

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1420/C11/1324

Data: 22.06.2023

Prin contestația cu nr. 1508/18.05.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26840/18.05.2023, formulată de SC SRL, cu sediul social în municipiul, ..., județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având codul unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin administrator, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SRL, împotriva rezultatului procedurii de licitație publică organizată de către, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, desfășurată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect «Proiectare și execuție lucrări la obiectivul "Extindere rețea de apă în localitatea, ..., jud."», anunț de participare nr. SCN1119252/10.01.2023, s-au solicitat Consiliului următoarele:

- admiterea contestației;
- anularea adresei nr. 2079/10.05.2023 și a raportului procedurii nr. 1842/28.04.2023 în părțile conținând deciziile de respingere a ofertei contestatoarei, ca inacceptabilă și, respectiv, cea de stabilire a rezultatului procedurii de atribuire, ca netemeinice și nelegale;
- obligarea autorității contractante la reanalizarea și reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice și a celorlalte acte normative incidente în vigoare.

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

Prin contestația cu nr. 1508/18.05.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 26840/18.05.2023, SC SRL, în calitate de lider asocierii SC SRL – SC SRL, critică rezultatul procedurii de atribuire antemenționată, solicitând cele evocate în preambulul deciziei.

Prin descrierea succintă a procedurii în cauză, petenta arată că valoarea estimată a contractului este de 1.760.338 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire utilizat a fost „*Cel mai bun raport calitate – preț*”.

Contestatoarea arată că asocierea sa, având subcontractant declarat SC MARDION SRL, a participat la procedură cu ofertă comună elaborată în acord cu prevederile legale în materie în vigoare și regulile documentației de atribuire.

Petenta precizează că pe timpul evaluării ofertelor i-au fost solicitate clarificări cărora le-a remis răspunsuri concludente prin adresa nr. 1074/06.04.2023.

Contestatoarea arată că prin adresa nr. 2079/10.05.2023, autoritatea contractantă a informat-o că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, decizie motivată esențial prin următoarea apreciere: „(...) Prin urmare, verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind să declare entitatea care va presta aceste servicii în calitate de subcontractant întrucât acesta urmează a realiza părți din obiectul contractului”, în timp ce, în Raportul procedurii, s-a reținut de maniera: “Ofertantul nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, prezentând în cadrul răspunsului autorizația d-lui Retezan I Ioan Adrian Nicolae, reprezentant al operatorului economic SC SRL”

I. Petenta consideră că decizia de respingere a ofertei asocierii SC SRL – SC SRL este profund netemeinică și nelegală.

Preliminar, autoarea învederează următoarele aspecte ce conturează fără echivoc intenția achizitoarei de a manipula rezultatul procedurii spre atribuirea contractului către un anumit ofertant, constând în fapte precum:

- încălcarea dispozițiilor art. 214 alin. (3), alin. (5) și alin. (5¹) din Legea nr. 98/2016 conform cărora:

„(3) Autoritatea contractantă întocmește raportul procedurii într-un termen care să nu depășească: (...) b) 20 de zile lucrătoare, pentru procedurile prevăzute la art. 68 alin. (1) lit. f) și i) [procedura simplificată], de la data-limită de depunere a ofertelor;

(...)

(5) Prin excepție de la prevederile alin. (3) și (4), în cazuri temeinic justificate și cu aprobarea conducătorului autorității contractante, termenul de întocmire a raportului procedurii sau a raportului intermediar se poate prelungi o singură dată, cu un termen ce nu poate depăși:

b) 15 zile lucrătoare, pentru procedurile prevăzute la art. 68 alin. (1) Ut. f) și H;

(5¹) în cazurile prevăzute la alin. (5), autoritatea contractantă aduce la cunoștința operatorilor economici implicați în procedură decizia de prelungire a termenului de întocmire a raportului procedurii, în

termen de cel mult două zile lucrătoare de la expirarea termenului inițial de evaluare"

Încălcarea prevederilor legale arătate este dovedită de extrasul procedurii din cadrul anunțului de participare din care rezultă că în raport de data limită de depunere a ofertelor: 27.01.2023 ora 15:00, Raportul procedurii este emis la data de 28.04.2023, fiind înregistrat sub nr. 1842/28.04.2023, cu mențiunea că autoritatea contractantă nu a justificat și nu justifică manifestarea cazului temeinic.

- în raport de data emiterii Raportului procedurii - 28.04.2023 și data comunicării adreselor privind rezultatul procedurii - 10.05.2023, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 216 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 conform căroră: *„(11) Raportul intermediar și raportul procedurii se publică în SEAP, semnate cu semnătură electronică calificată, în aceeași zi cu transmiterea comunicării prevăzute la art. 215 alin. (1), fără referire la informațiile pe care operatorul economic le precizează și probează ca fiind confidențiale sau protejate de un drept de proprietate intelectuală"* raportate la prevederile art. 215 alin. (1) din același act normativ potrivit căroră:

„Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 3 zile de la emiterea deciziilor respective", atât publicarea raportului, cât și informarea ofertanților producându-se cu întârzieri, de asemenea, nejustificate și nepermise de lege, subliniază petenta.

După cum rezultă din raportul procedurii, din cele 5 oferte depuse, au fost respinse 4 pe motive îndoielnice, încât rezultatul procedurii să fie favorabil unui anumit ofertant.

Autoarea consideră că încălcările legislației în materie relevante în cele ce precedă este accentuată prin faptul că derularea procedurii este coordonată de către un așa-zis „Furnizor de servicii auxiliare/consultant”, precizat ca atare la pct. III.1.1.a) al fișei de date și la pct. 1 al raportului procedurii, persoană din sursă externă față de autoritatea contractantă, care, prin lipsa totală de profesionalism, pe lângă faptul că nu își justifică încasarea de plăți din bani publici pentru prestarea pretinselor serviciilor auxiliare, furnizează și indicii temeinici cu privire la încercările sale de distorsionare a rezultatelor tuturor procedurilor în care acesta are implicare, fapt ce revendică revizuirea fundamentală a metodologiei legale de atestare a calificării și a dreptului de practică profesională pentru astfel de specialiști, dar și instituirea de sancțiuni corespunzătoare pentru faptele culpabile în exercitarea profesiei.

Concret, pe fondul cauzei, spre deplină edificare, contestatoarea redă întocmai părțile relevante din conținutul actului atacat cu privire la motivul invocat pentru excluderea sa din procedură, astfel:

„(...) Astfel, în urma aprobării raportului procedurii nr. 1842/28.04.2023 de către conducătorul unității, în urma finalizării procesului de evaluare și conform concluziilor furnizate în raportul procedurii, oferta dvs. a fost considerată:

INACCEPTABILA în conformitate cu prevederile art. 134, alin. 5 din HG 395/2016 actualizată „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

Ofertantul nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, prezentând în cadrul răspunsului autorizația d-lui Retezan I Ioan Adrian Nicolae, reprezentant al operatorului economic SC SRL.

Ținând cont de aspectele precizate mai sus, considerăm ca în aceasta speță sunt incidente următoarele dispoziții legale:

Noul Cod civil: art. 3:

„(1) Dispozițiile prezentului cod se a plică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

(2) Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere.

(3) Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ.”

art. 1.851 alin. (1): “Prin contractul de antrepriza, antreprenorul se obliga ca, pe riscul sau, sa execute o anumita lucrare, materială ori intelectuală, sau să presteze un anumit serviciu pentru beneficiar, în schimbul unui preț.”

art. 1852 alin. (1): „Prin contractul de subantrepriza antreprenorul poate încredința unuia sau mai multor subantreprenori executarea unor părți ori elemente ale lucrării sau serviciilor, afara de cazul în care contractul de antrepriza a fost încheiat în considerarea persoanei sale.”

Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil:

art. 6: „(1) în cuprinsul actelor normative aplicabile la data intrării în vigoare a Codului civil, referirile la comercianți se consideră a fi făcute la persoanele fizice sau, după caz, la persoanele juridice supuse

înregistrării în registrul comerțului, potrivit prevederilor art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicata, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele aduse prin prezenta lege."

art. 8: „(1) Noțiunea «profesionist» prevăzută la art. 3 din Codul civil include categoriile de comercianți întreprinzători, operator economic, precum și orice alte persoane autorizate să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege, la data intrării în vigoare a Codului Civil".

Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții:

art. 13: „(1) Verificarea proiectelor privind respectarea reglementarilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul de proiect atestat nu poate verifica și stampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiecte/e pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică." Alineatul 2 al aceluiași articol stipulează că se interzice utilizarea proiectelor tehnice și a detaliilor de execuție neverificate în condițiile alin. (1) coroborat cu prevederile art. 5 alin. (2)

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

HG nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor:

art. 1: „Verificarea și expertizarea tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor privind respectarea cerințelor prevăzute de lege reprezintă o componentă a sistemului calității în construcții, și se efectuează de către specialiști cu activitate în construcții, atestați tehnico-profesional de către comisii organizate de Ministerul Lucrărilor Publice și Amenajării Teritoriului."

art. 4: „Activitatea verificatorilor de proiecte și/sau a experților tehnici poate fi efectuată numai de către specialiști atestați, care își pot desfășura activitatea în una dintre următoarele forme:

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

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

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

Indicații similare cu Legea nr. 10/1995 se regăsesc și în Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a

proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor aprobat prin HG nr. 925/1995 ce stabilește la art. 13 ca Verificatorul tehnic atestat nu poate stampila (verifica) proiectele întocmite de el sau la a căror elaborare a participat.

