.

[...]

8.6. Alte cerințe legate de personalul direct implicat in prestarea serviciilor

Contractantul are obligația de a asigura personalul **adecvat** (din punct de vedere al calificării educaționale si **profesionale** si alocării zilelor de lucru), ca si infrastructura/ echipamentele necesare pentru efectuarea eficienta a tuturor activitatilor enumerate in Caietul de Sarcini si pentru realizarea obiectivelor Contractului din punct de vedere al termenelor, costurilor si nivelului calitativ solicitat.

Contractantul are obligația de a se asigura ca toti experții trebuie sa fie independenți si sa nu se afle in nici un fel de situatie de incompatibilitate cu responsabilitatile acordate lor si/sau cu activitatile pe care le vor desfasura in cadrul Contractului. In plus, pe toata durata de implementare a Contractului, Contractantul are obligația sa ia toate masurile necesare pentru a preveni orice situatie de natura sa compromită realizarea cu imparțialitate si obiectivitate a activitatilor desfasurate pentru realizarea obiectivelor asociate Contractului.

O certitudine o constituie și faptul că verficatorul de proiect face parte din personalul de îndeplinire a contractului, în calitate de expert secundar (non-cheie), pentru care nu au fost cerute, în etapa de ofertare (incluse în oferte), CV-uri/autorizații/atestare.

Din parcurgerea atât a documentelor de calificare, cât și a propunerii tehnice aparținând (...), forul administrativ de jurisdicție determină că ele includ și verficatorul de proiect solicitat de autoritate. De exemplu:

- la pag. 25/calificare – „Planul de control al proiectării”, este indicată operațiunea de verificare cu verficator *atestat*, conform Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate;

- la pag. 29/calificare – „Verificarea proiectelor de către persoane abilitate în domeniu [...]”

- la pag. 22-23/calificare – „Verificarea finala: Verificarea finala a proiectelor este realizata printr-o verificare independenta care se efectuează de verficatori de proiecte atestați MLPAT, persoana neutră, neimplicată în elaborarea respectivului proiect, conform prevederilor Legii nr. 10/1995, verficator desemnat si acceptat de client. Aceasta verificare este dovedită prin semnarea pieselor scrise si a părților desenate și stampilarea acestora cu stampilă rotundă, personificată.”

- la pag. 20/calificare – „Verificarea proiectarii

Verificările interne vor fi efectuate pentru a ne asigura ca proiectul a fost realizat corect si intruneste cerințele specificate in Contract.

Toate documentele verificate vor fi transmise împreuna cu produsele sau serviciile livrate care au fost verificate in fiecare etapa a procesului de realizare a proiectului pentru a demonstra Clientului faptul ca s-a îndeplinit nivelul corect de verificare.

Verificare documentației se va realiza de personal calificat, cu experiența necesară din cadrul colectivelor de proiectare implicate în contractul respectiv.

Persoana care elaborează o lucrare de proiectare nu-si va verifica sau aproba propria lucrare proiectată.

Verificare proiectării stabilește dacă elementele de ieșire satisfac cerințele elementelor de intrare și dacă documentația este întocmită conform standardelor, normativelor naționale și europene și procedurilor aplicabile ale sistemului calitatii implementat."

Prevederi similare se regăsesc în propunerea tehnică (de exemplu, la pag. 248-250, 253, 246, 243-245, 197, 196, 83-86).

Deosebit de importantă este precizarea ofertantului (identificată atât în documentele de calificare, cât și în propunerea tehnică – pag. 85 și 86) conform căreia persoana care elaborează lucrarea de proiectare nu își va verifica sau aproba propria lucrare proiectată, ceea ce vine să contrazică opinia contestatorului. Acesta din urmă argumentează și că ofertantul nu își poate verifica propria documentație tehnică, însă dispozițiile legale pe care le invocă (din care cităm mai jos) nu statuează o asemenea interdicție, aceasta vizând autoverificarea de elaborator, respectiv verificarea de către însăși persoana fizică [co-]autoare a proiectului, iar nu de către compania care are în structura sa atât proiectanți, cât și verificatori:

- art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții:

Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către **specialiști verifcatori 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. 8 lit. a) din Regulamentul aprobat prin Hotărârea Guvernului 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, verifcatorul 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;

Aceste norme legale nu interzic societăților de proiectare să dețină și compartimente de verificare a proiectelor pe care le elaborează, interdicția reieșită din dispozițiile reproduse fiind ca verifcatorul din cadrul societății să nu fie proiectantul proiectului pe care îl verifică, interdicție respectată în speță de (...), care și-a asumat expres că: „*Persoana care elaborează o lucrare de proiectare nu-si va verifica sau aproba propria lucrare proiectată.*” și că: „*Verificarea finală a proiectelor este realizată printr-o verificare independentă care se efectuează de*

verificatori de proiecte atestați MLPAT, persoana neutră, neimplicată în elaborarea respectivului proiect [...].”

Verificatorul de proiecte este o persoană fizică, nu juridică, definit drept „specialist cu activitate în construcții atestat în unul sau mai multe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, care efectuează verificarea proiectelor în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice și cerințelor fundamentale aplicabile prevăzute de lege” [art. 2 lit. a) din regulament]. Regulamentul dispune, la art. 5, că verificatorul își poate desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016;

b) acționar/**angajat**/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică.

Prin urmare, nimic nu interzice ca (...) să dețină deja în propria structură ori să angajeze la momentul contractării/ demarării serviciilor un verificator atestat, însemnând că ofertantul nu era obligat să subcontracteze unui terț activitatea de verificare. Cu alte cuvinte, nici dispozițiile redactate de contestator și nici alte dispoziții nu îi impuneau nominalizarea unui subcontractant. Este lipsit de relevanță dacă verificatorul de proiecte este angajat al ofertantului sau reprezintă resursă atrasă ulterior de acesta. Verificatorul de proiecte trebuie să se afle la dispoziția operatorului economic și să asigure derularea activității sub autoritatea acestuia, cerințe care sunt întrunite în cauza aflată în discuție, în absența unei probe contrare din partea contestatoarei. În sensul că „personalul nu trebuie, în mod necesar, să fie angajat al ofertantului sau al unuia dintre membrii asocierii, în baza vreunui contract de muncă, de colaborare etc, la data depunerii ofertei, ci aceștia trebuie să prezinte la momentul depunerii ofertelor doar o declarație de disponibilitate” s-a pronunțat Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 1531 din 27 aprilie 2017 (care poate fi accesată la <https://www.scj.ro/>).

Cu titlul de practică jurisdicțională/judiciară recentă în sensul expus, prezintă relevanță în cauză:

- decizia Consiliului nr. 104/C7/3074/13.01.2023, menținută prin decizia nr. 34 din 16 februarie 2023 a Curții de Apel București, Secția a X-a contencios administrativ și fiscal și achiziții publice, cod ReJust 625822476;

- decizia Consiliului nr. 1883/C7/2056/07.09.2022, menținută prin decizia nr. 2.328 din 7 octombrie 2022 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 72265e675;

- decizia Consiliului nr. 1887/C7/2055/07.09.2022, menținută prin decizia nr. 2.329 din 7 octombrie 2022 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4e6g834e4;

- decizia Consiliului nr. 1261/C4/1085/20.06.2022, menținută prin decizia nr. 2.026 din 28 iulie 2022 a Curții de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7223e2886;

- decizia Consiliului nr. 1414/C1/1341/08.07.2022, menținută prin decizia nr. 2.028 din 28 iulie 2022 a Curții de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 866426g57;

- decizia nr. 2.024 din 28 iulie 2022 a Curții de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 599829d37, din care cităm:

[...] cerința referitoare la prezentarea autorizațiilor indicate de intimată, nefiind o cerință a documentației de atribuire, nu poate constitui motiv de respingere a ofertelor.

[...] argumentul potrivit căruia "nu pot fi eludate dispozițiile imperative ale legii într-o procedură de achiziții publice" nu se confirmă, în condițiile în care nu se neagă necesitatea deținerii acestor autorizații la momentul implementării obiectivului de investiții, ci doar că dovada deținerii acestora nu se impune la momentul evaluării ofertelor, așa încât nu poate constitui motiv de excludere a ofertantului.

