

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul sub nr., având CUI RO, reprezentată prin – administrator, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. și a raportului procedurii nr., elaborate de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- să constate neîntemeiat refuzul autorității contractante privind accesul la dosarul achiziției în cauză, transmis prin adresa nr., și să oblige autoritatea contractantă să-i permită accesul la dosarul achiziției în conformitate cu prevederile Legii nr. 544/2001;

- să constate că ofertantul nu a făcut dovada că deține toate autorizațiile necesare și obligatorii pentru a putea realiza toate activitățile contractului ce fac obiectul achiziției;

- să constate că ofertantul nu a făcut dovada că deține resursele de personal atestate, minim necesare și obligatorii, pentru a putea realiza toate activitățile contractului ce fac obiectul achiziției cât și a calificării acestuia ca fiind eligibil în cadrul procedurii conform documentației de achiziție;

- să se dispună măsuri de remediere constând în anularea raportului procedurii de atribuire (înregistrat cu nr.) și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire și să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de ofertantul, cu luarea în considerare a aspectelor menționate în cuprinsul contestației.

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

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic a cărui ofertă s-a clasat pe locul 2, critică, în primul rând, decizia autorității contractante de a nu-i permite accesul la o serie de documente din cadrul dosarului achiziției, declarate confidențiale, în lipsa probelor.

Potrivit contestatoarei, caracterul confidențial al unor documente/informații nu poate rezulta din simpla afirmație a unei persoane ci trebuie dovedit prin orice mijloc de probă așa cum se prevede explicit în art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În acest sens, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la punerea la dispoziție în vederea studierii și a documentelor declarate confidențiale de participanții la procedură, pentru a putea verifica în ce măsură autoritatea contractantă a evaluat, în mod legal, ofertele depuse în cadrul procedurii.

Din verificarea documentelor care i-au fost puse la dispoziție, contestatoarea critică și decizia autorității contractante de a declara câștigătoare a procedurii oferta depusă de, apreciind că aceasta ar fi trebuit respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece:

- nu a făcut dovada că deține toate autorizațiile necesare și obligatorii pentru a putea realiza toate activitățile contractului ce fac obiectul achiziției;

- nu a făcut dovada că deține resursele de personal atestate, minim necesare și obligatorii, pentru a putea realiza toate activitățile contractului ce fac obiectul achiziției cât și a calificării acestuia ca fiind eligibil în cadrul procedurii conform documentației de achiziție.

Potrivit contestatoarei, ofertantul declarat câștigător se află în imposibilitatea de a executa contractul, în mod licit, pentru toate activitățile ce alcătuiesc obiectul achiziției motiv pentru care și prețul oferat este sub limita elaborării unei documentații de calitate.

Conform cerințelor documentației de atribuire, ofertanții trebuia să dețină certificat de atestare emis de Ministerul Mediului Apelor și Pădurilor (MMA) în baza Ordinului nr. 1287/2021 pentru domeniile A) - întocmirea studiilor hidrologice, B) - întocmirea studiilor hidrogeologice și D)-elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor.

În condițiile în care prin raportul procedurii s-a reținut că există un acord de subcontractare între și, pentru întocmirea studiilor hidrologice, ce reprezintă 3,34 % din valoarea ofertei, din verificarea listei publice a operatorilor atestați cât și a legislației pertinente ce se poate vizualiza la adresa: <http://www.mmediu.ro/categorie/inregistrari-atestari/53>, contestatoarea susține că asociatul nu deținea, la data accesării listelor publice, respectiv, atestatul privind domeniul A) - întocmirea studiilor hidrologice. Pe cale de consecință, activitatea

solicitată de autoritate nu poate fi prestată respectând condițiile minime legale.

De asemenea, contestatoarea atrage atenția și asupra faptului că, potrivit documentației de atribuire, pentru realizarea serviciilor de proiectare a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției este necesară deținerea licenței emisă de Inspectoratul General al Poliției Române, în conformitate cu dispozițiile art. 31 alin. (1) din Legea nr. 333/2003. Din acest punct de vedere, contestatoarea susține că ofertantul declarat câștigător nu deține atestatul de proiectare a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției și nici nu a intenționat subcontractarea acestor servicii. Pe cale de consecință, activitatea solicitată de autoritate nu poate fi prestată respectând condițiile minime legale.

