



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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 280/25.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15252/25.03.2021, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii simplificate privind atribuirea contractului având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiții Construire locuințe sociale cu centru educațional și îmbunătățirea infrastructurii publice urbane, în municipiul Orăștie, județul Hunedoara”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 3825/19.03.2021 și a actelor subsecvente și dependente de acestea,
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii către ofertantul declarat câștigător SC ... SRL,
- anularea raportului procedurii nr. 3821/19.03.2021 în ceea ce privește concluziile privind evaluarea ofertei Asocierii petente precum și a tuturor actelor subsecvente și dependente de acestea, emise în legătură cu procedura de atribuire în cauză,
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea contestatoare, conform considerentelor deciziei și stabilirea rezultatului procedurii conform prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 159/31.03.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 17268/05.04.2021, SC ... SRL cu sediul în localitatea ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., în calitate de operator economic declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire antemenționate, organizată de către ... în calitate de autoritate contractantă, formulează cerere de intervenție, prin

care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL ca fiind neîntemeiată și menținerea raportului de evaluare prin care autoritatea contractantă a declarat oferta SC ... SRL câștigătoare și oferta SC ... SRL neconformă.

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

Prin contestația nr. 280/25.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15252/25.03.2021, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă la etapa de evaluare a propunerilor tehnice, în baza art. 215 alin. (5), din Legea 98/2016 coroborat cu art. 137, alin. (3), lit.a) din H.G. nr. 395/2016 și de asemenea că oferta declarată câștigătoare este cea depusă de către S.C. ... SRL, având o propunere financiară de 11.353.384,09 lei fără TVA., ofertă a cărei preț reprezintă 98% din valoarea estimată.

Contestatoarea, menționează că deși la procedură au participat trei operatori economici, singura ofertă admisibilă și conformă în cadrul procedurii a rămas oferta declarată câștigătoare, depusă de către SC ... SRL, având o propunere financiară de 98% din valoarea estimată, ajungându-se astfel la situația în care o procedură ce are ca și criteriu de atribuire "Prețul cel mai scăzut", să fie atribuită ofertantului participant la procedură, cu prețul cel mai mare.

Prin adresa nr. 3825/19.03.2021 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă îi comunică următoarele: *"Comisia de evaluare numită prin Dispoziția nr. 88 din 03.02.2021, declară oferta dumneavoastră ca neconformă, la etapa de evaluare a propunerilor tehnice, în baza art. 215 alin. (5). din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, coroborat cu art. 137. alin. (3), lit.a) din H.G. nr. 395/2016 privind Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică /acordului -cadru din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.*

În oferta prezentată de Asocierea SC ... SRL (Leader) - ... SRL (Ofertant) cu subcontractant ... SRL, nu s-au regăsit autorizațiile necesare pentru efectuarea lucrărilor de montare a hidranților conform Proiectului Tehnic nr. 27/octombrie 2019 Oferta declarată câștigătoare este cea depusă de către S.C. ... SRL, având o propunere financiară de 11.353.384,09 lei fără TVA".

Din adresa de comunicare a rezultatului procedurii și din raportul procedurii se înțelege că, autoritatea contractantă a respins oferta Asocierii SC ... SRL motivând, neîndeplinirea unei presupuse cerințe din caietul de sarcini privind autorizațiile necesare montării a doi hidranți prevăzuți în proiect.

Din economia adresei de comunicare a rezultatului procedurii, rezultă că autoritatea contractantă a exclus de la procedură oferta depusă de Asocierea SC ... SRL, pentru că nu a făcut dovada prin documentele depuse înainte de termenul limită de depunere a ofertelor că dispune de

următoarele autorizații, pretinzând că ar fi fost solicitate prin caietul de sarcini, fiind necesare pentru montarea celor doi hidranți prevăzuți în Proiectul Tehnic.

a. Autorizația pentru efectuarea de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră;

b. Autorizația pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți”;

c. Autorizația pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu”.

Autoritatea contractantă motivează respingerea ofertei Asocierii SC ... SRL, invocând dispozițiile art. 215 alin. (5), din Legea 98/2016, coroborat cu art. 137, alin. (3), lit.a) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatoarea apreciază decizia comisiei de evaluare de excludere de la procedură a ofertei sale ca fiind una abuzivă și nelegală, cu încălcarea legislației și a doctrinei privind achizițiile publice, pentru următoarele motive:

I. Niciunde în documentația de atribuire nu s-a solicitat, niciuna dintre cele trei autorizații menționate în solicitarea de clarificări.

Din analiza conținutului caietului de sarcini sau a cerințelor prezentate în documentele achiziției nu se regăsește niciunde o solicitare din partea autorității contractante privind obligativitatea ofertanților pentru a deține cel puțin una (cu atât mai puțin a tuturor celor trei) din autorizațiile menționate la care face referire autoritatea contractantă.

Astfel, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă face mai multe afirmații neprobate, contrazise de conținutul documentației de atribuire precum "*Ofertant) cu subcontractant ...SRL, nu îndeplinește cerințele solicitate în fișa de date și caietul de sarcini...*", fără să indice care este cerința caietului de sarcini neîndeplinită.

Autoritatea contractantă nu a indicat/a evitat permanent să indice care este cerința caietului de sarcini ce nu a fost îndeplinită de Asocierea SC ... SRL, și nici nu poate să indice o asemenea cerință nici în punctul său de vedere ce urmează a fi transmis, pentru simplu motiv că, niciunde caietul de sarcini nu prevede obligativitatea prezentării înainte de termenul de depunere a ofertei, documente care să probeze deținerea celor trei Autorizații la care se face referire în solicitarea de clarificări, pentru montarea celor doi hidranți exteriori.

Autoritatea contractantă recunoaște în adresa de comunicare a rezultatului procedurii că " ... pe parcursul evaluării ofertei, s-a asigurat respectarea cadrului legal de către ofertanta SC ... SRL, prin prezentarea unui contract de prestări servicii, încheiat cu o firmă autorizată care să efectueze lucrările de montare a hidranților", dar trage concluzia greșită, în afara cadrului fixat de legislație că "autoritatea contractantă consideră că operatorul economic nu îndeplinește cerințele pentru executarea corespunzătoare a contractului" fără să precizeze niciodată care ar fi cerințele pentru executarea corespunzătoare a contractului, și mai ales, unde/cum sunt aceste cerințe solicitate.

Raportat la dispozițiile art. 154 din Legea 98/2016, având în vedere că niciunde în documentația de atribuire nu există o cerință completă, corectă și precisă cu privire la obligativitatea ca ofertanții să dețină autorizațiile enumerate anterior, contestatoarea consideră că, dispozițiile art. 215 alin. (5), din Legea 98/2016 și ale art. 137, alin. (3), lit.a) din H.G. nr. 395/2016 sunt aplicate în mod abuziv sau altfel spus, nu sunt aplicabile în speța supusă judecării.

II. Decizia de excludere de la procedură a fost luată cu ignorarea dispozițiilor art. 151 litera b) din HG 395/2016.

Autoritatea contractantă face afirmația *"Așadar, în situația în care anumite lucrări nu pot fi executate de ofertant, acestea nu pot fi executate decât de un subcontractant autorizat"*, dar elimină/nu ia în considerare că, legiuitorul a prevăzut posibilitatea execuției lucrărilor de către un subcontractant declarat pe parcursul derulării contractului, în situația prevăzută la art. 160 lit. c) din HG nr. 395/2016, cu atât mai mult cu cât chiar autoritatea contractantă afirmă *"pe parcursul evaluării ofertei, s-a asigurat respectarea cadrului legal de către ofertanta SC ... SRL, prin prezentarea unui contract de prestări servicii, încheiat cu o firmă autorizată care să efectueze lucrările de montare a hidranților."*

În consecință, față de conținutul documentației de atribuire, față de solicitarea de clarificări, contestatoarea apreciază că prin răspunsul său, a dovedit și chiar autoritatea contractantă a recunoscut, că aceasta este pregătită pentru executarea contractului cu respectarea dispozițiilor legale, că a prevăzut în oferta financiară pentru toate categoriile de lucrări costurile aferente pentru montarea celor doi hidranți exteriori.

