



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. 152/28.06.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 33363/29.06.2021, formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva adresei nr. 359311/15.06.2021 de comunicare a rezultatului procedurii și raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Plan Urbanistic Zonal și Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții «Dezvoltare infrastructura educațională și de sănătate, infrastructura sportivă și amenajare pădure-parc în cartierul ...»”, se solicită admiterea contestației, anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 359311/15.06.2021 și a raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, de la etapa evaluării documentelor de calificare, cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, iar în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, întrucât documentația de atribuire prevede dispoziții contrare prevederilor Legii nr. 10/1995, precum și obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației, constând în onorariu avocațial.

Prin adresa nr. AD-01_CE-INT_307A+U/07.07.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 35000/07.07.2021, ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ... - ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., a formulat cerere de intervenție, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației formulată de către ... S.R.L. ca nefondată, nelegală și tardiv depusă în ceea ce privește contestarea documentației de atribuire, păstrarea că temeinice și legale a actelor atacate, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 359311/15.06.2021 și

raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, precum și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

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

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L. critică modalitatea de evaluare a ofertei sale, apreciind că aceasta este netemeinică și nelegală.

... S.R.L. face o scurtă prezentare a situației de fapt și prezintă dezvoltarea motivelor de fapt și de drept pe care își întemeiază contestația, astfel:

- Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 217417/31.03.2021 este concludent

Contestatorul arată că prin adresa nr. 217417/31.03.2021, comisia de evaluare i-a solicitat următoarele clarificări: *„Având în vedere prevederea caietului de sarcini prin care se solicită Studiu geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014 vizat și însoțit de către verificali la exigența Af vă solicităm să clarificați cum considerați că îndepliniți această cerință, ținând cont de oferta depusă de dvs., respectiv cine va întocmi studiu geotehnic și cine îl va viza în calitate de verificali Af.”*, la care, acesta a răspuns susținând faptul că este responsabilitatea sa realizarea studiilor geotehnice solicitate și verificarea lor la exigența Af, după cum a arătat în cadrul propunerii tehnice

„- la pagina 3/43 din propunerea tehnică - se arată că se realizează studiul geotehnic actualizat la nivel de PUZ - studiu geotehnic de detaliu, verificat Af în termen de 60 zile calendaristice de la ordin de începere (cercetare la fața locului, prelevare probe, analizare, obținere viză verificare) - în paralel cu faza 1.2.

- la pagina 11/43 din propunerea tehnică - se arată că se realizează studiu geotehnic detaliat la nivel de SF, verificat Af, aferent fiecărui SF;

- la pagina 19/43, studiul geotehnic este asigurat de către Ofertant - este responsabil de realizarea și validarea studiului geotehnic, prelucrarea probelor de teren, comunicarea cu laboratorul”.

Deși prin documentația de atribuire nu a fost prevăzută nicio cerință cu privire la personalul necesar prestării activității de întocmire a studiilor geotehnice și a activității de verificare a acestora, în cadrul răspunsului la clarificări, contestatorul precizează că a prezentat doi experți non chei de care dispune pentru efectuarea activității de întocmire a studiului geotehnic, cât și a activității de verificare, pentru care a prezentat și documente în susținere, respectiv diplomă de licență, declarație de disponibilitate și certificat de atestare, având în vedere obligativitatea de a răspunde la solicitarea de clarificări, conform art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016.

Chiar dacă prin documentație nu a fost solicitat personal pentru activitatea de întocmire studiu geotehnic și activitatea de verificare a acestuia,

cei doi experți non chei prezentați în cadrul răspunsului la clarificări au calitatea de furnizor pentru respectivele servicii, având în vedere solicitarea autorității contractante adresată contestatorului.

Contestatorul citează prevederile art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 și apreciază că din economia acestor dispoziții legale rezultă faptul că furnizorii sunt acele persoane care prestează pentru contractant anumite servicii și care nu trebuie declarați ca fiind subcontractanți. În acest sens s-au pronunțat și Consiliul (decizia publicată în B02017_5543), cât și Curtea de Apel Cluj (Decizia Civilă nr. 122/2021 din 02 februarie 2021), în spețe similare, din care citează.

Astfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul susține că a indicat părțile din propunerea tehnică prin care arăta modalitatea în care urmează să îndeplinească cerința privind întocmirea studiilor geotehnice, în raport de solicitările din documentația de atribuire, comunicând comisiei informațiile solicitate.

Practic, din acest răspuns rezultă faptul că prin propunerea tehnică depusă, contestatorul și-a asumat răspunderea întocmirii studiului geotehnic conform Normativului NP - 074-2014, care impune și verificarea acestuia de un verficator autorizat, verificare pentru care urmează să susțină studiile întocmite în fața verficatorului autorizat Af, răspunzând astfel solicitării comisiei de evaluare.

Comisia de evaluare apreciază răspunsul la solicitarea de clarificări ca fiind neconcludent, prin raportare la o cerință care nu a fost solicitată prin documentația de atribuire, respectiv la modalitatea în care a fost desemnat personalul necesar executării activității de întocmire a studiilor geotehnice și activității de verificare a acestora, personal care nu a fost solicitat prin documentație.

În acest context, susținerea autorității contractante potrivit căreia „*Prin răspunsul dvs. la solicitarea de clarificări ați depus pentru acești specialiști doar declarații de disponibilitate/angajament contractual. Răspunsul este neconcludent, deoarece acest tip de servicii care fac parte din obiectul contractului, trebuie realizate prin intermediul unor asociații/subcontractanți declarați și pentru care trebuie depus DUAE*”, este nefondată, fiind contrară documentației de atribuire și a legislație aplicabile în materie.

- Oferta contestatorului respectă toate cerințele de calificare solicitate prin fișa de date a achiziției.

Din analiza documentației de atribuire, contestatorul constată faptul că pentru activitatea de întocmire studii geotehnice și activitatea de verificare a acestora, nu a fost solicitată nicio cerință de calificare cu privire la modalitatea de îndeplinire a acestor activități și nici cu privire la personalul necesar realizării acestor activități.

În susținerea acestei afirmații, se precizează faptul că prin fișa de date nu sunt prevăzute cerințe de calificare cu privire la activitatea de întocmire studii geotehnice și activitatea de verificare sau la personalul necesar executării contractului, acesta din urmă fiind solicitat prin caietul de sarcini la capitolul privind „Personalul solicitat” pentru prestarea serviciilor din cadrul contractului, din analiza căruia se constată faptul că personalul necesar executării activității de întocmire studii geotehnice și activității de verificare nu este prevăzut.

De asemenea, cerința la care face trimitere autoritatea contractantă prin rezultatul procedurii, nu este un criteriu privind capacitatea (o cerință de calificare), întrucât nu este solicitată prin fișa de date, ci este prevăzută în caietul de sarcini la cap. 2.1 „Rezultatul care trebuie obținut în urma prestării serviciilor”, iar criteriile privind capacitatea sunt solicitate prin anunțul de participare și prin fișa de date a achiziției.

Cu toate acestea, prin rezultatul procedurii, autoritatea contractantă respinge oferta contestatorului ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, dispoziții aplicabile în situația în care oferta *„a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritate”*.

Prin rezultatul procedurii, în susținerea obligativității demonstrării cerinței privind verificarea studiilor geotehnice, se invocă prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995, însă se omite faptul că potrivit art. 22 alin. (1) lit. c) și art. 23 alin. (1) lit. c) din același act normativ, investitorii au obligația să asigure verificarea proiectelor prin specialiști verficatori de proiecte atestați, iar proiectanții să prezinte proiectele elaborate în fața specialiștilor verficatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate.

De asemenea, din economia dispozițiilor art. 172 alin. (1) și (2) și art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu cele ale art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, rezultă faptul că:

- autoritatea contractantă are dreptul, iar nu obligația de a solicita cerințe de calificare participanților la procedura de atribuire;
- admisibilitatea ofertanților este stabilită, în mod exclusiv, prin raport la cerințele stabilite prin documentație;
- lipsa din documentația a unei cerințe de calificare face imposibilă evaluarea ofertei prin raportare la respectiva cerință.

Drept urmare, operatorii economici nu pot fi sancționați pentru faptul că nu au subcontractat activitatea de întocmire studii geotehnice și activitatea de verificare a acestora și nu au depus documente pentru personalul necesar prestării respectivelor activități, în condițiile în care prin fișa de date a achiziției nu au fost prevăzute cerințe de calificare cu privire la aceste activități.

Altfel spus, pentru a putea respinge o ofertă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația să se raporteze la una dintre cerințele expres prevăzute în documentație, cu respectarea principiului transparenței, însă acest aspect este imposibil de realizat din moment ce, documentația de atribuire nu prevede nicio cerință de calificare cu privire la activitatea de întocmire studii geotehnice și activitatea de verificare a acestora.

Contestatorul apreciază ca relevantă, sub aspectul necesității respectării principiului transparenței, și hotărârea pronunțată în Cauza Pippo Pizzo (C-27/15), Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac-Kazantzidis, pronunțată în cauza C-6/05, CJUE (punctul 54), din care citează.

În sensul celor de mai sus este inclusiv practica judecătorească recentă, respectiv deciziile civile nr. 375/21.06.2019, nr. 319/17.02.2021, nr.

2019/11.11.2020 și nr. 2502/21.12.2020 pronunțate de Curtea de Apel București, decizia civilă nr. 384/15.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, decizia civilă nr. 351/19.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel Cluj și altele.

În acest context, contestatorul apreciază că decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatorului pe considerentul că „(...) *nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia referitor la capacitatea ofertantului de a realiza partea din contract în ceea ce privește serviciile de întocmire studiu geotehnic și serviciile de verificare tehnică Af, deoarece nu a declarat subcontractanți/asociați și nu au fost depuse DUAE-uri*” este nefondată, fiind contrară documentației de atribuire și a legislație aplicabile în materie.

