

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

## **DECIZIE**

**Nr. ....**

**Data: ....**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39483/09.08.2022, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în localitatea ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată legal de ..., lider al Asocierii ... S.R.L. (lider) - ... ... S.R.L., formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea *Contractului de proiectare și execuție având ca obiect Pavilion administrativ nou în cazarma 2387 ...*, organizată de către ... ..., cu sediul în ..., str. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea în tot a adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. FE 1656 din 01.08.2022 și anularea în parte a raportului procedurii nr. A4534 din 29.07.2022 în partea care vizează oferta depusă de asocierea ... S.R.L. (lider) - ... ... SRL precum și a ofertei câștigătoare asocierea SC ... (lider) – SC ... SRL – SC ... SRL, precum și a oricăror acte subsecvente, ca netemeinice și nelegale;
- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de asocierea SC ... S.R.L. (lider) - ... ... SRL de la etapa analizării propunerii financiare;
- obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de asocierea SC ... (lider) - ... SRL - ... SRL, de la etapa analizării propunerii tehnice, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și cu prevederile legale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 41409/19.08.2022, SC ... SRL cu sediul în localitatea ..., județul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată legal de dl. ... și convențional de S.C.P.A. ... și Asociații cu sediul în mun. ..., județul ... lider al Asocierii SC ... SRL-SC ... SRL- SC ... SRL, formulează cerere de intervenție prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție,

- admiterea excepției lipsei calității procesuale active a SC ... S.R.L.
- admiterea excepției lipsei de interes a SC ... S.R.L.
- respingerea contestației formulată de către SC ... S.R.L. ca fiind neîntemeiată.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 36234/21.07.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca fiind neconformă în temeiul art. 137, alin.(3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și declararea ofertei SC ... (lider) – SC ... SRL – SC ... SRL ca fiind câștigătoarea procedurii.

Contestatoarea invocă faptul că oferta depusă de contestator a fost respinsă în mod nelegal la etapa de analiză a propunerilor financiare.

Conform adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. FE 1656 din 01.08.2022, rezultă faptul că oferta depusă de contestator a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 137, alin. (3), lit. a) din HG 395/2016, reținându-se următoarele presupuse neconformități:

*„a) în cadrul subcap. 7.2 Propunerea financiară sunt specificate următoarele cerințe: "Propunerea financiară va conține obligatoriu următoarele: a) Formularul de ofertă, completat pe capitole/subcapitole de cheltuieli. (...) Necompletarea valorică a unui capitol/subcapitol de cheltuieli sau completarea cu valoarea 0 (zero) din Formularul de ofertă sau a unui preț unitar și Listele cu utilaje/echipamente și dotări va atrage respingerea ofertei.". Ofertantul în cadrul Formularului de ofertă nu a ofertat Subcapitolul 3.2 - Documentații suport si cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri si autorizații, capitol pe care, autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire a solicitat a fi ofertat deoarece cuprinde toate cheltuielile necesare pentru elaborarea documentațiilor și obținerea avizelor necesare implementării prezentului proiect de investiție imobiliară, cum ar fi: aviz alimentare cu energie electrică, aviz canalizare, aviz alimentare cu apă, aviz salubritate și aviz de la Administrația bazinală de apă ....*

*b) în cadrul subcap. 7.2 Propunerea financiară este specificat ca pentru Cap. 3.8 Asistența tehnică să fie utilizată o pondere de minim 25 % din cap. 3.5.6. Ofertantul a utilizat în cadrul formularului de ofertă o pondere de 137,56% din valoare cap. 3.5.6 în măsura în care ponderea de 25 se raporta la un întreg și anume la 100."*

Contestatoarea invocă lipsa oricărei solicitări de clarificări vizând propunerea financiară anterior adoptării deciziei de respingere a ofertei contestatorului ca neconformă.

Singura clarificare adresată contestatorului viza propunerea financiară, respectiv faptul că la etapa de analizare a propunerii financiare nu a adresat nicio clarificare contestatorului, acesta fiind privat de dreptul de a lămuri aspecte neclare respectiv de a rectifica erorile materiale din cuprinsul ofertei.

Conduita comisiei de evaluare de a respinge oferta contestatorului fără a-i solicita acestuia în prealabil clarificări, în mod evident încalcă atât dispozițiile legale din materia achizițiilor publice, cât și practica națională și/sau comunitară.

Din cuprinsul dispozițiilor art. 134 alin. (1) din H.G. 395/2016, rezultă obligația comisiei de evaluare de a solicita clarificări unui operator economic, în cazul în care se constată existența unor presupuse motive de respingere.

De asemenea, practica națională în materia achizițiilor publice a reținut în mod constant obligația comisiei de evaluare de a solicita clarificări ofertanților, prealabil adoptării unor decizii de respingere a ofertelor, în acest sens contestatoarea invocând Decizia CNSC nr. ..., Decizia CNSC nr. ..., Decizia nr. ... emisă de către Curtea de Apel Oradea, Decizia nr. .. emisă de către Curtea de Apel Craiova, Decizia nr. ... emisă de către Curtea de Apel Oradea, precum și Decizia nr. ... emisă de către Curtea de Apel București.