Legiuitorul a prevăzut și o metodologie de introducere pe parcursul derulării contractului a unor subcontractanți noi, prin dispozițiile art. 152 și următoarele, fără a mai fi necesară completarea DUAE în cadrul procedurii.

Contestatoarea face, de asemenea, următoarele precizări:

i. prin nominalizarea unui subcontractant după semnarea contractului pentru execuția celor doi hidranți exteriori, prezentarea autorizațiilor pentru montarea hidranților prevăzuți în Proiectul Tehnic, solicitate prin clarificarea transmisă cu adresa nr. 2750/01.03.2021 nu afectează criteriile de calificare și aplicarea criteriului de atribuire raportat la momentul evaluării ofertelor;

ii. introducerea în contract a unui subcontractant pentru montarea hidranților pe parcursul derulării contractului, nu modifică prețul contractului;

iii. introducerea unui nou subcontractant pentru montarea celor doi hidranți este strict necesară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică;

iv. prin introducerea unui nou subcontractant pentru montarea celor doi hidranți, nu este schimbat caracterul general al obiectului contractului de achiziție publică, fapt ce presupune că scopul contractului, precum și indicatorii principali ce caracterizează rezultatul respectivului contract rămân nemodificați, astfel încât, raportat la dispozițiile art. 160 din HG nr. 395/2016, introducerea pe parcursul derulării contractului a SC ...SRL pentru executarea lucrărilor de montare a celor doi hidranți, nu

reprezintă o modificare substanțială așa cum este definită la art. 211 din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele precizate mai sus, contestatoarea consideră că, în speța supusă judecății sunt aplicabile dispozițiile art 151 lit. b) din HG nr. 395/2016, situație care probează faptul că autoritatea contractantă a luat decizii contrare dispozițiilor art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv promovarea concurenței, rezultând de aici că, dispozițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137, alin. (3), lit.a) din H.G. nr. 395/2016 au fost aplicate în mod abuziv sau altfel spus, nu sunt aplicabile în speța supusă judecății.

III. În opinia contestatoarei, decizia de respingere a ofertei sale este una disproportională în raport cu scopul urmărit.

Jurisprudența Consiliului în privința evaluării unei oferte este constantă.

În acest sens, principiul proporționalității, prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care guvernează întreaga procedură de atribuire impune cu necesitate ca actele autorității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproportionale în raport cu scopurile urmărite.

Prezentarea celor trei Autorizații la care se face referire prin solicitarea de clarificare transmisă cu adresa nr. 2750/01.03.2021, chiar dacă sunt necesare pentru montarea hidranților, nu reprezintă criterii de calificare solicitate în mod explicit de autoritatea contractantă și nu influențează criteriul de atribuire.

Nu este de neglijat aspectul reținut chiar de autoritatea contractată în raportul procedurii nr. 3821/19.03.2021 respectiv faptul că, valoarea de montaj a celor doi hidranți reprezintă 0.02% din valoarea ofertată.

"Principiul proporționalității impune, după cum se arată, ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se faptul că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproportionale în raport cu scopurile urmărite" (Hotărârea Curții Europene din 05.05.1998, Naciona Farmer's Union și alții, C 157/96, pct. 60).

Respingerea imediată a ofertei Asocierii SC ... SRL, pe motiv că nu a declarat încă din faza de ofertare, un subcontractant ce urmează să execute lucrări de o valoare de 0.02% din valoarea ofertei, subcontractant a cărui prezență este strict necesară pentru derularea contractului dar pe a cărui autorizații nu se bazează pentru acoperirea criteriilor de calificare, conduce la încălcarea principiului proporționalității, prevăzut la art. 2 din Legea nr. 98/2016, cu atât mai mult cu cât legiuitorul a prevăzut o rezolvare favorabilă a acestei situații prin dispozițiile art. 151 litera b) din HG nr. 395/2016.

IV. Autoritatea contractantă nu a urmărit propriul interes, interesul public și aplicarea unui cadru concurențial în procesul de analiză a ofertelor și desemnarea ofertei câștigătoare.

Din cele trei oferte depuse, au fost excluse două, cea a Asocierii SC ... SRL în mod abuziv pe baza unor interpretări ce nu au legătură cu legislația achizițiilor publice și cu practica în domeniu, pentru ca la final, contractul să fie atribuit unui ofertant ce a avut o ofertă financiară cu o valoare de 98% față de valoarea estimată.

Prin răspunsul la clarificări contestatoarea a arătat iar autoritatea contractantă a înțeles că, la întocmirea propunerii tehnice și a ofertei financiare a avut în vedere ca montarea hidranților să fie făcută de o persoană autorizată, cu care are în derulare un contract de prestări servicii.

Se constată caracterul eronat al evaluării făcute de autoritatea contractantă, aprecierile sale nefiind de natură a determina neconformitatea/inacceptabilitatea ofertei Asocierii SC ... SRL în ceea ce privește aspectele invocate și analizate, motivele de respingere neputând fi reținute, devenind obligatorie reevaluarea ofertei cu luarea în considerare a considerentelor expuse anterior, urmând ca oferta Asocierii SC ... SRL să fie declarată conformă și ulterior să participe la aplicarea criteriului de atribuire "prețul cel mai scăzut" cu consecința ocupării primului loc în clasament.

Autoritatea contractantă a depus, în copie, dosarul achiziției, anexat punctului de vedere nr. 4489/31.03.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 16588/01.04.2021 prin care solicită respingerea contestației formulate de către SC ... SRL ca fiind nefondată.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează următoarele:

Oferta depusă de Asocierea ... cu subcontractant ... SRL a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, cu referire la prezentarea autorizărilor necesare execuției lucrărilor conform legislației în vigoare, cerință impusă prin cap. 20 (pc. 1 pg. 70) din caietul de sarcini și secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice (pc.1, penultimul paragraf) din fișa de date a achiziției.

În acest sens, conform proiectului tehnic din caietului de sarcini, se regăsește ca fiind obiect al achiziției inclusiv execuția instalațiilor de hidranți exteriori poziționați subteran, descrisă în cadrul specialității "Instalații sanitare", a cărei execuție este obligatoriu a se efectua de către persoane fizice și juridice atestate, conform prevederilor art. 53 din Legea nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor. Atestarea persoanelor se realizează conform Metodologiei din 6 aprilie 2010 de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor, aprobată prin Ordinul Ministrului Administrației și Internelor nr. 87/2010.

În oferta prezentată de Asocierea ...SRL, nu s-au regăsit autorizațiile necesare pentru efectuarea lucrărilor de montare a hidranților conform Proiectului Tehnic nr. 27/octombrie 2019, eliberate conform Ordinului nr. 87/2010 menționat anterior.

Având în vedere site-ul Ministerului Afacerilor Interne - Departamentul pentru Situații de Urgență - Inspectoratul General pentru situații de Urgență, unde apar toate persoanele juridice autorizate conform OMAI nr. 87/2010, ofertanta SC ... SRL, asociatul (SC ... SRL) și subcontractantul (SC ... SRL) declarați de către ofertantă la momentul depunerii ofertei, nu sunt persoane juridice autorizate pentru a efectua lucrările de montare a hidranților.