Întrucât nici un operator economic nu a contestat conținutul documentației de atribuire, atât ofertanții, cât și autoritatea contractantă au devenit debitorii obligației de a respecta conținutul și cerințele acesteia, motiv pentru care, în conformitate cu aspectele mai sus amintite, ofertanții care au depus oferta trebuie să fie autorizați pentru realizarea documentației și execuția studiului hidrologic cât și a sistemelor de supraveghere video și control acces.

Raportat la modul de formulare a cerințelor mai sus menționate rezultă dincolo de orice dubiu că autoritatea contractantă dorește să se asigure de faptul că ofertantul ce urmează a fi declarat câștigător al procedurii de atribuire are capacitatea legală de a realiza toate activitățile ce fac obiectul contractului, respectiv că deține toate autorizațiile/ certificările prevăzute de lege pentru prestarea activităților contractului.

În contextul în care se cunoștea încă de la momentul depunerii ofertei că ofertantul nu dispune de toate autorizațiile/certificările/atestările necesare realizării tuturor activităților acest ofertant avea obligația fie de a coopta în structura sa alți operatori economici care dețin aceste autorizații, fie de a subcontracta părți din contractul de achiziție publică către operatori economici care dețin aceste autorizații.

În practica instanțelor de judecată s-a reținut cu valoare de principiu faptul că, în situația în care pentru a putea desfășura activitățile ce fac obiectul procedurii de atribuire este necesară deținerea unor autorizații/ certificări/atestări specifice, ofertantul, personal sau prin subcontractanți, trebuie să dispună de acele autorizații/certificări/atestări specifice încă din etapa de atribuire a contractului. Fiind vorba de o cerință legală cunoscută de ofertant încă de la momentul depunerii ofertei, acesta are obligația de a se prezenta la procedura de atribuire într-o formă de organizare de natură să confirme faptul că are capacitatea legală de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului.

Or, în raport cu informațiile prezentate în ofertă dar și cu informațiile ce pot fi identificate în surse publice de informare, la momentul depunerii ofertei ofertantul nu deținea toate atestările/certificările/autorizările necesare realizării activităților ce fac obiectul contractului.

Totodată, contestatoarea susține că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada că deține resursele de personal atestate, minim necesare și obligatorii, pentru a putea realiza toate activitățile contractului ce fac obiectul achiziției cât și a calificării acestuia ca fiind eligibil în cadrul procedurii conform documentației de achiziție.

În acest sens, arată că, pentru criteriul de evaluare nr. 4 - Urbanist/ urbanist peisagist/peisagist, ofertanții trebuia să dețină, pentru acest personal, certificat de atestare emis de Registrul Urbaniștilor din Romania (RUR) în baza hotărârii 5/2005 a Consiliului Superior al RUR.

Din verificarea Registrului public al urbaniștilor cât și legislația pertinenta se pot vizualiza la adresa: <https://rur.ro/web/specialistii-cu-drept-de-semnatura/Tabloul-national-al-urbanistilor-4543>, nu reiese că deține certificatele respective, motiv pentru care oferta acesteia trebuia respinsă ca neconformă.

Mai arată contestatoarea și faptul că nu deține nici Certificatul de Atestare Tehnico-Profesională pentru cerințele A1 și A2, emis de către Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Administrației, necesar în vederea îndeplinirii cerinței din documentația de atribuire privind Expertul tehnic atestat MDLPDA, raportat la prevederile Art. 1, alin (2) din REGULAMENTUL din 20 noiembrie 1995, anexa a HG 925/1995: *„Verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, precum și expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale prevăzute de Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, se efectuează de către specialiști cu activitate în construcții, atestați de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice. Verificarea execuției lucrărilor de construcțiuni în ceea ce privește respectarea cerințelor fundamentale prevăzute de Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, se efectuează de către specialiști cu activitate în construcții, autorizați de către Inspectoratul de Stat în Construcții - I.S.C”.*

Un alt motiv invocat pentru respingerea ofertei depuse de este acela că ofertantul nu îndeplinește cerința privind existența unui specialist atestat de către Ministerul Culturii (domeniile 1. Restaurare arhitectură, 2. Urbanism, parcuri și grădini, 3. Cercetare monumente istorice, neexistând nicio dovadă privind deținerea Certificatului de Atestare emis de către Ministerul Culturii și Cultelor, Lucrărilor Publice și Administrației pentru domeniile menționate.