- Oferta contestatorului respectă toate cerințele solicitate prin caietul de sarcini.

Așa cum contestatorul a mai arătat, prin caietul de sarcini se prevede la cap. 2.1 „Rezultatul care trebuie obținut în urma prestării serviciilor” pct. 1.4 ca activitate „întocmire Studiu geotehnic de detaliu” și ca rezultat „Studiu geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014, vizat și însușit de către verficator la exigența Af.” De asemenea, prin cap. 1.9 „Obiectivul specific la care contribuie realizarea serviciilor”, sunt descrise serviciile solicitate la nivelul procedurii, astfel: „*Serviciile solicitate la nivelul procedurii de achiziție sunt:*

1. *Elaborare Plan Urbanistic Zonal, în condițiile stipulate prin certificate de urbanism și a temei de proiectare atașat prezentului caiet de sarcini, elaborat în conformitate cu în baza Metodologiei de elaborare și conținutului - cadru al Planului Urbanistic Zonal - Indicativ GM- 010-2000, emis de Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației (fost M.L.P.A.T.).*

- *În perioada elaborării PUZ, prestatorul va pregăti și o analiză a costurilor preliminare, pe fiecare obiect individual și totodată cumulat, inclusiv cu estimarea costurilor pentru consolidare și stabilire versanți (dacă este cazul), circulațiile principale și pentru lucrările tehnico-edilitare pentru asigurarea utilităților.*

- *propunerea studiată la faza PUZ se va corela cu propunerea studiată în documentația PUZ aferenta proiectului „Drum Transregio Feleac TR3S-Centura Metropolitană și Drumuri de legătură” aflată în curs de avizare, iar dacă pe parcursul întocmirii documentațiilor se constată necesitatea modificării traseului stabilit (în proiectul „Drum Transregio Feleac TR35-Centura Metropolitană și Drumuri de legătură”), acest lucru va cădea în sarcina prestatorului (împreună cu toate cheltuielile generate de această modificare), fără a solicita costuri suplimentare.*

2. *Elaborare studii pentru fiecare obiect propus, separat pentru circulațiile principale și altul pentru lucrările tehnico-edilitare pentru asigurarea utilităților - în conformitate cu prevederile H.G. nr. 907/29.11.2016 — privind etapele de elaborare și conținutul cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor, proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice și cu prevederile certificatului de urbanism.”*

Din economia acestor prevederi ale documentației de atribuire rezultă cu claritate faptul că activitatea privind întocmirea studiilor geotehnice face parte din obiectul contractului, fiind prevăzută în cadrul propunerii tehnice (așa cum

contestatorul a arătat prin răspunsul la clarificări), în timp ce activitatea de verificare a studiilor geotehnice nu face parte din activitățile ce fac obiectul contractului, această activitate nefiind prevăzută în mod expres nici în cadrul fișei de date cap. II.1 și nici în cadrul descrierii serviciilor prevăzută în caietul de sarcini.

Astfel, din aceste dispoziții ale documentației, rezultă faptul că prevederea privind verificarea Af a studiului geotehnic nu este o cerință de calificare, ci reprezintă un rezultat al serviciilor prestate, care trebuie constatat la momentul executării contractului, respectiv la momentul verificării documentelor de proiectare de către verficatori autorizați conform Legii nr. 10/1995.

Pentru obținerea acestui rezultat, contestatorul se angajează să întocmească studiile geotehnice solicitate conform prevederilor din documentația de atribuire și cu respectarea normativului NP-074-2014 și să susțină respectivele studii în fața verficatorilor autorizați, pentru a fi avizate.

Față de modalitatea în care a fost întocmită documentația de atribuire, contestatorul a precizat în cadrul propunerii tehnice, faptul că printre livrabilele ce vor fi predate autorității se regăsesc și studiile geotehnice solicitate, întocmite conform NP-074-2014, care prevede și activitatea de verificare a acestora, studii ce vor fi livrate în termenele prevăzute în documentație. Astfel, contestatorul și-a asumat responsabilitatea livrării studiilor geotehnice întocmite conform NP-074-2014, vizat și însușit de către verficator la exigența Af.

De asemenea, prin răspunsul la clarificări, contestatorul a precizat autorității unde se regăsesc, în cadrul propunerii tehnice, informațiile cu privire la activitatea de întocmire a studiilor geotehnice și a activității de verificare, precizând totodată și cei doi experți cheie de care dispune pentru prestarea acestor activități, personal care nu a fost solicitat însă prin documentație.

În acest context, decizia de respingere a ofertei contestatorului ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, este netemeinică și nelegală, fiind dispusă cu încălcarea principiului transparenței, contestatorul demonstrând îndeplinirea tuturor cerințelor din caietul de sarcini astfel cum au fost solicitate.

În acest sens este și practica comunitară și națională invocată în combaterea deciziei de respingere a ofertei contestatorului ca inacceptabilă, în raport de prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, privind obligativitatea respectării principiului transparenței.

- În subsidiar, se solicită anularea procedurii de atribuire.

În situația în care se apreciază faptul că activitatea de verificare a proiectului este o activitate solicitată prin obiectul contractului, care cade în sarcina ofertanților, fiind o cerință de calificare, în subsidiar contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire, întrucât această solicitare este contrară prevederilor art. 22 alin. (1) lit. c) și a art. 23 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 10/1995, care sunt citate.

Din economia acestor dispoziții legale rezultă faptul că activitatea de verificare a proiectelor este o obligație impusă investitorilor, în speță autorității contractante, care trebuie să numească verficatori autorizați, în timp ce

proiectanți trebuie să prezinte proiectele elaborate în fața respectivilor verficatori autorizați.

În acest context, solicitarea ca ofertanții să realizeze activitatea de verificare a proiectului prin specialiști verficatori de proiect atestați este contrară prevederilor din Legea nr. 10/1995 actualizată.

Astfel, în situația în care se apreciază că respectiva activitate de verificare este în sarcina ofertanților, fiind o cerință de calificare a acestora, se impune anularea procedurii, întrucât documentația de atribuire este contrară Legii nr. 10/1995, iar la acest moment nu se mai pot dispune măsuri de remediere și nici contractul nu poate fi semnat cu singurul ofertant declarat câștigător.

Din raportul procedurii rezultă faptul că 4 din operatori economici care au depus oferte, au fost respinși pe considerentul că nu au subcontractat activitatea de verificare de proiect și doar unul, care este și ofertant câștigător, a înțeles documentația, în sensul că această activitate este în sarcina sa, deși dispozițiile Legii nr. 10/1995, a căror respectarea a fost impusă prin documentație, prevăd contrariul.

Întrucât documentația de atribuire este viciată, fiind întocmită cu nerespectarea prevederilor Legii nr. 10/1995 actualizată, autoritatea contractantă este în imposibilitate să evalueze ofertele și implicit să semneze contractul, întrucât nu mai poate dispune măsuri de remediere a documentației de atribuire.

În acest sens s-a pronunțat și Consiliul într-o speță similară, prin decizia nr. 3051/C3/3321 din 05.12.2018, din care contestatorul citează.

Concluzionând, ... S.R.L. solicită Consiliului admiterea contestației, anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 359311/15.06.2021 și a raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, de la etapa evaluării documentelor de calificare, cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, iar în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, întrucât documentația de atribuire prevede dispoziții contrare prevederilor Legii nr. 10/1995, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației, constând în onorariu avocațial, precum și aprobarea cererii de studiu a dosarului aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa nr. 396173/05.07.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 34509/05.07.2021, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația ... S.R.L., prin care solicită respingerea acesteia, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă arată că în motivarea contestației se susține că prin documentația de atribuire nu a fost prevăzută nicio cerință cu privire la personalul necesar prestării activității de întocmire a studiilor geotehnice și a activității de verificare a acestora, în acest fel, răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 217417/ 31.03.2021 a fost unul concludent, iar oferta admisibilă.

În principal, față de solicitarea de anulare a procedurii de atribuire, datorită faptului că documentația de atribuire nu este alcătuită conform prevederilor legale, și anume: *„activitatea de verificare a proiectelor este o obligație impusă investitorilor, în speță autorității contractante, care trebuie să numească verficatori autorizați [...]”*, se arată că aceasta nu poate fi decât

tardiv introdusă. Fiind vorba de a contestare a documentației de atribuire, termenul de exercitare al acesteia este stabilit de art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, la 10 zile de data publicării documentației de atribuire în SEAP și în niciun caz la câteva zile după data transmiterii rezultatului procedurii.

Față de contestația înaintată, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, pe motivele învederate în cele ce urmează:

Prin caietul de sarcini întocmit de către autoritatea contractantă și pus la dispoziția ofertanților, s-a solicitat întocmirea Studiului geotehnic de detaliu -conform NP-074-2014 vizat și însușit de către verificatori la exigența Af. Documentația de atribuire nu a fost contestată de către potențialii ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că aceasta și-a dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care au obligația de a întocmi oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care are obligația de a evalua ofertele prin raportare la cerințele stabilite în aceasta.

Pe parcursul evaluării ofertelor, au fost solicitate clarificări față de modalitatea de îndeplinire a prevederilor caietului de sarcini prin oferta depusă de către contestatorul ... S.R.L. Oferta nu face dovada îndeplinirii acestei cerințe, astfel ca prin adresa cu nr. 217417/448/ 31.03.2021 s-au solicitat clarificări privind modul de îndeplinire a acestei cerințe. Răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări nr. 217417/448/ 31.03.2021 a fost considerat de către comisia de evaluare ca fiind neconcludent, motivat de următoarele: s-a precizat că pentru întocmirea studiului geotehnic a fost nominalizat dl. ..., iar pentru verificarea la exigența Af, a fost nominalizat dl. Astfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, s-a depus pentru acești specialiști doar declarații de disponibilitate și un angajament contractual. Deoarece acest tip de servicii fac parte din obiectul contractului, astfel cum a fost solicitat prin caietul de sarcini, ca și activități ce urmează a fi prestate în cadrul acestui contract, acestea trebuie realizate prin intermediul unor asociați/subcontractanți declarați și pentru care trebuie depus DUAE inițial. Aceste contracte - angajamente contractuale - reprezintă veritabile contracte de subcontractare a activităților de realizare studiu și de verificare a proiectului, dar nedecarate de către ofertant. În lipsa declarării acestora ca subcontractanți, aceste entități în mod legal nu pot desfășura activități în cadrul contractului și totodată ofertantul nu îndeplinește cerința solicitată de către autoritatea contractantă.