Prin urmare, verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind să declare entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant, întrucât acesta urmează să realizeze părți din obiectul contractului.

Autoritatea contractantă a stabilit prin documentația de atribuire, ca activitate componentă a proiectului tehnic și cea de verificare a documentației tehnice, prezentându-se în Fișa de date a achiziției, ca și coduri CPV secundare și 71328000-3 Servicii de verificare a proiectelor de structuri portante (Rev.2), alocându-se conform FDA și DG o sumă pentru aceste activități: Cap. 3.5.5 Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție.

Date fiind mențiunile exprese din documentația de atribuire, referitoare la verificatorii de proiecte, ofertanții ar fi trebuit să determine, în cadrul documentelor de calificare, persoana responsabilă cu realizarea acestei părți din contract, respectiv un subcontractant.

Constatăm că în cadrul ofertei depusă de dvs., nu ați declarat subcontractant pentru această activitate. Prin nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor la momentul depunerii, nu se respecta cerințele documentației de atribuire, iar prin declararea ca admisibile a ofertei dvs., se încalcă principiul tratamentului egal, raportat la ofertanții care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității contractante și au declarat toți subcontractorii.

În această situație devin aplicabile prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Totodată, oferta declarată câștigătoare îndeplinește cerințele caietului de sarcini, și are capacitatea legală de a verifica proiectul tehnic, activitate atribuită verificatorului de proiect declarat ca subcontractant.

Autoritatea contractantă are obligația de a verifica capacitatea tehnico/profesională a ofertanților prin raportare la obiectul contractului și la capacitatea acestora de a realiza activitățile ce urmează să fie realizate în cadrul prezentei proceduri.

Activitatea de verificare de proiect trebuia să se regăsească expres ca obiect al unor acorduri de subcontractare, întrucât autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele în baza competențelor profesionale ale ofertanților și subcontractanților, prin raportare la obiectul acordurilor de asociere sau al celor de subcontractare.

Atunci când pentru o parte din activitățile care fac parte din obiectul contractului de achiziție, participantul știe de la bun început că nu le poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acesta

este obligat să arate partea ce urmează să fie executată de subcontractant.

În aceste condiții, considerăm faptul că dvs. în calitate de ofertant ați avut obligația de a vă însuși documentația de atribuire, și de a lua măsurile necesare pentru proiectarea și execuția tuturor categoriilor de lucrări prevăzute, fie direct, fie prin asociați și/sau subcontractanți, autorizați să execute categoriile de lucrări și să presteze toate serviciile pentru care dvs. în calitate de ofertant nu sunteți autorizat. Considerăm astfel că asocieria constituită de dvs. nu are capacitatea tehnică și profesională de a presta toate serviciile impuse prin documentația de atribuire (...)"

Pe scurt și pentru asigurarea unui caracter inteligibil alegațiilor redactate în cele ce precedă, contestatoarea reține că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, pe motivul că, în opinia autorității contractante, specialistul verificador de proiecte atestat trebuia să fie, în mod obligatoriu, implicat în ofertă cu calitate de SUBCONTRACTANT, aspect rezultat din afirmații precum:

„Ofertantul nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, prezentând în cadrul răspunsului autorizația d-lui Retezan I Ioan Adrian Nicolae, reprezentant al operatorului economic SC SRL

(...)

verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind să declare entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant, întrucât acesta urmează a realiza părți din obiectul contractului

(...)

Date fiind mențiunile exprese din documentația de atribuire, referitoare la verificadorii de proiecte, ofertanții ar fi trebuit să determine, în cadrul documentelor de calificare, persoana responsabilă cu realizarea acestei părți din contract, respectiv un subcontractant

(...)

Activitatea de verificare de proiect trebuia să se regăsească expres ca obiect al unor acorduri de subcontractare, întrucât autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele în baza competențelor profesionale ale ofertanților și subcontractanților, prin raportare la obiectul acordurilor de asociere sau al celor de subcontractare".

Spre a dovedi netemeinicia pretenției achizitoarei, petenta relevă în cele ce urmează situația reală din cadrul procedurii, astfel:

Din conținutul pct. 11.1.4 „Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor” din fișa de date prezintă relevanță următoarele mențiuni:

„Servicii de proiectare, verificare tehnică de calitate, asistența tehnică din partea proiectantului și execuție de lucrări la obiectivul:

Extindere rețea de apă în localitatea, ..., jud., conform documentației tehnice de atribuire, anexată prezentului anunț.

Valoarea estimată a contractului este de 1.760.338,00 defalcată astfel:

Capitolul 3 - Cheltuieli pentru proiectare și asistență tehnică

3.5.4 Documentata tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor/autorizațiilor RON 2.000,00

3.5.5 Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție RON 4.000,00

3.5.6 Proiect tehnic și detalii de execuție RON 132.000,00 (...)".

Niciunde în documentația de atribuire nu s-a precizat vreo regulă conform căreia verificatorul de proiecte să fie implicat în oferte cu calitate de subcontractant, afirmă autoarea.

(10.3) Repartizarea activităților și responsabilitățile membrilor Asocierii SC SRL & SC SRL au fost precizate în Acordul de asociere astfel:

SC SRL - Antreprenorul general și executant al lucrărilor;

SC SRL - proiectantul general al lucrărilor din obiectul contractului.

În propunerea tehnică petenta susține că a precizat că verificarea proiectului se realizează pe bază de contract de prestări de servicii de către specialistul verificator de proiecte atestat, conform legitimației seria CAV nr. 1.1620, pentru domeniile Is, It, Ig, valabilă până la data de 10.02.2027.

De menționat că specialistul în discuție este angajat al SC SRL, societate cu care s-a încheiat, de către proiectantul general SC SRL, contract de prestări de servicii având ca obiect prestarea serviciilor de verificare a documentațiilor din componenta proiectului tehnic din obiectul contractului - prin specialistul verificator de proiecte atestat ...

Astfel, specialistul verificator de proiecte atestat implicat în ofertă este, respectiva persoană fiind cea atestată, posesoare a legitimației și ștampilei de verificator de proiecte, care, pe lângă atestatele legale deținute, este și angajat al SC SRL, persoană juridică care are ca obiect de activitate secundar și activitatea cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică, arată petenta.

Nu se poate înțelege de unde izvorăște pretenția autorității contractante ca specialistul verificator de proiecte atestat să fi fost implicat în ofertă cu calitate de subcontractant, în condițiile în care:

- în documentația de atribuire nu s-a impus vreo astfel de condiție;

- definițiile date de lit. w) și yy) ale art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 calității de furnizor, respectiv, subcontractant de maniera:

"w) furnizor - entitatea (...) care prestează servicii către acesta (contractant), care nu are calitatea de subcontractant",

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop",

statuează în sensul că furnizorul poate presta servicii către contractant fără a avea calitate de subcontractant, ceea ce se petrece în procedura pendinte, iar subcontractantul execută părți ale serviciilor/lucrărilor fiind răspunzător în fața contractantului.

Pretenția autorității contractante ca verificatorul de proiecte să fi fost neapărat subcontractant, motivată de faptul că acesta execută părți din contract, echivalează cu faptul că orice furnizor de echipamente care impun servicii de instalare/punere în funcțiune, precum: stații de pompare, stații de epurare, echipamente și programe IT etc. - parte care, uneori, deține pondere valorică în contracte de achiziție publică cu mult mai mare decât cea aferentă serviciilor de verificare a proiectului - ar trebui să fie declarat obligatoriu subcontractant, nu are nicio susținere legală, dar nici logică, apreciază contestatoarea.

Mai mult, legislația care reglementează domeniului atestării și practicării profesiei de verificator de proiecte atestat edictează în mod specific asupra modului în care respectivii specialiști își pot desfășura activitatea, sens în care autoarea exemplifică cu prevederi precum:

- art. 13 alin. (1) din Legea calității în construcții nr. 10/1995 - „Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificali de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul de proiect atestat nu poate verifica și stampila 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", iar Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, aprobat prin HG nr. 742/2018 statuează că:

- art. 5 - „Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot 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".

Or tocmai independența verficatorului de proiecte impune ca aceștia să fie într-o măsură cât mai mică dependent de contractorul general, autoritatea contractantă fiind cea care, din comoditate, include în obiectul contractelor - ca în cauză - execuția lucrărilor, elaborarea proiectului tehnic, dar și serviciile de verificare a proiectului - eludând astfel prevederile art. 6 alin. (2) din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor aprobat prin HG nr. 742/2018, care instituie responsabilitatea investitorului/proprietarului/ administratorului cu privire la asigurarea verificării tehnice a proiectelor, în condiții de independență și imparțialitate, după cum urmează:

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

Or, a „pasa” responsabilitatea verificării proiectului către antreprenorul general poate fi generatoare de situații de incompatibilitate, autoarea citând din Speța nr. 737/2018 - Reguli de evitare a conflictului de interese - Agenția Națională pentru Achiziții Publice - ANAP:

„Consiliere metodologică cu privire la o posibilă situație de incompatibilitate în cazul în care verficatorul de proiect este angajat de Antreprenor, în cazul unei proceduri de atribuire având ca obiect proiectare și lucrări.