Autoritatea contractantă a invocat art. 51 și art. 133 alin. (1) și alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, și astfel a solicitat clarificări ofertantei SC ... SRL, cu privire la faptul că, nu s-au regăsit în cadrul propunerii tehnice, informații referitoare la autorizațiile necesare pentru efectuarea lucrărilor de montare a hidranților.

Conform adresei de răspuns nr. 174/03.03.2021, la solicitarea de clarificări nr. 2750/01.03.2021, emisă de Asocierea SC ...SRL ... SRL cu subcontractant ... SRL, s-au prezentat următoarele:

- Contract prestări servicii nr. 51/27.05.2016, încheiat între SC ... SRL (prestator) și SC ...SRL (beneficiar), obiectul contractului - efectuarea de către prestator a lucrărilor:

- Servicii de verificare, instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;

- Instalare, verificare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră;

- Servicii de verificare, reparare și încărcare stingătoare, instalare, verificare și întreținere instalații de stingere cu hidranți interiori și exteriori, și sprinklere.

- Autorizație nr. 0501 din 08.12.2010, prin care se autorizează SC ... SRL pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră;

- Autorizație nr. 1267 din 24.08.2011, prin care se autorizează SC ... SRL pentru efectuarea lucrărilor de „Verificare, reîncărcare și reparare a stingătoarelor de incendiu, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră”;

- Autorizație nr. 4638 din 25.08.2014, prin care se autorizează SC ... SRL pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu”;

- Certificat de absolvire cursuri specializare pentru ..., privind ocupația de „Tehnician pentru sisteme și instalații de limitare și stingere a incendiilor”, cod COR 724206.

După cum rezultă din cele de mai sus, ofertanta SC ...SRL a precizat că aceste lucrări vor fi executate de prestatorul SC ... SRL, care nu a fost declarat în ofertă la momentul depunerii acesteia.

Faptul că, pe parcursul evaluării ofertei, s-a asigurat respectarea cadrului legal de către ofertanta SC ... SRL, prin prezentarea unui contract de prestări servicii, încheiat cu o firmă autorizată care să efectueze lucrările de montare a hidranților, autoritatea contractantă consideră că

operatorul economic nu îndeplinește cerințele pentru executarea corespunzătoare a contractului.

Referitor la necesitatea subcontractării anumitor părți din lucrare, potrivit art. (3) alin. (1) lit. yy din Legea nr. 98/2016 subcontractant reprezintă orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Așadar, în situația în care anumite lucrări nu pot fi executate de ofertant, acestea nu pot fi executate decât de un subcontractant autorizat.

Referitor la necesitatea includerii în ofertă a subcontractantului, relevante sunt următoarele dispoziții legale: art. 55 alin.(1), art. 60 alin. (1) și art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Din cele de mai sus rezultă cu claritate obligația ofertantului de a nominaliza subcontractantul, de a depune DUAЕ-ul pentru acesta și acordul de subcontractare, astfel încât, pe baza lor, autoritatea contractantă să poată verifica existența situațiilor mai sus enumerate și pentru a decide asupra admisibilității ofertei.

Prin urmare, ofertanta SC ... SRL, la momentul depunerii ofertei, avea obligația de a nominaliza subcontractantul, de a depune DUAЕ -ul pentru acesta și acordul de subcontractare, în ceea ce privește execuția lucrărilor de montare a hidranților.

DUAЕ reprezintă o declarație pe baza căreia se verifică îndeplinirea criteriilor de calificare, inclusiv pentru subcontractant, astfel că nu se poate admite depunerea sa ulterioară, adică acesta neputând fi completat prin intermediul clarificărilor.

Ofertanta SC SRL trebuia să facă dovada modului de executare a lucrărilor de montare a hidranților, încă de la momentul depunerii ofertei, respectiv a deținerii propriilor autorizații/atestare necesare, în caz contrar fiind obligată la nominalizarea subcontractantului în ofertă și a depunerii DUAЕ aferent.

SC SRL, trebuia declarat subcontractant, cu depunerea documentelor corespunzătoare, neputând fi acceptată ca fiind legală depunerea ulterioară și luarea în considerare a unui contract de prestări servicii și a autorizațiilor aferente. Societatea nominalizată, executând lucrări în cadrul contractului, are calitatea de subcontractant, astfel că trebuia să fie declarată ca subcontractant la data depunerii ofertei.

În sensul celor menționate mai sus, este și jurisprudența CNSC, respectiv Decizia nr. din data de 14.10.2020, ce prezintă exact aceeași situație.

Având în vedere toate considerentele expuse anterior, autoritatea contractantă apreciază că, trebuie respinsă ca nefondată contestația SC ... SRL și să se dispună continuarea procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică conform raportului procedurii încheiat.

Prin adresa nr. 159/31.03.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 17268/05.04.2021, SC ... SRL, în calitate de operator economic declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire antementionate, organizată de

către ... în calitate de autoritate contractantă, formulează cerere de intervenție, prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL ca fiind neîntemeiată și menținerea raportului de evaluare prin care autoritatea contractantă a declarat oferta SC ... SRL câștigătoare și oferta SC ... SRL neconformă.

Pentru acest obiectiv de investiții autoritatea contractantă a întocmit proiectul nr. 27/2019 prin societatea SC ... SRL.

În acest proiect la paginile 15 „Instalația de hidranți exteriori”, la pagina 44 „V.03. cerința Cc - Securitatea la incendiu” pag. 85 „Instalația de Hidranți exteriori” și la pagina 90-91, punctele 9-10-11 din „Proiectul Tehnic nr. 27/2019 prevede în conținutul fișei de date a achiziției Modalitatea de îndeplinire pag. 6-7 a contractului/executării lucrărilor, astfel:

„La stabilirea acestei cerințe, s-a avut în vedere și diversitatea activităților obiect al prezentei achiziții, ce necesită clarificări/ abilitări/ certificări/ autorizări/ etc. impuse de legislația în vigoare, considerând astfel că, pentru verificarea și urmărirea executării lucrărilor conform prevederilor legale în vigoare, este necesar ca autoritatea contractantă să cunoască subcontractanții încă de la momentul ofertării.

În acest sens, la verificarea îndeplinirii cerinței, se vor avea în vedere și prevederile art. 3, alin. (1), pct. 51 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. ...”

Ori, oferta depusă de către societatea contestatoare nu conține nici autorizațiile/certificările specifice pentru lucrări de montare hidranți exteriori și nici nu a declarat vreun subcontractant care să dețină aceste autorizații/certificări specifice pentru executarea de lucrări la instalația de stingere a incendiului - hidranți - odată cu depunerea ofertei.

Pentru a formula o astfel de afirmație, intervenienta susține că a consultat site-ul Ministerului Afacerilor Interne-Departamentul pentru Situații de Urgență- Inspectoratul General pentru Situații de Urgență - Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și Protecție Civilă unde apar toate persoanele autorizate conform OMAI nr. 87/2010 cu modificările și completările ulterioare, pentru efectuarea lucrărilor de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră, și de aici a rezultat că subcontractantul declarat de către ofertant la momentul depunerii ofertei SC ... SRL, nu îndeplinește această cerință.

Revenind la fișa de date a achiziției, la SECȚIUNEA III Informații juridice, economice, financiare și tehnice pct. III. 1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, punctele 1 și 2, autoritatea contractantă menționează:

Notă:

1. Nedepunerea DUAE odată cu oferta (inclusiv pentru asociat/ terț susținător/ subcontractant) atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.

