



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. 691/C3/538

Data: 05.04.2021

Prin contestația nr. 493/09.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11533/09.03.2021, înaintată de SRL, cu sediul în, ..., ..., înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii simplificate organizate de autoritatea contractantă SA, cu sediul în, ..., ..., în vederea atribuirii contractului de „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiție Construire și dotare cămin cultural în comuna, inițiată prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. SCN1072787/05.08.2020, s-a solicitat

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11533/09.03.2021, ... SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 9253/02.03.2021 și raportul procedurii, acte emise de autoritatea contractantă SA, în procedura mai sus amintită, considerând nelegală și netemeinică decizia acesteia din urmă de a declara câștigătoare oferta depusă de SRL, întrucât ea trebuia respinsă, ca inacceptabilă.

Contestatoarea susține că oferta declarată câștigătoare nu respectă prevederile documentației de atribuire, și anume, pe cele ale fișei de date, cap. IV.4.1. b) *Modul de prezentare al propunerii tehnice* și pe cele ale caietului de sarcini (pag. 28) *Condiții pentru ofertanți*, ce vizează lista specialiștilor necesari și obligatorii.

În acest sens, contestatoarea arată că, în cadrul propunerii tehnice, ... SRL a nominalizat pentru poziția de *Responsabil tehnic*

cu execuția pentru lucrări de construcții civile și industriale pe domnul, însă diploma atașată aparține lui Pentru poziția de *Manager de proiect*, ... SRL a nominalizat pe, ca și pentru poziția de Manager în sisteme de Management al Calității, fără a face dovada acestor calificări. Mai mult, ... SRL nu a nominalizat și nu a depus dovezi pentru poziția de *Responsabil tehnic cu execuția pentru instalații electrice, termice sanitare și de ventilație*.

Totodată, contestatoarea reclamă faptul că ofertantul declarat câștigător nu deține autorizațiile necesare și obligatorii pentru executarea mai multor tipuri de lucrări: execuție instalație electrică, execuție instalație detecție incendiu, execuție sistem antiefracție, execuție instalație gaze, activități prevăzute atât în caietul de sarcini, cât și în proiectul tehnic.

Contestatoarea mai arată că executantul avea posibilitatea subcontractării acestor activități, însă nedepunerea DUAE la momentul depunerii ofertelor are ca efect declararea ofertei ca inacceptabilă.

Or, obligația autorității contractante era de a verifica dacă ofertanții pot executa lucrările, în integralitate.

În acest sens, contestatoarea invocă decizia Curții de Apel nr. 5117/2017 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 (...). Așadar, pentru a desfășura în mod legal activitatea de (...) este necesar să se dețină un atestat eliberat în condițiile legii nr. (...) și a metodologiei elaborate de (...), indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de atestat în cuprinsul fișei de date. O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării de lucrări de (...) nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită (...).

Aceeași interpretare este dată și prin deciziile Consiliului nr. 574/C7/446 din 09.04.2020, nr. 2865/C10/3036 din 07.11.2018 și nr. 1987/C9/2130 din 07.11.2019, precum și decizia Curții de Apel nr. 3298/08.09.2017, decizia Curții de Apel nr. 64/12.04.2019.

Totodată, contestatoarea susține că nu toate documentele ce compuneau propunerea financiară a societății SRL au fost, de la început, accesibile autorității contractante, aspect ce a făcut obiectul unei solicitări de clarificare.

Or, prin fișa de date a achiziției, cap. IV 4.3, autoritatea contractantă a precizat că, înainte de depunerea ofertei în SEAP, operatorii economici vor depune toate diligențele pentru asigurarea accesibilității și funcționalității pentru toate componentele ei, pentru a facilita accesul comisiei de evaluare la ofertă, în integralitate. Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, cad în sarcina operatorului economic.

Având în vedere considerentele anterior expuse, contestatoarea solicită admiterea cererii sale așa cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 12431/17.03.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 13369/17.03.2021, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea ei, ca nefondată.

Analizând criticile contestatoarei, autoritatea contractantă arată, pe de o parte, că propunerea tehnică depusă de SRL respectă cerințele caietului de sarcini, ofertantul nominalizând specialiștii implicați în derularea contractului. De asemenea, ofertantul a prezentat relația juridică pe care o are cu aceștia, precum și rolurile și responsabilitățile lor în realizarea contractului.