Răspuns:

Raportat la prevederile ari. 2 alin. (2) din H.G. nr. 1/2018, conform căroră „Antreprenorul va transmite Supervizorului documentația aferentă proiectului, verificată de către un verficator autorizat angajat de către Antreprenor”, precizăm că din punct de vedere al legislației achizițiilor publice, potrivit art. 59 din Legea nr. 98/2016, „în sensul prezentei legi, prin „conflict de interese” se înțelege orice situație în care membrii personalului autorității contractante sau ai unui furnizor de servicii de achiziție care acționează în numele autorității contractante, care sunt implicați în desfășurarea procedurii de atribuire sau care pot influența rezultatul acesteia au, în mod direct sau indirect, un interes financiar, economic sau un alt interes personal, care ar putea fi perceput ca element care compromite imparțialitatea ori independența lor în contextual procedurii de atribuire”.

De asemenea, art. 60 alin. (1) din același act normativ enumeră, cu titlu exemplificativ, situații potențial generatoare de conflict de interese, astfel:

- participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care dețin părți sociale, părți de interes, acțiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători sau subcontractanți propuși ori a persoanelor care fac

parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;

- participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane care este soț/soție, rudă sau afin, până la gradul al doilea inclusiv, cu persoane care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;

- participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a unei persoane despre care se constată sau cu privire la care există indicii rezonabile/informații concrete că poate avea, direct ori indirect, un interes personal, financiar, economic sau de altă natură, ori se află într-o altă situație de natură să îi afecteze independența și imparțialitatea pe parcursul procesului de evaluare;

- situația în care ofertantul individual / ofertantul asociat / candidatul / subcontractantul propus / terțul susținător are drept membri în cadrul consiliului de administrație / organului de conducere sau de supervizare și/sau are acționari ori asociați semnificativi persoane care sunt soț /soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire;

- situația în care ofertantul/candidatul a nominalizat printre principalele persoane desemnate pentru executarea contractului persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care se află în relații comerciale cu persoane cu funcții de decizie în cadrul autorității contractante sau al furnizorului de servicii de achiziție implicat în procedura de atribuire.

Astfel, în urma analizării situațiilor potențial generatoare de conflict de interese prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016, situația descrisă în speța dată, respectiv aceea în care verificatorul de proiect este angajat de Antreprenor (prin noțiunea de „angajat” înțelegându-se că relația dintre verificatorul de proiect și Antreprenor are la bază fie un contract de prestări servicii, fie un contract de muncă), nu se regăsește printre situațiile enumerate mai sus și nici nu se subscie aceleia descrise de art. 59 din lege, mai sus citat.

Menționăm că în secțiunea destinată regulilor privind evitarea conflictului de interese, respectiv Cap. II, Secțiunea a 4-a din Legea nr. 98/2016, este definit „conflictul de interese” și sunt reglementate cu titlu exemplificativ situații potențial generatoare de conflict de interese.

Prin urmare, legea nu interzice în mod expres o astfel de situație, însă acordă posibilitatea autorității contractante de a identifica și alte situații potențial generatoare de conflict de interese, care ar putea conduce la denaturarea concurenței, în afara celor enumerate cu titlu

exemplificativ la art. 60 menționat anterior, având obligația de a lua măsurile care se impun pentru a remedia aceste situații.

Totodată, precizăm că, în conformitate cu prevederile art. 13 din H.G. nr. 925/1995 „Verificatorul tehnic atestat nu poate ștampila (verifica) proiectele întocmite de el sau la a căror elaborare a participat”, precum și cu prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 conform căroră „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”.

Astfel, deși speța dată nu se regăsește printre situațiile potențial generatoare de conflict de interese enumerate mai sus, care stabilesc incompatibilități doar în ceea ce privește membrii comisiei de evaluare, persoanele care realizează documentația de atribuire sau persoane cu funcții de conducere la nivelul autorității contractante, autoritatea contractantă va avea în vedere și orice alte incompatibilități speciale, reglementate de legislația specifică, în speță prevederile Legii nr. 10/1995, H.G. nr. 925/1995 și H.G. nr. 1/2018, prin prisma căroră se va analiza orice situație susceptibilă de a reprezenta un caz de în compatibilitate”.

Astfel, după cum rezultă din conținutul speței ante redată, ANAP precizează „relația dintre verificatorul de proiect și Antreprenor” ca fiind bazată „fie pe un contract de prestări servicii, fie pe un contract de muncă”, fără a fi fost prevăzută instituirea unei relații dintre Antreprenor și persoana verificator de proiect atestat de tipul subcontractării.

Pretenția autorității contractante ca ofertantul (ofertant - orice operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire - categorie ce implică asociații și subcontractanții) să execute el însuși proiectul tehnic, dar și verificarea acestuia în calitate de subcontractant, contravine flagrant chiar prescripțiilor imperative ale art. 13 alin. (1) din Legea calității în construcții nr. 10/1995 - „Verificarea proiectelor (...) se efectuează de către specialiști verificatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verificatorul de proiect atestat nu poate verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau proiectele pentru care, în calitate de expert tehnic atestat, a elaborat raportul de expertiză tehnică”.

În raport de cele arătate, afirmația autorității contractante conform căreia „verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind să declare entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant, întrucât acesta urmează să realizeze părți din obiectul contractului” este un non sens evident, apreciază petenta, de vreme ce și furnizorul/prestator de servicii, ca și subcontractantul - nu sunt parte a

contractului, dar răspund în fața contractantului care i-a angajat, ceea ce înseamnă că în oricare dintre cele două situații, verificatorul de proiecte nu este independent, cum ar vrea să sugereze autoritatea contractantă, în condițiile în care, după ce s-a organizat procedura, contractantul va fi cel care îl va plăti pe verificator.

Mai mult, prin afirmația sa, autoritatea contractantă face trimiteri la persoane juridice - „operator economic”, „entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant, în condițiile în care atât Legea nr. 10/1995, cât și Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, instituie calitatea de verificator de proiecte „specialiștilor -persoane fizice” și nicidecum operatorilor economici sau a altor entități, aspect rezultat chiar din Lista verificatorilor din cadrul secțiunii „*INFORMAȚII PRIVIND TITULARUL DREPTULUI DE PRACTICĂ*” a „Registrului electronic de evidență a verificatorilor de proiecte atestați”, publicat în conformitate cu art. 23 din Regulamentul antemenționat la adresa de internet <https://www.mdlpa.ro/papes/reQistrepublice> - „Lista verificatorilor de proiecte atestați până la data de 17 martie 2023”, în cadrul căreia nu se regăsește nicio persoană juridică cu calitate de verificator de proiecte.

Faptul că verificatorul de proiecte este persoană fizică rezultă chiar din definiția dată acestuia de art. 2 lit. a) din Regulamentul aprobat prin HG nr. 742/2018, astfel:

„a) verificator de proiecte - specialist cu activitate în construcții atestat în unul sau mai multe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile aferente construcțiilor, care efectuează verificarea proiectelor în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice și cerințelor fundamentale aplicabile prevăzute de lege.”

Presupunerea autorității contractante invocate de maniera „Date fiind mențiunile exprese din documentația de atribuire, referitoare la verificatorii de proiecte, ofertanții ar fi trebuit să determine, în cadrul documentelor de calificare, persoana responsabilă cu realizarea acestei părți din contract, respectiv un subcontractant” nu au nicio susținere în cauză, în condițiile în care, prin pct. IV.4.1 al fișei de date s-a impus prezentarea „Personalului propus pentru serviciile de proiectare”, cerință particularizată prin Formularul 13 - „Propunere tehnică” la modul:

„Organigrama echipei de proiectare - prezentând structura echipei propuse pentru realizarea serviciilor de proiectare, cu evidențierea rolurilor în cadrul echipei; Pentru fiecare specialist prezentat se va depune CV, diplome, autorizații, modalitatea de acces la acești specialiști (contracte de munca, declarații de disponibilitate).

Se solicita în mod obligatoriu prezentarea următorilor specialiști pentru proiectarea lucrărilor”

Astfel fiind, autoare opinează că era suficientă precizarea în propunerea tehnică a specialistului verificator de proiecte pentru care s-a

depus Contract de prestări de servicii nominal, în condițiile în care atestarea respectivilor specialiști și dreptul de practică sunt publice - putând fi verificate în mod gratuit în condițiile art. 21 și art. 23 lit. a) din Regulamentul aprobat prin HG nr. 742/2018 conform cărora:

„Art. 21. - în aplicarea prevederilor art. 21 alin. (1) și (2) din Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, dreptul de practică al specialiștilor cu activitate în construcții atestați/autorizați, după caz, se acordă pe durată nedeterminată și se confirmă periodic, din 5 în 5 ani, prin verificarea îndeplinirii cerințelor inițiale de atestare/autorizare și prin vizarea legitimației emise odată cu atestatul/autorizația.

Art. 23. - în vederea gestionării datelor și informațiilor privind specialiștii în construcții atestați, respectiv autorizați, precum și a monitorizării activității acestora, se înființează:

a) un registru electronic de evidență a verifcatorilor de proiecte atestați și, respectiv, un registru electronic de evidență a experților tehnici atestați, gestionate și actualizate periodic de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice”.