Omisiunea ofertantului de a face dovada că deține toate autorizațiile și personalul necesar pentru prestarea activităților ce fac

obiectul contractului a creat un dezavantaj competitiv în raport cu ofertanții care au realizat la momentul depunerii ofertelor toate diligentele necesare în vederea respectării legislației ce guvernează activitățile din viitorul contract. Totodată, nerespectarea acestor cerințe și necuantificarea lor la momentul elaborării propunerii financiare a condus implicit și la ofertarea unui preț mai mic, acesta fiind neobișnuit de scăzut tocmai datorită faptului că nu conține toate elementele de cost necesare îndeplinirii contractului de achiziție, fiind astfel aplicabile dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Astfel, capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului se dovedește prin deținerea atestatelor/autorizațiilor prevăzute, în mod obligatoriu, de legislația specifică, precum și a personalului de specialitate necesar executării, în mod licit, a activităților ce fac obiectul contractului.

În consecință, nu se pot reține ca valabile posibile argumente ale ofertanților referitoare la nemenționarea de către autoritatea contractantă, în mod expres, în cadrul documentației de atribuire a autorizațiilor/atestatelor personalului de specialitate necesar care să stabilească nivelul capacității profesionale a ofertantului pentru a realiza activitățile contractului, întrucât participanții la prezenta procedură au obligația de a cunoaște și de a respecta legislația specifică în domeniul de activitate în care activează și își manifestă voința voluntară de a depune oferte, nefiind în niciun moment absolviți de faptul că necunoașterea și/sau neaplicarea legii în domeniul de activitate propriu ar putea conduce la riscul transmiterii/depunerii unei oferte inacceptabile.

În condițiile în care în documentația de atribuire și legislația aplicabilă este stabilită că, atunci când ofertantul intenționează să subcontracteze părți din contractul de achiziție publică acesta trebuie să menționeze în DUAE informații cu privire la partea/părțile din contract pe care intenționează să le subcontracteze dar și să prezinte *Acordul/Acordurile de subcontractare* și DUAE din partea subcontractanților, ofertantul trebuia să se conformeze acestor obligații și să prezinte informațiile/documentele solicitate.

Faptul că ofertantul cunoaște încă de la momentul depunerii ofertei necesitatea implicării unor operatori economici pentru desfășurarea activităților ce fac obiectul contractului atrage și obligația corelativă a acestuia de a indica partea/părțile pe care intenționează să le subcontracteze, dar și de a prezenta DUAE și acordurile de subcontractare din partea subcontractanților.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației, motivat de următoarele aspecte:

- contestatoarei i-a fost acordat accesul la informațiile prevăzute la art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările

ulterioare; totodată, ofertantului i-a fost adus la cunoștință că la momentul solicitării (....) nu erau incidente prevederile art. 217 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile Legii nr. 544/2001, potrivit căreia autoritatea contractantă poate permite accesul la dosarul achiziției publice (al cărui conținut este detaliat în art. 148 din HG nr. 395/2016) conform reglementărilor legale privind liberul acces la informații, întrucât nu s-a finalizat procedura de atribuire, nefiind încheiat contractul de achiziție publică. Dosarul achiziție are caracter public după semnarea contractului de achiziție publică;

- ofertantul a declarat, în mod justificat, că sunt confidențiale informațiile din Propunerea tehnică - doar cele referitoare la echipamente, personal.

În ceea ce privește criticile aduse de contestatoare, ofertei declarată câștigătoare, autoritatea contractantă arată că:

- prin caietul de Sarcini s-a stabilit ca realizarea studiilor de specialitate, printre care și studiul hidrologic, se va face cu experți secundari (experți non-cheie), iar ofertantul își va completa echipa cu personal, astfel încât să poată realiza toate activitățile contractului în condiții optime și cu respectarea prevederilor legale în vigoare;