Autoritatea contractantă mai arată că nu a solicitat ca ofertanții să prezinte, în cadrul procedurii, documente din care să rezulte calificarea specialiștilor, autorizații sau certificări și nici nu a stabilit că experiența acestora constituie factor de evaluare astfel încât să fie obligatorie prezentarea documentelor pentru experți.

De altfel, precizează autoritatea contractantă, nu a solicitat nici ca ofertanții participanți la procedură să prezinte autorizațiile necesare pentru execuția instalațiilor electrice, detecție și incendiu, efracție, însă ofertantul declarat câștigător trebuie să execute lucrările cu personal autorizat.

În privința propunerii financiare, autoritatea contractantă arată că, inițial, ... SRL a încărcat în SEAP, un fișier format pdf, intitulat „Financiara” - pdf, ce nu a putut fi deschis, un fișier format pdf intitulat „Fluxuri de numerar, formularul de ofertă și un fișier în format pdf denumit „Buget”. În fișierul „Buget”, ofertantul a prezentat un centralizator cu valori aferente fiecărui stadiu fizic pe activitate.

Comisia de evaluare a considerat necesar să solicite ofertantului clarificări, respectiv să „prezinte listele de cantități care au stat la baza formării valorilor aferente fiecărei activități, cotate în pdf-ul intitulat „Buget”.

În opinia autorității contractante, răspunsul nu constituie o modificare a propunerii financiare, deoarece informațiile privind valorile aferente fiecărei Liste de cantități se regăseau în propunerea financiară în pdf-ul intitulat „Buget”, fiind incidente dispozițiile art. 134 alin. (7) lit. a) coroborate cu cele ale art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la obligativitatea deținerii autorizațiilor necesare și obligatorii pentru executarea mai multor tipuri de lucrări, autoritatea contractantă menționează că, din coroborarea dispozițiilor art. 163, art. 172 alin. (1) lit. c) și art. 178 din Legea nr. 98/2016, criteriile privind capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic ofertant reprezintă criterii de calificare și selecție. Pentru a putea fi luate în considerare la respingerea unei oferte, trebuie să se regăsească în cuprinsul anunțului de participare, așa cum solicită dispozițiilor art. 181 din aceeași lege,

dar și în fișa de date a achiziției, conform dispozițiilor art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

În conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a ales să introducă în caietul de sarcini informații referitoare la specialiștii considerați necesari pentru îndeplinirea contractului, fără a stabili în sarcina ofertanților, prin documentația de atribuire, obligația prezentării vreunei autorizații.

Responsabilitatea realizării contractului în condiții de legalitate aparține operatorului economic desemnat câștigător al procedurii.

De altfel, există posibilitatea ca aceste activități (ce necesită autorizare) să fie realizate de către furnizori acreditați, ba chiar introduși noi subcontractanți în timpul derulării contractului, aspect permis de legiuitor.

Autoritatea contractantă arată că, și în cadrul altor proceduri de atribuire, derulate pentru realizarea diferitelor obiective de investiții, cerințele caietului de sarcini au fost formulate în același sens, ca în prezentul caiet (deciziile Consiliului nr. 1835/C10/1934 din data de 07.10.2020 și nr. 1609/C2/1699 din 08.09.2020).

Concluzionând, autoritatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare au procedat în mod temeinic și legal la declararea ofertei depuse de SRL ca fiind admisibilă și câștigătoare, deoarece aceasta răspunde cerințelor formulate prin documentația de atribuire.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA a inițiat, la 05.08.2020, o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiție Construire și dotare cămin cultural în comuna Colonești, sat Mărunței, județul Olt”, prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. SCN1072787 și a documentației de atribuire aferente.

Considerând nelegală și netemeinică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SRL, operatorul economic (..... SRL) care a înaintat oferta clasată pe locul 2 a formulat contestația de față, solicitând anularea rezultatului procedurii și a raportului procedurii, în partea ce privește declararea ca admisibilă a ofertei câștigătoare. De asemenea, contestatoarea solicită și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei respective, cu luarea în considerare a motivelor ce ar determina respingerea ei, ca neconformă și inacceptabilă, dar și la stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu respectarea cerințelor legale.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207048411/1, în valoare de 59.964 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Lipscani, în data de 15.03.2021.