Astfel fiind, în condițiile în care pentru verifcatorul de proiecte era suficientă nominalizarea acestuia și prezentarea contractului de colaborare/implicare în contract, luând în considerare că verificarea situației respectivului specialist se poate efectua nerestricționat și gratuit în sursele publice, stabilite prin lege, clamarea calității de subcontractant „inventată” artificial de autoritatea contractantă, motivată doar prin faptul că pentru respectivul specialist s-ar fi impus prezentarea de „documente de calificare”, nu are niciun temei faptic și legal, presupunerea autorității contractante fiind rezultatul unei confuzii între criteriile de calificare și selecție inexistente cu privire la specialistul verifcator de proiecte în anunțul de participare (art. 181 din Legea nr. 98/2016) și conținutul propunerii tehnice - în care s-a prezentat contractul de prestări de servicii cu obiectul verificare proiecte prin specialist autorizat, ale cărui documente atestatoare a dreptului de practică sunt publice - autorizație și legitimație, fără a fi necesară prezentarea niciunui alt tip de document, consideră petenta.

Contestatoarea apreciază că fiind confuză și afirmația autorității contractante conform căreia *„Prin urmare, verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind sa declare entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant, întrucât acesta urmează a realiza părți din obiectul contractului”* în primul rând prin faptul că, după cum am arătat, verifcatorii de proiecte sunt persoane fizice care își desfășoară activitatea, fie ca persoană fizică autorizată, fie ca 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, interdicția impusă de art. 8 lit. a) din Regulamentul aprobat prin HG nr. 742/2018 - *„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" referindu-se punctual la proiectele în care verificatorul a fost implicat în calitate de proiectant și/sau expert tehnic atestat, ci nu la toate și orice proiecte elaborate de alți proiectanți - angajați ai aceleași persoane juridice cu obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71, în cadrul căruia, la rândul său, verificatorul de proiecte atestat este acționar/angajat/asociat.

Distincția rezultă cât se poate de clar din prevederile art. 7 din Regulament conform cărora:

„Verificatorul de proiecte îndeplinește, în condițiile legii, următoarele atribuții potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialității/specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat:

(...)

e) întocmește, respectiv semnează și ștampilează referatul de verificare a proiectului care cuprinde, printre altele, date și informații referitoare la respectarea/nerespectarea, după caz, a reglementărilor tehnice și asigurarea cerințelor fundamentale aplicabile;

(...)

g) semnează și ștampilează documentațiile verificate dacă acestea sunt corespunzătoare din punctul de vedere al cerințelor stabilite în lege.

(2) Verificatorul de proiecte întocmește și ține la zi registrul de evidență a proiectelor verificate" coroborate cu prevederile art. art. 28 alin. (6) din Norma metodologică de aplicare a Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții aprobată prin Ordinul nr. 839/2009 - „în conformitate cu prevederile anexei nr. 1 la Lege, în mod obligatoriu, fiecare planșă a documentației tehnice - D. T. va avea în partea din dreapta jos un cartuș care va conține informațiile minimale necesare pentru identificarea beneficiarului/investitorului, proiectantului - persoană fizică sau juridică - titlul proiectului și al planșei, numărul proiectului și al planșei, data elaborării, numele, calitatea și semnătura elaboratorilor și ale șefului de proiect. Modelul orientativ al cartușului este prezentat în anexa nr. 3 "CARTUȘ - model conform anexei nr. 1 la Lege".

Astfel că specialistului verificator de proiecte îi este interzis să semneze și ștampileze documentațiile verificate - în calitate de verificator, în situația în care a participat la elaborarea acestora în calitate de proiectant elaborator, fără să îi fie interzisă verificarea și atestarea acelor documentații elaborate de către persona juridică în care are calitate de acționar/angajat/asociat - în cadrul căruia nu a avut implicare în calitate de proiectant.

În continuare, autoarea arată că, din modul în care a fost definit obiectul contractului la pct. 11.1.4) *„Descriere succintă”* al anunțului de participare, respectiv:

„Servicii de proiectare, verificare tehnică de calitate, asistența tehnică din partea proiectantului și execuție de lucrări la obiectivul: Extindere rețea de apă în localitatea Recea Mică, ..., jud., conform documentației tehnice de atribuire, anexata prezentului anunț, fără a se fi impus cerințe de calificare exprese, în acord cu dispozițiile art. 181 din Legea nr. 98/2016 - „Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare” și cele ale art. 173 alin. (2) din același act normativ - referitoare la capacitatea de exercitare a capacității profesionale – în sensul de a se fi impus prezentarea de atestate/autorizări etc. specifice verifcatorilor de proiecte, erau evidente următoarele fapte:

- ofertantul asociat - în calitatea sa de viitor contractant - era singurul responsabil și obligat să asigure el însuși legalitatea derulării tuturor activităților din cadrul contractului;

- ofertantul, în calitatea sa de antrenor general - era îndreptățit și avea libertatea deplină să își aleagă colaboratorii - care să acționeze pentru sine - în vederea executării tuturor activităților din obiectul contractului pe baze legale, calitatea de colaborator fiind recunoscută în mod distinct față de cea de subcontractant prin dispozițiile art. 25 lit. m) din Legea calității în construcții nr. 10/1995 conform căroră *„Executantul lucrărilor de construcții are următoarele obligații principale: stabilirea răspunderilor tuturor participanților la procesul de producție - factori de răspundere, colaboratori, subcontractanți - în conformitate cu sistemul propriu de asigurare a calității adoptat și cu prevederile legale în vigoare”*;

- nefiind impuse cerințe exprese în anunțul de participare cu privire la prezentarea de autorizații speciale pentru dovedirea *„capacitatea de exercitare a activității profesionale”* cu privire la verifcatorii de proiecte în acord cu dispozițiile art. 181 din Legea nr. 98/2016, ofertantul asociat nu avea nicio obligație de a implica în ofertă *„Subcontractanți pe a căror capacități se bazează ofertantul”* în sensul reglementat de art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, încât aceștia să fi prezentat DUAЕ separat ca început de dovadă scrisă a îndeplinirii vreunui criteriu/cerință de calificare, astfel de cerințe nefiind impuse așa cum obligă legislația în materie.

(16) Față de situația descrisă, contestatoarea, în calitate de ofertant, susține că avea obligația instituită prin art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 - *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”*, în timp ce autorității contractante îi revenea obligația reglementată de art. 132 alin. (1) din același act normativ conform

căroră: „în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ”.

În situația în care, „în cadrul documentației de atribuire, nu a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare” de natura celor antemenționate, petenta consideră că autoritatea contractantă nu era îndreptățită la pretinderea implicării în ofertă a verficatorului de proiect cu calitate de subcontractant, aceasta fiind obligată să ia în considerare Contractul de prestări de servicii având ca obiect verificarea tehnică a proiectului din obiectul contractului efectuată de către specialistul cu activitate în construcții -, atestat ca verficator de proiecte conform legitimației seria CAV nr. 1.1620, prin forța următoarelor dispoziții legale, suplimentare față de cele evocate la pct. (16), respectiv, dispozițiile C. civ. constituite de prevederile:

- art. 1766 alin. (1) - „Contractul de furnizare este acela prin care o parte, denumită furnizor, se obligă (...) să presteze anumite servicii, la unul sau mai multe termene ulterioare ori în mod continuu, iar cealaltă parte, denumită beneficiar, se obligă (...) să primească prestarea serviciilor și să plătească prețul lor”,

- art. 1270 - “(1) Contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante. (2) Contractul se modifică sau încetează numai prin acordul părților ori din cauze autorizate de lege]

- art. 1281 - „Contractul este opozabil terților, care nu pot aduce atingere drepturilor și obligațiilor născute din contract. Terții se pot prevala de efectele contractului, însă fără a avea dreptul de a cere executarea lui, cu excepția cazurilor prevăzute de lege”.

Întrucât, în cauză, în oferta asocierii SC SRL – SC SRL este inclusă prestarea serviciilor de verificare tehnică a proiectelor de către un terț independent față de ofertantul asociat - prin specialiști verficatori de proiecte atestați - pe bază de contract de prestări de servicii - conform ipotezei reglementată de art. 5 lit. b) din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate aprobat prin HG nr. 742/2018, contestatoarea solicită să se constate că pretenția autorității contractante ca specialistul verficator de proiecte atestat să fi fost implicat în ofertă cu calitate de subcontractant nu are niciun temei faptic sau legal, dar și faptul că un astfel de aspect nu putea constitui motiv de respingere a ofertei în condițiile în care verificarea proiectului tehnic este asigurată în condiții de deplină legalitate, fapte pentru care reiterează solicitarea de admitere a contestației așa cum aceasta a fost formulată.

În drept, SC SRL invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, celelalte acte normative precizate în conținutul contestației.

În probațiune: petenta anexează înscrisuri.

Prin adresa nr. 2302/18.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27889/23.05.2023, ... transmite punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând:

- pe cale de excepție, respingerea contestației, pentru nedepunerea cauțiunii pentru soluționarea contestației, în conformitate cu prevederile art. 611 din Legea 101/2016 actualizată, motivat de faptul că până la data redactării prezentului punct de vedere, respectiv 23.05.2023, în conformitate cu prevederile legale, SC SRL nu a constituit cauțiunea legală pentru soluționarea contestației, așa cum rezultă din secțiunea de "Istoric dosare" de pe portalul CNSC.

- pe fond, respingerea contestației ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de achiziție.