- la stabilirea cerințelor, autoritatea contractantă a ținut cont de legislația în vigoare precum și de Instrucțiunea ANAP 1/2017 care prevede următoarele: Art. 3 alin. (4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea/entitatea contractantă nu va stabili criterii de calificare și selecție, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective). ART. 12 Atunci când stabilește factorii de evaluare privind calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare a experților-cheie, autoritatea/ entitatea contractantă se asigură că: a) factorii de evaluare sunt asociați unei/unor extinderi a cerinței/cerințelor minime obligatorii stabilite prin caietul de sarcini, avantajul urmărit fiind în corelație cu valori superioare ale nivelurilor de calificare și/sau experiență profesională prezentate de experții-cheie, ce fac obiectul factorilor de evaluare, față de nivelul minim ce trebuie îndeplinit pentru ca propunerea tehnică să fie declarată conformă. De asemenea, autoritatea contractantă a ținut seama și de documentul de pe anap.gov.ro: <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2021/12/cele-mai-frecvente-observatii-din-cadrul-avizelor-analiza ... pdf>, cele mai

frecvente neconformități identificate în cadrul documentațiilor de atribuire aferente contractelor de execuție de lucrări standard și de proiectare și execuție lucrări în activitatea de control ex ante, înscrise în avizele conform condiționate emise cu privire la Cerințe de calificare/autorizații/cerințe restrictive/cerințe experți cheie și non-cheie;

- la paginile 57-70 din propunerea tehnică ofertantul a prezentat capitolul RESURSELE UMANE ȘI MATERIALE ALE OFERTANTULUI în care a cuprins informații despre echipa de experți cheie și secundari (non-cheie) pe care îi va asigura pentru îndeplinirea contractului; de asemenea, a prezentat în propunerea tehnică, la paginile 62-63 și paginile 68-69 informații privind asigurarea cu experți secundari;

- la pagina 62 din propunerea tehnică, ofertantul a menționat *„în cazul în care pentru îndeplinirea în bune condiții a activităților contractului pe întreaga durată a acestuia, va fi nevoie de mai mult personal decât cel specificat în propunerea tehnică, vom răspunde pentru asigurarea acestor resurse, fără costuri suplimentare, respectiv inginer instalații sanitare, inginer constructor - proiectant structuri rezistență, specialiști pentru realizarea studiilor de specialitate: geotehnic, topografic, hidrologic, arheologic (după caz), specialiști atestați Ministrul Culturii. Vom asigura și alți experți în conformitate cu nevoile sale și cu profilurile activităților prevăzute prin documentația de atribuire. Toți experții vor fi independenți și nu trebuie să întâmpine conflicte de interese în derularea activităților”*;

- în ceea ce privește studiul hidrologic, ofertantul declarat câștigător a menționat următoarele :

- la pag. 62 din propunerea tehnică și-a asumat că îl va realiza cu experți secundari (non-cheie);
- la pagina 29 și-a asumat activitatea de realizare a Studiul hidraulic și hidrologic detaliat;
- la pagina 57 a declarat *„Avem personal calificat pe toate domeniile de proiectare solicitate (prin angajați proprii sau prin contracte de colaborare), sau colaboratori cu experiență profesională: arhitectură, peisagistică, instalații electrice, instalații sanitare, inginer constructor - proiectant structuri rezistență, inginer proiectant drumuri și poduri, specialiști pentru realizarea studiilor de specialitate: geotehnic, topografic, hidrologic, arheologic (după caz), specialiști atestați de Ministrul Culturii”*;

--subcontractant pentru întocmire studii hidrologice, a prezentat în documentele de calificare Certificatul de atestare nr. 65/2020, în valabilitate, emis de Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/ autorizației de gospodărire a apelor care se regăsește la dosarul achiziției;

- pentru proiectare supraveghere video ofertantul a prezentat activitățile de proiectare (pag. 2, pagina 12, pagina 15 din documentul *Propunere tehnica --semnat*); prin urmare, se poate observa că

ofertantul declarat câștigător a făcut dovada că deține autorizațiile necesare și obligatorii pentru a putea realiza toate activitățile prevăzute în documentația de atribuire.