În concluzie, autorizația invocată de intimată nu trebuia prezentată în etapa de evaluare a ofertelor, fiind atribuția ofertantului desemnat câștigător să desfășoare activitatea în conformitate cu normele legale aplicabile în domeniu, așa încât greșit a fost respinsă critica.

În raport de aceste argumente, inclusiv solicitarea de clarificări, prin se impune prezentarea autorizațiilor necesar a fi deținute de aceștia (prin lider sau asociat/i sau a subcontractanților declarați), pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor (atestat ANRE de tip Bp; atestat ANRE de tip Be), este nelegală.

Mai întâi, pentru că, așa cum s-a arătat, aceste autorizații nu trebuiau prezentate în etapa de evaluare a ofertelor;

Apoi, pentru că în mod greșit se apreciază că această activitate poate fi realizată doar de către lider sau asociat/i sau subcontractanți declarați:

În realitate, intimata pleacă de la o premisă eronată, considerând că activitatea este parte a contractului.

[...] este real că realizarea unei părți din contract poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin subcontractare, în cazul în care terța companie nu acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

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

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

Reiese, deci, foarte clar că numai în situația în care prezentarea unor autorizații specifice este stabilită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională, cerința se consideră îndeplinită doar dacă operatorii economici demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate sau dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată.

Or, nu aceasta este situația speței, caz în care petenta putea apela, în perioada executării contractului, la serviciile unui furnizor.

Prestarea unor servicii care nu fac parte din obiectul contractului, ci sunt activități auxiliare/conexe acestora, necesare în derularea contractului pentru respectarea prevederilor legale incidente (este vorba de legislația privind proiectarea și executarea instalațiilor electrice) nu face obiectul prezentei proceduri pentru a fi obligatorie subcontractarea acestor servicii, fiind suficientă prestarea acestor servicii pe baza unui contract de prestării servicii.

În raport de argumentele expuse, Curtea constată că evaluarea ofertei petentei s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor legale și a documentației de atribuire.

Astfel fiind, sunt nefondate criticile privind obligația (...) de a subcontracta activitatea de verificare a documentațiilor de proiectare, după cum nefondate sunt și criticile că respectiva societate nu deține cod CAEN 71 (activitatea principală a societății este CAEN 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, potrivit certificatului constatator de la pag. 2112-2116 din dosarul achiziției publice), că nu a evidențiat în propria propunere tehnică respectiva activitate și că ea nu a fost cotată din punct de vedere financiar (propunerea financiară a câștigătorului are aceleași anexe ca ale contestatorului). De altminteri, la pag. 84 din propunerea tehnică este specificat: *„Costurile aferente mobilizării verifcatorilor de proiect sunt considerate a fi incluse în prețul oferat, Prestatorul neputând solicita ulterior semnării contractului sume suplimentare pentru decontarea serviciilor prestate de verifcatori de proiect.”*

Critica referitoare la activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic

Critica formulată de autoarea contestației vizează faptul că oferta declarată câștigătoare este neconformă întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, în aprecierea contestației *oferantul declarat câștigător nu poate realiza din punct de vedere legal activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic.*

Argumentele aduse de contestație în favoarea criticii formulate se bazează pe două aspecte:

- se are în vedere că un prim argument adus de contestație în favoarea reclamării pretensei lipse a autorizației/atestării se bazează pe faptul că pentru elaborarea studiului hidrogeologic solicitat prin prevederile documentației de atribuire este necesar ca ofertantul declarat câștigător să dețină o atestare pe domeniul B - întocmirea studiilor hidrogeologice, iar acesta deține o atestare doar pe domeniul D1, astfel concluzia contestației este aceea că ofertantul *nu poate proceda din punct de vedere legal la întocmirea studiului hidrogeologic prevăzut în obiectul achiziției publice.*

- al doilea argument vizează faptul că din declarația de participare publicată pe SEAP de autoritatea contractantă rezultă că ofertantul declarat câștigător nu a nominalizat niciun subantreprenor pentru efectuarea activității de întocmire a studiului hidrogeologic care va face parte integrantă din documentația tehnică.

Se vor reține și susținerile achizitoarei, în replică la cele reclamate, respectiv faptul că pentru realizarea *studiului hidrogeologic*, la nivelul

fișei de date și/sau caietului de sarcini nu au fost impuse alte cerințe operatorilor economici interesați să participe la prezenta procedură, respectiv *nu au fost solicitate criterii privind capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințe de executare a contractului, anumite autorizații specifice, având în vedere că nu fac parte din activitățile principale ale obiectului contractului, având totodată o pondere valorică nesemnificativă în ansamblul contractului.*

Așa cum a fost anterior redat, aspectul aflat în divergență între părți și supus analizei Consiliului vizează următoarea problematică:

- în ceea ce privește cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională și capacitatea de exercitare a activității profesionale, documentația de atribuire se completează/nu se completează, de drept, cu prevederile legislației specifice unui anumit domeniu;

- este obligatorie/nu este obligatorie declararea unor subcontractanți, pentru fiecare dintre activitățile pentru care este necesară o autorizație/atestat potrivit legislației specifice unui anumit domeniu, sub sancțiunea respingerii ofertei.

Analizând aspectele în divergență prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice, ținând seama de documentele aflate la dosarul cauzei, inclusiv de cele din dosarul achiziției publice, de susținerile contestatoarei, precum și de punctul de vedere asupra contestației, conform art. 18 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată netemeinicia criticilor aduse de către (...).

În stabilirea acestei finalități, Consiliul nu va relua susținerile părților, având în vedere că acestea se regăsesc în considerentele deciziei, ci va puncta doar faptul că, raportat la motivele invocate de contestatoare vizavi de admisibilitatea ofertei (...), datorată aspectelor detaliate de către (...), în contestația formulată, ce vizează conținutul documentației de atribuire, în care nu s-au prevăzut *cerințe privind prezentarea unei atestări pe domeniul B - întocmirea studiilor hidrogeologice și faptul că dispozițiile legale impun ca entitatea care realizează studiul hidrogeologic să fie atestată pe domeniul B de către Comisia de Atestare din cadrul Ministerului Mediului, Apelor și Pădurilor*, decizia de declarare a admisibilității ofertei depusă de (...) a fost întemeiată, prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice și îndeosebi a prevederilor documentației de atribuire.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că, în evaluarea ofertelor, prin raportare la propriile cerințe impuse prin documentația de atribuire-fișa de date a achiziției și caietul de sarcini (părți componente ale documentației de atribuire care, prin necontestare, au devenit obligatorii), achizițtoarea a avut în vedere caracterul obligatoriu și definitiv al documentației de atribuire și s-a raportat la acesta în considerarea dispozițiilor art. 3 alin. 1 lit. z) și a dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016, iar atribuirea contractului s-a efectuat prin aplicarea întocmai a prevederilor documentației de atribuire.

Referitor la susținerile contestatoarei precum că (...) nu îndeplinește *cerința minimă de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale*, se reține netemeinicia acestora, fiind judicioase cele argumentate de autoritatea contractantă, potrivit cărora din analiza Certificatului constatator emis de ONRC prezentat de (...) se poate constata că ofertanta face dovada îndeplinirii cerinței de la Secțiunea III.1.1.b) așa cum a fost formulată în fișa de date:

"Operatorii economici ce depun oferta trebuie sa dovedeasca o forma de inregistrare in conditiile legii din tara de rezidenta, si sa reiasa ca operatorul economic este legal constituit, ca nu se afla in niciuna dintre situatiile de anulare a constituirii precum si faptul ca are capacitatea profesionala de a realiza activitatile care fac obiectul contractului.