În motivare, autoritatea contractantă precizează, punctual, următoarele:

1. Referitor la aspectele procedurale reclamate de contestatoare, și anume la data raportului și a comunicării, autoritatea contractantă precizează faptul ca a respectat prevederile legale privind comunicările către ofertanți asupra deciziilor luate, arătând că raportul a fost întocmit în data de 28.04.2023 inasa a fost aprobat de conducătorul unității abia în data de 09. 05.2023, iar după aprobarea acestuia a fost emisa comunicarea nr. 2079/10/05/2023, ambele fiind transmise în SEAP în data de 11.05.2023, considerând astfel nefondată acuzația contestatoarei privind necomunicarea în termen a deciziilor luate de autoritatea contractantă.

2. Conform comunicării nr. 2079/10/05/2023, autoritatea contractantă susține că a transmis motivele concrete pentru care oferta depusa de SC SRL a fost declarata inacceptabila, raportându-se la solicitarea de clarificări transmisă și raportat la răspunsul ofertantului. Conform FDA, cap. "III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale", se precizează faptul ca "Operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara rezidentă, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului de achiziție publică (...)".

Inacceptabilitatea ofertei depusă de contestatoare a fost clar motivată în comunicarea transmisă, și, conform ofertei depuse, acesta nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, Fișei de date a achiziției și a codurilor CPV secundare achiziției, conform Fișei de date a achiziției.

Conform FDA:

Cap. 3.5.5 Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție are alocată suma de 4.000+ TVA și cod CPV secundar: 71328000-3 Servicii de verificare a proiectelor de structuri portante (Rev.2).

Având în vedere toate activitățile ce urmează a fi realizate prin contract și de faptul că acestea fac parte din obiectul contractului, astfel că prin corelare cu prevederilor legale în materia achizițiilor publice, un operator economic poate participa la realizarea obiectului unei activități în cadrul unei proceduri de achiziție publică doar având calitatea de asociat, subcontractor sau terț susținător, potrivit achizitoarei.

Contestatoarea nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, prezentând în cadrul răspunsului autorizația d-lui Retezan I Ioan Adrian Nicolae, reprezentant al operatorului economic SC SRL, care nu are nici o calitate în aceasta procedură, arată autoritatea contractantă.

În acord cu jurisprudența în materie, un furnizor de servicii nu poate realiza obiectul contractului sau părți din acesta, fără ca acesta să fi fost declarat ca și participant în cuprinsul ofertei întocmite de către cel care depune oferta de participare, precizează achizitoarea.

Contestatoarea, dacă intenționa să subcontracteze această activitate, în cadrul acordului de subcontractare trebuia să fie precizat în mod expres acest aspect.

În acest sens, ținând cont de aspectele precizate mai sus, autoritatea contractantă reiterează dispoziții legale considerate incidente în speța în comunicarea rezultatului procedurii către contestatoare, redate pe larg și de către aceasta din urmă, în contestație.

În susținerea celor menționate, autoritatea contractantă invocă ca jurisprudență consacrată atât la nivelul instanțelor de judecată cât și la nivelul CNSC: Decizia Civilă nr. 3605/22.06.2018, pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosar 287/57/2018 în care s-a reținut că: *"autoritatea contractantă are obligația de a evalua propunerea tehnică în baza competențelor profesionale a ofertantului și a subcontractorilor, prin raportare la obiectul acordului de asociere sau a acordului de subcontractare"*;

Decizia Civilă nr. 607/2018, pronunțată în dosarul 33/45/2018, de către Curtea de Apel Iași, unde s-a reținut faptul că: *"Ca atare se impune realizarea acestora de către ofertanți dacă dețin atestate/autorizații și sunt dispuși a presta în tot, personal aceste servicii. În caz negativ, terțele persoane care dețin atestate/autorizații și care vor realiza serviciile, așadar subcontractorii trebuie menționați expres și trebuie indicate dovezi în acest sens. Cerințe Caietului de Sarcini impune cu necesitate această concluzie, chiar dacă aceasta nu reiese în mod explicit din acesta. Capacitatea tehnică, oglindită în modalitățile de mai*

sus - amintite, constituie o cerință de conformitate ce nu poate fi ignorată de autoritatea contractantă”;

Decizia CNSC avand nr. 2865/C10/3036/07.11.2018 - în cuprinsul căreia s-a reținut: "Având în vedere cele reținute anterior, Consiliul apreciază că, deși documentația de atribuire nu impune în mod explicit cerința prezentării atestatului emis de către ANRE pentru proiectarea instalațiilor electrice, documentul în discuție reprezintă o condiție legală pentru întocmirea proiectului tehnic aferent lucrării ce urmează a fi executată fiind astfel necesar desfășurării contractului în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă nu a stabilit în sarcina ofertanților obligația prezentării vreunei autorizații de genul celei prevăzută de legislația citată anterior, însă, Consiliul reține relevante, în această situație, considerentele Deciziei nr. 5117/29.11.2017, emisă de Curtea de Apel București în dosarul nr. 8303/2/2017, într-o speță similară, potrivit căreia: „Curtea reține obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări (...) nu reprezintă un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurarea ce rezultă din dispozițiile (...). Așadar, pentru a desfășura în mod legal activitatea de (...), este necesar să se dețină un atestat eliberat în condițiile Legii nr. (...) și a metodologiei elaborate de IGSU, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de atestat în cuprinsul fișei de date. O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării de lucrări de (...) nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită (...)";

Decizia CNSC avand nr. 1279/C4/1380,1383/29.07.2020 în cuprinsul căreia s-a reținut: "(....)Daca ofertantul dorește sa folosească documentele unui terț, atunci acesta trebuia declarat ca subcontractant sau terț susținător pentru a se putea folosi de capacitatea sa tehnică și profesională";

precum și Decizia nr.441/2019 din 27 martie 2019 pronunțată de Curtea de Apel Cluj; Decizia CNSC avand nr,1279/C4/1380,1383/29.07.2020, Decizia Civila nr. 607/2018, pronunțată în dosarul 33/45/2018, de către Curtea de Apel Iași; Decizia Civila nr. 3935/12.10.2017 pronunțată de Curtea de Apel Cluj; Decizia Consiliului nr. 2865/00/3036/07.11.2018; Decizia Consiliului nr. 2836/C5/3036/02.11.2018 și Decizia Civilă nr. 3605/22.06.2018, pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia, considerată relevantă, în care instanța a reținut:

"Criticile petentei vizează faptul că ofertanții clasați pe primele două locuri nu ar putea realiza în condiții de legalitate activitatea de verificare a proiectelor (componentă a obiectului contractului), deoarece nu au declarat subcontractanți care să o efectueze, critici pe care instanța le

apreciază ca fiind întemeiate. Prin urmare verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind să declare entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant. Prin urmare se constată că sc ... srl nu a justificat că are capacitatea profesională de a realiza această activitate de verificare a proiectelor de către verificatori tehnici atestați, ca parte a obiectului contractului de achiziție publică. În lipsa unei contractări legale a acestei activități ofertantul desemnat câștigător care și-a asumat activitatea de proiectare nu poate realiza în mod legal activitatea de verificare tehnică a proiectului.

Din economia textelor legale invocate rezultă că verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de operatorul economic care a întocmit/elaborat proiectul, ofertanții trebuind să precizeze calitatea în care verificatorii de proiecte urmează a realiza părți din obiectul contractului.

Față de aspectele mai sus descrise, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016. HG nr. 395/2016, precum și alte acte normative aplicabile.

Prin adresa nr. 1581/24.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 28035/24.05.2023, SC SRL, în calitate de lider asocierii SC SRL – SC SRL, depune "Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante nr. 2302/18.05.2023", prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației sale așa cum aceasta a fost formulată, din următoarele considerente contradictorii apărărilor formulate de autoritatea contractantă:

1. Încă de la început, petenta învederează faptul că *Punctul de vedere* al autorității contractante este înregistrat în data de 18.05.2023, chiar în ziua în care contestația sa a fost depusă, dar este semnat digital în data de 23.05.2023, iar olograf, de către reprezentantul legal al instituției, este semnat tot la data de 23.05.2023 (data menționată în dreptul semnăturii reprezentantului legal), dată la care a fost și transmis.

Autoarea recurge la respectiva observație tocmai spre a se reține caracterul incalificabil al comportamentului, dar și al afirmației achizitoarei din întâmpinare - *„După cum se poate observa, raportul a fost întocmit în data de 28.04.2023 inși a fost aprobat de conducătorul unității abia în data de 09. 05.2023, iar după aprobarea acestuia a fost emisă comunicarea nr. 2079/10/05/2023, ambele fiind transmise în SEAP în data de 11.05.2023. Ținând cont de aceste aspecte, consideram nefondată acuzația contestatoarei privind necomunicarea în termen a deciziilor luate de autoritatea contractantă”*, afirmații care, în opinia contestatoarei, sfidează prevederile exprese ale art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

2. SC SRL solicită respingerea excepției de neconstituire a cauțiunii necesară soluționării contestației, considerată neserioasă, în condițiile în care aceasta este invocată prin clamarea termenului de 5 zile defipt de lege pentru constituire - termen care, calculat începând cu „data sesizării Consiliului”, după metodologia reglementată de art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 - „Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului”, s-a încheiat „la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”, iar Recipisa de consemnare nr. 209169856/1 a fost transmisă Consiliului în termenul legal.

3. Cu privire la alegațiile prin care pârâta încearcă să își apere decizia nelegală de respingere a ofertei SC SRL, în asociere, bazată pe un considerent „inventat” ca cel constituit de afirmații precum:

„Inacceptabilitatea ofertei depusa de contestatoare a fost clar motivată în comunicarea transmisă, și, conform ofertei depuse, acesta nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, Fisei de Date a Achiziției și a codurilor CPV secundare achiziției, conform Fisei de Date a Achiziției. Conform FDA:

Cap. 3.5.5 Verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție are alocată suma de 4.000+ TVA și cod CPV secundar : 71328000-3 Servicii de verificare a proiectelor de structuri portante (Rev.2).