Referitor la criticile contestatoarei legate de faptul că ofertantul declarat câștigător al procedurii nu a făcut dovada că deține resursele de personal atestate, minim necesare și obligatorii, pentru a putea realiza toate activitățile contractului ce fac obiectul achiziției cât și a calificării acestuia ca fiind eligibil în cadrul procedurii conform documentației de achiziție, autoritatea contractantă arată următoarele:

- în documentul intitulat "Anexa nr. 4 - Tehno" începând cu pagina 6 s-au consemnat informațiile ofertantului câștigător prezentate în propunerea tehnică și anexele la aceasta, cu privire la experții cheie și secundari (non-cheie) pe care îi va asigura pentru îndeplinirea contractului. Experții cheie solicitați de autoritatea contractantă, sunt: Arhitect - 1 persoană, Proiectant căi ferate, drumuri și poduri - 1 persoană, Proiectant instalații - 1 persoană Urbanist/urbanist peisagist/peisagist - 1 persoană, cerințe îndeplinite de ofertantul câștigător;

- modul în care sunt îndeplinite cerințele este prezentat în propunerea tehnică și anexele acesteia și descrise în documentul intitulat *Anexa nr. 4 - Tehno* parte a documentului ANEXA Nr. 3 la Ordinul Președintelui ANAP nr. 1170/2021 înregistrat cu nr., parte a dosarului achiziției;

- cerințele privind Expert tehnic atestat MDLPDA pentru cerințele A1/A2, Specialist atestat de către Ministerul Culturii domeniile 1. Restaurare arhitectură, 2. Urbanism, parcuri și grădini, 3. Cercetare monumente istorice, nu sunt proprii acestei proceduri, neexistând astfel de solicitări în documentația de atribuire;

- cerința descrisă în Caietul de Sarcini la paginile 9-10 cu privire la Urbanist/urbanist peisagist/peisagist - 1 persoană, ofertantul câștigător a îndeplinit cele solicitate conform documentelor prezentate în propunerea tehnică în fișierul „Anexa tehnic Documente peisagist-semnat”;

- pentru Experți secundari (experți non-cheie), ofertantul a prezentat Inginer CCIA; Economist ACB; Ing topograf autorizat OCPI; Ing geotehnician; Devizist; Specialist SSM; Experți tehnici; Specialist ministerul culturii; Inginer construcții hidrotehnice; Arheolog; Arheolog. Față de aceștia, autoritatea contractantă, ținând cont de Instrucțiunea ANAP 1/2017, nu a stabilit criterii de calificare și selecție, *ofertantul având obligația ca pe parcursul implementării contractului să își completeze echipa cu personal, astfel încât să poată realiza toate activitățile contractului în condiții optime*. Deși nu era obligată, pentru experții non cheie, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului prin adresa nr.

Modul în care ofertantul, a răspuns la solicitarea de clarificări este prezentat în răspunsul 305/ 31.03.2022 fișierul „Răspuns-semnat”

și anexa acestuia - fișierul „Anexa la răspuns_Doc experți-semnat” și descris în documentul, *Anexa nr. 4* - paginile 7-10 din dosarul achiziției.

Astfel, oferta tehnică a ofertantului, cuprinde descrierea activităților și a succesiunii lor, descrierea resurselor alocate pentru îndeplinirea activităților, raportat la complexitatea acestora, precum și organizarea activităților cu încadrarea lor în timp reprezintă factori care au legătură cu obiectul contractului și reflectă avantajul unei înțelegeri conforme a obiectului achiziției și a unei administrări adaptate a activității viitorului contractant.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ..., a transmis documentul „Concluzii scrise”, în replică față de punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatoarea arată că își menține criticile potrivit căreia comisia de evaluare nu avea dreptul să stabilească câștigătoare oferta depusă de

Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia a solicitat ca activitatea de întocmire a studiului hidrologic să fie realizată cu experți secundari menționează că acest argument este nerelevant în contextul în care există cerințe legale imperative care stabilesc că asemenea tipuri de studii nu pot fi elaborate decât de operatori economici care dețin o atestare specifică și obligatorie.

De asemenea, menționează că autoritatea contractantă aduce în discuție faptul că subcontractantul deține Certificatul de atestare nr. 65/2020 prin care este abilitat să elaboreze documentații pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor, însă această autorizație vizează domeniul de atestare D-elaborarea documentațiilor pentru obținerea avizului/autorizației de gospodărire a apelor pentru următoarele categorii de lucrări care se construiesc pe ape sau care au legătură cu apele care, potrivit art. 10 din Regulamentul aprobat prin Ordinul nr. 1287/2021 este diferit de domeniul de atestare A care permite operatorilor economici să întocmească studiul hidrologic solicitat prin cerințele documentației de atribuire.