În vederea demonstrării îndeplinirii criteriului de capacitate de exercitare a activității profesionale, Ofertantul unic/Ofertantul asociat va completa DUAE - Partea IV "Criteriile de selectie" - Secțiunea A "Capacitatea de a corespunde cerintelor" – subsecțiunea "Inscrierea în Registrul Comertului"

Ofertantul clasat pe I (primul) loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității Contractante următoarele documente:

- Certificatul Constatator emis de Oficiul Registrului Comertului de pe lângă Tribunalul Teritorial în integralitate, **din care sa rezulte ca activitatea principala/secundara pe care o desfasoara conform codificarii CAEN corespunde obiectului contractului.**

În cadrul *Procesului-verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 5171 din data 16.02.2023*, membrii comisiei de evaluare au consemnat:

"i. SC (...): Cod CAEN cu corespondent în obiectul contractului: Activitate principală: Domeniul de activitate principal: conform codificării (Ordin 337/2007) Rev. Caen (2) 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea Activități desfășurate în afara sediului social și a sediilor secundare (CAEN REV. 2):

6831 - Agenții imobiliare

7430 - Activități de traducere scrisă și orală (interpreți) 7490 -Alte activități profesionale, științifice și tehnice n.c.a.

7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea), conform Certificatului Constatator nr. 147733/09.02.2023."

În mod similar, aceeași concluzie de netemeinicie va fi reținută de Consiliu și referitor la precizarea contestatoarei vizavi de faptul că (...) nu poate realiza din punct de vedere legal activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic, membrii comisiei de evaluare, în analiza efectuată, constatând în îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini, de la capitolul 8 - *Resursele necesare/expertiza necesara pentru realizarea activitatilor in contract si obtinerea rezultatelor*, vizavi de componența echipei propuse pentru derularea contractului, cu specificarea poziției fiecărui membru în cadrul acesteia, respectiv:

"8.1.Numărul de experți, si anume:

Personalul cheie este următorul:

Expert tehnic - **atestat** de către Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice si Administrației pentru infrastructura de transport rutier, absolvent studii superioare, având Certificatul de atestare si Legitimatia în vigoare, pentru a confirma autorizarea respectiva. Prestatorul este obligat sa asigure unul sau mai mulți experți tehnici, astfel incat sa asigure cerințele necesare obiectivului (lucrări de drumuri, consolidari/fundatii).

Sef proiect -1 persoana - absolvent studii superioare, 5 ani experiența profesionala generala dar nu mai puțin de 3 ani experiența profesionala specifica **in domeniul proiectării de infrastructura rutiera;**

Proiectant de specialitate - 1 persoana - absolvent studii superioare, licentiat al unei Facultati /Universitati de Constructii, domeniul Drumuri si Poduri, nu mai puțin de 3 ani experiența profesionala specifica **in domeniul proiectării de lucrări de infrastructura rutiera;**

Ofertantii vor depune "Curriculum Vitae", "Experiența relevanta a experților cheie" si documente constatatoare/ recomandari emise de Beneficiar/ Angajator pentru fiecare contract prezentat.

Din recomandari trebuie sa rezulte in mod clar si explicit durata prestării activitatii.

(...)."

Astfel pentru îndeplinirea cerinței prevăzute la cap. 8, mai sus amintită, se are în vedere că ofertanta desemnată câștigătoare a depus documente din care rezultă calificarea pentru pozițiile propuse (atestări/certificate/diplome/CV-uri/recomandări etc.) la paginile 1-119 din dosarul achiziției publice (propunere tehnică partea 2/2), respectivele documente fiind avute în vedere de membrii comisiei de evaluare care au consemnat în cadrul *Procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr. 3944 din data 06.02.2023* următoarele:

"Ofertantul SC (...) a prezentat:

Experți cheie pentru care autoritatea contractantă a stabilit factori de evaluare

- 1 Expert Tehnic (...) Contract de colaborare
- 2 Sef Proiect Panita Ionut Contract de colaborare
- 3 Proiectant de Specialitate (...) Contract de colaborare
- 4 Proiectant de Specialitate Marius Panuta Contract de munca."

comisia de evaluare au constatat conformitatea ofertei depuse de (...), considerând ca ofertantul a îndeplinit cerințele in speța, făcând dovada că dispune de personalul de specialitate solicitat in cadrul caietului de sarcini.

În cuprinsul propunerii tehnice elaborate de (...), ofertanta și-a asumat realizarea *studiului hidrogeologic* astfel cum este detaliat la capitolul 4-Descrierea metodologiei propuse în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale și realizării categoriilor de servicii în vederea elaborării DALI, alte documente Investigațiilor/ studiilor de teren, în secțiunea dedicată studiului hidraulic și hidrogeologic (paginile 67-72 partea 1/2), respectiv:

"Studiul hidraulic si hidrogeologic:

Studiul hidrologic are ca scop determinarea regimurilor de scurgere a cursurilor de apa intersectate de drumul proiectat si sau de-a lungul acesteia.

Studiul hidraulic va conține calculele hidraulice, iar rezultatele acestora vor determina dimensionarea hidraulica a podurilor si lucrărilor hidrotehnice, de aparare, stabilizare a albiilor etc.

Prestatorul va prezenta documentația si rezultatele studiului hidraulic si hidrologic, si documentația pentru obținerea avizului de Gospodărire a Apelor ia Administrația Naționala Apele Romane / Institutul National de Hidrologie si Gospodărire a Apelor pentru obținerea avizului de Gospodărire a Apelor.

Schimbările climatice, in sensul riscului de inundabilitate, vor fi luate in considerare'in cadrul acestui proiect sub forma unui factor de intensificare a ploilor de dimensionare (ex 10%) - cu impact semnificativ in special in cadrul bazinelor mici; in cazul 'in care vor fi disponibile serii lungi de 'inregistrari pentru intensitati de precipitații la scara evenimentului pluvial, astfel

de coeficienți vor fi mai bine identificați în zona proiectului, prin inferența statistică a modificărilor în parametrii evenimentelor pluviale sub efectul schimbărilor climatice.

Detalierea modului de realizare a Studiului hidraulic și hidrologic:

Studiul hidrologic are ca scop determinarea regimurilor de scurgere a cursurilor de apă intersectate de drumul proiectat sau de-a lungul drumului proiectat.

Determinarea debitelor maxime de pe suprafețe sub 10 km² se poate face de către Prestator, cu respectarea instrucțiunilor de calcul și legislației în vigoare.

Pentru cursurile de apă cadastrate, determinarea debitelor maxime cu asigurările conforme legislației în vigoare se face sau se verifică de Apele Române - Institutul Național de Hidrologie și Gospodărire a Apelor.

Prestatorul va realiza un studiu al datelor disponibile cu privire la bazinele hidrografice din zona, statistici de ploi astfel încât să evalueze zonele de captare și parametrii hidraulici pentru toate prevederile existente și propuse de scurgere (...)."

Responsabilitatea realizării contractului în condiții de legalitate aparține în totalitate operatorului economic desemnat câștigătorul procedurii, respectarea legislației specifice resortului de activitate este o obligație intrinsecă specialiștilor atestați pe domeniile indicate, astfel că susținerile contestatoarei care vizează neconformitatea ofertei declarate câștigătoare, pe motiv că nu și-a asumat prevederi nesolicitate prin documentație, nu este judicioasă.

În considerarea celor antemenționate sunt și precizările din cuprinsul caietului de sarcini, vizavi de faptul că elaborarea studiului hidrogeologic este în sarcina ofertantului declarat câștigător, prin expertul tehnic nominalizat în cuprinsul ofertei.

"NOTA:

Dupa faza Expertiza tehnica se va efectua obligatoriu studiu geotehnic cu verificare la cerința Af și un studiu hidrogeologic (va face parte integrantă din documentația tehnică).

Expertul tehnic va asigura întreg personalul auxiliar necesar întocmirii expertizei tehnice și a investigațiilor specifice."

În mod similar tot în considerarea faptului că elaborarea studiului hidrogeologic este o obligație care ține de executarea contractului este și faptul că potrivit formularului de propunere tehnică solicitat de achizitoare, ofertantul (...), la secțiunea dedicată studiului hidraulic și hidrogeologic (paginile 196-199 partea 1/2), a detaliat modalitatea și momentele în care va mobiliza personalul propus menționând așa cum a fost anterior redat:

"Prestatorul va prezenta documentația și rezultatele studiului hidraulic și hidrologic, și documentația pentru obținerea avizului de Gospodărire a Apelor la Administrația Națională Apele Române / Institutul Național de Hidrologie și Gospodărire a Apelor pentru obținerea avizului de Gospodărire a Apelor."