Având în vedere toate activitățile ce urmează a fi realizate prin contract și de faptul ca acestea fac parte din obiectul contractului, astfel ca prin corelare cu prevederilor legale în materia achizițiilor publice, un operator economic poate participa la realizarea obiectului unei activități în cadrul unei proceduri de achiziție publică doar având calitatea de asociat, subcontractor sau terț susținător. Contestatoarea nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, prezentând în cadrul răspunsului autorizația d-lui Retezan I Ioan Adrian Nicolae, reprezentant al operatorului economic SC SRL, care nu are nici o calitate în aceasta procedura.

În acord cu jurisprudența în materie, un furnizor de servicii nu poate realiza obiectul contractului sau părți din acesta, fără ca acesta să fi fost declarat ca și participant în cuprinsul ofertei întocmite de către cel care depune oferta de participare.

Contestatoarea, dacă intenționa să subcontracteze această activitate, în cadrul acordului de subcontractare trebuia să fie precizat în mod expres acest aspect. Ținând cont de aspectele precizate mai sus, considerăm că în această speță sunt incidente următoarele dispoziții legale:

Noul Cod civil (...)",
achizitoarea dovedește că nu înțelege sensul propriilor afirmații, sens în care contestatoarea solicită a se reține următoarele:

Pentru a fi dovedit *„capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect”*, cum susține pârâta, autoritatea contractantă ar fi trebuit să se conformeze propriei obligații care îi revenea din dispozițiile exprese ale art. 181 din Legea nr. 98/2016 - *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”* și astfel să fi publicat în anunțul de participare o cerință minimă de calificare prin care să se fi impus ca ofertanții să facă dovada *„capacității de exercitare a activității profesionale”* prin prezentarea atestatelor de verificador de proiecte autorizat.

În situația în care nu s-a impus o atare cerință prin anunț și nici prin alt document al achiziției, autoritatea contractantă era obligată prin dispozițiile art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016 să se limiteze strict la *verificarea modului de îndeplinire a acelor criterii de calificare și selecție care au fost prevăzute în cadrul documentației de atribuire*, fără a recurge la „presupuneri” că verificadorul de proiecte ar fi trebuit să fi fost implicat în procedură cu calitate de *„asociat, subcontractor sau terț susținători”*.

În situația în care prin anunț și documentația de atribuire nu s-a impus prezentarea autorizării speciale de verificador de proiecte, *„activitățile ce urmează a fi realizate prin contract și de faptul ca acestea fac parte din obiectul contractului”*, cum susține intimata, erau în responsabilitatea ofertantului - în viitoarea sa calitate de antreprenor general, care era ținut la a le realiza în mod legal, în caz contrar, ofertantul riscând incidența sancțiunilor penale aferente infracțiunilor reglementate de art. 35 din Legea nr. 10/1995.

Execuția legală a părților din contract precum cele supuse autorizărilor speciale din cauză - este reglementată expres de art. 25 lit. m) din Legea nr. 10/1995, ca fiind posibilă a fi realizată, atât prin subcontractanți, cât și prin diverși *„colaboratori”* ai executantului, prestatorul de servicii calificate și autorizate *Retezan I Ioan Adrian Nicolae*, fiind un colaborator pe deplin legal implicat în ofertă cu calitate de prestator de servicii, aspect care a fost clar precizat achizitoarei prin intermediul răspunsului la clarificările solicitate pe timpul evaluării ofertelor, arată contestatoarea.

Confuzia în care se găsește *„consultantul/prestator de servicii auxiliare”* (și nu subcontractant) este reflectată prin invocarea și citarea din jurisprudența CEJ a unor decizii cu prevederi clare împotriva modului în care autoritatea contractantă a procedat, sens în care petenta exemplifică cu: *”Conform unei jurisprudențe constante reținută atât de către instanțele judecătorești cat și de către CNSC, avand în vedere cele reținute în cadrul deciziilor pronunțate chiar de către CJUE, care a reținut ca, unei autorități contractante îi revine sarcina de a RESPECTA CU STRICTEȚE criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special*

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 Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37). Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură (a se vedea Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 42). Potrivit practicii CJUE, 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, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 36). De asemenea Curtea a statuat că principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poată cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților (a se vedea în acest sens Hotărârea din 9 februarie 2006, La Cascina și alții, C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94, punctul 32 Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37)".

Astfel fiind, contestatoarea arată că întreaga jurisprudență a CEJ invocată se pronunță ferm în sensul limitării drastice a dreptului autorității contractante de a pretinde ofertanților să îndeplinească doar acele condiții care au fost incluse *"în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare"*, în timp ce intimata afirmă împotriva jurisprudenței CEJ precitate - care se constituie în izvor de drept pentru toate statele membre - susținând de maniera: *"Contestatoarea nu demonstrează capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect"*, în condițiile în care prin documentația de atribuire nu a fost impusă nicio cerință referitoare la *"capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect"*.

Dacă specialistul extern, prestator de servicii auxiliare retribuit din bani publici, ar fi avut o pregătire minimală, ar fi fost la curent cu

alinieră jurisprudenței Consiliului, dar și a instanțelor de control judiciar, la practica constantă a Curții Europene de Justiție, sens în care contestatoarea exemplifică cu decizii recente, în care chiar ea a fost parte, precum:

Decizia CNSC nr. 1043/C4/942 din 19.05.2022, din a cărei motivare redă :

" (...) Consiliul reține că problema necesității acoperirii în conținutul ofertei a tuturor avizelor și autorizațiilor din legislația specială este amplu dezbătută atât în practica națională, cât și în practica Curții de Justiție a Uniunii europene, rezultând, astfel, că nu numai legislația din România, care transpune Directiva 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI a generat interpretare neunitară la nivel național, situația fiind similară și în alte state europene.

Consiliul reține că speța supusă discuției este cea mai disputată și cea mai inconsistentă în practica ultimilor ani, profesioniștii în domeniul achizițiilor publice din România negăsind calea de urmat unitară într-o chestiune atât de des întâlnită. Din acest motiv, mulți operatori economici clasați pe poziții inferioare în clasament profită de caracterul antagonic al practicii, reușind să devină câștigători împotriva unor ofertanți cu oferte admisibile, cu prețuri mai mici. Practic, exploatând această inconsecvență a practicii, descoperă în documentație orice posibile activități aferente contractului care ar necesita o aprobare, autorizație, un curs de specializare etc, pentru ca ulterior să invoce obligativitatea legală a prezentării în ofertă a documentelor respective, chiar dacă autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea lor, susținând, cum este și în speța de față, că documentația de atribuire se completează de drept cu prevederile legislației speciale. De asemenea, există autorități contractante care, bulversate de inconsistența practicii, adoptă poziții și atitudini diferite de la o procedură la alta, și autoritatea contractantă din această procedură aflându-se într-o atare situație.

Există, de asemenea, autorități contractante care susțin că nenumirea unui subantreprenor în ofertă însărcinat cu realizarea acestor activități, de regulă, de o amploare nesemnificativă în economia contractului, reprezintă un motiv de respingere a ofertei, citând, în acest sens, prevederi din lege referitoare la definirea noțiunii de operator economic, subcontractant, fără, însă, a ține seama că ofertanții sunt obligați să numească subcontractori până la data limită de depunere a ofertelor doar pentru dovedirea criteriilor privind capacitatea, astfel cum au fost acestea prevăzute în documentația de atribuire. Pentru alte activități, operatorii au dreptul să numească prestatori, subcontractanți, furnizori, orice este necesar și ulterior, cu respectarea dispozițiilor legale.

Concluzia Cauzei Pippo Pizzo C-27/15, cea mai clară dintre toate cauzele de pe rolul CJUE, este interpretată, de asemenea, în sens diametral opus de către instanțe și CNSC, în funcție de opinia proprie, în cea mai mare parte ignorându-se considerentele curții.

Speța în analiza Consiliului este una care a generat cele mai multe decizii CNSC modificate de instanțele de control judiciar în perioada 2020- 2022 având la bază interpretările diferite ale legislației naționale în materia achizițiilor publice, indiferent dacă sunt în sensul considerării ca valide a

necesității prezentării în ofertă a unor certificări specifice în vederea demonstrării capacității de executare a obiectului contractului, chiar dacă acestea nu au fost solicitate expres la nivelul documentației de atribuire, sau dacă se apreciază ca validă conduita axată strict pe rigorile documentației de atribuire, respectiv stabilirea de către autoritatea contractantă *expresis verbis* a cerințelor de calificare, necesitatea altor autorizații fiind lăsată în seama executantului/ prestatorului, în etapa realizării obiectului contractului. Deci, indiferent de soluția adoptată de Consiliu, soluțiile instanțelor au fost în ambele sensuri, existând, în egală măsură, decizii care au menținut deciziile Consiliului sau care le-au modificat, deși acestea au fost pronunțate în ambele sensuri.