Totodată, susține că autoritatea contractantă nu justifică în niciun fel de ce a luat în considerare expertul în contextul în care acest expert nu are dreptul legal să desfășoare activitatea specifică ocupației de „urbanist”, poziție solicitată explicit prin cerințele documentației de atribuire.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „....”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.

Potrivit anunțului de participare simplificat, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate preț”, valoarea estimată a contractului fiind de lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. emisă de în data de, stabilită potrivit art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr., potrivit căruia oferta sa a fost clasată pe locul 2, ... a formulat prezenta contestație solicitând, pe de o parte, obligarea autorității contractante să-i permită accesul la dosarul achiziției, iar, pe de altă parte, să constate că ofertantul declarat câștigător nu deține resursele/autorizațiile necesare și obligatorii pentru a putea realiza toate activitățile ce fac obiectul achiziției, iar prețul oferat este sub limita elaborării unei documentații de calitate.

În analizarea criticilor contestatoarei referitoare la refuzul autorității contractante de a-i permite accesul la ofertele depuse în cadrul prezentei proceduri, Consiliul apreciază relevante următoarele prevederi legale:

- art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016: *„(1) Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile din propunerea tehnică, elementele din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost transmise de operatorii economici indicate și dovedite de aceștia ca fiind confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. (...) (4) Operatorii economici indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost sunt confidențiale întrucât sunt: date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală. Informațiile indicate de operatorii economici din propunerea tehnică, elemente din propunerea financiară și/sau fundamentări/justificări de preț/cost ca fiind confidențiale trebuie să fie însoțite de dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, dovadă ce devine anexă la ofertă, în caz contrar nefiind aplicabile prevederile alin. (1)”;*

- art. 217 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 98/2016: *„(4) Ulterior finalizării procedurii de atribuire, dosarul achiziției publice are caracter de document public. (5) Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice*

potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale, potrivit legii. (6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale”;

- art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „(1) Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică, motivat, în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile”;

- art. 7 din Legea nr. 544/2001: „(1) Autoritățile și instituțiile publice au obligația să răspundă în scris la solicitarea informațiilor de interes public în termen de 10 zile sau, după caz, în cel mult 30 de zile de la înregistrarea solicitării, în funcție de dificultatea, complexitatea, volumul lucrărilor documentare și de urgența solicitării. În cazul în care durata necesară pentru identificarea și difuzarea informației solicitate depășește 10 zile, răspunsul va fi comunicat solicitantului în maximum 30 de zile, cu condiția înștiințării acestuia în scris despre acest fapt în termen de 10 zile. (2) Refuzul comunicării informațiilor solicitate se motivează și se comunică în termen de 5 zile de la primirea petițiilor. (3) Solicitarea și obținerea informațiilor de interes public se pot realiza, dacă sunt întrunite condițiile tehnice necesare, și în format electronic”.

Față de cele citate anterior, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare nu au efectuat demersurile prevăzute de legiuitor potrivit prevederilor legale anterior citate, în legătură cu propunerile tehnice declarate confidențiale de participanții la procedură, apreciind ca fiind confidențiale aceste documente și neasigurând, astfel, accesul contestatoarei la acestea. Această manieră prudentă de lucru a comisiei de evaluare a dus la protejarea drepturilor ofertanților care nu au prezentat mijloace de probă concrete privind confidențialitatea ofertelor.

În ceea ce privește caracterul confidențial al ofertelor depuse de participanții la procedură, Consiliul constată, din documentele aflate la dosarul cauzei, că autoritatea contractantă nu a făcut verificări în legătură cu acesta, astfel că, anterior refuzului accesului contestatoarei la documentele solicitate, trebuia, potrivit dispozițiilor legale anterior citate, să verifice dovedirea/probarea caracterului confidențial al acestor documente. Doar ulterior efectuării acestor demersuri, autoritatea contractantă putea stabili/aprecia dacă ofertanții au probat sau nu caracterul confidențial a ofertelor. Prin urmare, critica contestatoarei, privind acest aspect, este întemeiată.