Se are în vedere că membrii comisiei de evaluare din analiza informațiilor descrise în cuprinsul ofertei tehnice depusă de (...), au constatat că ofertantul a descris în totalitate activitățile contractului, iar informațiile prezentate de ofertant corespund cu solicitările din cuprinsul caietului de sarcini, aceste aspecte regăsindu-se consemnate în cuprinsul *Procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr.*

3944 din data 06.02.2023, concluzia membrilor comisiei de evaluare a fost de conformitate a ofertei depusă de (...).

Referitor la susținerile autoarei contestației vizavi de aspectele reținute anterior, Consiliul constată netemeinicia acestora, în stabilirea acestei finalități, analizând conținutul documentației de atribuire, constatându-se că niciunde în cadrul acesteia nu este prevăzută obligația ofertanților de a deține respectivele autorizații/atestate menționate de către (...), din lecturarea documentației de atribuire, în referire la **momentul depunerii ofertelor** neregăsindu-se vreo cerință privind depunerea acestor autorizații/atestate, obligația deținerii anumitor autorizații/ atestate fiind analizată prin prisma solicitărilor **exprese** de la nivelul documentației de atribuire. Or, în speță, printre rigorile documentației de atribuire nu există o astfel de solicitare.

Obligația deținerii autorizației/atestatului a cărei lipsă este reclamată, trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire. Or, în speță, printre rigorile documentației **nu** există o astfel de solicitare.

Potrivit art. 133 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2), lit. b) din normele metodologice stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care **nu** îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor, prezentarea documentelor de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/ interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Consiliul reține ca fiind deosebit de relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**”

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a **respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit** (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligația de transparență** - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. **Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini**, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului

privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte. (punctul 54).

Astfel, deținerea autorizației/atestatului la care face referire contestatoarea nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principiului transparent al procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

Pentru a putea fi opozabilă ofertanților în cadrul unei proceduri de licitație deschisă, fiind vorba de o cerință din categoria celor care țin de capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv o cerință de calificare, era necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiului transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 - Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

- 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,

- art. 181 - Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează procedura de atribuire, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul procedurii (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva procedură).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, regulă ce presupune că unei formulări generale a

textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

De asemenea, în conturarea acestei soluții, Consiliul a ținut seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză asemănătoare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs (de soluționare a plângerii împotriva deciziei CNSC) au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unui aviz specific, raționament invalidat de Curtea de apel.

Astfel, Consiliul reține că practica nouă a instanțelor judecătorești tinde să se alinieze în sensul interpretării legislației spre dezideratul promovării concurenței și al proporționalității, și nu în sensul restricționării artificiale a competiției prin interpretări secvențiale ale legislației.

Prezintă relevanță în speță abordarea Consiliului din cadrul Deciziei nr. 1554/C3/1490 din 19.07.2021:

"Pentru activitățile evidențiate de contestator nu au fost impuse cerințe de calificare pentru prestatorii lor, aceste activități fiind condiții de îndeplinire a contractului care se regăsesc în caietul de sarcini (de altfel, chiar și contestatorul, chiar dacă susține că ar fi vorba de o cerință de calificare, tot el o apreciază, în finalul cererii sale, drept cerința a caietului de sarcini: Fiind vorba despre o cerință implicită a caietului de sarcini și nefiind invocată sau demonstrată vreo împrejurare specială cum ar fi cea ca autorizațiile în discuție s-ar putea obține doar ulterior atribuirii contractului, nu se poate considera ca aceasta nu ar fi trebuit prezentată în cadrul procedurii de atribuire)."

Consiliul reține în acest sens, **CJUE s-a pronunțat, în 8 iulie 2021, în cauza C-295/20, „Sanresa” UAB:**

62. În plus, În temeiul articolului 58 din Directiva 2014/24, un ofertant este obligat, pentru a putea fi admis să participe la o procedură de atribuire a unui contract, să demonstreze că îndeplinește, la momentul depunerii ofertei sale, criteriile calitative de selecție enumerate la articolul 58 alineat 1 (I) primul paragraf literele (a)-(c) din această directivă. În schimb, el poate aștepta să i se atribuiască contractul pentru a face dovada că îndeplinește condițiile de executare a contractului. Astfel, criteriile calitative de selecție permit autorității contractante să nu admită să participe decât operatori economici ale căror capacități tehnice și profesionale, întemeiate pe experiența lor recentă, lasă să se înțeleagă că vor fi în măsură să execute contractul în discuție, obținând, dacă este nevoie, autorizațiile sau logistica necesare. În plus, a constrânge ofertantii să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care risca/ așadar, să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței, garantate la articolul 18 alineatul (1) din directiva menționată.

63. În aceste condiții, trebuie să se răspundă la a treia întrebare ca articolul 70 din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul din această directivă trebuie interpretat în sensul că se opune ca oferta unui ofertant să fie respinsă pentru simplul motiv că acesta nu face dovada, la momentul depunerii ofertei sale că îndeplinește o condiție de executare a contractului în discuție.

Drept urmare reținem că fiind deosebit de relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1281/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui

contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat."

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată)."

Relevantă în speță este de amintit și Decizia Consiliului nr. 973/C4/741, 859 din 12.05.2021 în care s-au reținut următoarele:

"În condițiile în care s-ar admite raționamentul autorității contractante că pentru orice activitate trebuie să se regăsească subcontractantul de specialitate aferent, înseamnă, pe de o parte, că sarcina administrativă nu s-a ușurat, iar pe de altă parte, că în lege există numeroase dispoziții inaplicabile, inutile, lipsite de sens, aspect inadmisibil în drept. Cum regulamentele sunt acte juridice definite în [articolul 288](#) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), având aplicabilitate generală, fiind obligatorii în toate elementele sale și având aplicare directă în toate țările Uniunii Europene (UE), a admite teza contrară că este obligatorie declararea tuturor subcontractanților încă din etapa depunerii ofertelor încalcă normele citate.

Cum la capitolul aferent cerințelor de exercitare a activității profesionale nu există solicitate astfel de autorizații, iar caietul de sarcini nu face referire la obligativitatea indicării în această etapă a specialiștilor respectivi, drept subcontractanți, se acoperă pe deplin cerințele legale la care s-a făcut referire mai sus.

În acest sens, Consiliul mai reține și practica judecătorească recentă, respectiv Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București (în calea de atac extraordinară a revizuirii), Decizia civilă nr. 319/17.02.2021, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia nr. 384/15.03.2021, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, Decizia Civilă nr. 351/19.03.2021, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Decizia Civilă nr. 2019/11.11.2020, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia civilă nr. 2502/21.12.2020, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia nr. 1071/18.12.2020, pronunțată de Curtea de Apel Galați, Decizia nr. 682/01.10.2019, pronunțată de Curtea de Apel București."

Prezintă relevanță în cauză și considerentele reținute de Consiliu în Decizia nr. 1261/C4/1085/20.06.2022 rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel București nr. 2026/28.07.2022, potrivit căreia instanța de judecată a statuat următoarele:

„Examinând legalitatea deciziei contestate, prin prisma criticilor formulate și a dispozițiilor legale incidente, Curtea reține:

COMPANIA NAȚIONALĂ DE INVESTIȚII SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții care se realizează pe baza proiectului tip - „Construire Cresa medie”: „Construire și dotare Cresa str. Mihai Viteazu, nr. 73A, Municipiul Caracal, județul Olt”.

Oferta prezentată de societatea GRUP PRIMACONS SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă în baza prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece răspunsul la solicitările de clarificări a fost neconcludent și oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului, de sarcini, în sensul ca ofertantul nu a prezentat autorizațiile necesare realizării obiectivului de investiții, astfel cum acestea au fost solicitate prin caietul de sarcini.

În concret, s-a solicitat intimatelor prezentarea autorizațiilor "necesar a fi deținute de aceștia (prin lider sau asociat/i sau a subcontractanților declarați), pentru prestarea serviciilor

și execuția lucrărilor (atestat ANRE de tip Bp; atestat ANRE de tip Be; Autorizație IGSU; Autorizație ANRE destinată proiectării instalațiilor de utilizare a gazelor naturale:PDIB; Licență IGPR)".