La nivel instituțional această practică este monitorizată, constituind obiectul multor dezbateri, fără, însă, a se ajunge la adoptarea unei soluții de unificare a practicii. Aceeași temă este abordată și în seminariile de formare profesională pentru magistrați, mai cu seamă în cadrul programului Norway Grants, derulat de Consiliul Superior al Magistraturii. Cu toate acestea, practica nu își găsește, încă, făgașul stabil, iar apariția unor notificări interpretative ale Agenției Naționale a Achizițiilor Publice și noile modificări legislative referitoare la noțiunile de subcontractant/ furnizor nu au reușit să unifice practica, ci dimpotrivă, au îndepărtat-o și mai mult de interpretările Curții de Justiție a Uniunii Europene și de prevederile exprese ale Directivei 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI și chiar ale legislației naționale care prevede expres, cu caracter de principiu, că autoritatea contractantă are obligația de a aduce la cunoștința operatorilor economici toate informațiile necesare elaborării ofertei și că ofertele pot fi respinse doar pentru motivele prevăzute de legislația achizițiilor publice și de documentația de atribuire.

Orice alte considerații referitoare la calitatea de profesioniști care trebuie să cunoască reglementările domeniului sunt simple speculații, fără suport normativ în legislația achizițiilor publice.

(...)

Din acest motiv, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract, adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității.

În timp ce, după cum s-a menționat mai sus, cerințele în discuție în prezenta cauză (adică cele prevăzute de legi speciale, dar care nu sunt enumerate printre criteriile de selecție din documentele de achiziție) nu trebuie considerate criterii de selecție în sensul articolului 63, concluzia din paragraful precedent este totuși utilă pentru examinarea prezentei cauze. Având în vedere că o excludere a unui ofertant pentru nedesemnarea subcontractanților pe ale căror capacități intenționează să se bazeze în ceea ce privește criteriile de selecție clar definite în documentul de achiziție în etapa de selecție nu ar fi posibilă, a fortiori, o excludere efectuată în această etapă pentru nedesemnarea unui subcontractant care să respecte criteriile/cerințele neincluse printre criteriile de selecție stabilite în documentele de licitație ar fi

incompatibilă cu directiva privind achizițiile publice și cu principiul proporționalității.

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 Aplirikos 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 cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț, cum sunt cele invocate de contestatoare, sau să aprecieze că nu a fost nominalizat un subcontractant pentru activități de mică anvergură, dar importante în economia contractului, la momentul depunerii ofertei.

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 o astfel de cerință, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind profund nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime.

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizări de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unei dovezi de autorizare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, ci dimpotrivă, așa cum s- a arătat, în conținutul documentației de atribuire se referă la obligația antreprenorului de a executa lucrările de specialitate cu personal autorizat, atunci nu există obligația depunerii de dovezi în acest moment, ci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor, așa cum justificat apreciază Comisia Europeană în documentul menționat și OUE 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 Consorzió stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în

ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși ie-a stabilit Astfel, acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice.

Prin urmare, principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54)".

(...)

Așa cum a subliniat Comisia Europeană, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract, adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității. De asemenea, articolul 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice prevede în mod expres că „un operator economic poate (...) să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea” în ceea ce privește criteriile prevăzute la articolul 58 alineatul (4) din directivă, existând, astfel, posibilitatea pentru ofertanți să numească inclusiv prestatori de servicii pentru astfel de activități cu pondere minoră".

Decizia civilă nr. 1650 din 22 iunie 2022, pronunțată de CURTEA DE APEL BUCUREȘTI, în Dosarul nr. 3963/2/2022, prin care instanța de control judiciar competentă a reținut după cum urmează:

"(...) Conform dispozițiilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 "ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire".

De asemenea, potrivit art. 160 alin. 1 din Legea nr. 98/2016, "orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs".

Din interpretarea dispozițiilor legale sus menționate, rezultă că autoritatea contractantă are obligația să evalueze ofertele raportându-se strict la documentația de atribuire care guvernează procedura de achiziție publică, cu atât mai mult cu cât aceasta a rămas definitivă prin neatacare, în termenul stabilit conform art. 160 alin. 1 din Legea 111*. 98/2016 .

Din verificarea Caietului de sarcini - Prezentarea propunerii tehnice rezultă că aceste autorizații și atestate nu s-au numărat printre autorizațiile

solicitate de autoritatea contractantă, astfel că evaluarea ofertelor nu se putea realiza în raport cu o asemenea cerință.

În același sens este atât practica instanțelor naționale, dar și jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene- Hotărârea Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser împotriva Manova nr C-336/12 din 10.10.2013, prin care s-a statuat că, „în temeiul art. 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit”.

Curtea observă că petentele critică prin prezenta plângere faptul că documentația de atribuire nu impune ofertanților necesitatea deținerii autorizațiilor și atestatelor, conform dispozițiilor legale care impun deținerea acestor documente de către operatorii economici care execută genul de lucrări ce fac obiectul contractului de achiziție publică în litigiu.

Or, în această etapă a procedurii, în condițiile în care operatorii economici participanți la procedura de achiziție publică nu au înțeles să solicite clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire în termenul prevăzut de autoritatea contractantă, necontestând documentația de atribuire din perspectiva nesolicitării deținerii de către ofertanți a autorizațiilor și atestatelor la care se face referire prin plângerile formulate, nu mai pot fi aduse în discuție aceste critici, chiar dacă acestea vizează cerințe impuse de dispoziții legale.

Curtea reține în plus și hotărârea din cauza Medipac- Kazatatyidis AE împotriva Venizeleio-Pananeio nr. C- 06/05 din 14.06.2017 prin care CJUE a stabilit 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.

Toate alegațiile petentelor cu privire la faptul că în lipsa autorizațiilor emisă de IGSU și ISCIR, precum și atestatul ANRE, ar fi trebuit dispusă excluderea ofertei din procedura de atribuire, nu pot fi reținute de Curte, câtă vreme aceste documente nu au fost solicitate prin documentația de atribuire.

De asemenea, Curtea constată că practica judiciară la care face referire petenta în plângere vizează ipoteza în care se contestă documentația de atribuire din perspectiva faptului că autoritatea contractantă nu a prevăzut o astfel de cerință în caietul de sarcini, situație total diferită de cea care este supusă analizei în speța de față.

De asemenea, Curtea reține că este greșită susținerea petentelor referitoare la obligația intimatedi SRL de a declara subcontractanții care urmau să execute anumite părți din lucrarea contractantă și care ar fi deținut autorizațiile și atestatele legale necesare.

Astfel, Curtea, în acord cu Consiliul, constată că ofertantul S.R.L. a răspuns la solicitările de clarificări, arătând că la momentul execuției lucrărilor va apela la alți operatori economici cu care în mod obișnuit desfășoară activități similare, în baza unor contracte de prestări servicii.

Curtea observă, de asemenea, că , prin acest răspuns, ofertantul SRL a vrut să arate că are acces la personal calificat din surse externe.

Contrar susținerilor petentelor, Curtea reține că documentația de atribuire nu prevede în sarcina ofertanților obligația de a prezenta autorizațiile și atestatele indicate mai sus și nici să desemneze subcontractanți.

Astfel, conform art. 63 alin. 1 din Directiva 2014/14, precum și practicii constante a CJUE, excluderea din procedură de achiziție publică a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din dispozițiile unor legi speciale, DAR CARE A ALES O ALTA FORMA CONTRACTUALA DE IMPLICARE A SPECIALIȘTILOR în CONTRACTUL DE ACHIZIȚIE, CUM AR FI CONTRACTUL DE PRESTARI-SERVICII, este greșită.

În ceea ce privește respectarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, Curtea are în vedere faptul că tocmai pentru a nu fi încălcate aceste principii este interzis autorității contractante de a modifica criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire, fiind nelegal ca un ofertant care respectă cerințele prevăzute în documentația de atribuire să fie exclus (Hotărârea Medipac- Kazantzidis C-6/05).

Pentru toate aceste considerente, vor fi respinse plângerile conexe formulate împotriva deciziei nr. 1043/C4/942/19.05.2022 pronunțată de Consiliul Național pentru Soluționarea Contestațiilor”

Întreaga jurisprudență contrară, invocată de autoritatea contractantă, este anterioară alinierii practicii Consiliului și a Instanțelor de control judiciar la practica CEJ - care este obligatorie pentru toate statele membre, în timp ce jurisprudență națională nu constituie izvor de drept, aspect tranșat prin Decizia nr. 2/2015, pronunțată de ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept - prin care s-a reținut astfel:

„Ab initio, înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudență nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost investite.”

Față de cele arătate, contestatoarea solicită Consiliului ca, în analiza și dezlegarea contestației sale, să se raporteze la prevederile legale exprese și imperative incidente, precum și la modul de interpretare a acestora de către CEJ prin jurisprudență sa constantă și obligatorie și astfel să constate că pretenția intimatei de a fi implicat în procedură verificatorul de proiecte în calitate de subcontractant nu are niciun temei legal devreme ce în anunțul de participare și documentația de atribuire nu a fost impusă vreo cerință de calificare privind „capacitatea de exercitare a activității profesionale” vizând deținerea autorizației speciale de verificator de proiecte, situație în care implicarea respectivului specialist în ofertă prin contractul de prestări-servicii a fost legală și valabilă și astfel să dispună admiterea contestației așa cum aceasta a fost formulată.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, jurisprudență CEJ invocată.

Prin adresa cu nr. 1794/13.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 31661/13.06.2023, SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SRL, a formulat note scrise, prin care reiterează solicitarea de admitere a contestației sale așa cum a fost formulată, din următorul considerent suplimentar, contradictoriu susținerilor formulate de autoritatea contractantă.