3. Ofertantul va depune odată cu DUAE următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, sau după caz, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, ori în conținutul ofertei depuse de către SC ... SRL și SC ...SRL nu se regăsește subcontractantul

SC ... SRL care să dețină aceste autorizații/certificări specifice pentru executarea de lucrări la instalația de limitare și stingere a incendiilor și nici societatea ofertantă nu deține astfel de autorizații.

Acest subcontractant a fost propus de către contestator doar în cadrul procedurii de clarificări, ori depunerea unui răspuns la clarificări în sensul subcontractării unei părți din lucrări unei persoane autorizate nu poate fi considerată ca cerință îndeplinită din fișa de date a achiziției.

Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice. Acestea definesc, după caz și fără a se limita la cele ce urmează, caracteristici referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, siguranța în exploatare, dimensiuni, precum și sisteme de asigurare a calității, terminologie, simboluri, teste și metode de testare, ambalare, etichetare, marcare, condițiile pentru certificarea conformității cu standarde relevante sau altele asemenea. Ofertele care nu îndeplinesc toate cerințele minimale vor fi declarate neconforme.

Oferta depusă de către SC ... SRL se impunea a fi respinsă deoarece nu îndeplinește condițiile minime de valabilitate a ofertei nefiind depus acordul de subcontractare a unei părți din contract astfel cum prevede fișa de date a achiziției.

Intervenienta susține că a depus odată cu oferta și acord de subcontractare cu societatea SC ... SRL (subcontractant care se regăsește pe site-ul Ministerului Afacerilor Interne-Departamentul pentru Situații de Urgență- Inspectoratul General pentru Situații de Urgență - Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și Protecție Civilă unde apar toate persoanele juridice autorizate conform OMAI nr. 87/2010 cu modificările și completările ulterioare pentru a efectua lucrări de instalații de limitare și stingere a incendiilor.

După cum rezultă din conținutul raportului de evaluare a ofertelor precum și din conținutul contestației depuse de către SC ... SRL se poate observa că aceasta a prezentat un contract de prestării servicii cu o societate autorizată doar după ce i-au fost solicitate clarificări de către autoritatea contractantă. Ori a pretinde îndeplinirea cerinței impusă de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției cu ocazia răspunsului la clarificări, contravine Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, deoarece în această situație sunt de avantajată ceilalți participanți la procedura de atribuire.

În susținerea afirmațiilor sale, intervenienta invocă prevederile art. 51 alin. (1) precum și art. 132 și art. 133 alin. (1) din HG nr. H.G. 395/2016.

În speța de față, nici ofertantul și niciunul dintre subcontractorii declarați nu îndeplinește cerința din caietul de sarcini în sensul de a deține autorizații/certificări specifice pentru executarea de lucrări la instalația de limitare și stingere a incendiilor.

În atare situație comisia de evaluare a ofertelor este obligată să aplice prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016, ori ofertantul SC ... SRL și asociatul declarat de către acesta nu îndeplinește criteriul de calificare stabilit prin documentația de atribuire în sensul că în conținutul ofertei nu se regăsesc autorizații/certificări specifice pentru executarea de lucrări la instalația de limitare și stingere a incendiilor emise de către Ministerul

Afacerilor Interne-Departamentul pentru Situații de Urgență- Inspectoratul General pentru Situații de Urgență - Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și Protecție Civilă.

Totodată conform art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, ofertantul avea obligația de a nominaliza subcontractant, de a depune DUAЕ-ul pentru acesta și acordul de subcontractare, astfel încât pe baza lor, autoritatea contractantă să poată decide asupra admisibilității ofertei.

Prin urmare, ofertanta SC ...SRL la momentul depunerii ofertei avea obligația de a nominaliza subcontractantul, de a depune DUAЕ -ui pentru acesta și acordul de subcontractare, în ceea ce privește execuția lucrărilor de montare a hidranților.

DUAЕ reprezintă o declarație pe baza căreia se verifică îndeplinirea criteriilor de calificare, inclusiv pentru subcontractant, astfel că nu se poate admite depunerea sa ulterioară, adică acesta neputând fi completat prin intermediul clarificărilor.

Cu privire la criticile contestatoarei referitoare la faptul că SC ... SRL are un preț mai mare decât cel ofertat de către contestatoare, intervenienta menționează că aceasta nu a fost descalificată pe acest motiv ci pe motiv că nu a îndeplinit cerințele din fișa de date a achiziției, ori atâta timp cât oferta SC ... SRL îndeplinește toate criteriile de calificare din fișa de date a achiziției și se încadrează în suma totală a fișei de date a achiziției, aceasta este conformă și în mod corect autoritatea contractantă a declarat oferta câștigătoare.

Ca și practica similară, intervenienta invocă decizia CNSC 1883/14.10.2020 pronunțată într-o speță similară, unde a fost admisă în parte contestația împotriva actului autorității contractante și prin care s-a dispus continuarea procedurii, reevaluarea ofertelor.

Prin adresa nr. 317/05.04.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 17555/06.04.2021, SC ... SRL formulează concluzii scrise față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă.

Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă, în punctul de vedere, nu tratează în niciun fel critica privind obligativitatea prezentării celor trei autorizații menționate în solicitările de clarificări, și nici nu a putut să indice care este cerința din caietul de sarcini care nu ar fi fost îndeplinită.

Din cuprinsul documentației de atribuire, nu se poate identifica o informare completă, corectă, precisă și explicită din care să rezulte că ofertanții ar trebui să probeze la momentul ofertării că ar dispune de o autorizație emisă de ISU pentru montarea celor 2 hidranți prevăzuți în proiectul tehnic.

În opinia contestatoarei, excluderea de la procedură a unui ofertant pentru neîndeplinirea unei cerințe care nu a fost formulată într-o manieră completă, corectă, precisă și explicită este un abuz din partea autorității contractante.

Cu privire obligația autorității contractante de avea grijă ca ofertantul să fie suficient de informat, ofertant care dă dovadă de o diligență normală, contestatoarea invocă Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom (C-448/01, Rec., p.1-14527, punctul 57 - 57, potrivit căreia: "Mai precis, acest lucru înseamnă că, criteriile de atribuire trebuie

formulate, în documentele contractului sau în anunțul de participare, în așa fel încât să permită tuturor ofertanților în mod rezonabil informați cu diligență normală să-i interpreteze în aceeași mod (SIAC Construction, punctul 4) și Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta.

În același sens, este și din Hotărârea Curții (Camera a cincea) 5 aprilie 2017

"Trimitere preliminară - Achiziții publice - Directiva 2004/17/CE - Contract care nu atinge pragul prevăzut de această directivă - Articolele 49 și 56 TFUE - Limitare a recurgerii la subcontractare - Depunere a unei oferte comune - Capacități profesionale ale ofertanților - Modificări ale caietului de sarcini" în cauza C-298/15, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Curtea Supremă din Lituania), prin decizia din 12 iunie 2015. primită de Curte la 18 iunie 2015, Publicat în eur-lex.europa.eu nr. 1 din 18 iunie 2015. Potrivit pct. 75 din Hotărâre *"în al doilea rând, cerința menționată presupune ca aceste modificări să facă obiectul unei publicități adecvate, care să permită tuturor potențialilor ofertanți, informați în mod rezonabil și care dau dovadă de o diligență normală, să ia cunoștință de ele în aceleași condiții și în același moment. "*

De asemenea, în HOTĂRÂREA CURȚII (Camera a cincea) din 2 martie 2015, cauza C-538/13, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania), prin decizia din 9 octombrie 2013, primită de Curte la 14 octombrie 2013, Curtea a statuat următoarele:

"54. La punctul 42 din Hotărârea SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), Curtea a statuat că criteriile de atribuire trebuie să fie formulate, în caietul de sarcini sau în anunțul de participare, astfel încât să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și care dau dovadă de o diligență normală să le interpreteze în același mod.