Verificând răspunsul transmis de contestator, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a hotărât respingerea ofertei acestuia ca fiind inacceptabilă și neconformă, motivat de faptul că respectivul contestator nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări coroborat cu faptul că deținătorii autorizațiilor prezentate nu se regăsesc ca subcontractanți/asociați în declarația DUAE.

Verificând, la rândul său, răspunsul contestatorului raportat la modalitatea de formulare a solicitării de clarificări aferente și cu cerințele exprese din caietul de sarcini, sus citate, Consiliul a apreciat că autoritatea contractantă nu și-a respectat propriile cerințe exprese în discuție, care impun obligații în sarcina antreprenorului și nu obligații în sarcina ofertantului/ofertantului asociat/subcontractantului/terțului susținător în corelare cu completarea DUAE.

A concluzionat că, de vreme ce autoritatea contractantă nu a solicitat prin anunțul de participare simplificat depunerea acestor documente de către ofertanți/ofertanți asociați/subcontractanți/terți susținători, deci nu a impus vreo cerință de calificare privind prezentarea unor anume autorizații/atestare, autoritatea contractantă nu avea temei legal de respingere a ofertelor, în lipsa acestor documente.

Soluția Consiliului este legală.

În primul rând, potrivit legislației în materia achizițiilor publice, solicitarea de cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională în documentația de atribuire este facultativă, iar nu obligatorie, aspect care rezultă în mod clar din cuprinsul prevederilor art. 172 alin. (2) lit. c) și ale art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Or, nicăieri în documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a impus participanților la procedură obligativitatea depunerii autorizațiilor la care face referire petenta, situație în care nici evaluarea ofertelor nu se putea realiza pe baza unor cerințe inexistente.

Ca atare, ofertantul câștigător nu putea fi sancționat pentru nedepunerea anumitor autorizații/certificări în cadrul ofertei, în condițiile în care acestea nu au fost solicitate expres prin documentația de atribuire.

Aceasta deoarece, pentru a putea respinge o ofertă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. c) din anexa la HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a se raporta la una dintre cerințele expres prevăzute în documentație.

Așadar, cerința deținerii atestatelor/autorizațiilor nefiind prevăzută în cadrul anunțului de participare simplificat, participanții la procedura de atribuire nu aveau obligația de a face dovada deținerii acestora, iar, în același timp, nici comisia de evaluare nu putea condiționa admisibilitatea ofertelor de prezentarea unor asemenea documente.

Practica CJUE cu privire la cerințele de calificare și la respectarea principiilor fundamentale este constantă, astfel:

În *Enterprised Focused Solutions SRL (C-278/14)* Curtea a declarat că "normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat".

Cauza *Medipac-Kazantzidis AE vs. Venizeleio-Pananeio (C-6/05)* considerentele 53 și 54 "(53)(...) principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) în plus, acest principiu și această obligație interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte".

În același sens s-a statuat și în cauzele *C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos*, așa încât obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind

cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț, în speță lipsa autorizațiilor necesare în execuția lucrărilor.

Mai mult, în caietul de sarcini autoritatea a inclus următoarele informații pentru participanții la procedura de atribuire: "Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare."

Contrar susținerilor petentei, cerința privind deținerea avizelor și acordurilor autorităților competente este o cerință ce ține de executarea contractului, iar nu una de calificare, iar lipsa dovezii îndeplinirii acestor cerințe la momentul depunerii ofertelor nu ar putea constitui în niciun caz un motiv valabil pentru respingerea ofertei.

Deși corectă afirmația petentei, în sensul că deținerea autorizațiilor este impusă de dispoziții legale speciale, totuși lipsa deținerii acestei autorizații nu poate constitui o situație de excludere a unui operator economic, în contextul în care aceasta nu a fost stabilită prin documentația de atribuire drept cerință de calificare.

Soluția este susținută de o bogată jurisprudență CJUE, la care Consiliul a făcut deja trimitere, așa încât argumentele petentei, bazate pe practica CNSC și a instanțelor de judecată, sunt lipsite de relevanță, cu atât mai mult cu cât respectiva practica judiciară este relativă la pricinile soluționate anterior, și nu constituie izvor de drept și nici nu poate obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Deși cerința se referă la autorizații pentru exercitarea anumitor activități, iar cunoașterea existenței și conținutului unor astfel de cerințe ar trebui să fie destul de clară pentru potențialii ofertanți, este de competența autorității contractante să stabilească criteriile referitoare la capacitatea tehnică, adică să stabilească dacă este sau nu oportună includerea în documentele de achiziție a unor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională ce decurg din prevederile legilor speciale în cauză, cu privire la activități de importanță minoră în contract. Așa încât, încorporarea "automată" a criteriilor care decurg din legislația aplicabilă, care însă nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, este în contradicție cu însăși rațiunea criteriilor calitative de selecție, și anume de a permite autorității contractante de a aprecia că ofertanții vor fi în măsură să execute contractul în cauză.

Cu toate acestea, în speță, autoritatea contractantă nu a solicitat dovedirea deținerii acestor autorizații/licențe ca și cerință de selecție, fiind lăsată în sarcina ofertantului câștigător pentru stadiul executării.

Așa încât, ipoteza existenței unor obligații legale a căror îndeplinire trebuie dovedită de ofertanți dincolo de prevederile documentației de atribuire nu poate fi primită în raport de practică CJUE mai sus evocată.

Prin urmare, cerința referitoare la prezentarea autorizațiilor indicate de petentă, nefiind o cerință a documentației de atribuire, nu poate constitui motiv de respingere a ofertelor.

În plus, caietul de sarcini prevede: "Ofertanții vor depune autorizațiile/atestările/licențele în timpul execuției contractului."

Nici argumentul potrivit căruia "nu pot fi eludate dispozițiile imperative ale legii într-o procedură de achiziții publice" nu se confirmă, în condițiile în care nici Consiliul, și nici instanța, nu neagă necesitatea deținerii acestor autorizații la momentul implementării obiectivului de investiții, ci doar că dovada deținerii acestora nu se impune la momentul evaluării ofertelor, așa încât nu poate constitui motiv de excludere a ofertantului.

În concluzie, autorizațiile invocate de petentă nu trebuiau prezentate în etapa de evaluare a ofertelor, fiind atribuția ofertantului desemnat câștigător să desfășoare activitatea în conformitate cu normele legale aplicabile în domeniu, așa încât corect a fost admisă critica.

În raport de aceste argumente, inclusiv solicitarea de clarificări, prin se impune prezentarea autorizațiilor necesare a fi deținute de aceștia (prin lider sau asociat/i sau a subcontractanților declarați), pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor (atestat ANRE de tip Bp; atestat ANRE de tip Be; Autorizație IGSU; Autorizație ANRE destinată proiectării instalațiilor de utilizare a gazelor naturale:PDIB; Licență IGPR), este nelegală.

Mai întâi, pentru că, așa cum s-a arătat, aceste autorizații nu trebuiau prezentate în etapa de evaluare a ofertelor;

Apoi, pentru că în mod greșit se apreciază că această activitate poate fi realizată doar de către lider sau asociat/i sau subcontractanți declarați:

În realitate, intimata pleacă de la o premisă eronată, considerând că activitatea este parte a contractului.

Deși este real că realizarea unei părți din contract poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin sub contractare, în cazul în care terța companie nu acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

Relevante sunt dispozițiile art.51 din Lege: (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională prezentarea unor autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

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

Reiese, deci, foarte clar că numai în situația în care prezentarea unor autorizații specifice este stabilită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională, cerința se consideră îndeplinită doar dacă operatorii economici demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate sau dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată.

Or, nu aceasta este situația speței, caz în care contestatoarea putea apela, în perioada executării contractului, la serviciile unui furnizor.

Prestarea unor servicii care nu fac parte din obiectul contractului, ci sunt activități auxiliare/conexe acestora, necesare în derularea contractului pentru respectarea prevederilor legale incidente (este vorba de legislația privind proiectarea și executarea instalațiilor electrice; Instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor; proiectarea instalațiilor de utilizare a gazelor naturale și cea de proiectare a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției) nu face obiect al prezentei proceduri pentru a fi obligatorie subcontractarea acestor servicii, fiind suficientă prestarea acestor servicii pe baza unui contract de prestări servicii.