Atunci când o parte din activitățile care fac obiectul contractului de achiziție, participantul știe de la bun început că nu le poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acesta este obligat să arate partea ce urmează a fi prestată de subcontractor și implicit depunerea formularului DUAE.

Pentru a realiza această activitate în mod legal, ofertanții aveau obligația de a asigura și independența verificatorilor de proiecte, prin subcontractarea acestei activități către o entitate/entități care poate desfășura în mod legal verificarea proiectelor tehnice. În lipsa unei subcontractări legale a acestor activități, ofertantul nu poate realiza în mod legal întocmirea studiului geotehnic și verificarea la exigența Af, sens în care propunerea tehnică

întocmită este neconformă, iar această componentă expres solicitată nu se poate realiza.

În evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă arată că a avut în vedere și jurisprudența CNSC/instanțelor de judecată, din care citează.

Întrucât, autoritatea contractantă a solicitat în mod expres prin fișa de date a achiziției secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Proporția de subcontractare: *„Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat incluzând toate informațiile prevăzute la art. 193 lit. a), b) din Legea nr. 98/2016, care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul în cadrul procedurii de atribuire”* și ținând cont de faptul că însuși contestatorul recunoaște că a întocmit oferta bazându-se pe alte entități, o parte a contractului de achiziție urmând a fi prestată de către persoane nedecarate subcontractanți, astfel că oferta depusă de către ... S.R.L. a fost întocmită fără a respecta cerințele autorității contractante. Atâta vreme cât serviciile în discuție nu sunt prestate de ofertant, iar acesta cunoștea acest aspect la data limită de depunere a ofertelor, acestea trebuiau să fie subcontractate/asociere, subcontractanții/asociații urmând a fi menționați și implicit depus DUAЕ separat.

În cazul de față, în care prestarea serviciilor pentru întocmirea Studiului geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014 și de verificare tehnică se regăsește în obiectul contractului, prestatorii trebuie să aibă calitatea de ofertant / ofertant asociat / subcontractant. Orice altă formă de colaborare în cadrul contractului ar conduce la neîndeplinirea condițiilor de formă în ceea ce privește modul de prezentare a ofertei.

La data depunerii ofertelor, se depun odată cu oferta și formularul DUAЕ pentru subcontractanții/asociații declarați, ceea ce ofertantul ... S.R.L. nu a făcut, respectiv nu a menționat niciun subcontractant/asociat pentru realizarea studiului geotehnic și verificarea la exigența Af, persoanele care urmau a presta aceste servicii din cadrul obiectului contractului au fost nominalizate ulterior, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 217417/448/31.03.2021.

Astfel, prestarea acestor servicii (întocmirea Studiului geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014 și verificare tehnică la cerința Af) urma a se face de către persoane fizice dl. ... și dl. ..., altele decât ofertantul, conform răspunsului la solicitările de clarificări, care nu prestează servicii pentru ... S.R.L., ci pentru achiziitoare (...), astfel că nu sunt incidente prevederile de la lit. w): *„furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”*. Conform prevederilor legale amintite, furnizorul de servicii prestează servicii către un contractant, iar în situația în care aceste servicii sunt furnizate autorității contractante, atunci respectivul operator economic are calitatea de subcontractant. În acest sens, Decizia Civilă nr. 122/2021 a Curții de Apel Cluj invocată chiar de către contestator precizează diferența dintre noțiunea de „subcontractant” și „furnizor”, în acest caz, activitatea de întocmire studiu geotehnic de detaliu face parte din obiectul contractului ce urmează a fi atribuit.

În acest caz se aplică prevederile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, care se citează și, având în vedere că printre activitățile ce fac obiectul contractului Plan Urbanistic Zonal și Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții „Dezvoltare infrastructură educațională și de sănătate, infrastructură sportivă și amenajare pădure - parc în cartierul ...” se regăsește și întocmirea Studiului geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014 vizat și însoțit de către verificali la exigența Af.

În continuare, autoritatea contractantă evocă prevederile art. 58 din Legea nr. 98/2016 și art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 și arată că modalitatea aleasă de ... S.R.L., de ofertare a serviciilor de întocmirea Studiului geotehnic de detaliu prin intermediul unui angajat al unei alte societăți cu care are încheiate doar aranjamente contractuale, această societate nefiind declarată subcontract și nefiind nici asociat în cadrul ofertei, nu este conformă. La fel și în cazul verificali de proiect.

Autoritatea contractantă face precizarea că ... S.R.L., în susținerea contestației la pct. 33 precizează că: *„Din economia acestor prevederi ale documentației de atribuire rezultă cu claritate faptul că activitatea privind întocmirea studiilor geotehnice face parte din obiectul contractului ...”*, din acest punct reiese faptul că documentația a fost clară, însoțită de aceasta, chiar cu reținerea faptului că serviciile de întocmire studiu geotehnic fac parte din obiectul contractului. Chiar și așa, pentru aceste servicii, care nu se vor presta de către ofertant, ... S.R.L. nu a declarat subcontractant, invocând prin răspunsul la clarificări faptul că aceste servicii se vor presta prin experți non cheie, care nu au fost nominalizați în cadrul propunerii tehnice, pe baza unor angajamente contractuale.

Tot în pct. 33 al contestației se precizează că: *„... activitatea de verificare a studiilor geotehnice nu face parte din activitățile ce fac obiectul contractului, această activitate nefiind prevăzută în mod expres nici în cadrul fișei de date cap. II.1. și nici în cadrul descrierii serviciilor prevăzute în caietul de sarcini”*. Această susținere este eronată, având în vedere că în caietului de sarcini se solicită ca activitate în contract: întocmirea Studiului geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014 vizat și însoțit de către verificali la exigența Af.

Susținerea contestatorului asupra faptului că documentația de atribuire este viciată, nu este fondată, ținând cont de prevederile art. 23 lit. c) din Legea nr. 10/1995 care este citat, astfel autoritatea contractantă a stabilit în cadrul documentației de atribuire obligația ofertanților de a preda studiu geotehnic verificat la exigența Af. Având în vedere că documentația de atribuire nu a fost contestată, nu au fost solicitate clarificări de către ... S.R.L., autoritatea contractantă consideră că toți ofertanții participanți la procedura de atribuire și-au însoțit cerințele documentației, acestea fiind clare.

Mai mult, din cei 5 participanți la procedură, un ofertant a depus oferta declarând toți subcontractanții necesari, având subcontractant atât pentru întocmirea Studiului geotehnic de detaliu, precum și subcontractant pentru verificali la exigența Af.

Ținând cont de cele menționate și expuse mai sus, comisa de evaluare, în baza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) și art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, a decis că oferta ... S.R.L. este inacceptabilă, motivat de faptul că nu sunt concludente clarificările transmise, respectiv oferta nu îndeplinește

condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia referitor la capacitatea ofertantului de a realiza partea din contract în ceea ce privește serviciile de întocmire studiu geotehnic și serviciile de verificare tehnică Af, deoarece nu au fost declarați subcontractanți /asociați și nu au fost depuse DUAE-uri. Totodată, oferta a fost declarată neconformă în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, deoarece nu îndeplinește cerința caietului de sarcini referitor la realizarea Studiului geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014 vizat și însoțit de către verficatori la exigența Af. În baza prevederilor art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, oferta a fost respinsă.

În practică, atât C.N.S.C., cât și Instanțele de judecată au o jurisprudență constantă în sensul necesității declarării ca subcontractori a entităților care realizează activități din obiectul contractului, spre ex. deciziile Consiliului nr. 963/C9/951,953/06.05.2016, nr. 2370/C5/2469/29.08.2018, nr. 1506/C11/1701/29.08.2016, nr. 322/C4/5644/5645/2013, nr. 5200/23.06.2014, nr. 615/C9/415,417/18.04.2019 și nr. 1097/C10/873/27.05.2021, precum și Decizia Civilă nr. 3605/ 22.06.2018 pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. 287/57/2018.

Conform practicii judiciare menționate mai sus, orice convenție prin care contractantul încredințează o parte din realizarea contractului către un terț, este considerată, de legislația în vigoare, a fi un contract de subcontractare.

În ceea ce privește petitul privind acordarea cheltuielilor de judecată, constând în onorariu avocațial, autoritatea contractantă solicită să fie respins odată cu contestația și poate fi redus, având în vedere art. 451 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C., în principal, respingerea contestației pe fond, ca fiind netemeinică, cu consecința menținerii procedurii în forma derulată de către autoritatea contractantă ca fiind temeinică și legală, a raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021 și a adreselor de comunicare privind rezultatul procedurii, respingerea cererii de anulare a procedurii ca fiind tardiv formulată, precum și respingerea cererii contestatorului în ceea ce privește obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației (onorariu avocațial) sau, în caz de admitere, să se aibă în vedere prevederile articolului citat în ceea ce privește reducerea onorariului avocațial proporțional cu munca prestată.