55. Rezultă de aici că revine instanței de trimitere sarcina să verifice dacă ofertantului vizat îi era efectiv imposibil să înțeleagă criteriile de atribuire în cauză sau dacă ar fi trebuit să le înțeleagă aplicând standardul unui ofertant informat în mod rezonabil și care dă dovadă de o diligență normală".

Cu privire la critica referitoare la faptul că decizia de excludere de la procedură a fost luată cu ignorarea dispozițiilor art. 151 litera b) din HG 395/2016, autoritatea contractantă nu a prezentat niciun comentariu.

Autoritatea contractantă în punctul său de vedere, își susține decizia formulând mai multe alegații, nesusținute de documentația de atribuire și neprobate nici în raportul procedurii, nici în adresa de comunicare a procedurii.

În acest sens, contestatoarea reiterează faptul că din documentație nu rezultă că ar exista o cerință formulată complet, corectă, precisă și explicită referitoare la autorizațiile eliberate conform Ordinului nr. 87/2010 necesare pentru efectuarea lucrărilor de montare a hidranților conform Proiectului Tehnic nr. 27/octombrie 2019.

La simpla solicitare a autorității contractante, contestatoarea, prin răspuns a arătat că, va executa aceste lucrări ce au o pondere de doar 0.02% din valoarea ofertei, cu o societate autorizată, pe care ar urma să o

declare subcontractant pe parcursul derulării contractului, conform art. 151 litera b) din HG nr. 395/2016, cu aplicarea dispozițiilor art. 152 și următoarele din același act normativ.

Întrucât nu a fost formulată o solicitare completă, corectă, precisă și explicită referitoare la autorizațiile eliberate conform Ordinului nr. 87/2010 necesare pentru efectuarea lucrărilor de montare a hidranților, propunerea tehnică nu face vorbire despre această autorizație, dar s-a precizat în propunerea tehnică, că se vor executa lucrările din Proiectul Tehnic, iar în propunerea financiară a fost bugată această activitate, ce depășește 0.02% din valoarea totală a ofertei.

În opinia contestatoarei, nu toți subcontractanții trebuie să declare înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, legiuitorul a prevăzut la art. 151 lit. b) și la art. 159 din HG nr. 395/2016 modalitatea introducerii unor noi subcontractanți în contract după semnarea contractului fiind precizată la art. 152 și următoarele din HG nr. 395/2016 și art. 218 din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea susține că a avut în vedere dispozițiile art 160 din HG nr. 395/2016, în care se precizează că una din condițiile obligatorii de îndeplinit la introducerea unui nou subcontractant în contract (pentru ca modificarea să nu fie semnificativă în sensul art 221 din Legea 98/2016) este prevăzută la litera c) *introducerea unui nou subcontractant este strict necesară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică*;

În acest sens, devine evident că, introducerea unui nou subcontractant în cadrul proiectului nu este o modificare substanțială a contractului în sensul art. 221 din Legea nr. 98/2016, având în vedere că introducerea lui este strict necesară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, în sensul că, deține autorizația necesară pentru montarea celor doi hidranți din cadrul Proiectului Tehnic, deși valoarea lucrărilor prestate este de doar 0.02% din valoarea totală a ofertei.

Autoritatea contractantă a invocat faptul că decizia sa ar fi fost luată, raportat la o "...cerință impusă prin cap. 20 (pc. 1 pg. 70) din caietul de sarcini și secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice (pc.\ penultimul paragraf) din fișa de date a achiziției", evitând să citeze această cerință, cerința la care face referire autoritatea contractantă fiind *"Se vor prezenta certificările și autorizațiile necesare executării lucrărilor conform legislației actuale."*

Această cerință, formulată la modul general, nu poate duce la descalificarea unui ofertant, întrucât nu reprezintă o informare completă, corectă, precisă și explicită, așa cum legiuitorul a prevăzut prin art. 154 din Legea 98/2016 și prin art. 20 alin (2) din HG 395/2016. Doar ofertantul câștigător a înțeles (sau a fost informat) că este necesar să declare un subcontractant pentru execuția unor lucrări de doar 0.02% din oferta sa, motivat de faptul că pentru execuția acestor lucrări ar avea nevoie de o anumită autorizație ISU și nicidecum de 3 așa cum a solicitat autoritatea contractantă prin clarificare și niciodată în documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 349/13.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 19196/14.04.2021, contestatoarea a depus punct de vedere la cererea de intervenție, solicitând respingerea acesteia și admiterea contestației sale.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată privind atribuirea contractului având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiții Construire locuințe sociale cu centru educațional și îmbunătățirea infrastructurii publice urbane, în municipiul Orăștie, județul Hunedoara”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 11.585.088,30 lei.

Din analiza documentelor procedurii, respectiv a procesului-verbal de vizualizare a ofertelor nr. 1669/09.02.2021, în cadrul procedurii au fost depuse 3 oferte, iar potrivit Raportului procedurii nr. 3821/19.03.2021, în cadrul competiției a rămas o singură ofertă admisibilă, respectiv cea declarată câștigătoare, având o propunere financiară de 98% din valoarea estimată a procedurii.

Ca urmare a comunicării rezultatului procedurii prin care i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost declarată neconformă, a formulat contestație SC ... SRL, considerând că oferta sa a fost respinsă în mod nejustificat de autoritatea contractantă, în condițiile în care nu a încălcat prevederile caietului de sarcini.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 88.000 lei, prin recipisa de consemnare nr. 207100621/1/29.03.2021, emisă de CEC Bank, Sucursala Deva.

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Ca o chestiune prealabilă, Consiliul reține că SC ... SRL a formulat cerere de intervenție în cauză, prin care cere respingerea ca nefondată a contestației, cerere ce reprezintă în fapt o cerere de intervenție prin care se sprijină apărarea autorității contractante, fiind urmărită păstrarea actelor acesteia prin înlăturarea criticilor aduse. Astfel, Consiliul califică această cerere drept una de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, și o încuviințează în principiu, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, dat fiind faptul că autoarea ei, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare, dovedește un interes legitim propriu în pricina prin promovarea ei.

Verificând prevederile documentației de atribuire, Consiliul reține că obiectul contractului vizează Execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții „Construire locuințe sociale cu centru educațional și îmbunătățirea infrastructurii publice urbane, în municipiul Orăștie, județul Hunedoara”.

În adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă menționează că a exclus de la procedură oferta depusă de Asocieria SC ... SRL, pentru că nu a făcut dovada prin documentele depuse înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, că dispune de următoarele autorizații:

a. Autorizația pentru efectuarea de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră;

b. Autorizația pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți”;

c. Autorizația pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu”.

Autoritatea contractantă motivează respingerea ofertei Asocierii SC ... SRL, invocând dispozițiile art. 215 alin. (5), din Legea 98/2016, coroborat cu art. 137, alin. (3), lit. a) din H.G. nr. 395/2016, pretinzând că ar fi fost solicitate prin caietul de sarcini, fiind necesare pentru montarea celor doi hidranți prevăzuți în Proiectul Tehnic.

În adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă face referire la răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificări, document cu nr. 174/03.03.2021, document prin intermediul căruia s-a depus Contractul prestări servicii nr. 51/27.05.2016, încheiat între SC ... SRL (prestator) și SC ... SRL (beneficiar), obiectul contractului fiind efectuarea de către prestator a lucrărilor Servicii de verificare, instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, Instalare, verificare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră; Servicii de verificare, reparare și încărcare stingătoare, instalare, verificare și întreținere instalații de stingere cu hidranți interiori și exteriori, și sprinklere.