La analiza globală a susținerilor contradictorii și dovezilor depuse de părți, Consiliul reține că acestea privesc modul de întocmire a propunerii tehnice și a celei financiare, din oferta SRL, care nu ar răspunde unor rigori formale și/sau de fond, pentru a proba admisibilitatea ei în competiție.

În privința modului de întocmire a propunerii tehnice și a propunerii financiare, fișa de date a achiziției și caietul de sarcini (elementele principale ale ofertei) nu conțin obligația ofertanților de a prezenta acele autorizații la care face trimitere contestatoarea și nici de prezentare a listelor de cantități pentru viitoarele lucrări.

Sunt relevante, în acest sens, regulile cuprinse în fișa de date a achiziției, în secțiunile specifice:

IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice

Ofertantii vor elabora propunerea tehnică în baza cerințelor prezentate în caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să îndeplinească în mod corespunzător cerințele autorității contractante.

Prezentarea unor informații ce nu au legătură cu contractul supus licitației conduce la constatarea neconformității ofertei.

Ofertantul va demonstra corespondența propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să demonstreze asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligățiilor prevăzute în caietul de sarcini. În cazul în care, pe parcursul îndeplinirii contractului, se constată faptul că anumite elemente ale propunerii tehnice sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini, prevalează prevederile caietului de sarcini. Se vor furniza orice alte informații considerate semnificative pentru evaluarea corespunzătoare a propunerii tehnice. Dacă propunerea tehnică nu satisface cerințele caietului de sarcini oferta va fi considerată neconformă.

Formularele care trebuie prezentate de către ofertant, sunt prezentate în invitația de participare la secțiunea - Documentație și clarificări - Documentația de atribuire - Formulare.

Ofertele care nu detaliază și asigură corelarea informațiilor solicitate în cadrul acestei cerințe cu restul prevederilor caietului de sarcini se consideră neconforme.

.....

IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare

Prevederi generale:

Propunerea financiară va fi încărcată în SICAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic numai de către operatorii economici înregistrați.

.....

Propunerea financiară va conține următoarele:

- 1. Formularul de oferta și Anexa (Formular nr. 9 și Anexa, secțiunea Formulare).*
- 2. Formularele aferente documentației tehnice, completate corespunzător, respectând cerințele impuse în Caietul de Sarcini.*

În același timp, Consiliul consideră relevante și prevederile caietului de sarcini evocate de contestatoare (pagina 28 a documentului), privind lista personalului "responsabil cu execuția lucrărilor", inclusiv cele de la *Paginile 21-22 din caietul de sarcini: Personalul cheie al Antreprenorului. Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente.*

Din coroborarea acestor reguli de întocmire a ofertelor, rezultă, fără dubiu, că autoritatea contractantă nu a avut în intenție să solicite ofertanților să prezinte documente care să probeze, formal, o capacitate de derulare a tuturor/oricărei activități în legătură cu lucrările ce fac obiectul viitorului contract, la nivelul criticilor contestatoarei.

Lipsa unor documente privind dovada calificării ca manager de proiect sau manager sistem de calitate, pentru persoana desemnată de ofertantul câștigător, nu reprezintă o neconformitate față de cerințele caietului de sarcini, în condițiile în care, pe lângă nominalizarea persoanei respective, în lista personalului cheie, a fost prezentată și o declarație de disponibilitate a acesteia (semnată olograf), ceea ce confirmă că se asigură accesul la această resursă, conform cerinței caietului de sarcini.

În același timp, existența în propunerea tehnică a doi RTE pentru lucrări de construcții civile și industriale (..... și), din care unul a prezentat o declarație de disponibilitate, semnată și cu ștampila de RTE aplicată, iar celălalt autorizația specifică, trebuia să conducă la solicitarea unor informații de confirmare a implicării (fie pentru ambii, fie numai pentru unul dintre ei), tocmai pentru a nu fi afectat caracterul ferm al ofertei, inclusiv al mențiunii din aceasta că schimbarea experților nu ar putea avea loc, pe durata execuției lucrărilor, decât cu acceptul achizitorului.

Prin urmare, fără a reprezenta un motiv evident de neconformitate a ofertei desemnate câștigătoare, așa cum pretinde contestatoarea, Consiliul consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a clarifica cum asigură accesul la RTE pentru construcții civile și industriale, anterior stabilirii admisibilității ofertei în cauză.