În ceea ce privește caracterul confidențial al documentelor de calificare depuse de participanții la procedură, Consiliul constată că, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016, pot fi vizate de caracterul de confidențialitate declarat și probat de ofertant în propunerea tehnică și propunerea financiară.

Or, potrivit cererii contestatoarei, adresate autorității contractante, de acces neîngrădit la „*DUAЕ și documente de calificare (...) propunerile tehnice și financiare (...) precizarea datei și orei la care reprezentantul societății poate consulta documentele ce fac obiectul prezentei cereri și pentru a ridica documentele în cauză fie în format electronic fie în copie (contra cost) (...) având în vedere gradul redus de operativitate la preluarea acestora în format fizic și costurile implicate prin deplasare suplimentară la sediul autorității*”, aceasta indicând, în mod concret, care sunt documentele la care dorește să aibă acces, documentele de calificare regăsindu-se printre acestea, sub acest aspect critica fiind întemeiată.

În ceea ce privește critica referitoare la refuzul autorității contractante de a-i acorda acces la actele administrative interne emise de comisia de evaluare (procese verbale, solicitări de clarificări, etc.), Consiliul constată că aceste documente fac parte, conform art. 148 din HG nr. 395/2016, din dosarul achiziției publice, iar potrivit art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016: „(6) Prin excepție de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire și la informațiile care nu fac parte din propunerile tehnice, propunerile financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost. Autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat și la informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate și probate de către ofertanți ca fiind confidențiale”, autoritatea contractantă avea obligația de a asigura accesul ofertantului la aceste documente, critica fiind întemeiată.

Potrivit analizei efectuate de autoritatea contractantă, Consiliul constată că aceasta, în mod eronat, a concluzionat admisibilitatea ofertelor depuse, contrar prevederilor art. 137 alin. (1), (2) și (3) din HG nr. 395/2016.

În aprecierea acestei finalități, procedând la soluționarea criticilor privind lipsa resurselor/autorizațiilor necesare și obligatorii pentru a putea realiza, în condiții de legalitate, toate activitățile ce fac obiectul achiziției, de către ofertantul declarat câștigător, Consiliul reține că, potrivit art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic reprezintă *orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități*.

Câtă vreme pentru prestarea tuturor categoriilor de servicii sunt necesare anumite autorizații, operatorii economici/autoritățile contractante nu se pot prevala de lipsa menționării cerințelor în documentația de atribuire și să presteze/să accepte prestarea serviciilor, în mod ilicit. Legalitatea prestării serviciilor/întocmirii proiectului presupune inclusiv deținerea tuturor autorizărilor/atestatelor solicitate de legile incidente.

Decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a Curții de Apel București are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia”.

În consecință, este lipsită de relevanță neinclusiunea unei cerințe în documentația de atribuire, atât timp cât aceasta este determinată de o reglementare legală specifică, iar, în lipsa ei, serviciile nu pot fi executate, în mod legal.

Așadar, autoritatea contractantă trebuia să stabilească, în funcție de serviciile care se vor presta, tipurile de autorizații necesare și să solicite participanților la procedură să demonstreze modul în care vor presta serviciile/întocmi proiectul, în acord cu dispozițiile legale aplicabile.

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

Așadar, în situația în care anumite servicii nu pot fi prestate de ofertant, acestea pot fi prestate de un subcontractant autorizat.

Vizavi de necesitatea includerii în ofertă a subcontractantului, relevante sunt următoarele dispoziții din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare:

- art. 55 alin. (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare:

a) partea/părțile din contract pe care intenționează să o/le subcontracteze; și

b) datele de identificare ale subcontractanților propuși, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.

(2) Subcontractanții propuși trebuie să respecte aceleași obligații ca și ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 alin. (1);

- art. 60 alin. (1) Reprezintă situații potențial generatoare de conflict de interese orice situații care ar putea duce la apariția unui conflict de interese în sensul art. 59, cum ar fi următoarele, reglementate cu titlu exemplificativ:

a) participarea în procesul de verificare/evaluare a solicitărilor de participare/ofertelor a persoanelor care dețin părți sociale, părți de interes, acțiuni din capitalul subscris al unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători sau subcontractanți propuși ori a persoanelor care fac parte din consiliul de administrație/organul de conducere sau de supervizare a unuia dintre ofertanți/candidați, terți susținători ori subcontractanți propuși;

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

(...)