Tot în cadrul acestui răspuns, s-au depus următoarele documente:

- Autorizație nr. 0501 din 08.12.2010, prin care se autorizează SC ... SRL pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră;

- Autorizație nr. 1267 din 24.08.2011, prin care se autorizează SC ... SRL pentru efectuarea lucrărilor de „Verificare, reîncărcare și reparare a stingătoarelor de incendiu, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră”;

- Autorizație nr. 4638 din 25.08.2014, prin care se autorizează SC ... SRL pentru efectuarea lucrărilor de „Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu”;

- Certificat de absolvire cursuri specializare pentru Lazăr V. Leurean, privind ocupația de „Tehnician pentru sisteme și instalații de limitare și stingere a incendiilor”, cod COR 724206.

Ca urmare a acestui răspuns, autoritatea contractantă a concluzionat că ofertanta SC ... SRL a precizat că aceste lucrări vor fi executate de prestatorul SC ... SRL, care nu a fost declarat în ofertă la momentul depunerii acesteia și că pe parcursul evaluării ofertei, s-a asigurat respectarea cadrului legal, prin prezentarea unui contract de prestări servicii, încheiat cu o firmă autorizată care să efectueze lucrările de

montare a hidranților, operatorul economic neîndeplinind cerințele pentru executarea corespunzătoare a contractului.

Contestatoarea apreciază decizia comisiei de evaluare de excludere de la procedură a ofertei sale ca fiind una abuzivă și nelegală, cu încălcarea legislației și a doctrinei privind achizițiilor publice, în condițiile în care niciunde în documentația de atribuire nu s-a solicitat, niciuna dintre cele trei autorizații menționate în solicitarea de clarificări. Din analiza conținutului caietului de sarcini sau a cerințelor prezentate în documentele achiziției nu se regăsește niciunde o solicitare din partea autorității contractante privind obligativitatea ofertanților pentru a deține cel puțin una (cu atât mai puțin a tuturor celor trei) din autorizațiile menționate la care face referire autoritatea contractantă.

Mai arată contestatoarea că autoritatea contractantă nu a indicat/a evitat permanent să indice care este cerința caietului de sarcini ce nu a fost îndeplinită de Asocieria SC ... SRL, și nici nu poate să indice o asemenea cerință nici în punctul său de vedere ce urmează a fi transmis, pentru simplu motiv că, niciunde caietul de sarcini nu prevede obligativitatea prezentării înainte de termenul de depunere a ofertei, documente care să probeze deținerea celor trei Autorizații la care se face referire în solicitarea de clarificări, pentru montarea celor doi hidranți exteriori.

Verificând prevederile anunțului, ale fișei de date a achiziției și ale caietului de sarcini Consiliul constată că nu sunt prevăzute astfel de cerințe de calificare, iar în caietul de sarcini nu sunt prevăzute nici specificații tehnice referitoare la aceste autorizații sau obligația prezentării unor astfel de specialiști.

Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 30 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criterii de calificare ce au fost stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs **sunt considerate clauze nescrise**”.

Prin criteriile de calificare (reprezentând criterii minime pe care trebuie să le îndeplinească operatorii economici), autoritatea contractantă stabilește cadrul procedurii de achiziție, cu evidențierea clară a cerințelor de ordin tehnic, financiar și organizatoric necesare pentru ca operatorii economici interesați să depună o ofertă. În etapa de calificare, obiectivul autorității contractante este de a selecta ofertanții care sunt capabili să execute contractul ce urmează să fie atribuit, la standardele de calitate prevăzute de legislația în vigoare în domeniul contractului. Ca urmare,

cerințele privitoare la această capacitate trebuie să fie relevante pentru obiectul contractului. Criteriile de calificare stabilite de către autoritatea contractantă au drept scop demonstrarea potențialului tehnic și organizatoric al fiecărui ofertant, potențial ce va reflecta posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a remedia eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi desemnată câștigătoare. **Stabilirea criteriilor de calificare se realizează cu respectarea principiului proporționalității, criteriile trebuind să aibă legătură concretă cu obiectul contractului care urmează să fie atribuit, fără a se crea premisele utilizării acestora ca mijloc de restricționare a concurenței.** În acest sens, autoritatea contractantă are obligația să justifice alegerea criteriilor de calificare și, după caz, a criteriilor de selecție în cadrul Strategiei de contractare, evidențiind modul de aplicare a principiului proporționalității, inclusiv prin demonstrarea relevanței cerințelor minime și a criteriilor stabilite în raport cu natura, complexitatea și dimensiunea obiectului contractului.

Se observă că, prin art. 30 alin. 6 din HG nr. 395/2016, s-a urmărit evitarea unor practici incorecte ale unor autorități contractante care să aducă atingere principiului transparenței procedurii, prin inserarea unor criterii de calificare și criterii de selecție în cadrul caietului de sarcini, fără ca acestea să poată fi regăsite în fișa de date/anunțul de participare. Astfel, anunțul de participare, ca parte distinctă a documentației de atribuire, trebuie să cuprindă toate criteriile de calificare și selecție pe care autoritatea contractantă dorește să le aplice în cadrul respectivei proceduri de atribuire, iar documentația de atribuire, potrivit dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016, trebuie să cuprindă toate informațiile necesare pentru depunerea ofertei: „Autoritatea contractantă **are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire**” .

Criteriile de calificare și selecție prevăzute în anunțul de participare se preiau în mod automat în fișa de date și se vor regăsi în cadrul DUAE generat electronic de către autoritatea contractantă, ce conține informațiile solicitate ofertanților în raport cu criteriile de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire. Din interpretarea art. 1225 din Noul cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009, rezultă că o clauză nescrisă încalcă o dispoziție legală imperativă, mai precis o normă juridică de la care nu se poate deroga. Așadar, clauza este considerată nescrisă pentru că nesocotește un interes ocrotit de dispoziția respectivă. O clauză nescrisă nu produce efecte juridice, este înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile. Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice. Deci, dacă respectivele autorizații nu au fost solicitate nici prin anunț, ca și criterii privind capacitatea, și nici în caietul de sarcini, necesitatea lor fiind dedusă de autoritatea contractantă, din contextul proiectului, atunci un astfel de motiv de respingere a ofertelor nu poate fi reținut. Astfel, o ofertă nu poate fi respinsă pentru motive care nu se regăsesc explicit în documentația de atribuire. În condițiile în care

documentația nu cuprinde nicăieri o astfel de cerință, iar răspunsul la solicitarea de clarificări prezintă modalitatea de acces la specialiști, nu se pune problema că oferta ar fi nelegală.

În soluționarea acestei critici, Consiliul ține seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză referitoare la documente de calificare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unor avize, raționament invalidat de Curtea de Apel:

«(..)petentele au invocat, în cadrul plângerii, încălcarea obligației de transparență în procedurile de achiziție publică în temeiul jurisprudenței CJUE – Hotărârile din cauzele C 278/14, C-6/05, C-27/15, susținând că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante și că este încălcată această obligație dacă autoritatea contractantă respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care sunt prevăzute în anunțul menționat.

În soluționarea plângerii, cu privire la acest principiu dezvoltat din jurisprudența CJUE, instanța s-a limitat doar să arate că „în cauză nu a fost încălcat principiul transparenței întrucât cerința privind prezentarea agrementelor tehnice AFER pentru lucrările de sudură a căilor de cale ferată rezultată dintr-o interpretare a documentației de atribuire efectuată strict pe baza elementelor prezentate în documentație, ci nu a unor elemente noi invocate de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării și care nu fuseseră aduse la cunoștința ofertanților”.

Curtea observă însă că principiul transparenței care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauză.