Cât privește susținerea contestatoarei că autoritatea contractantă nu a sesizat faptul că ofertantul câștigător nu ar fi "nominalizat și nu a depus dovezi" pentru RTE în instalații electrice, termice, sanitare și de ventilație, Consiliul constată temeinicia în parte a susținerilor.

Pe de o parte, în privința acestui tip de expert (personal cheie), caietul de sarcini a cuprins următoarea cerință: *Responsabil tehnic cu executia pentru lucrări de constructii civile si industriale – persoana responsabila cu respectarea nivelului de calitate corespunzator cerintelor esentiale, la lucrarile de constructii, in conformitate cu*

prevederile Legii nr. 10/1995, H.G. nr. 925/1995, respectiv a Ordinului MDRAP nr. 1895/30.09.2016.

Din această cerință, ce face trimitere la rigorile legislației din domeniu, cu privire la "respectarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor esențiale", rezulta nevoia ca ofertantul să indice responsabili tehnici cu execuția (RTE) pentru toate acele domenii/subdomenii de autorizare care conțin lucrări specifice în viitorul contract de achiziție, conform Procedurii anexe Ordinului MDRAP nr. 1895/30.09.2016, în special, articolul 8: (1) *Autorizarea responsabililor tehnici cu execuția lucrărilor de construcții se face pentru toate cerințele fundamentale aplicabile prevăzute la art. 5 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, cu modificările ulterioare.*

(2) *Domeniile/Subdomeniile în care se autorizează responsabilii tehnici cu execuția, cerințele obligatorii privind studiile, domeniul și specializările studiilor universitare, precum și experiența profesională minimă necesară sunt prezentate în tabelul de mai jos: [...].*

Domeniile/subdomeniile de autorizare la care face referire contestatoarea sunt concordante cu tipurile de activități care intră în componența viitoarelor lucrări, ce fac obiectul contractului, regăsindu-se la poziția 6 a tabelului din evocatul Ordin:

6.	Instalații aferente construcțiilor		
6.1.	Instalații electrice	Ingineria instalațiilor	Instalații pentru construcții
		Ingineria sistemelor	Automatică și informatică aplicată
		Inginerie electrică	Sisteme electrice
		Inginerie electronică și telecomunicații	Electronică aplicată Rețele și software de telecomunicații
6.2.	Instalații termice, sanitare și de ventilație/climatizare	Ingineria instalațiilor	Instalații pentru construcții
		Inginerie civilă	Inginerie sanitară și protecția mediului Construcții civile, industriale și
6.3.	Instalații gaze naturale combustibile	Ingineria instalațiilor	Instalații pentru construcții

Or, lipsesc din echipa prezentată de ofertantul desemnat câștigător referiri la modalitatea de acces a acestuia la RTE pentru instalații electrice, instalațiile sanitare, instalații termice și cele de ventilație, nefiind indicată nicio persoană care să ocupe o astfel de poziție în echipa de experți.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă avea, minim, obligația de a solicita informații de clarificare/completare a propunerii tehnice, cu privire la această omisiune a ofertantului, înainte de a statua asupra admisibilității ofertei, ce nu este vădit neconformă.

În privința pretenției incapacității a ofertantului în cauză de a executa lucrări privind instalațiile electrice (inclusiv cele de detecție incendiu și pentru sistem antiefracție) și instalațiile de gaze, care ar

rezulta din absența unor autorizări specifice pentru ofertant sau din absența unor subcontractori autorizați, Consiliul constată, de asemenea, că autoritatea contractantă nu a impus ofertanților prezentarea tuturor autorizărilor necesare derulării activităților (principale sau auxiliare) care intră în obiectul achiziției.

Consiliul are în vedere prevederile art. 16 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, legate de metoda de descriere a achiziției publice: *Obiectul achiziției publice se pune în corespondență cu codul/codurile CPV care îl descriu cât mai exact, relevantă în acest context fiind activitatea ce caracterizează scopul principal al contractului*. Or, conform anunțului de participare, codul CPV al achiziției este concordant cu tipul lucrărilor care caracterizează scopul principal adică, 45200000-9 *Lucrari de constructii complete sau partiale si lucrari publice (Rev.2)*.