Prin adresa nr. AD-01_CE-INT_307A+U/07.07.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 35000/07.07.2021, ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ... - ... S.R.L., a formulat cerere de intervenție, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației formulată de către ... S.R.L. ca nefondată, nelegală și tardiv depusă în ceea ce privește contestarea documentației de atribuire, păstrarea că temeinice și legale a actelor atacate, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 359311/15.06.2021 și raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, precum și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Intervenientul face o scurtă prezentare a situației de fapt, precizând faptul că la procedura de atribuire în cauză, au depus oferte un număr de 5 (cinci) operatori economici, în interiorul termenului stabilit de autoritatea contractantă și, cu relevanță în prezenta cauză, arată faptul că în termenul prevăzut de Legea nr. 101/2016 nu a fost înregistrată nicio contestație cu

privire la conținutul documentației de atribuire, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales și pentru operatorii economici participanți la procedură, inclusiv pentru contestatar. Documentația acceptată implicit de toate societățile participante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, precum și Decizia CNSC nr. 1943/C2/1574 din 25.08.2020, din care se citează.

Totodată, intervenientul precizează că decizia de respingere a ofertei depuse de contestator este temeinică și legală, pe motivele dezvoltate în cele ce urmează:

I. Referitor la capetele de cerere evocate de către contestator solicitând simultan reevaluarea ofertei cu anularea procedurii de atribuire:

Intervenientul apreciază că aceasta denotă, în mod evident, lipsa temeiniciei contestației depusă. Or, în condițiile în care contestatorul ar avea certitudinea că motivele ce stau la baza contestației sunt legale, reprezintă o totală lipsă de logică să solicite, în același timp, reevaluarea ofertei cu anularea procedurii de atribuire.

II. Referitor la cerințele caietului de sarcini, respectiv pct. 2.1 prin care se solicită, printre altele *„Studiu geotehnic de detaliu”* cu rezultat *„Studiu geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014, vizat și însoțit de către verifcator la exigenta Af, în 60 de zile calendaristice de la data emiterii ordinului de începere/faza de proiectare.”*

a. prin anunțul de participare, autoritatea contractantă a inițiat, în baza Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, procedura de licitație deschisă. În cadrul documentației de atribuire se regăsește caietul de sarcini, care la pag. 6 pct. 2.1 conține referiri precise cu privire la Rezultatele care trebuie obținute în urma prestării serviciilor, așadar o descriere a serviciilor ce stau la baza obiectului contractului, iar la pct. 1.4 din tabelul încadrat se regăsește cerința exactă cu privire la *„Studiu geotehnic de detaliu”* cu rezultat *„Studiu geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014, vizat și însoțit de către verifcator la exigenta Af, în 60 de zile calendaristice de la data emiterii ordinului de începere/faza de proiectare”*.

În aceste condiții, orice critică referitoare la alte informații suplimentare necesar a fi fost utile oricărui operator economic de buna credință, ar fi trebuit formulată printr-o contestație depusă în temeiul Legii nr. 101/2016 sau prin solicitare de clarificări or nu a fost înregistrată nicio cerere/contestație în acest sens și ca atare, toți operatorii au înțeles și acceptat că o parte din obiectului contractului o constituie verificarea studiului de un verifcator la exigenta Af.

b. în fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, sunt redade următoarele precizări *„Elementele propunerii tehnice se vor prezenta detaliat și complet în corelație cu cerințele din Caietul de sarcini [....] 1. Prezentarea modului de prestare a serviciilor (planul propus) prin care ofertantul va descrie cel puțin:*

- *abordarea din punct de vedere a procesului tehnologic (metodologia de prestare) pentru prestarea serviciilor;*
- *resurse (personal și instalații/echipamente) necesare pentru prestarea serviciilor.*

2. Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile serviciilor prestate în conformitate cu prevederile legale în vigoare.”

Intervenientul consideră că prin această precizare autoritatea contractantă a evidențiat în mod clar necesitatea prezentării modalității de asigurare a verificatorilor necesari în cadrul contractului asumat evident coroborat cu dispozițiile Legii nr. 98/2016 incidente situației executării unei părți din contract de către o altă entitate, care nu poate fi decât subcontractant.

c. în fișa de date a achiziției, cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, se precizează în mod clar că *„2. Autoritatea contractantă solicită ofertantului să precizeze în ofertă partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale sub-contractanților propuși în conformitate cu art. 71 alin. (2) din Directiva 24/2016 și cu art. 55 din Legea nr. 98/2016 dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei.”*

Încă o dată, autoritatea contractantă a solicitat în mod expres menționarea părții/părților din contract necesar a fi subcontractate.

d. potrivit art. 3 alin. (1) pct. 51 lit. yy) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare *„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.”*

Or, persoana îndreptățită să efectueze verificarea nu este parte semnatară a contractului de achiziție ce stă la baza prezentei proceduri, iar, mai mult decât atât, execută o anumită parte din obiectul contractului răspunzând în fața autorității contractante.

Suplimentar, chiar contestatorul, în cuprinsul contestației, își declară intenția de a asigura realizarea serviciilor de la pct. 1.4 pag. 6 din caietul de sarcini, prin furnizori de servicii: *„10. Chiar dacă prin documentație nu a fost solicitat personal pentru activitatea de întocmire studiu geotehnic și activitatea de verificare a acestuia, cei doi experți non chei prezentați în cadrul răspunsului la clarificări au calitatea de furnizor pentru respectivele servicii.”*

Se înțelege că se referă astfel la implicare sau contractare a unei entități juridice și nu prin angajarea celor doi experți, așa cum ar fi normal în cazul în care oferta conține declarațiile de disponibilitate. Pe de altă parte, aserțiune cum că cerințele privind întocmirea studiului geotehnic precum și verificarea acestuia, se consideră că au fost explicitate în mod clar în documentele achiziției.

Așadar, în cazul de față, este în discuție încadrarea entităților desemnate pentru prestarea unor servicii altele decât ofertantul, care nu furnizează servicii pentru contestator, ci pentru achizitor, acestea fiind parte delimitată clar din obiectul contractului, astfel că nu sunt incidente prevederile din Legea 98/2016 de la lit. w), care sunt citate.

În concluzie, conform prevederilor legale amintite, un furnizor de servicii prestează servicii către un contractant (altul decât achizitorul), în cazul de față ... S.R.L., iar în situația în care aceste servicii sunt furnizate autorității contractante, atunci respectivul furnizor, mai exact cei doi experți, are/au calitatea de subcontractant.

Intervenientul evidențiază din nou lipsa de coerență în argumentația contestatorului, menționând pe de o parte că și-a asumat prin declarații de disponibilitate angajamentului celor 2 persoane fizice menționate în propunerea tehnică, însă în cuprinsul contestației la pct. 12 precizează că *„Din economia acestor dispoziții legale rezultă faptul că furnizorii sunt acele persoane care prestează pentru contractant anumite servicii si care nu trebuie declarați că fiind sub-contractanți.”* Or, furnizor, așa cum chiar acesta a scos în evidență, în conformitate cu mențiunile legiuitorului, este o entitate și nu o persoană, deci un operator economic, în consecință rezultând în nou obligativitatea declarării acestuia că subcontractant.

Cât privește alegațiile contestatorului legate de subcontractanți și furnizori și delimitările între aceștia, se constată lipsa de temei a acestora. Prevederile în materia achizițiilor publice nu pot fi eludate prin artificii precum cele în discuție (contracte de prestări de servicii sau colaborare în loc de subcontractare), înțelegerea dintre părți în cadrul respectivului contract neputând fi invocată în acoperirea unor obligații pentru care legiuitorul a prevăzut reguli clare legate de modul de participare la o procedură de achiziție publică, iar autoritatea contractantă a stabilit prin documentația de atribuire regulile de conduită aplicabile.

Realizarea unei părți din contract de către un furnizor, așa cum chiar contestatorul și-a desemnat cei doi experți propuși, poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin subcontractare. În cazul de față, având în vedere că ... S.R.L. se declară ofertant unic, atunci orice entitate ar putea presta activitatea de verificare conform pct. 1.4 pag. 6 din caietul de sarcini, doar dacă este nominalizat că subcontractant (a se vedea Decizia CNSC B02019_9668).

e. se citează prevederile art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată și se arată că, în aceste condiții, în cazul în care elaboratorul proiectului este evident ... S.R.L., verificador nu poate fi o persoană fizică angajată a acestuia, întrucât orice persoană angajată este în mod evident subordonată angajatorului, neputând în mod rezonabil să poată constata anumite inadvertențe în elaborarea proiectului.

Mai mult decât atât, chiar contestatorul scoate în evidență prevederile art. 22 din Legea nr. 10/1995 republicată *„Investitorii sunt persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente în sensul legii și au următoarele obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor”*, care potrivit lit. c) îi revine obligația de asigurare a *„verificării proiectelor prin specialiști verificali de proiecte atestați”*, ca atare verificadorul nu poate fi subordonat proiectantului (angajat) ci, din contră, va presta un serviciu direct în beneficiul final al investitorului (autorității contractante) singura modalitate juridică de a respecta și această cerință este de a fi inclus ca și subcontractant în cadrul unei proceduri, răspunzând în mod direct pentru partea din contract asumată, că o va executa în fața autorității contractante care va recepționa serviciile prestate de acesta.

Art. 23 lit. c) din același act normativ menționat din nou de către contestator scoate în evidență, încă o dată, necesitatea declarării specialiștilor desemnați în verificare în calitate de subcontractanți, deoarece *„Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor: ... c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor vericatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate”*, or în cazul în care contractantul semnatar al contractului de achiziție publică este proiectant, nu își poate prezenta lui însuși un proiect pentru verificare, cu atât mai mult cu cât este evidentă independența acestuia față de vericator și subordonarea vericatorului față de investitor, deci ca parte răspunzătoare direct față de autoritatea contractantă.

f. în susținerea independenței vericatorului față de proiectant, clarifică acest aspect și art. 8 lit. a) din Hotărârea nr. 742/2018 privind modificarea Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, potrivit căruia: *„În conformitate cu prevederile art. 13 alin. (1), coroborate cu art. 26 alin. (1) și art. 30 din Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, potrivit domeniului/domeniilor și/sau subdomeniului/subdomeniilor de construcții și/sau specialității/specialităților pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care a fost atestat, vericatorul de proiecte:*

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

Așadar, intervenientul susține că ... S.R.L. ca și operator economic ofertant, nu poate îndeplini simultan funcția de proiectant și de vericator, iar acesta din urmă fiind necesar a fi declarat drept subcontractant în cadrul procedurii de atribuire.