Potrivit art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, „autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională”. Textul de drept UE anterior menționat este preluat literal din art. 2 din Directiva 2004/18 pe care o abrogă.

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

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo anterior menționată, „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)”.

Mai mult, în Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat **că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.”** (punctul 54).

Situația de fapt din cauză relevă faptul că, prin adresa nr. 11/1/59/23.01.2019, autoritatea contractantă a respins oferta R... pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3 a), calificări profesionale ale operatorului economic, cerință care ar consta în deținerea agrementului tehnic pentru activitatea de sudură.

Din examinarea fișei de date a achiziției, rezultă ca s-a impus, la punctul III.2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnică a ofertanților, deținerea autorizației de furnizor feroviar și agrement tehnic feroviar emise de AFER valabile la data prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructură, suprastructură, lucrări de artă, tuneluri, electrificare și energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviară și lucrări de construcții civile.

Conform aceluiași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării.

Astfel, **prezentarea documentelor AFER pentru sudură nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare**, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui agrement AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuiențele, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație, iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de ofertă.

Instanța care a soluționat plângerea formulată de petenta A....a arătat că cerința poate fi dedusă din aceea că s-a prevăzut obligativitatea deținerii agrementelor pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, iar calitatea de lucrare critică a activității de sudură rezultă din lista produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc, publicată pe website-ul www.afer.ro.

A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză. Or, normele din dreptul Uniunii referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări servesc, în special, îndeplinirii liberei prestări a serviciilor, astfel cum s-a decis de către CJUE prin Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. 1-73, punctul 43, Hotărârea Michaniki, C-213/07, Rep., p. 1-9999, punctul 39 și Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania, C-480/06, punctul 47. Unui ofertant de altă naționalitate decât română, precum este revizuiența din prezenta cauză, accesul la o astfel de procedură ar fi îngreunat în atare condiții.»

În ceea ce privește susținerea autorității contractante referitoare la obligația autorității de a verifica modalitatea de îndeplinire a cerinței în cauză, la momentul depunerii ofertelor, și nu ulterior, prin încheierea de către operatorul economic declarat câștigător a unor eventuale contracte de subcontractare, Consiliul reține că obligația autorității este aceea de a respecta propria documentație, și nu de a verifica îndeplinirea unor cerințe inexistente în cadrul documentației.

În același timp, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește cerințele de calificare și specificațiile tehnice, astfel că unele activități minore ca volum în cadrul contractului, chiar ea reținând în raportul procedurii nr. 3821/19.03.2021 respectiv faptul că, valoarea de montaj a celor doi hidranți reprezintă 0.02% din valoarea ofertată.

Corect este citată de contestatoare Hotărârea Curții Europene din 05.05.1998, Nationa Farmer's Union și alții, C 157/96, pct. 60: "Principiul proporționalității impune, după cum se arată, ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se faptul că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite".

Având în vedere ponderea acestor activități, este clar că autoritatea nu poate justifica introducerea unei astfel de cerințe de calificare, cerință care ar conduce la eliminarea unor ofertanți. În condițiile în care nu le-a prevăzut în documentație, nu pot constitui motiv de respingere a ofertei. Totodată, Consiliul reține, contrar susținerilor autorității, că dispozițiile legale incidente în materia subcontractării nu exclud și nu prohibesc desemnarea unui subcontractant ulterioară etapei de depunere a ofertelor, ci dimpotrivă, o astfel de situație este amplu reglementată în legislația incidentă, respectiv:

- din Legea nr. 98/2016:

- art. 3 lit. yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop;
- art. 55 - (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:
 - a) partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze; și
 - b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.
- (2) Subcontractanții propuși trebuie să respecte aceleași obligații ca și ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 [alin. \(1\)](#).
- -Art. 193 (3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. **Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) [lit. a\)](#), precum și cele de la alin. (1) [lit. b\)](#) și [c\)](#) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) [lit. a\)](#).**
- - Art. 216 (2) Raportul procedurii de atribuire prevăzut la [alin. \(1\)](#) trebuie să cuprindă cel puțin următoarele documente/informații:

- e) **în măsura în care sunt cunoscute**, partea/părțile din contractul de achiziție publică/acordul-cadru pe care ofertantul declarat câștigător intenționează să o/le subcontracteze unor terți și denumirea subcontractanților;
 - Art. 219. - (1) **Autoritatea contractantă solicită contractantului, cel mai târziu la momentul începerii executării contractului, să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai subcontractanților săi implicați în executarea contractului de achiziție publică, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv.**
 - (2) Contractantul are obligația de a notifica autorității contractante orice modificări ale informațiilor prevăzute la [alin. \(1\)](#) pe durata contractului de achiziție publică.
 - (3) **Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, în condițiile [art. 221](#).**
 - (4) **În situația prevăzută la [alin. \(3\)](#), contractantul va transmite autorității contractante informațiile prevăzute la [alin. \(1\)](#) și va obține acordul autorității contractante privind eventuale noi subcontractanți implicați ulterior în executarea contractului.**
 - (5) **Atunci când înlocuirea sau introducerea unor noi subcontractanți are loc după atribuirea contractului, aceștia transmit certificatele și alte documente necesare pentru verificarea inexistenței unor situații de excludere și a resurselor/capabilităților corespunzătoare părții lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.**
 - Art. 220. - În scopul unei informări complete, autoritatea contractantă are dreptul de a extinde aplicarea obligațiilor prevăzute la [art. 219](#):
 - a) cu privire la furnizorii implicați în contracte de achiziții publice de lucrări sau de servicii;
 - b) cu privire la subcontractanții subcontractanților contractantului sau subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare”.
- din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016:
- Art. 51. - (1) **În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să**

execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

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

-din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice

- Art. 71-(5) În cazul contractelor de achiziții de lucrări și în ceea ce privește serviciile care urmează să fie prestate la o instalație aflată sub directa supraveghere a autorității contractante, **după atribuirea contractului și cel mai târziu în momentul începerii executării acestuia, autoritatea contractantă solicită contractantului principal să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai subcontractanților săi implicați în lucrările sau serviciile respective, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv. Autoritatea contractantă solicită contractantului principal să îi notifice orice modificări ale acestor informații pe durata contractului, precum și informațiile obligatorii privind eventualii noi subcontractanți implicați ulterior în lucrările sau serviciile respective.** În pofida primului paragraf, statele membre pot impune direct asupra contractantului principal obligația de a furniza informațiile solicitate. Acolo unde este necesar în scopul aplicării alineatului (6) litera (b) de la prezentul articol, informațiile solicitate sunt însoțite de declarațiile pe propria răspundere ale subcontractanților, în conformitate cu articolul 59. Măsurile de punere în aplicare prevăzute la alineatul (8) de la prezentul articol pot prevedea ca subcontractanții prezentați după atribuirea contractului să furnizeze certificatele și alte documente justificative în locul declarației pe propria răspundere.

- din REGULAMENTUL DE PUNERE ÎN APLICARE (UE) 2016/7 AL COMISIEI din 5 ianuarie 2016 de stabilire a formularului standard pentru documentul european de achiziție unic, unul dintre principalele obiective ale Directivei 2014/24/UE și ale Directivei 2014/25/UE

- Considerentul (1) - Unul dintre principalele obiective ale Directivei 2014/24/UE și ale Directivei 2014/25/UE este reducerea sarcinii administrative pentru autoritățile contractante, entitățile contractante și operatorii economici, mai ales pentru întreprinderile mici și mijlocii. Un element-cheie al acestui efort este documentul european de achiziție unic (DEAU). Prin urmare, formularul standard pentru DEAU ar

trebui să fie elaborat în așa fel încât să se evite necesitatea de a produce un număr semnificativ de certificate sau alte documente legate de criteriile de excludere și de selecție. Având în vedere același obiectiv, formularul standard ar trebui să furnizeze, totodată, informații relevante cu privire la entitățile pe ale căror capacități se bazează operatorul economic, astfel încât verificarea informațiilor respective să poată fi efectuată în același timp cu verificarea referitoare la principalul operator economic și în aceleași condiții.