În același timp, Consiliul ia act de faptul că propunerea tehnică, dar și cea financiară includ/e liste cu personal responsabil cu derularea unor activități specifice (electrician, instalator), ceea ce relevă faptul că ofertantul în cauză a respectat obligația de cuprindere a resurselor necesare, de acest tip.

Prin urmare, în lipsa unor solicitări explicite ale achizitorului de a fi prezentate în ofertă autorizările la care se raportează contestatoarea, Consiliul nu poate să aprecieze asupra pretensei neconformități cu caietul de sarcini.

Referitor la incorecta acceptare, de către autoritatea contractantă, a listelor de cantități ce i-ar fi fost transmise după deschiderea ofertelor, din partea ofertantului ce a fost desemnat și câștigător al procedurii, Consiliul constată că demersul respectiv a fost urmat la inițiativa comisiei de evaluare a ofertelor, care a considerat că se poate completa oferta cu aceste documente.

Consiliul are în vedere faptul că fișa de date a achiziției impunea ofertanților, la secțiunea specifică, *IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare*, obligația de a prezenta toate documentele care rezultă din caietul de sarcini:

Propunerea financiara va contine urmatoarele:

1. *Formularul de oferta si Anexa (Formular nr. 9 si Anexa, sectiunea Formulare).*

2. *Formularele aferente documentatiei tehnice, completate corespunzator, respectand cerintele impuse in Caietul de Sarcini.*

Or, în cuprinsul caietului de sarcini se regăsesc și listele cu cantități de lucrări, ce trebuiau completate la depunerea ofertei.

Faptul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare a ofertelor, a acceptat completarea ofertei în cauză cu listele de cantități de lucrări (considerând absența lor un viciu formal, de tipul celor prevăzute la art. 135 alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016) este considerat de Consiliu un avantaj incorect.

Din documentele întocmite de comisia de evaluare nu rezultă că ofertele concurente s-au aflat în situații egale (că ar fi necesitat completări formale) și că li s-ar fi acordat același tratament.

Conform prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, solicitarea de informații și/sau documente de completare a ofertelor trebuie să țină cont de principiile tratamentului egal și al transparenței.

În același timp, în sensul dispozițiilor normelor aprobate prin hotărârea de guvern, trebuie înțeles că viciul formal privește un document al ofertei, nu o parte semnificativă a acesteea: *viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.*

Susținerile autorității contractante că ar fi identificat în propunerea tehnică o secțiune ("fișier format PDF, intitulat Financiara.pdf") ce nu a putut să o deschidă, motiv pentru care ar fi solicitat și acceptat listele de cantități, nu probează că aceste liste se aflau în fișierul amintit. Din documentele emise de comisia de evaluare, nu rezultă aspectul susținut prin punctul de vedere la contestație. Nici din formatul electronic al documentelor în cauză, transmis Consiliului, nu rezultă existența listelor de cantități într-o formă ce nu ar fi fost accesibilă achizitorului, în cuprinsul documentației înaintate odată cu oferta.

În același timp, existența în ofertă a unor documente care ar fi cuprins informații concordante cu listele de cantități (intitulat *fluxuri de numerar, centralizator cu cheltuieli pe fiecare stadiu fizic pe activitate*) nu relevă respectarea condițiilor de ofertare impuse prin propria documentație de atribuire, ci, cel mult, concordanța obligatorie a nivelurilor unor cheltuieli, relevate în documente diferite, din cadrul propunerii financiare. Cu toate acestea, din documentele de evaluare a ofertelor, nu rezultă că, la acel moment, comisia de evaluare a verificat aceste concordanțe.

Or, legislația națională, ce are la bază reguli din legislația europeană, se bazează și pe implementarea unor condiții de evaluare a ofertelor, în mod echidistant, statuate prin jurisprudența instanțelor comunitare. Astfel de solicitări de clarificare/completare a ofertelor au făcut obiectul unor decizii ale Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum cea din cazul *Manova A/S*, dosarul C 336/12, Curtea (Camera a zecea) statuând, printre altele, ca și în alte situații similare, că o solicitare de completare a ofertei este acceptabilă, dar acea solicitare *nu trebuie să favorizeze sau să defavorizeze nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată*. Sunt relevante, în cazul de față, aprecierile preliminare emise de curte, în analiza speței, în special, punctele 32-36:

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

Concluzionând, Consiliul consideră că solicitarea și acceptarea completării ofertei desemnate câștigătoare, cu un volum semnificativ de documente (liste de cantități-peste 100 pagini), în lipsa oricăror dovezi că aceasta ar fi fost o conduită comună cu analiza celorlalte oferte, reprezintă o nesocotire a regulilor de întocmire a ofertelor, impuse prin documentația de atribuire, dar și o încălcare a principiilor tratamentului egal și transparenței, conducând la avantajarea nepermisă a ofertantului în cauză.