În acest sens, contestatoarea învederează ca dovadă suplimentară și indiscutabilă a erorii în care s-a aflat autoritatea contractantă când a decis respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, motivată prin invocarea pretenției intimei de a fi implicat în procedură verificator de proiecte în calitate de subcontractant, deși prin anunțul de participare și documentația de atribuire nu a fost impusă vreo cerință de calificare privind *„capacitatea de exercitare a activității profesionale”* vizând deținerea autorizației speciale de verificator de proiecte, situație în care implicarea respectivului specialist în ofertă prin contractul de prestări-servicii a fost legală și valabilă.

Astfel, fără a relua aspectele relevate prin contestație și răspunsurile contradictorii formulate, SC SRL solicită a se lua în considerare jurisprudența CEJ, pronunțată în exercitarea competențelor atribuite prin art. 267 din TRATATUL PRIVIND FUNCȚIONAREA UNIUNII EUROPENE (versiune consolidată) și ale cărei hotărâri au forță executorie potrivit art. 280 din același tratat.

În acest sens, contestatoarea invocă Hotărârea Curții (Camera a treia) din 26 ianuarie 2023, pronunțată în cauza C-403/21, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (România), prin decizia din 22 iunie 2021, primită de Curte la 29 iunie 2021, în procedura SC NV Construct SRL împotriva Județului Timiș, cu participarea: SC Proiect- Construct Regiunea Transilvania SRL, hotărâre prin care, printre alte aspecte, *CEJ s-a pronunțat asupra aspectului care constituie obiect al cauzei pendinte*, reținând că:

„72 În ipoteza în care obligațiile care decurg din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției ar constitui EFECTIV CRITERII DE selecție, în sensul articolului 58 din Directiva 2014/24, este suficient să se amintească faptul că articolul 63 alineatul (1) din această directivă conferă oricărui operator economic un drept de a recurge, pentru un anumit contract, la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea, pentru a satisface diferitele categorii de criterii de selecție enumerate la articolul 58 alineatul (1) din directiva menționată și concretizate la alineatele (2)-(4) ale aceluiași articol (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C-94/12,

EU:C:2013:646, punctele 29 și 33, precum și Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punctul 150)"

și dispunând după cum urmează:

„Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

(...)

3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare".

În drept, dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, jurisprudența CEJ invocată în conținutul prezentei.

SC SRL a constituit cauțiunea în sumă de 35.207,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 209169856/1 din data de 23.05.2023, eliberată de CEC Bank SA - Sucursala

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului având ca obiect «Proiectare și execuție lucrări la obiectivul „Extindere rețea de apă în localitatea, ..., jud.»», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN 1119252 din 10.01.2023, valoarea estimată fiind de 1.760.338 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Decizia privind rezultatul procedurii i-a fost comunicată asocierii SC SRL – SC SRL prin adresa nr. 2079 din 10.05.2023, respectiv faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece asocierea nu a demonstrat capacitatea profesională de a presta serviciile de verificare de proiect, prezentând, în cadrul răspunsului la clarificări, autorizația dlui, reprezentant al SC SRL, fără a declara subcontractant entitatea care realizează verificarea de proiect, aceasta trebuind să fie diferită de cea care întocmește proiectul.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC SRL a depus contestația în analiză, solicitând următoarele:

- admiterea contestației;
- anularea adresei nr. 2079/10.05.2023 și a raportului procedurii nr. 1842/28.04.2023 în părțile conținând deciziile de respingere a ofertei

contestatoarei, ca inacceptabilă și, respectiv, cea de stabilire a rezultatului procedurii de atribuire, ca netemeinice și nelegale;

- obligarea autorității contractante la reanalizarea și reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice și a celorlalte acte normative incidente în vigoare.

Verificând, prin prisma celor susținute de contestatoare, decizia autorității contractante de a respinge oferta asocierii din care face parte, Consiliul reține că la punctul II.1.4 din fișa de date a achiziției se regăsește o descriere succintă a contractului și menționarea activităților ce vor fi executate în cadrul acestuia, între care este și activitatea de verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție, cu o valoare estimată de 4.000 lei.

În egală măsură, Consiliul constată că, printre cerințele de calificare, solicitate ofertanților prin secțiunea dedicată din fișa de date a achiziției, contrar celor susținute de achizitoare, nu se regăsesc și cerințe de atestare/certificare asociate activității de verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție.

Prin urmare, Consiliul notează că, deși această activitate este parte din obiectul achiziției, autoritatea contractantă nu i-a asociat și cerințe de calificare vizând deținerea autorizărilor legale necesare prestării ei.

În aceste condiții, Consiliul reține caracterul obligatoriu al documentației de atribuire atât pentru ofertant, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cât și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în procedura de achiziție publică, și fără eludarea regulilor deja existente în acest act al procedurii.

Prin urmare, deși este de netăgăduit faptul că realizarea, în mod legal, a activității de verificare de proiect implică deținerea autorizărilor legale specifice, din punctul de vedere al derulării procedurii de achiziție publică, prezentarea respectivelor autorizări legale se face la solicitarea expresă a autorității contractante, prin utilizarea cerințelor de calificare al căror scop, potrivit art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini

contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare. Or, în condițiile în care achiziția alege să nu stabilească cerințe de calificare incidente tuturor activităților pe care derularea contractului de achiziție publică le implică, admisibilitatea ofertelor trebuie stabilită exclusiv în funcție de cerințele și condițiile documentației de atribuire, fără a depinde de proba deținerii de către ofertant a acelor autorizări legale ce derivă din legi și normative în baza cărora activități ale contractului sunt realizate.

Interpretarea aparține Curții de Justiție a Uniunii Europene care, în data de 26 ianuarie 2023, în cauza C 403/21, a stabilit:

„Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

1) Articolul 58 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă

trebuie interpretat în sensul că autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

2) Principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că

se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.

3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că

se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.”

Prin urmare, sunt respinse pretențiile autorității contractante în sensul că, pentru declararea admisibilității ofertei asocierii SC SRL – SC SRL, era necesar ca societatea să facă dovada că deține, prin resurse proprii sau prin ale unui subcontractant, autorizările necesare

prestării activității de verificare de proiect, și în sensul că asocierea amintită nu are capacitatea tehnică și profesională de a presta serviciul de verificare de proiect, în condițiile în care, prin fișa de date a achiziției, nu a fost cerută vreo cerință de calificare în acest sens.

Însă, având în vedere că activitatea de verificare de proiect se regăsește între cele ce compun obiectul achiziției, intră în sarcina achizitoarei să se asigure că ofertantul pe care îl desemnează câștigător, viitor contractant, va asigura prestarea – direct sau indirect – în mod legal a acestui serviciu.

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, autorității contractante îi revine obligația corelativă de a verifica legalitatea prestării viitoarelor activități, respectiv nicidecum nu este chemată să ignore ori să încurajeze prestarea ilicită a activităților în executarea propriilor contracte, altminteri rămânând expusă riscului că a încredințat contractul unui antreprenor care nu îl poate executa în mod licit.

În lumina acestor considerente, Consiliul reține că, potrivit acordului de asociere dintre SC SRL și SC SRL (Formular nr. 6), SC SRL va realiza activitățile de proiectare și asistență tehnică.

Prin adresa nr. 1379 din 05.04.2023, autoritatea contractantă a cerut asocierii, al cărei lider este contestatoarea, să precizeze cum va asigura în mod legal activitatea de verificare de proiect, în condițiile în care, menționează achizitoarea, această activitate nu a fost subcontractată și nu poate fi realizată de SC SRL, entitate care elaborează proiectul.

SC SRL a răspuns prin adresa nr. 1074 din 06.04.2023, în care arată că verificarea de proiect va fi realizată în baza contractului de prestări servicii încheiat cu SC SRL, al cărei angajat este dl, anexat răspunsului fiind prezentat achizitoarei atestatul dlui ca verificador de proiecte.

Prin urmare, reținând că în prezenta achiziție nu au fost asociate cerințe de calificare dedicate atestărilor/certificărilor necesare prestării serviciilor de verificare de proiect, în lumina considerentelor Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C 403/21, Consiliul stabilește că entitatea care va presta verificarea de proiect în prezenta achiziție are calitatea de furnizor, așa cum acesta este definit la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a*

acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant.”

În contextul de fapt și de drept expus, Consiliul stabilește că proiectarea și verificarea acestuia sunt prestate de entități economice distincte.

Raportat la motivul de respingere reținut de achizitoare și la considerentele expuse în prezenta motivare, Consiliul stabilește că răspunsul asocierii SC SRL - SC SRL la clarificarea ce i-a fost cerută prin adresa autorității contractante nr. 1379 din 05.04.2023 nu poate fi considerat neconcludent, vădindu-se caracterul întemeiat al contestației înaintate de SC SRL.

Consiliul va respinge criticile contestatoarei referitoare la perioadele de timp în care autoritatea contractantă a emis raportul procedurii și comunicările privind rezultatul acesteia, în condițiile în care nu se reliefează prejudiciul suferit de către societate ca urmare a acestor acte ale achizitoarei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC SRL și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei asocierii SC SRL – SC SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta asocierii SC SRL – SC SRL, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei asocierii SC SRL – SC SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă

aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește oferta asocierii SC SRL – SC SRL, să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

....

Redactată în 4 exemplare, conține 35 pagini.

Redactată practica deciziei