- Atunci când pregătesc documentele achiziției pentru o anumită procedură de achiziții publice, autoritățile contractante și entitățile contractante trebuie să indice în invitația la o procedură concurențială de ofertare, în documentele achiziției menționate în invitația la procedura concurențială de ofertare sau în invitațiile de confirmare a interesului informațiile pe care le vor solicita operatorilor economici, inclusiv o declarație explicită în care să precizeze dacă informațiile prevăzute în părțile II și III **ar trebui sau nu furnizate în ceea ce privește subcontractanții pe capacitățile cărora nu se bazează operatorul economic.**

Astfel cum rezultă din întreg contextul normativ prezentat, operatorii au dreptul să își nominalizeze ulterior subcontractanții pe ale căror capacități tehnice nu se bazează, termenul de capacitate tehnică și profesională fiind cel din lege. Astfel, art. 51 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 se citește și se interpretează unitar, în sensul că doar în măsura în care te bazezi pe capacitățile tehnice și profesionale ale unui alt operator în dovedirea cerințelor de calificare și depui o ofertă comună, acel operator care deține autorizația trebuie nominalizat subcontractant. Textul tezei a doua din alin. (2) al art. 51 nu se interpretează prin ruperea lui din contextul rezultat din întregul articol, ci în concordanță cu dispozițiile art. 48 alin. (2) din Legea nr. 24 din 27 martie 2000 (republicată) privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative „Alineatul, ca subdiviziune a articolului, este constituit, de regulă, dintr-o singură propoziție sau frază, prin care se reglementează **o ipoteză juridică specifică ansamblului articolului**”.

În situația de față, în care autoritatea contractantă NU a solicitat îndeplinirea vreunei cerințe referitoare la respectivele autorizații în documentația de atribuire, și nici ulterior, prin clarificări, nenominalizarea în această etapă a unui subcontractant nu conduce la respingerea ofertei, așa cum greșit susține în adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Documentația de atribuire nu trebuie să introducă obstacole inutile, capcane pentru operatorii economici, cerințele de transparență impunând o claritate maximă. Astfel, a susține că documentația de atribuire se completează cu prevederile întregii legislații din România nu coincide cu spiritul și litera directivei și a pachetului legislativ în materia achizițiilor publice, care impun expres menționarea legislației relevante în cadrul anunțului de participare. În condițiile în care nicăieri nu se face vorbire de legislația aferentă acestor autorizații, nu se poate susține că există vreo obligație, prezumată, de prezentare a lor. Rațiunea pentru care legislația

europăeană prevede obligația de transparență a procedurilor rezidă și din faptul că în spațiul european sunt operatori din toate țările, care trebuie să aibă informații relevante despre legislația incidentă într-un stat membru.

În ceea ce privește oferta asocierii din care face parte contestatoarea, Consiliul reține că acest ofertant a dovedit că are acces la specialiști autorizați, iar faptul că nu a nominalizat acest operator drept subcontractant, nu poate conduce la respingerea ofertei, din moment ce acesta are o ofertă conformă, iar legislația îi permite nominalizarea ulterioară a subcontractantului. Faptul că pentru acest operator nu s-a depus DUAЕ nu prezintă nicio relevanță, din moment ce ofertanta nu se bazează pe capacitățile sale, atâta timp cât nu există vreo cerință de calificare în acest sens, nedepunerea documentului respectiv neînsemnând că nu se verifică îndeplinirea cerințelor referitoare la motivele de excludere, în condițiile în care legislația cuprinde prevederi exprese și pentru situația din speță.

Mai mult, legislația arată că în situația în care nu cunoaște acest subcontractant la momentul depunerii ofertei, sunt aplicabile întru totul dispozițiile 216 alin. (2) lit. e) și art. 219 din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, dar și art. 71 alin. (5) din Directiva pe achiziții publice. Într-o atare situație, în condițiile în care nu există obligativitatea nominalizării unui subcontractant pentru activități cu o pondere minoră, legislația făcând referire la modificări substanțiale ale contractului, existând posibilitatea nominalizării acestora, în condițiile prevederilor legale menționate mai sus, după semnarea contractului până la începutul execuției acestuia sau oricând pe parcursul execuției acestuia, nenominalizarea lui nu poate conduce la respingerea ofertei, în condițiile în care ofertantul respectiv nu se bazează pe capacitățile sale. Dispozițiile legale sus menționate nu privesc noțiunea de capacități ale altor entități *lato sensu*, în sensul oricăror resurse folosite în executarea contractului, ci *stricto-sensu*, așa cum sunt definite la în secțiunea a VI-a, paragraful 3 din Legea nr. 98/2016, Criterii privind capacitatea.

În aceste condiții, Consiliul nu poate reține încălcarea vreunei obligații legale de către contestatoare sau că oferta acestuia ar fi nelegală.

Dacă legislația din România și cea europeană ar fi avut în vedere obligativitatea numirii tuturor subcontractanților pentru activități minore ca pondere, dar care prezintă relevanță specifică și o anumită specializare de nișă, atunci nu ar fi prevăzut posibilitatea numirii ulterioare a unor subcontractanți, cu respectarea unor dispoziții specifice.

După cum rezultă explicit din Regulamentul privind DUAЕ citat mai sus, acesta a fost adoptat pentru ușurarea sarcinii administrative. de asemenea, Directiva și legislația stabilesc, în mod clar, necesitatea ușurării poverii administrative, limitând drastic cerințele de calificare în ceea ce privește procedurile simplificate, așa cum este și cea de față, dispozițiile art. 113 alin. (11) din legea nr. 98/2016 stabilind, în mod clar, următoarele: „Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, **aceasta poate solicita DOAR cerințe privind:**

a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2;

b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu [art. 173](#);

c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 [lit. a\)](#) și [b\)](#)”.

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

Cum la capitolul aferent cerințelor de exercitare a activității profesionale nu există solicitate astfel de autorizații, iar caietul de sarcini nici măcar nu face vorbire de depunerea unor documentații de acest gen.

Pentru toate aceste argumente, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă a aplicat incorect prevederile documentației de atribuire și ale legislației aferente, neexistând niciun motiv a o exclude din procedură pe contestatoare.

Nu în ultimul rând, cu caracter subsidiar, Consiliul reține că și în situația în care s-ar admite raționamentul autorității contractante referitor la obligativitatea depunerii acestor autorizații încă din etapa de ofertare, deși nu s-au solicitat, o asemenea eroare s-ar încadra în categoria abaterilor tehnice minore, astfel cum sunt acestea definite la art. 134 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 935/2016, situația prezentată neîncadrându-se în ipotezele de excludere de la alin. (9):

„(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele **omisiuni**/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe”.

În orice situație, excluderea ofertantului pentru eventuale „omisiuni” ce exced documentației de atribuire reprezintă un comportament

neproportional, anticoncurențial, care a condus, în final, la atribuirea contractului către un ofertant cu un preț apropiat de valoarea estimată.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea raportului procedurii, a tuturor actelor subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei, în conformitate cu cele dispuse în prezenta.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, în temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge ca nefondată cererea de intervenție depusă de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune anularea raportului procedurii, a tuturor actelor subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei, în conformitate cu cele dispuse în prezenta.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție depusă de SC ... SRL.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 26 (douăzeci și șase) pagini.