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

- art. 193 alin. (3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare.

Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).

Ofertanții trebuiau să facă dovada modului de prestare a serviciilor, respectiv a deținerii autorizațiilor/atestatelor necesare, în caz contrar fiind obligați la nominalizarea subcontractului în oferta depusă inițial și a depunerii DUAЕ-ului aferent.

Din textele legale menționate mai sus, rezultă cu claritate obligația ofertanților de a nominaliza subcontractanți, de a depune DUAЕ-uri pentru aceștia și acordul de subcontractare, până la data limită de depunere a ofertelor, astfel încât, în baza acestora, autoritatea contractantă să poată verifica existența situațiilor mai sus enumerate, pentru a decide asupra admisibilității ofertei.

Astfel, pentru a depune o ofertă admisibilă, ofertanții, în cazul în care nu puteau, în mod legal, să realizeze părți din obiectul contractului, aveau obligația, la momentul depunerii ofertelor, să facă dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin precizarea părții din contract pe care o subcontractează, dar și nominalizarea subcontractantului.

Mai mult decât atât, practica Consiliului dar și a instanțelor judecătorești este în sensul luării măsurii respingerii ofertelor pentru nedepunerea DUAЕ aferent subcontractanților până la data limită de depunere a ofertelor, acesta neputând fi completat prin intermediul clarificărilor. DUAЕ reprezintă o declarație pe baza căreia se verifică îndeplinirea criteriilor de calificare, inclusiv pentru subcontractanți, astfel că nu se poate admite depunerea sa ulterioară.

Totodată, în contextul celor sesizate de contestatoare, este de reținut că modalitatea de respectare a cerințelor caietului de sarcini, în integralitate, trebuie demonstrată și, implicit, verificată, de autoritatea contractantă, prin intermediul propunerii tehnice, iar aceasta poate fi completată doar cu informații *formale sau de confirmare* (art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016).

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 8066/18.12.2014, în care a reținut că *oferta trebuie să se prezinte împreună de asociați și subcontractanți sau terți susținători, astfel încât să se poată asigura atât îndeplinirea tuturor cerințelor documentației de atribuire, cât și obiectul contractului care se va atribui, deoarece, ulterior depunerii ofertei, prezentarea unui alt asociat/subcontractant/terț susținător nu poate fi*

acceptată nici chiar sub pretextul că acesta ar putea face dovada îndeplinirii uneia dintre cerințele impuse de achizitoare.

Lipsa autorizațiilor face imposibilă îndeplinirea contractului de către un operator economic care nu deține respectivele atestate/autorizări. Autoritatea contractantă avea obligația de a se asigura că serviciile care fac obiectul contractului de achiziție publică pot fi realizate, cu respectarea dispozițiilor legale, de către ofertanți, chiar dacă nu a cerut prezentarea respectivelor documente prin documentația de atribuire pentru a evita riscul prestării unor servicii de către un operator economic neautorizat.

Astfel, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația să se asigure, pe calea solicitărilor de clarificări, că operatorii economici, participanți la procedura de atribuire, dețin atestatele/autorizările necesare desfășurării în condiții de legalitate a serviciilor solicitate.

Drept urmare, Consiliul apreciază că îi era interzis autorității contractante să considere, fără dubiu, că participanții la procedură, inclusiv ofertantul declarat câștigător pot presta serviciile aferente prezentei proceduri în lipsa atestatelor/autorizărilor necesare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 214 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și va anula rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare. Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maxim 10 zile de la primirea prezentei, să procedeze la reanalizarea ofertelor, inclusiv a celei clasate pe locul 1, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente. Totodată, va obliga autoritatea contractantă să-i permită contestatoarei accesul la dosarul achiziției după verificarea declarațiilor/probelor privind confidențialitatea documentelor/ofertelor.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu și anulează rezultatul procedurii consemnat în raportul procedurii și

adresele de comunicare. Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maxim 10 zile de la primirea prezentei decizii, să procedeze la reanalizarea ofertelor, inclusiv a celei clasate pe locul 1, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente. Totodată, obligă autoritatea contractantă să-i permită contestatoarei accesul la dosarul achiziției după verificarea declarațiilor/ probelor privind confidențialitatea documentelor/ofertelor.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

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,

.....