Așa încât, corect a reținut Consiliul că evaluarea ofertei contestatoarea s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor legale și a documentației de atribuire.

De altfel, jurisprudența CNSC și a instanțelor, este constantă în sensul că deși este la latitudinea operatorilor economici de a declara o companie care prestează servicii pe un contract de achiziție drept subcontractor sau furnizor, această posibilitate este legată în mod direct, și deci limitată, de specificațiile tehnice ale caietului de sarcini. În cazul în care terța companie nu acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

Ca atare, afirmația petentei, în sensul că exista obligația de a declara respectiva societate ca fiind subcontractant, este neîntemeiată, în condițiile în care aceasta din urmă are doar calitatea de furnizor de servicii, fiind corect invalidată de Consiliu.

În lumina celor expuse, constatând legalitatea și temeinicia deciziei contestate, Curtea urmează să respingă plângerea formulată de autoritatea contractantă, ca nefondată."

Având în vedere toate argumentele prezentate, Consiliul stabilește că susținerea societății contestatoare potrivit căreia: *"Acestea fiind spuse, apreciem ca autoritatea contractanta avea obligatia ca in temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (I) din Legea nr. 98/2016 sa emita o solicitare de clarificări catre ofertantul declarat castigator pentru a clarifica cum înțelege sa realizeze*

activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic din moment ce, pe de o parte, nu a nominalizat in acest sens un subcontractant, iar pe de alta parte, dispozițiile legale impun ca entitatea care realizeaza studiul hidrogeologic sa fie atestat pe domeniul B de catre Comisia de Atestare din cadrul Ministerului Mediului, Apelor si Pădurilor” reprezintă, în fapt, o invocare a propriei rațiuni și abordări legată de modul de interpretare/întocmire a documentației de atribuire (manieră care la acest moment nu poate fi acceptată).

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă astfel de cerințe de calificare, a veni în acest moment să includă astfel de cerințe, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantei în cauză (declarația ca neconformă a ofertei (...), astfel cum solicită contestatoarea) apare ca fiind nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime.

Se are în vedere că argumentul adus de contestatoare în favoarea reclamării pretenției lipse a autorizației/atestării reclamate se bazează pe faptul că pentru elaborarea studiului hidrogeologic solicitat prin prevederile documentației de atribuire este necesar ca ofertantul declarat câștigător să dețină un atestat pe domeniul B - întocmirea studiilor hidrogeologice, iar acesta deține o atestare doar pe domeniul D1, astfel Concluzia contestatoarei este aceea că ofertantul *nu poate proceda din punct de vedere legal la întocmirea studiului hidrogeologic prevăzut în obiectul achiziției publice.*

Contestatoarea a reclamat și faptul că din Declarația de participare publicată pe SEAP de autoritatea contractantă rezulta că ofertantul declarat câștigător nu a nominalizat niciun subantreprenor pentru efectuarea activității de întocmire a studiului hidrogeologic care va face parte din integranta din documentația tehnică.

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizări/atestare de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unei dovezi de autorizare/atestare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, ci dimpotrivă, în conținutul documentației de atribuire se referă la obligații ale prestatorului atunci nu există obligația depunerii de dovezi în acest moment, ci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa prestării serviciilor de proiectare, așa cum justificat apreciază Comisia Europeană și CJUE în numeroase spețe, respectiv:

- cauza C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos CJUE menționează expres că „Articolul 70 din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din această directivă trebuie interpretat în sensul că **se opune ca oferta unui ofertant să fie respinsă pentru simplul motiv că acesta nu face dovada, la momentul depunerii ofertei sale, că îndeplinește o condiție de executare a contractului în discuție**”.

- cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

„În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).”

În deplin acord cu cele enunțate de Comisia Europeană și cu cele statuate de CJUE în cauzele C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos Ministerijos, Cauza C-27/15 Pipo Pizzo, Cauza C-278/14- SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia, Cauza C-42/13 Cartiera dell'Adda, Cauza C-6/05 Medipac - Kazantzidis, C-309/18 Lavorgna SRL, Consiliul reține că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind procedura simplificată întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț, cum sunt cele invocate de contestatoare.

Prezintă relevanță în cauză și considerentele reținute de CJUE în cuprinsul Hotărârii Curții (Camera a treia) 26 ianuarie 2023-cauza

C-403/21:

”În plus, a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) din

directiva menționată (Hotărârea din 8 iulie 2021, Sanresa, C-295/20, EU:C:2021:556, punctul

62).”

Aceeași abordare a îmbrățișat Curtea De Apel București în Hotărârile nr. 2328/07.10.2022 și 2329/07.10.2022, prin care a menținut Deciziile CNSC nr. 1887/C7/2055/07.09.2022 și nr. 1883/C7/2056/07.09.2022.

În raport de cele anterior reținute, Consiliul achiesează la cele reținute de achizitoare vizavi de faptul că deținerea anumitor autorizații/atestare specifice în executarea contractului, la care contestatoarea a făcut referire nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, criticile sub acest aspect fiind nefondate.

Într-o atare situație, se are în vedere faptul că activitatea comisiei de evaluare, în ceea ce privește verificarea ofertei depusă de (...), analizată anterior în cauză, s-a derulat cu respectarea prevederilor art. 123 și următoarele din H.G. nr. 395/2016, criticile aduse de contestator în referire la evaluarea efectuată de achizitoare fiind neîntemeiate, neimpunându-se reevaluarea ofertei depuse de (...).

În considerarea celor antemenționate sunt judicioase susținerile achizitoarei, conform căroră:

"Așa cum am aratat anterior, la nivelul documentației de atribuire nu au fost solicitate deținerea anumitor autorizații specifice în executarea contractului, neuzând de prevederile art. 51 din cadrul H.G. nr 395/2016 actualizata sau de prevederile art. 54 alin 2-5 din cadrul Legii nr 98/2016 actualizata.

Pe cale de consecință, consideram ca ofertantii participant la procedura nu aveau obligația de a declara persoanele fizice care realizeaza efectiv acele activitati ca subcontractanti."

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține încălcarea vreunor obligații legale în ceea ce privește modul de evaluare, de către comisia de evaluare, a ofertei prezentată de (...), motiv pentru care respinge, ca nefondate, criticile formulate de autoarea contestației în acest sens și va menține rezultatul procedurii stabilit prin Raportul procedurii nr. 5210/16.02.2023.

În consecință, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge contestația formulată de către (...) pentru atribuirea contractului de servicii de proiectare întocmire expertiză tehnică + DALI (inclusiv documentații obținere Certificat de urbanism si avize/acorduri) pentru obiectivul «Consolidări ziduri de sprijin pe DN 7 și DN 7CC», în contradictoriu cu (...), prin (...), ca nefondată.

Având în vedere soluția pronunțată, Consiliul va respinge și capătul de cerere de acordare a cheltuielilor ocazionate de contestație.

Se va lua act de renunțarea contestatoarei la capătul de cerere secund, de acordare de către Consiliu a accesului la dosarul achiziției publice și, totodată, față de această renunțare, se va respinge, ca nefondat, capătul de cerere terțiar, de repunere a contestatoarei în termenul de motivare a contestației.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL, CU MAJORITATE DE VOTURI, DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația (...) nr. 9407/23.02.2023, în contradictoriu cu (...) - (...).

Ia act de renunțarea contestatoarei la capătul de cerere secund, de acordare de către Consiliu a accesului la dosarul achiziției publice.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de repunere a contestatoarei în termenul de motivare a contestației.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de obligare a autorității la plata către contestatoare a cheltuielilor aferente contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere ca nefondată a contestației (...) –, în ceea ce ne privește, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele, sens în care se impunea admiterea contestației, anularea raportului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, cu obligarea autorității contractante la clarificarea și reevaluarea ofertei (...).