De altfel, anterior, Consiliul a statuat și asupra lipsei de precizie a ofertei, dar și asupra lipsei de diligență a comisiei de evaluare în analiza ei, cu privire la alte aspecte (în privința RTE), dar care nu au fost corect apreciate, în procesul de analiză a ofertelor.

Drept care, Consiliul consideră că sunt întemeiate parte din criticile contestatoarei împotriva actualului rezultat al procedurii, în sensul că oferta desemnată câștigătoare este afectată de vicii de fond care nu ar putea fi înlăturate decât prin încălcarea regulilor din documentația de atribuire și a principiilor din domeniul achizițiilor publice. Astfel că, va admite contestația, va anula rezultatul evaluării ofertei desemnate câștigătoare, consemnat în raportul procedurii și în adresa nr. 9253/02.03.2021, ca act subsecvent primului și va obliga autoritatea contractantă la reluarea procesului de analiză a ofertelor, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
cu majoritate de voturi,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA, privind rezultatul procedurii inițiate pe baza anunțului de participare simplificat nr. SCN1072787/05.08.2020. Anulează rezultatul evaluării ofertei desemnate câștigătoare, consemnat în raportul procedurii și în adresa nr. 9253/02.03.2021, ca act subsecvent primului și obligă autoritatea contractantă la reluarea procesului de analiză a ofertelor, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, conform motivării ce precede.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

OPINIE CONCURRENTĂ,

Soluția exprimată de majoritatea membrilor completului – de admitere a contestației SRL, anulare a actelor autorității contractante de evaluare a ofertei câștigătoare și de obligare la reevaluarea acesteia – o apreciem a fi în concordanță cu situația factuală a speței, precum și cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, cu amendamentul că nu îmbrățișăm anumite considerente ale deciziei de față:

În privința pretensei incapacități a ofertantului în cauză de a executa lucrări privind instalațiile electrice (inclusiv cele de detecție incendiu și pentru sistem antiefracție) și instalațiile de gaze, care ar rezulta din absența unor autorizări specifice pentru ofertant sau din absența unor subcontractori autorizați, Consiliul constată, de asemenea, că autoritatea contractantă nu a impus ofertanților prezentarea tuturor autorizărilor necesare derulării activităților (principale sau auxiliare) care intră în obiectul achiziției.

Consiliul are în vedere prevederile art. 16 alin. (2) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin HG nr. 395/2016, legate de metoda de descriere

a achiziției publice: *Obiectul achiziției publice se pune în corespondență cu codul/codurile CPV care îl descriu cât mai exact, relevantă în acest context fiind activitatea ce caracterizează scopul principal al contractului.* Or, conform anunțului de participare, codul CPV al achiziției este concordant cu tipul lucrărilor care caracterizează scopul principal adică, 45200000-9 *Lucrari de constructii complete sau partiale si lucrari publice (Rev.2).*

În același timp, Consiliul ia act de faptul că propunerea tehnică, dar și cea financiară includ/e liste cu personal responsabil cu derularea unor activități specifice (electrician, instalator), ceea ce relevă faptul că ofertantul în cauză a respectat obligația de cuprindere a resurselor necesare, de acest tip.

Prin urmare, în lipsa unor solicitări explicite ale achizitorului de a fi prezentate în ofertă autorizările la care se raportează contestatoarea, Consiliul nu poate să aprecieze asupra pretensei neconformități cu caietul de sarcini.

Motivul pentru care ne detașăm de aceste considerente pleacă de la premisa, asumată atât de entitățile implicate în litigiu, cât și de forul administrativ-jurisdicțional, că obiectul de investiție licitat presupune, între altele, lucrări de execuție instalație electrică, instalație detecție incendiu, sistem antiefracție și instalație gaze, activități regăsite, de altfel, și în propunerea tehnică a ofertantei declarate câștigătoare și care presupun autorizări dedicate. Consiliul este ținut să se raporteze la cerința invocată din fișa de date a achiziției, pct. III.1.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale: „Operatorii economici ce depun ofertă trebuie **să dovedească** o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii **precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.**”*

Operatorul economic este definit de legea achizițiilor publice ca fiind orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asocieri 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 asocieri 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, ... SA nu este chemată să ignore ori să încurajeze activitățile prestate ilicit în executarea propriilor contracte.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat:

a) Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404:

35. Prin intermediul celei de a doua întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic din procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau

din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi, precum și din

mecanismul de acoperire a lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate.