În concluzie, asocierea ... S.R.L. – ... – ... S.R.L. solicită C.N.S.C. admiterea acesteia, respingerea contestației formulată de către ... S.R.L. ca nefondată, nelegală și tardiv depusă în ceea ce privește contestarea documentației de atribuire, păstrarea că temeinice și legale a actelor atacate, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 359311/15.06.2021 și raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, precum și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Totodată, intervenientul evocă temeiul de drept, respectiv dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 61 din Codul de Procedură Civilă. Astfel, având în vedere că a fost declarat câștigătorul procedurii de licitație deschisă, cu consecința directă a încheierii contractului de achiziție publică, justifică un interes personal, născut și actual pentru a interveni în prezenta cauză, fiind îndeplinite condițiile de fond pentru formularea cererii de intervenție principală.

Prin adresa nr. 165/09.07.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 35649/12.07.2021, ... S.R.L. transmite Concluzii Scrise, prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ... S.R.L., în calitate de ofertant câștigător, pe fond respingerea respectivei cererii de intervenție ca nefondată și admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În ceea ce privește capătul de cerere referitor la cheltuielile de judecată, contestatorul face precizarea că acestea vor fi solicitate pe cale separată.

Având în vedere atât considerentele din cadrul contestației, cât și din prezentele concluzii:

- Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 217417/31.03.2021 este concludent

Prin punctul de vedere prezentat de către autoritatea contractantă se susține faptul că răspunsul la clarificări „(...) a fost considerat de către comisia de evaluare ca fiind neconcludent motivat de următoarele: s-a precizat că pentru întocmirea studiului geotehnic a fost nominalizat dl. ..., iar pentru verificarea la exigenta Af a fost nominalizat dl. Astfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a depus pentru acești specialiști doar declarații de disponibilitate și un angajament contractual. Deoarece acest tip de servicii fac parte din obiectul contractului, astfel cum a fost solicitat prin caietul de sarcini, ca și activități ce urmează a fi prestate în cadrul acestui contract, acestea trebuie realizate prin intermediul unor asociați/subcontractanți declarați și pentru care trebuie depus DUAE inițial. Aceste contracte - angajamente contractuale - reprezintă veritabile contracte de subcontractare a activităților de realizare studiu și de verificare a proiectului, dar nedecarate de către ofertant. În lipsa declarării acestora ca subcontractanți, aceste entități în mod legal nu pot desfășura activități în cadrul contractului și totodată ofertantul nu îndeplinește cerința solicitată de către autoritatea contractantă”.

Contrar acestor susțineri, așa cum s-a arătat și prin contestația formulată, este faptul că prin documentația de atribuire a fost prevăzută ca făcând parte din obiectul contractului „activitatea de întocmire studiu geotehnic”, nu și activitatea de „verificare a studiului geotehnic”, cat și faptul că prin caietul de sarcini nu se solicită prezentarea personalului necesar realizării activității „întocmire studiu geotehnic” și, cu atât mai mult, a personalului necesar activității de „verificare a studiului geotehnic”, care nu a fost solicitată.

În susținerea acestei afirmații sunt prevederile cap. 2.1 pct.1.4, cap. 1.9 și capitolul privind „Personalul solicitat” din caietul de sarcini, cât și prevederile din fișa de date cap. II.1 Obiectul contractului, din care rezultă care este personalul solicitat pentru execuția contractului, cât și care sunt activitățile ce urmează a se presta în cadrul respectivului contract.

Astfel, din cap. 2.1 „Rezultatul care trebuie obținut în urma prestării serviciilor” pct. 1.4 rezultă că activitatea ce urmează a se presta este „întocmire Studiu geotehnic de detaliu”, iar rezultatul prestării respectivei activități este „Studiu geotehnic de detaliu - conform NP- 074-2014, vizat și însoțit de către verificator la exigența Af.”

De asemenea, la cap. 1.9 „Obiectivul specific la care contribuie realizarea serviciilor” sunt descrise serviciile solicitate la nivelul procedurii, astfel: „Serviciile solicitate la nivelul procedurii de achiziție sunt:

1. Elaborare Plan Urbanistic Zonal, în condițiile stipulate prin certificate de urbanism și a temei de proiectare atașat prezentului caiet de sarcini, elaborat în conformitate cu în baza Metodologiei de elaborare și conținutului - cadru al Planului Urbanistic Zonal - Indicativ GM - 010-2000, emis de Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației (fost M.L.P.A.T.).

- În perioada elaborării PUZ, prestatorul va pregăti și o analiză a costurilor preliminare, pe fiecare obiect individual și totodată cumulată, inclusiv cu estimarea costurilor pentru consolidare și stabilire versanți (dacă este cazul), circulațiile principale și pentru lucrările tehnico-edilitare pentru asigurarea utilităților.

- propunerea studiată la faza PUZ se va corela cu propunerea studiată în documentația PUZ aferenta proiectului "Drum Transregio Feleac TR3S-Centura Metropolitană și Drumuri de legătură" aflată în curs de avizare, iar dacă pe parcursul întocmirii documentațiilor se constată necesitatea modificării traseului stabilit (în proiectul "Drum Transregio Feleac TR35-Centura Metropolitană și Drumuri de legătură"), acest lucru va cădea în sarcina prestatorului (împreună cu toate cheltuielile generate de această modificare), fără a solicita costuri suplimentare.

2. Elaborare studii pentru fiecare obiect propus, separat pentru circulațiile principale și altul pentru lucrările tehnico-edilitare pentru asigurarea utilităților - în conformitate cu prevederile H.G. nr. 907/29.11.2016 privind etapele de elaborare și conținutul cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor, proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice și cu prevederile certificatului de urbanism."

La capitolul „Personalul solicitat” regăsit la fila 12 din caietul de sarcini se prevede: „Pentru realizarea serviciilor din cadrul Contractului, este necesar următorul personal calificat:

un arhitect cu drept de semnătură OAR și RUR - a fost nominalizat în calitate de arhitect cu drept de semnătura OAR și RUR în cadrul a cel puțin două contracte finalizate cu obiect PUG, PUZ, PUZ de regenerare urbană, la data depunerii ofertei;

un inginer peisagist;

un inginer silvic;

un inginer absolvent al Facultății de construcții, specializarea Căi ferate, drumuri și poduri - a fost nominalizat în calitate de inginer absolvent al Facultății de construcții, specializarea Căi ferate, drumuri și poduri în cadrul a cel puțin două contracte finalizate cu obiect: întocmire documentații tehnic economice conform prevederilor art. 5 din HG 907/2016 pentru construcții civile-categoria de importanță C - la data depunerii ofertei;

un inginer absolvent al Facultății de construcții, specializarea Construcții civile, industrial și agricole - a fost nominalizat în calitate de inginer absolvent al Facultății de construcții, specializarea Construcții civile, industrial și agricole a cel puțin două contracte finalizate cu obiect: documentații tehnico-economice conform prevederilor art. 5 din HG 907/2016 pentru construcții civile-categoria de importanță C la data depunerii ofertei;

un inginer absolvent al Facultății de instalații, specializarea instalații pentru construcții - a fost nominalizat în calitate de Inginer absolvent al Facultății de instalații, specializarea instalații pentru construcții în cadrul a cel puțin două contracte finalizate cu obiect: întocmire documentații tehnico-economice conform prevederilor art. 5 din HG 907/2016 pentru construcții civile-categoria de importanță G - la data depunerii ofertei;

în cazul în care personalul solicitat face dovada implicării în 2 contracte finalizate, nu mai multe, va îndeplini condițiile de calificare, dar experiența nu va îndeplini criteriile de punctare”.

Din economia acestor prevederi ale documentației de atribuire rezultă cu claritate faptul că activitatea privind întocmirea studiilor geotehnice face parte din obiectul contractului, fiind prevăzută în cadrul propunerii tehnice (așa cum contestatorul a arătat prin răspunsul la clarificări), în timp ce activitatea de verificare a studiilor geotehnice nu face parte din activitățile ce fac obiectul contractului, această activitate nefiind prevăzută în mod expres nici în cadrul fișei de date cap. II.1 și nici în cadrul descrierii serviciilor prevăzută în caietul de sarcini, cât și care este personalul solicitat pentru îndeplinirea contractului.

Din analiza capitolului privind personalul solicitat se constată cu ușurință faptul că personal pentru activitatea de întocmire studiu geotehnic și mai ales pentru activitatea de verificare a acestuia (care nu face parte din obiectul contractului) nu a fost solicitat prin documentație.

Având în vedere obligativitatea de a răspunde la solicitarea de clarificări, consacrată de art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, contestatorul arată că a răspuns la solicitarea de clarificări, precizând personalul de care dispune pentru aceste activități, cu toate că prin documentația de atribuire nu a fost solicitat personal pentru aceste activități.

De asemenea, din propunerea tehnică pag. 3, 11 și 19 rezultă modalitatea în care urmează să se desfășoare activitatea de întocmire a studiului geotehnic de către contestator, cât și faptul că această activitate se realizează de către ofertantul contestator.

Astfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul a indicat părțile din propunerea tehnică prin care arăta modalitatea în care urmează să îndeplinească cerința privind întocmirea studiilor geotehnice, în raport de solicitările din documentația de atribuire, comunicând comisiei informațiile solicitate, cât și personalul de care dispune pentru această activitate (personal care inițial nu a fost solicitat).