Dacă înțelegem să conferim caracter axiomatic tezei care dă expresie esenței democrației, potrivit căreia, într-o colectivitate, majoritatea are întotdeauna dreptate, argumentele înfățișate în cadrul prezentei opinii separate nu pot fi receptate ca urmărind să demonstreze contrariul ori ca fiind o critică la adresa soluției majoritare, ci exclusiv drept o încercare de justificare rațională a prezentei opinii, diferită de aceea a majorității membrilor completului Consiliului, în lumina tezei finale a art. 29 alin. (1) din Constituție, potrivit căreia nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie contrară convingerilor sale.

În esență, divergența poartă asupra interpretării și aplicării la situația factuală din cauză a regulilor documentației de atribuire, precum și a dispozițiilor relative la capacitatea ofertanților cu vocație de contractant de a îndeplini în limitele legii obligațiile asumate prin ofertă – activitatea de elaborare a studiului hidrogeologic. Față de criticile reclamantei, autoritatea formulează apărarea de ordin general că, la nivelul documentației de atribuire, nu a fost solicitată deținerea anumitor autorizații specifice, se observă că respectiva documentație (caietul de sarcini) prevede textual: *„După faza Expertiză tehnică se va efectua obligatoriu studiu geotehnic cu verificare la cerința Af și un studiu hidrogeologic (va face parte integrantă din documentația tehnică).”* În plus, același caiet prevede:

Contractantul este responsabil pentru îndeplinirea următoarelor atribuții:

a. **Realizarea activitatilor in cadrul Contractului in conformitate cu cerințele legislației aplicabile** specificului obiectivului de investitie pentru care se solicita realizarea documentațiilor tehnico-economice, a reglementarilor tehnice in vigoare aplicabile specificului obiectivului de investitie si a prevederilor prezentului Caiet de Sarcini;

[...]

i. Efectuarea serviciilor numai cu **personal atestat**, potrivit legii

[...]

Autoritatea Contractanta nu solicita o abordare specifica in realizarea serviciilor avand in vedere ca etapele de elaborare si continutul-cadru al documentațiilor tehnico - economice pentru realizarea obiectivului de investitie sunt reglementate prin legislație specifica. **Metodologia prezentata trebuie sa corespunda reglementarilor specifice stabilite in domeniu, evidențiind acest lucru in mod concret in Propunerea Tehnica**, iar abordarea propusa trebuie sa fie in concordanta cu metodologia propusa.

[...]

Infrastructura prezentata de Ofertant in Propunerea Tehnica trebuie sa fie corespunzătoare scopului Contractului si sa indeplineasca toate cerințele de funcționalitate si pentru utilizare (inclusiv aspecte legate de protectia mediului) **stabilite prin legislația in vigoare**, indiferent de forma de acces la infrastructura necesara pentru realizarea activitatilor din Contract.

[...]

9. CADRUL LEGAL CARE GUVERNEAZA RELAȚIA DINTRE AUTORITATEA CONTRACTANTA SI CONTRACTANT (INCLUSIV IN DOMENIILE MEDIULUI, SOCIAL SI AL RELAȚIILOR DE MUNCA)

Contractantul trebuie sa tina cont in elaborarea documentației tehnice aferente Expertiza tehnica si DALI de STAS-urile, Normativele si **legislația in vigoare**.

Legislația, reglementările tehnice si altele asemenea indicate in prezentul Caiet de Sarcini sunt considerate indicative si **nelimitative**.

[...]

Expertiza Tehnica va conține studii, relevee, analize si evaluari necesare pentru cunoașterea stării tehnice a sectorului de drum in concordanta cu cerințele prevăzute de reglementările tehnico-legale, in vederea fundamentarii masurilor de interventie.

Aceste prevederi trebuie coroborate cu clauza din anunțul de participare, pct. III.1.1) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale: *„Operatorii economici ce depun oferta trebuie sa dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din tara de rezidenta, si reiasa ca operatorul economic este legal constituit, ca nu se afla in niciuna dintre situatiile de anulare a constituirii precum si faptul ca are capacitatea profesionala de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.”* Cum una dintre aceste activități o reprezintă efectuarea amintitului studiu hidrogeologic, intra în sarcina Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA să se asigure că ofertantul pe care îl desemnează câștigător, viitor contractant, este abilitat să presteze – direct sau indirect – în mod legal serviciile care fac obiectul contractului, inclusiv realizarea studiului în discuție.

Operatorul economic este definit de legea achizițiilor publice ca fiind persoana fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care *oferă în mod licit pe piață* executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori *prestarea de servicii*, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități. În consecință, se poate aprecia că ține de esența noțiunii de operator economic, în lumina legislației achizițiilor publice, dreptul acestuia de a furniza produse, presta servicii și/sau executa lucrări *în mod licit*, iar, în speță, cu certitudine, Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA îi revine obligația corelativă de a verifica legalitatea prestării viitoarelor servicii, respectiv nicidecum nu este chemată să ignore ori să încurajeze prestarea ilicită

activităților în executarea propriilor contracte, altminteri rămânând expusă riscului că a încredințat contractul unui antreprenor care nu îl poate executa în mod licit. Art. 1 alin. (5) din Constituție statuează solemn că, în România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor *este obligatorie*, fiind evident că organizatoarea licitației nu poate trece cu vederea chiar prima latură a principiului legalității, constând în conformarea întocmai la textul legii prin contractele pe care le încheie, din fonduri publice. În ceea ce privește dispozițiile art. 1 alin. (3) teza întâi din Constituție, care consacră principiul statului de drept, Curtea Constituțională a reținut că exigențele acestuia privesc scopurile majore ale activității statale, prefigurate în ceea ce îndeobște este numit ca fiind „domnia legii”, sintagmă ce implică subordonarea statului față de drept (*mutatis mutandis*, Decizia nr. 58 din 26 ianuarie 2021).

Din coroborarea acestor considerente, în contextul în care Compania nu s-a preocupat să formuleze nicio apărare sau explicație punctuală legată de posibilitatea legală a (...) de a realiza – direct sau indirect – studiul hidrogeologic și văzând că nici (...) nu a intervenit în litigiul pendinte pentru a își susține prestarea legală a serviciilor oferite (contestația fiind postată în SEAP la 24.02.2023), pe fondul în care reclamanta (...) a demonstrat că legislația în vigoare impune o atestare specifică, Consiliul apreciază că revine autorității contractante obligația de a interpela (...) cu privire la modalitatea legală în care urmează a fi realizat studiul asumat în ofertă – să recurgă la 132-134 din normele metodologice ale legii achizițiilor publice. Astfel fiind, apare a fi întemeiată critica reclamantei, sub aspectul necesității îndeplinirii obligației autorității de a cere lămuriri câștigătoare în legătură cu acoperirea în mod legal a obligației de elaborare a studiului hidrogeologic și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit. Nu excludem ca societatea câștigătoare să poată îndeplini legală activitatea de întocmire a studiului, însă această eventualitate trebuie înlocuită cu o certitudine, pe calea clarificării ofertei. Nu este exclus nici ca (...) să fie în curs de obținere a atestatului pentru întocmirea de studii hidrogeologice, până la momentul la care ele urmează a fi realizate.

Deși, susține autoritatea, nu a impus, *în mod expres*, operatorilor economici, pentru a fi admiși la procedură, deținerea unei anumite autorizații sau atestări, nu poate fi trecut cu vederea că ea însăși a cerut – de această dată expres – ca operatorii economici să dovedească nu doar o formă de înregistrare, ci și că respectiva dovadă reflectă capacitatea profesională de a realiza – legal – activitățile care fac obiectul contractului, iar caietul de sarcini (prin prevederile reproduse mai sus) a evidențiat realizarea *legală* a obiectului. În cazul în care nu (...) urmează a elabora studiul, se vor aduce autorității investitoare explicațiile necesare, pentru ca aceasta să poată decide în cunoștință de cauză asupra conformității ofertei, din perspectiva posibilității executării legale a studiului ofertat.