36. În această privință, trebuie amintit, pe de o parte, că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera

dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

37. Curtea a statuat de asemenea 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).

[...]

40. Reiese din dosarul prezentat Curții că documentele referitoare la procedura de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal nu prevedeau în mod expres obligația ofertanților, sub sancțiunea excluderii din această procedură, de a achita o contribuție către AVCP.

41. După cum subliniază instanța de trimitere, existența acestei obligații s-ar deduce

din interpretarea extensivă a Legii nr. 266/2005 efectuată de AVCP și din jurisprudența administrativă națională. Instanța precizează că AVCP consideră că lipsa plății contribuției determină excluderea ofertantului din procedura de atribuire cu caracter public, indiferent de tipul de contract care face obiectul cererii de ofertă. Această instanță arată de asemenea că reiese din jurisprudența administrativă națională că o întreprindere poate fi exclusă de la o procedură de cerere de ofertă publică dacă nu face dovada că îndeplinește o condiție care nu este impusă în mod expres de reglementarea cererii de ofertă, în cazul în care caracterul necesar al acestei condiții decurge din „mecanismul de acoperire automată a lacunelor actelor administrative”.

[...]

2). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri **sau din legea**

națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum

și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate. În aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului de a

permite operatorului economic să își remedieze situația și să îndeplinească obligația menționată într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.

b) Hotărârea din 2 mai 2019, Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350:

18. Prin intermediul întrebării preliminare, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă principiile securității juridice, egalității de tratament și transparenței, prevăzute de Directiva 2014/24, trebuie să fie interpretate în sensul că se opun unei reglementări naționale, precum cea în discuție în litigiul principal, potrivit căreia neindicarea

separată a costurilor cu forța de muncă, într-o ofertă economică prezentată în cadrul unei

proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, conduce la excluderea acestei oferte, fără posibilitatea de asistență la întocmirea dosarului, inclusiv în cazul în care obligația de a indica aceste costuri în mod separat nu era specificată în documentația cererii de ofertă.

[...]

20. Având în vedere aceste considerații, Curtea a statuat că principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din

documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o

interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 51; a se vedea în acest sens Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinosa Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, nepublicată, EU:C:2016:870, punctul 32).

21. În schimb, aceste principii nu pot să se opună, în principiu, excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații impuse expres, sub sancțiunea excluderii, prin documentele aferente acestei proceduri **sau prin dispozițiile dreptului național în vigoare.**

[...]

26. Pe de altă parte, deși instanța de trimitere arată că anunțul de participare în discuție în litigiul principal nu amintește în mod explicit obligația impusă potențialilor ofertanți, prevăzută la articolul 95 alineatul 10 din Codul contractelor de achiziții publice, de a indica, în oferta economică, costurile lor cu forța de muncă, rezultă totuși din elementele din dosarul de care dispune Curtea că acest anunț preciza că, „pentru ceea ce nu este prevăzut în mod expres în acest anunț, în documentele și în caietul de sarcini al cererii de ofertă, se aplică normele din [Codul contractelor de achiziții publice]”.

27. Rezultă că orice ofertant informat în mod rezonabil și obișnuit de diligent era, în principiu, în măsură să ia cunoștință de normele relevante aplicabile procedurii de cerere de ofertă în discuție în litigiul principal, inclusiv de obligația de a indica în oferta economică costurile cu forța de muncă.

28. În aceste condiții, principiile egalității de tratament și transparenței nu se opun unei reglementări naționale, precum cea în discuție în litigiul principal, potrivit căreia neindicarea costurilor cu forța de muncă conduce la excluderea ofertantului în cauză, fără să existe posibilitatea de a recurge la procedura de asistență la întocmirea dosarului, chiar și în cazul în care anunțul de participare nu menționează în mod explicit obligația legală de a furniza această informație.