Practic, din acest răspuns rezultă faptul că prin propunerea tehnică depusă, contestatorul și-a asumat răspunderea întocmirii studiului geotehnic conform Normativului NP - 074-2014, care impune și verificarea acestuia de un verficator autorizat, verificare pentru care urmează să susțină studiile întocmite în fața verficatorului autorizat Af, răspunzând astfel solicitării comisiei de evaluare, cât și prevederile Legii nr. 10/1995.

Având în vedere faptul că din propunerea tehnică, cât și din răspunsul la solicitarea de clarificări, rezultă cu claritate faptul că activitatea de întocmire a studiului geotehnic și de susținere a acestuia în fața verficatorilor autorizați în vederea avizării este realizată de către contestator prin personalul de specialitate de care dispune, susținerea comisiei de evaluare potrivit căreia *„Prin răspunsul dvs. la solicitarea de clarificări ați depus pentru acești specialiști doar declarații de disponibilitate/angajament contractual. Răspunsul este neconcludent, deoarece acest tip de servicii care fac parte din obiectul contractului, trebuie realizate prin intermediul unor asociați/subcontractanți declarați și pentru care trebuie depus DUAE”* este nefondată, fiind contrară documentației de atribuire și a legislație aplicabile în materie.

- Oferta contestatorului respectă toate cerințele de calificare solicitate prin fișa de date a achiziției.

Întrucât nici prin punctul de vedere și nici prin cererea de intervenție nu este combătută această critică, contestatorul solicită admiterea acesteia, având în vedere considerentele prezentate în cadrul contestației, constatând

faptul că prin documentația de atribuire pentru activitatea de întocmire studii geotehnice și activitatea de verificare a acestora, nu a fost solicitată nicio cerință de calificare cu privire la modalitatea de îndeplinire a acestor activități și nici cu privire la personalul necesar realizării acestor activități.

Nefiind solicitată nicio cerință de calificare cu privire la aceste activități, este evident că nu se poate reține incidența prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, în ceea ce privește oferta contestatorului.

- Oferta contestatorului respectă toate cerințele solicitate prin caietul de sarcini.

Din economia dispozițiilor cap. 2.1 și cap. 1.9 din caietul de sarcini rezultă cu claritate faptul că activitatea privind întocmirea studiilor geotehnice face parte din obiectul contractului, fiind prevăzută în cadrul propunerii tehnice (așa cum contestatorul a arătat prin răspunsul la clarificări), în timp ce activitatea de verificare a studiilor geotehnice nu face parte din activitățile ce face obiectul contractului, această activitate nefiind prevăzută în mod expres nici în cadrul fișei de date cap. II.1 și nici în cadrul descrierii serviciilor prevăzută în caietul de sarcini.

Astfel, în raport de prevederile cap. 2.1 pct.1.4, cap. 1.9 din caietul de sarcini se constată faptul că susținerea autorității, potrivit căreia „(...) în caietului de sarcini se solicită ca activitate în contract: *întocmirea Studiului geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014 vizat și însușit de către verificali la exigenta Af*” este nefondată, întrucât din dispozițiile anterior invocate rezultă faptul că studiul geotehnic vizat și însușit de un verificali este un rezultat al prestării activității de întocmire a respectivului studiu geotehnic.

De asemenea, personalul comunicat prin răspunsul la solicitarea de clarificări este personalul specializat deținut de contestator pentru realizarea activității de întocmire studiu geotehnic și pentru susținerea acestuia în vederea avizării de către un verificali autorizat desemnat conform Legii nr. 10/1995.

Potrivit declarației de disponibilitate, specialiștii indicați prin răspunsul la solicitarea de clarificări sunt persoane fizice, cu care, în baza declarației de disponibilitate, se vor încheia fie contracte de colaborare, fie contracte individuale de muncă.

Prin urmare, contrar susținerii autorității, cât și a intervenientului, personalul indicat de contestator prin răspunsul la clarificări desfășoară activitatea pentru acesta și nu pentru autoritatea contractantă, întrucât răspunderea întocmirii studiului geotehnic și a susținerii acestuia în fața verificaliului autorizat este a contestatorului, astfel cum rezultă din propunerea tehnică și din răspunsul la clarificări, cât și din prevederile art. 218 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Regula subcontractării unor lucrări/ servicii ce fac obiectul contractului, prevăzută de către legiuitor se aplică doar în situația în care acestea nu sunt executate /prestate de către ofertant în cazul ofertantului care depune oferta individuală sau de către unul din membrii asocierii în cazul în care oferta se depune de un grup de operatori economici în asociere.

Întrucât activitatea de întocmire a studiului geotehnic și de susținere a acestuia în fața verificaliilor autorizați, în vederea avizării, este realizată de către contestator prin personalul de specialitate de care dispune, personal

care așa cum s-a subliniat, nu a fost solicitat prin documentația de atribuire, nu se impunea desemnarea unor subcontractanți pentru desfășurarea acestor activități, cum greșit susține autoritatea contractantă și intervenientul.

Așa cum rezultă din răspunsul la solicitarea de clarificări și din documentele anexate acestuia, dl. ..., specialistul de care dispune contestatorul pentru întocmirea studiului geotehnice, nu a dat declarația de disponibilitate în calitatea acestuia de angajat al unei societăți specializate cu prestarea unor astfel de servicii, ci în calitate de persoană fizică care deține specialitatea de inginer geolog și cu care contestatorul va încheia în cazul câștigării licitației, fie contract individual de muncă, fie contract de colaborare. Aceste aspecte fiind identice și în ceea ce privește specialistul AF de care dispune contestatorul pentru a susține proiectele în fața verficatorilor autorizați desemnați conform Legii nr. 10/1995.

În raport de modalitatea de întocmire a propunerii tehnice și de documentele anexate pentru acest specialist, susținerea autorității contractante, potrivit căreia *„Modalitatea aleasă de ... S.R.L., de ofertare a serviciilor de întocmirea Studiului geotehnic de detaliu prin intermediul unui angajat al unei alte societăți cu care are încheiate doar aranjamente contractuale, această societate nefiind declarată subcontract și nefiind nici asociat în cadrul ofertei”*, este cel puțin surprinzătoare, dar și nefondată, întrucât activitatea de întocmire a studiului geotehnic se realizează de contestator (ofertant) prin personalul specializat de care dispune.

De asemenea, susținerea intervenientului cu privire la prevederile cap. IV. 4.1 pct. 2 din fișa de date a achiziției, potrivit căreia *„Considerăm că prin această precizare autoritatea contractanta a evidențiat în mod clar necesitatea prezentării modalității de asigurare a verficatorilor necesari în cadrul contractului asumat evident coroborat cu dispozițiile Legii 98/2016 incidente situației executării unei părți din contract de către o altă entitate care nu poate fi decât subcontractant”*, este nefondată, având în vedere faptul că dispozițiile legale la care se referă acestea sunt dispozițiile Legii nr. 10/1995.

Dispozițiile Legii 10/1995, prin art. 13, impun în mod expres faptul că verficatorii de proiect trebuie să fie alte persoane decât specialiștii elaboratori ai proiectelor, în timp ce dispozițiile art. 22 alin. (1) lit. c) prevăd faptul că investitorii (autoritățile contractante) asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verficatori de proiecte atestați, iar dispozițiile art. 23 alin. (1) lit. c) prevăd faptul că proiectanții (specialiști elaboratori de proiect) asigură prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verficatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor.

Prin urmare, față de dispozițiile anterior invocate, nu se poate susține faptul că prin această prevedere a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat specialiștii verficatorii de proiect, ci prin această prevedere a solicitat ca ofertanții să dispună de personal de specialitate care să susțină proiectele în fața verficatorilor de proiect, astfel cum prevede Legea nr. 10/1995.

Astfel, contestatorul precizează că a prezentat specialistul de care dispune pentru susținerea proiectelor (studiile geotehnice) în fața verficatorilor de proiect desemnați de autoritatea contractantă conform Legii nr. 10/1995 și citează dispozițiile art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016, care definesc subcontractantul.

Având în vedere faptul că subcontractantul răspunde în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor pe care le prestează, activitatea de verificare a proiectelor nu poate fi prestată de un subcontractant, întrucât în această situație nu se asigură independența specialistului elaborator de proiect de cea a verficatorului de proiect, astfel cum prevede art. 13 din Legea nr. 10/1995, și nici nu sunt respectate prevederile art. 22 alin. (1) lit. c) și art. 23 alin. (1) lit. c) din același act normativ.

Prin urmare, este nefondată susținerea autorității contractante și a intervenientului potrivit căreia activitatea de verificare a proiectelor se poate realiza cu respectarea prevederilor Legii nr. 10/1995, prin subcontractare.

Autoritatea contractantă susține, prin punctul de vedere, faptul că „(...) a stabilit în cadrul documentației de atribuire obligația ofertanților de a preda studiu geotehnic verificat la exigenta Af”, respectând prevederile art. 23 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 10/1995, privind prezentarea proiectelor elaborate în față specialiștilor verficatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor.

Aceste susțineri ale autorității contractante denotă faptul că aceasta nu a înțeles prevederile legale invocate, întrucât sintagma „stabiliți de către investitor” se referă la faptul că verficatorii de proiect autorizați trebuie să fie numiți de către investitor (autoritate), aceasta fiind singura modalitate prin care se asigură independența verficatorilor de proiect atestați de elaboratorii proiectului, consacrată de art. 13 din același act normativ.

Nu se contestă faptul că ofertanții trebuie să predea autorității contractantei, în final, un proiect avizat de verficatori de proiect atestați Af, acest aspect fiind o obligație de rezultat care rezultă și din prevederile art. 23 alin. (1) lit. c), teza finală, din Legea nr. 10/1995, potrivit căreia proiectanții „(...) soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate”.