Trebuie notat că, în baza Legii apelor nr. 107/1996, art. 52:

(2) Elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea avizului de gospodărire a apelor se bazează pe studii meteorologice, hidrologice, **hidrogeologice** sau pe studii de gospodărire a apelor, după caz. Aceste studii și documentații vor fi întocmite de instituții publice sau private din cadrul statelor membre ale Uniunii Europene, **atestate** de autoritatea publică centrală din domeniul apelor sau de o autoritate competentă din spațiul Uniunii Europene. Documentațiile de fundamentare trebuie să demonstreze că titularul proiectului se poate conforma cerințelor legale.

iar potrivit Regulamentului privind organizarea activității de atestare a instituțiilor publice sau private specializate în elaborarea documentațiilor pentru fundamentarea solicitării avizului de gospodărire a apelor și a autorizației de gospodărire a apelor, a studiilor hidrologice, hidrogeologice, de gospodărire a apelor și de evaluare a impactului asupra corpurilor de apă, aprobat prin Ordinul ministrului mediului, apelor și pădurilor nr. 1.287/2021, art. 10:

Art. 10. - Domeniile pentru care Comisia de atestare este abilitată să ateste instituții publice sau private sunt următoarele:

[...]

B - întocmirea studiilor hidrogeologice;

La pagina de internet a Ministerului Mediului <http://www.mmediu.ro/categorie/inregistrari-atestari/53> a fost identificată „LISTA INSTITUȚIILOR PUBLICE/PRIVATE SPECIALIZATE ÎN ELABORAREA DOCUMENTAȚIILOR PENTRU FUNDAMENTAREA SOLICITĂRII AVIZULUI DE GOSPODĂRIRE A APELOR ȘI A AUTORIZAȚIEI DE GOSPODĂRIRE A APELOR ATESTATE CONFORM ORDINELOR 1230/2020 și 1287/2021. (actualizată decembrie 2022)”, în care la pag. 8, poz. 3, se regăsește (...), cu atestare în domeniul D1, deci nu domeniul B, aferent întocmirii studiilor hidrogeologice.

În ceea ce privește obligația de a menționa anumite elemente în ofertă, care nu figurează în documentația aferentă, ci rezultă din interpretarea juridică a legii naționale în vigoare, relevantă este abordarea Curții de Justiție a Uniunii Europene din Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, Hotărârea din 2 mai 2019, Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350, și din ordonanțele din 10 noiembrie 2016, Spinosa Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, Edra Costruzioni și Edilfac, C-140/16, EU:C:2016:868, și MB, C-697/15, EU:C:2016:867.

Din coroborarea tuturor acestor considerente, organul administrativ-jurisdicțional, în linia celor prescrise asupra criticii de la pct. II subpct. 2) din contestație, ar fi trebuit să stabilească faptul că revenea Companiei achizitoare obligația de a interpela ofertantul câștigător cu privire la legalitatea exercitării activității de elaborare a studiului hidrogeologic, descris în propria propunere tehnică (pag. 67-72), asupra căreia planează un dubiu rezonabil, obligație de natură să excludă o potențială viitoare acuzație la adresa Companiei investitoare (de stat) de dezinteres sau de neglijență în atribuirea contractului (către o societate a cărei capacitate efectivă de îndeplinire a contractului nu a

fost verificată îndeajuns, în pofida existenței unor suspiciuni rezonabile care i-au fost aduse la cunoștință pe calea contestației).

Problema expusă prezintă două laturi, deopotrivă de importante în legalitatea atribuirii contractului estimat la aproape 1,5 milioane de lei, fără TVA, față de care diligența organizatoarei trebuia să fie ridicată: pe de o parte, determinarea cu certitudine a capacității profesionale a câștigătoarei de a îndeplini *cu respectarea legii* a obligației asumate și, pe de altă parte, determinarea conformității tehnice a ofertei cu prin prisma cerințelor caietului de sarcini, cerințe poziționate în corelare cu menționata capacitate.

După cum a fost relevat mai sus, art. 1 alin. (5) din Constituție consacră drept principiu general obligativitatea respectării Constituției, a supremației sale și a legilor. Aceasta este o obligație generală ce revine tuturor, inclusiv autorităților publice. Principiul legalității impune ca actele administrative ale autorităților publice să fie emise *cu respectarea strictă a dispozițiilor legale* în vigoare, iar actele care au fost emise cu nerespectarea anumitor prevederi legale să fie revocate ori anulate (în acest sens este, de pildă, Decizia Curții Constituționale nr. 574 din 19 septembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 855 din 18 octombrie 2006). În materia achizițiilor publice/sectoriale, cu asupra de măsură raportul procedurii de atribuire este supus aceluiași imperativ de interes general al respectării stricte a dispozițiilor legale și, în caz contrar, revocării ori anulării.

Exercitarea controlului de legalitate reprezintă însuși fundamentul statului de drept (Decizia Curții Constituționale nr. 478 din 12 aprilie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 419 din 15 iunie 2011). În speță, atribuirea contractului nu poate fi bizuită pe acte a căror legalitate este îndoielnică. Legalitatea presupune nu doar respectarea legii, ci și *rol activ în apărarea și consolidarea ei*.

Așadar, apare a fi întemeiată critica reclamantei, dar sub aspectul necesității îndeplinirii obligației Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA - (...) de a ieși din pasivitate pentru a cere clarificări câștigătoarei și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit.

Separat de cele expuse, chiar și dacă nu ar fi existat cerința de la pct. III.1.1.b) din fișa de date a achiziției (și anunțul de participare), secondate de cele din caietul de sarcini, nu poate fi îngăduită atitudinea Companiei investitoare de a nu manifesta niciun interes în elucidarea cu ofertanta câștigătoare a modului în care urmează a pune în operă o anumită componentă ale contractului de servicii, asupra căreia planează o suspiciune plauzibilă, precum aceea aflată în discuție, respectiv dacă studiul se va realiza cu respectarea întocmai a legii sau dimpotrivă. Principiul bunei administrări, care guvernează și procedurile de atribuire a contractelor publice, este incompatibil cu un asemenea dezinteres al unei structuri a statului, sens în care Compania achizitoare trebuia să

recurgă la art. 134 din normele metodologice ale legii achizițiilor publice, interpelând corespunzător ofertanta. Raportat la activitatea prescrisă de caietul de sarcini, dublată de obligația expresă asumată de (...), în condițiile în care atestarea ei vizează doar domeniul D1, potrivit listei precitate (care poate fi neactualizată sau eronată), Compania achizitoare avea obligația de a solicita clarificări ofertantei. Un ofertant care nu dovedește că acoperă toate cerințele documentației de atribuire nu are vocație de antreprenor în executarea contractului, respectiv oferta lui este inadmisibilă.

Pe de altă parte, este văzând că autoritatea a impus ca personalul să fie alcătuit din specialiști atestați conform legii, cu atât mai mult se justifică faptul ca *însăși firma ofertantă să fie atestată legal*.

În considerarea celor evocate, Consiliul trebuia să determine că în mod superficial autoritatea a admis oferta (...), obiecțiile contestatoarei privind nelegalitatea admiterii ofertei vădindu-se a fi fondate parțial, în absența diligenței de obținere a clarificărilor necesare. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, trebuia admisă în parte contestația (...) nr. 9407/ 23.02.2023, în contradictoriu cu (...) - (...), cu anularea raportului procedurii de atribuire nr. 5210/16.02.2023 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. 5358 și 5359/17.02.2023, toate în partea care privește oferta (...). Totodată, trebuia obligată autoritatea contractantă la clarificarea temeinică și la reevaluarea amintitei oferte, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, autoritatea era obligată să comunice ofertanților rezultatul reevaluării ofertei, cu respectarea legislației aplicabile.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

În ceea ce privește cheltuielile ocazionate de contestație solicitate de (...), urma a se reține că nu a fost depusă nicio dovadă a efectuării acestora, al căror quantum nici nu este precizat. Potrivit art. 452 C. proc. civ., partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei. De altminteri, textul art.

26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 este limpede – *cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației*. În speță, până la momentul adoptării deciziei, la Consiliu nu a fost înregistrată de la contestatoare nicio dovadă care să ateste plata cheltuielilor efectuate, contrar respectivului text normativ. Având în vedere lipsa dovezilor respective, se va respinge solicitarea contestatoarei de acordare a cheltuielilor implicate de demersul său.

Acestea sunt argumentele pe care am găsit de cuviință a le formula în prezenta opinie separată, în acord cu art. 27 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 426 alin. (2) C. proc. civ.