În ceea ce privește obligația de a menționa anumite elemente în ofertă, care nu figurează în documentația aferentă, ci rezultă din

interpretarea juridică, relevante sunt și ordonanțele Curții din 10 noiembrie 2016, *Spinosa Costruzioni Generali și Melfi* (C-162/16, EU:C:2016:870), *Edra Costruzioni și Edilfac* (C-140/16, EU:C:2016:868) și *MB* (C-697/15, EU:C:2016:867).

Din coroborarea tuturor acestor considerente, susținute și de multiplul precedent jurisdicțional invocat chiar de către contestatoare (decizii ale Consiliului și ale Curții de Apel), forul administrativ-jurisdicțional, în linia celor prescrise asupra primei critici, ar fi trebuit să determine că revenea companiei achizitoare obligația de a interpela antreprenorul SRL cu privire la legalitatea executării de către acesta (direct, prin subcontractanți sau prin furnizori) a activităților de instalație electrică, instalație detecție incendiu, sistem antiefracție și instalație gaze. În apărarea formulată, ... SA se prevalează de „posibilitatea ca aceste activități (ce necesită autorizare) să fie realizate de către furnizori acreditați, ba chiar introduși noi subcontractanți în timpul derulării contractului, aspect permis de legiuitor”, apărare ce nu poate fi acceptată ipso facto, întrucât îndeplinirea cerinței deținerii capacității profesionale de a realiza activitățile care fac obiectul contractului trebuie probată și verificată în prealabil atribuirii contractului, nicidecum pe parcursul executării lui, cum eronat sugerează compania. Astfel fiind, apare a fi întemeiată critica reclamantei, sub aspectul necesității îndeplinirii obligației autorității de a cere clarificări câștigătoarei și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit.

Deși, susține autoritatea, nu a impus, *în mod expres*, operatorilor economici, pentru a fi admiși la procedură, deținerea unui anumite autorizații/atestări, nu poate fi trecut cu vederea că ea însăși a cerut – de această dată expres – ca operatorii economici să dovedească nu doar o formă de înregistrare, ci și că respectiva dovadă reflectă capacitatea profesională de a realiza – legal – activitățile care fac obiectul contractului.

Separat de cele expuse, chiar și dacă nu ar fi existat cerința de la pct. III.1.1.b) din fișa de date a achiziției, este paradoxală atitudinea companiei investitoare de a nu manifesta niciun interes în elucidarea cu ofertantul câștigător a modului în care urmează a pune în operă anumite categorii de lucrări asupra cărora planează o suspiciune plauzibilă, precum cele aflate în discuție, respectiv dacă ele se vor realiza cu respectarea întocmai a legii sau dimpotrivă. Principiul bunei administrări, care guvernează și procedurile de atribuire a contractelor publice, este incompatibil cu un asemenea dezinteres al unei structuri a statului, sens în care compania achizitoare trebuia să recurgă la 134 alin. (1) din normele metodologice ale legii achizițiilor publice, interpellând corespunzător SRL.

Prevederile art. 16 alin. (2) din normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, nu au nicio tangență cu obligația ofertanților de a își proba capacitatea profesională de a executa legal orice componentă a contractului licitat, indiferent de încadrarea ei în limitele vreunui cod CPV, principal sau secundar. Cu alte cuvinte, nu codul CPV prestabilit de achiziție determină autorizările necesare executării legale a lucrărilor, ci însuși tipul acestor lucrări, pentru care legislația incidentă lor pretinde respectivele autorizări.

De asemenea nu achiesăm nici la următorul considerent, întrucât tratamentul egal sau conivența nu înlătură defel încălcarea legii (dacă toți ofertanții nu ar fi depus listele, ofertele tuturor ar fi trebui respinse din această cauză, nicidecum acceptate):

Concluzionând, Consiliul consideră că solicitarea și acceptarea completării ofertei desemnate câștigătoare, cu un volum semnificativ de documente (liste de cantități-peste 100 pagini), în lipsa oricăror dovezi că aceasta ar fi fost o conduită comună cu analiza celorlalte oferte, reprezintă o nesocotire a regulilor de întocmire a ofertelor, impuse prin documentația de atribuire, dar și o încălcare a principiilor tratamentului egal și transparenței, conducând la avantajarea nepermisă a ofertantului în cauză.

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

MEMBRU,

.....