Din aceste considerente, cât și din obligativitatea respectării Legii nr. 10/1995, impusă prin documentație, rezultă faptul că prin documentația de atribuire nu a fost solicitată activitatea de verificare a proiectului ca fiind realizată de către ofertant.

În contextul în care prin documentație nu se prevede expres faptul că activitatea de verificare a proiectelor se realizează de către ofertanți, ci, mai mult, se impune respectarea prevederilor Legii nr. 10/1995, nu există motiv din partea niciunui operator economic să conteste respectiva documentație pe acestui considerent.

Față de aceste considerente și de cele expuse prin contestație, decizia autorității contractante de a respinge ca neconformă oferta contestatorului, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, pe considerentul că oferta „nu îndeplinește cerința caietului de sarcini referitor la realizarea Studiului geotehnic de detaliu - conform NP-074- 2014 vizat și însușit de către verficatori la exigenta Af”, este netemeinică și nelegală.

- În subsidiar, se solicită anularea procedurii de atribuire

Cu privire la acest capăt de cerere, prin punctul de vedere, cât și prin cererea de intervenție, se susține tardivitatea, pe considerentul că împotriva documentației de atribuire nu a fost formulată nicio contestație.

Contrar acestei susțineri, contestatorul subliniază faptul că prin contestația formulată nu a fost atacată documentația de atribuire, întrucât din

punctul de vedere al contestatorului, activitatea de verificare a proiectului de către ofertanți nu a fost solicitată prin documentație.

În susținerea acestei afirmații, așa cum s-a mai arătat, se precizează faptul că prin documentație nu există nicio prevedere în acest sens și mai mult decât atât, prin aceasta se impune respectarea prevederilor Legii nr. 10/1995, din care rezultă cu claritate faptul că această activitate este în sarcina autorității.

Însă, în situația în care se apreciază faptul că activitatea de verificare a proiectului este o activitate solicitată prin obiectul contractului, care cade în sarcina ofertanților, fiind o cerință de calificare, în subsidiar contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire, întrucât această solicitare este contrară prevederilor art. 22 alin. (1) lit. c) și a art. 23 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 10/1995.

Astfel, anularea procedurii a fost solicitată doar în situația în care se apreciază faptul că activitatea de verificare a proiectului este o activitate solicitată prin obiectul contractului, care cade în sarcina ofertanților, care din punct de vedere legal conduce la constatarea faptului că procedura este viciată și ne mai existând posibilitatea remedierii acesteia la acest moment.

În acest context, contestatorul precizează că autoritatea contractantă este în imposibilitate să evalueze ofertele și implicit să semneze contractul, fapt ce conduce la concluzia că întreaga procedură de achiziție este afectată.

De asemenea, susținerea intervenientului, potrivit căreia solicitarea în același timp și a reevaluării ofertelor și a anulării procedurii „denotă lipsa de temeinicie a contestației”, este nefondată, întrucât contestatorul a solicitat, în principal, anularea actelor contestate pentru considerentele arătate și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în situația în care se apreciază că documentația prevede o condiție contrară Legii nr. 10/1995.

Astfel, capătul de cerere formulat în subsidiar a fost solicitat doar în situația în care Consiliul constată că din interpretarea documentației de atribuire rezultă faptul că activitatea de verificare a proiectului a fost prevăzută ca fiind în sarcina ofertanților, aspect care este contrar Legii 10/1995 și care conduce la afectarea procesului de evaluare în prezenta procedură.

Pentru toate aceste considerente și cele expuse prin contestație, ... S.R.L. solicită Consiliului ca prin decizia ce o va pronunța, să admită contestația astfel cum a fost formulată și să respingă cererea de intervenție ca nefondată.

În ceea ce privește capătul de cerere referitor la cheltuielile de judecată, contestatorul face precizarea că acestea vor fi solicitate pe cale separată.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Plan Urbanistic Zonal și Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții «Dezvoltare infrastructura educațională și de sănătate, infrastructura sportivă și amenajare pădure-parc în cartierul ...»”*, cod CPV 71322000-1 – Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport-calitate preț”*, iar valoarea totală estimată a contractului de servicii este de 2.400.000,00 lei, fără TVA.

În cuprinsul procesului-verbal privind vizualizarea ofertelor și evaluarea garanției de participare nr. 196408/448/23.03.2021, s-a consemnat faptul că 5 operatori economici au depus oferte, dintre aceștia fiind ... S.R.L., contestatorul din prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, oferta asocierii ... S.R.L. – ... – ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară în sumă de 2.061.250,00 lei fără TVA, comunicarea privind rezultatul procedurii fiind transmisă de autoritatea contractantă către ... S.R.L. prin adresa nr. 359311/15.06.2021.

Consiliul are în vedere că după depunerea contestației de către ... S.R.L., s-a formulat cerere de intervenție de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... – ... S.R.L., prin care s-a solicitat admiterea acesteia, respingerea contestației formulată de către ... S.R.L. ca nefondată, nelegală și tardiv depusă în ceea ce privește contestarea documentației de atribuire, păstrarea că temeinice și legale a actelor atacate, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 359311/15.06.2021 și raportului procedurii nr. 359304/15.06.2021, precum și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... – ... S.R.L., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant este evident, intervenientul urmărind conservarea dreptului de câștigător al procedurii, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, fiind formulate critici cu privire la modalitatea de evaluare de către autoritatea contractantă a ofertei depusă de către ... S.R.L.

În motivarea adusă, Consiliul constată că ... S.R.L. subliniază faptul că, deși prin documentația de atribuire nu a fost prevăzută nicio cerință cu privire la personalul necesar prestării activității de întocmire a studiilor geotehnice și a activității de verificare a acestora, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări, înaintată de achizitoare prin adresa nr. 217417/31.03.2021, societatea sa a indicat cei doi experți non cheie de care dispune pentru efectuarea activității de întocmire a studiului geotehnic, cât și a activității de verificare, pentru care a prezentat și documente în susținere, respectiv diplomă de licență, declarație de disponibilitate și certificat de atestare, precizând că cei doi experți au calitatea de *furnizor* pentru respectivele servicii, achizitoarea a menționat în comunicarea rezultatului faptul că *„Prin răspunsul dvs. la solicitarea de clarificări ați depus pentru acești specialiști doar declarații de disponibilitate/angajament contractual. Răspunsul este neconcludent, deoarece acest tip de servicii care fac parte din obiectul contractului, trebuie realizate prin intermediul unor asociați/subcontractanți declarați și pentru care trebuie depus DUAE”*, decizie apreciată de contestator ca fiind este nefondată.

Pe de altă parte, Consiliul are în vedere și susținerea achizitoarei exprimată în cadrul punctului de vedere nr. 396173/05.07.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 34509/05.07.2021, conform căreia prin caietul de sarcini pus la dispoziția ofertanților, s-a solicitat întocmirea *Studiului geotehnic de detaliu* -conform NP-074-2014, vizat și însușit de către verificali la exigența Af.

Totodată, autoritatea contractantă a subliniat faptul că acest tip de servicii fac parte din obiectul contractului, astfel cum a fost solicitat prin caietul de sarcini, ca și activități ce urmează a fi prestate în cadrul acestui contract, motiv pentru care acestea trebuie realizate prin intermediul unor asociați/subcontractanți declarați și pentru care trebuie depus DUAЕ inițial. În lipsa declarării acestora ca subcontractanți, entitățile precizate de ofertantul contestator în răspunsul la clarificări nu pot desfășura, în mod legal, activități în cadrul contractului, nefiind îndeplinită nici cerința solicitată prin documentația de atribuire, caietul de sarcini, privind întocmirea Studiului geotehnic de detaliu.

De asemenea, este relevantă în soluționare și afirmația achizitoarei conform căreia „Atunci când o parte din activitățile care fac obiectul contractului de achiziție, participantul știe de la bun început că nu le poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acesta este obligat să arate partea ce urmează a fi prestată de subcontractor și implicit depunerea formularului DUAЕ.

Pentru a realiza această activitate în mod legal, ofertanții aveau obligația de a asigura și independența verificali de proiecte, prin subcontractarea acestei activități către o entitate/entități care poate desfășura în mod legal verificarea proiectelor tehnice. În lipsa unei subcontractări legale a acestor activități, ofertantul nu poate realiza în mod legal întocmirea studiului geotehnic și verificarea la exigența Af, sens în care propunerea tehnică întocmită este neconformă, iar această componentă expres solicitată nu se poate realiza.”

În același sens sunt și susținerile intervenientului ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... – ... S.R.L., în soluționare Consiliul reținând ca relevante precizările acestuia conform cărora „... S.R.L. ca și operator economic ofertant, nu poate îndeplini simultan funcția de proiectant și de verificali, iar acesta din urmă fiind necesar a fi declarat drept subcontractant în cadrul procedurii de atribuire.”

Așadar, din cele redate anterior, raportat și la criticile aduse de către ... S.R.L. în prezenta cauză, ținând seama de prevederile legale în materia achizițiilor publice și a prevederilor conținute în documentația de atribuire, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor aduse de contestator, motiv pentru care va respinge contestația, ca nefondată.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul apreciază că se impun a fi punctate următoarele informații concludente în cauză, și anume:

Scopul și obiectivele achiziției publice constau în achiziționarea de servicii pentru elaborare „Plan Urbanistic Zonal și Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul de investiții «Dezvoltare infrastructura educațională și de sănătate, infrastructura sportivă și amenajare pădure-parc în cartierul ...»”, în fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, fiind redate următoarele precizări „Elementele propunerii tehnice se vor prezenta detaliat și complet în corelație cu cerințele din Caietul de sarcini [...] 1. Prezentarea modului de prestare a serviciilor (planul propus) prin care ofertantul va descrie cel puțin:

- abordarea din punct de vedere a procesului tehnologic (metodologia de prestare) pentru prestarea serviciilor;
- resurse (personal și instalații/echipamente) necesare pentru prestarea serviciilor.

2. Prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile serviciilor prestate în conformitate cu prevederile legale în vigoare.”

Totodată, în caietul de sarcini, pct. 2.1 , s-a solicitat, printre altele „*Studiu geotehnic de detaliu*” cu rezultat „*Studiu geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014, vizat și însușit de către verificator la exigenta Af, în 60 de zile calendaristice de la data emiterii ordinului de începere/faza de proiectare.*”

Preliminar, în ceea ce privește tardivitatea contestării conținutului documentației de atribuire de către ... S.R.L., prin raportare la prevederile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, invocată atât de achizitoare cât și de către intervenient, Consiliul constată că nu se poate pune problema unui demers tardiv al contestatorului vizavi de actul administrativ atacat de acesta, în speță rezultatul procedurii de atribuire, ci de o critică tardivă adusă de către ... S.R.L., în referire la conținutul documentației de atribuire.

Așadar, din cele redate anterior, contrar susținerilor contestatorului cum că nu s-ar fi impus vreo cerință în acest sens, Consiliul constată contrariul, și anume faptul că din conținutul documentației de atribuire reiese, fără putere de tăgadă că achizitoarea a menționat, în mod clar și precis, informații legate de rezultatele ce trebuie obținute în urma prestării serviciilor, și anume o descriere a serviciilor ce stau la baza *obiectului* contractului, inclusiv cerința cu privire la „*Studiu geotehnic de detaliu*” cu rezultat „*Studiu geotehnic de detaliu - conform NP-074-2014, vizat și însușit de către verificator la exigenta Af, în 60 de zile calendaristice de la data emiterii ordinului de începere/faza de proiectare.*”

Raportat la „*obiectul*” achiziției, care impunea ofertanților să indice în conținutul ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire în cauză *inclusiv* persoanele implicate în vizarea și însușirea „*Studiului geotehnic de detaliu*” („conform NP-074-2014, vizat și însușit de către verificator la exigenta Af, în 60 de zile calendaristice de la data emiterii ordinului de începere/faza de proiectare”-a se vedea cerința din caietul de sarcini), Consiliul constată că verificarea efectuată de achizitoare în sensul regăsirii, în cadrul ofertei depusă de către ... S.R.L., a informațiilor referitoare la persoanele implicate în vizarea și însușirea „*Studiului geotehnic de detaliu*”, a fost un demers legal, justificat și în concordanță cu cerințele/mențiunile din documentația de atribuire.

Astfel, Consiliul constată că modalitatea de formulare a necesităților sale, de către autoritatea contractantă, a fost extrem de clară și fără dubiu, obligația ofertanților fiind atât aceea de a respecta cerințe impuse prin documentația de atribuire, riscul nerespectării documentației de atribuire fiind al ofertanților, în speță a ofertantului contestator.

Într-o atare situație, raportat la prevederile expres menționate în documentația de atribuire, ofertanții erau ținuti de obligația prezentării modalității de îndeplinire a cerinței referitoare la persoanele implicate în vizarea și însușirea „*Studiului geotehnic de detaliu*”, persoane ce trebuiau menționate în cadrul ofertei, iar nu ulterior, cum a înțeles să procedeze ofertantul contestator, obligația ofertantului fiind și în ceea ce privește

furnizarea informațiilor ce vizau calitatea în care respectivele persoane urmau a se implica în *obiectul* achiziției.

Or, din verificările efectuate în ceea ce privește activitatea comisiei de evaluare și a documentelor aflate la dosarul achiziției publice, transmis de achizitoare la dosarul cauzei, Consiliul constată faptul că, inițial, în ofertă, ... S.R.L. nu a indicat persoanele implicate în vizarea și însușirea „*Studiului geotehnic de detaliu*” - aspect de altfel subliniat de însuși contestatorul, ci a înțeles să furnizeze aceste informații lipsă din conținutul ofertei abia cu ocazia răspunsului la solicitarea de clarificări ce i-a fost adresată de către achizitoare prin adresa nr. 217417/31.03.2021, depunând, pentru prima oară, distinct de oferta depusă în procedură, declarații de disponibilitate și un Angajament contractual nr. 6/19.03.2021, încheiat între ... S.R.L. și dl. ... (pentru întocmirea studiului geotehnic a fost nominalizat dl. ..., iar pentru verificarea la exigența Af, a fost nominalizat dl. ...).

Or, în mod corect, achizitoarea a apreciat că o astfel de abordare din partea ofertantului contestator este nepermisă în condițiile în care, conform prevederilor legale în materia achizițiilor publice, sunt menționate în mod clar și concret părțile și calitatea acestora în ceea ce privește implicarea într-un contract de achiziție publică.

În speță, indicarea de către ofertantul contestator a celor două persoane (pentru întocmirea studiului geotehnic a fost nominalizat dl. ..., iar pentru verificarea la exigența Af, a fost nominalizat dl. ...), ulterior solicitării de clarificări nr. 217417/31.03.2021, nu putea fi primită de către achizitoare, chiar dacă ... S.R.L. a declarat că aceștia au calitatea de furnizor, astfel cum acest termen este definit de către art. 3 alin. 1 lit. w) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, ca fiind „*furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant*”.

Or, pentru a putea presta serviciile aferente elaborării „*Studiului geotehnic de detaliu*”, parte a acestui contract cele două persoane nominalizate de ofertantul ... S.R.L. trebuiau să aibă ori calitatea de *asociat* ori de *subcontractant*, neexistând nicio altă modalitate legală pentru aceasta.

În cauză prezintă relevanță prevederile art. 3 alin. (1) lit. yy) din HG nr. 395/2016:, care definesc termenul de subcontractant ca fiind „*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.*”

În prezenta cauză se pune problema prestării unor servicii de către un operator economic altul decât ofertantul, care nu furnizează servicii pentru aceasta ci pentru achizitoare, astfel că nu sunt incidente prevederile de la art. 2 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, citate anterior în considerente.

Conform prevederilor legale amintite, furnizorul de servicii prestează servicii către un contractant, în cazul de față ... S.R.L., iar în situația în care aceste servicii sunt furnizate autorității contractante atunci respectivul operator economic are calitatea de subcontractant. În situația în care se

dorește a avea calitatea de ofertant atunci respectivul furnizor trebuie să devină asociat.

Prin urmare, prestând o parte din contract, cele două persoane nominalizate trebuiau declarate ca fiind „subcontractant” atât timp cât calitatea de ofertant și-a asumat-o ... S.R.L.

Or, în condițiile nedeclarării acestora ca „subcontractant” devine evident că nu au fost îndeplinite nici condițiile impus prin documentația de atribuire pentru subcontractanți.

Realizarea unei părți din contract de către un operator economic poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin subcontractare. În cazul de față, având în vedere că ... S.R.L. se declară ofertant unic atunci dl. ... și dl. ... ar putea presta activitățile de vizare și însușire a „Studiului geotehnic de detaliu” doar dacă erau nominalizați ca „subcontractant”.

Sub acest aspect, sunt pertinente susținerile achizitoarei exprimate în cadrul punctului de vedere nr. 396173/05.07.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 34509/05.07.2021, conform cărora *„Deoarece acest tip de servicii fac parte din obiectul contractului, astfel cum a fost solicitat prin caietul de sarcini, ca și activități ce urmează a fi prestate în cadrul acestui contract, acestea trebuie realizate prin intermediul unor asociați/subcontractanți declarați și pentru care trebuie depus DUAЕ inițial. Aceste contracte - angajamente contractuale - reprezintă veritabile contracte de subcontractare a activităților de realizare studiu și de verificare a proiectului, dar nedeclarate de către ofertant. În lipsa declarării acestora ca subcontractanți, aceste entități în mod legal nu pot desfășura activități în cadrul contractului și totodată ofertantul nu îndeplinește cerința solicitată de către autoritatea contractantă.*

Atunci când o parte din activitățile care fac obiectul contractului de achiziție, participantul știe de la bun început că nu le poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acesta este obligat să arate partea ce urmează a fi prestată de subcontractor și implicit depunerea formularului DUAЕ.

Pentru a realiza această activitate în mod legal, ofertanții aveau obligația de a asigura și independența verificatorilor de proiecte, prin subcontractarea acestei activități către o entitate/entități care poate desfășura în mod legal verificarea proiectelor tehnice. În lipsa unei subcontractări legale a acestor activități, ofertantul nu poate realiza în mod legal întocmirea studiului geotehnic și verificarea la exigența Af, sens în care propunerea tehnică întocmită este neconformă, iar această componentă expres solicitată nu se poate realiza.”

Totodată, se reține și susținerea intervenientului conform căreia „... S.R.L., ca și operator economic ofertant, nu poate îndeplini simultan funcția de proiectant și de verificator, iar acesta din urmă fiind necesar a fi declarat drept subcontractant în cadrul procedurii de atribuire.”

Concluzionând asupra aspectului în divergență, constatând faptul că modalitatea aleasă de ... S.R.L., de demonstrare a modalității în care prestează serviciile de întocmire a *Studiului geotehnic de detaliu*, prin nominalizarea a două persoane, ulterior depunerii ofertei, acestea nefiind implicate în cadrul ofertei în calitate de *asociat* sau *subcontractant*, Consiliul stabilește că, în mod corect, achizitoarea a încadrat oferta depusă de către ... S.R.L., ca fiind neconformă, iar răspunsul furnizat de ofertantul contestator, ca fiind neconcludent, decizia urmând a fi menținută, motiv pentru care, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de

atac, Consiliul respinge contestația formulată de către ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

Pe cale de consecință, având în vedere soluția adoptată pe fondul cauzei, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... – ... S.R.L.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de către ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. – ... – ... S.R.L., cu sediul în ..., cu privire la contestația formulată de către ... S.R.L.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...