Așadar, dreptul astfel reglementat este în realitate o obligație, în sensul necesității de lămurire asupra tuturor chestiunilor în divergență, deoarece scopul reglementării este acela al ocrotirii interesului public, presupus a aparține autorității contractante.

Autoritatea contractantă nu beneficiază de o putere discreționară în a respinge o ofertă pentru omisiuni minore sau adaosuri ne semnificative.

În ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului deoarece: *„Ofertantul în cadrul Formularului de ofertă nu a ofertant Subcapitolul 3.2 - Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații, capitol pe care, autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire a solicitat a fi ofertat deoarece cuprinde toate cheltuielile necesare pentru elaborarea documentațiilor și obținerea avizelor necesare implementării prezentului proiect de investiție imobiliară, cum ar fi: aviz alimentare cu energie electrică, aviz canalizare, aviz alimentare cu apă, aviz salubritate și aviz de la Administrația bazinală de apă ...”,* într-adevăr ofertantul contestator a omis să completeze Subcapitolul 3.2 - Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea de avize, acorduri și autorizații din anexa la formularul de ofertă, însă toate aceste cheltuieli au fost cuprinse la cap. 3.5.4. Documentații tehnice necesare în vederea obținerii/acordurilor/autorizațiilor, adică imediat la punctul următor din cadrul formularului pus la dispoziția ofertanților, contravaloarea acestor activități fiind evidentă - suma de 32.000 lei fără T.V.A. aferentă cap. 3.5.4.

Faptul că ofertantul contestator a prevăzut activitățile de elaborare a documentațiilor și obținere a avizelor necesare implementării prezentului proiect de investiție imobiliară, cum ar fi: aviz alimentare cu energie electrică, aviz canalizare, aviz alimentare cu apă, aviz salubritate și aviz de la Administrația bazinală de apă ... -... etc, rezultă în mod clar din următoarele înscrisuri:

- propunere tehnică proiectare pagina 1, în cuprinsul căreia se precizează în mod clar activitatea de elaborare a documentațiilor pentru obținerea avizelor necesare;

- propunere tehnică proiectare pagina 14-15, cap. 1.3. Intocmirea documentatiilor necesare obținerii avizelor;

- propunere financiară cap. 3.5.4. cotarea cu suma de 32.000 lei fără T.V.A. pentru activitatea de întocmire a documentațiilor necesare obținerii tuturor avizelor, activități ce includ și activitățile de la subcapitolul 3.2.;

Prin urmare, omisiunea de a completa și Subcapitolul 3.2. din anexa la formularul de ofertă reprezintă, cel mult, un viciu de formă în sensul art. 134 alin. (7) lit. a) din HG nr. 395/2016, și nu poate fi asimilat ca reprezentând cotarea cu 0 (zero) a unui capitol / subcapitol din devizul general, cum s-a reținut în adresa de comunicare a rezultatului.

Raportat la toate aspectele prezentate anterior rezultă în mod evident că presupusele neconformități nu subzistă în cazul ofertantului contestator, nefiind incidente prevederile documentației de atribuire potrivit căroră *„Propunerea financiară va conține obligatoriu următoarele: a) Formularul de ofertă, completat pe capitole/subcapitole de cheltuieli. (... ) Necompletarea valorică a unui capitol/subcapitol de cheltuieli sau completarea cu valoarea 0 (zero) din Formularul de ofertă sau a unui preț unitar și Listele cu utilaje/echipamente și dotări va atrage respingerea ofertei.”*.

Contestatoarea apreciază că decizia de respingere a ofertei pentru necompletarea Subcapitolul 3.2 - Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații din anexa la formularul de ofertă, în contextul în care din propunerea financiară rezultă în mod clar că au fost cotate aceste cheltuieli la cap. 3.5.4. Documentații tehnice necesare în vederea obținerii/acordurilor/autorizațiilor, încalcă principiul proporționalității.

Sub acest aspect, modul de evaluare a ofertei depuse de contestator denotă un formalism excesiv și tendențios și o încălcare evidentă a principiilor eficienței utilizării fondurilor și al proporționalității, conduită pe care practica în materia achizițiilor publice o sancționează, în mod constant, cu anularea actelor emise de entitate, fiind invocate în acest sens Decizia civilă nr. ..., emisă de către Curtea de Apel București, Decizia civilă nr. ... emisă de către Curtea de Apel Oradea, Decizia civilă nr. ... pronunțată de către Curtea de Apel Cluj, Decizia CNSC nr. ....

În ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului deoarece „în cadrul subcap. 7.2 Propunerea financiară este specificat ca pentru Cap. 3.8 Asistența tehnică să fie utilizată o pondere de minim 25 % din cap. 3.5.6. Ofertantul a utilizat în cadrul formularului de ofertă o pondere de 137,56% din valoare cap. 3.5.6 în măsura în care ponderea de 25 se raporta la un întreg și anume la 100.”

Din economia actului de comunicare a rezultatului se deduce că autoritatea contractantă a interpretat cerința caietului de sarcini regăsită la cap. 7.2., în sensul că s-ar fi instituit atât un procent minimal de 25% din cap. 3.5.6. cât și un procent maximal de 100% din cap. 3.5.6., însă fără să existe o astfel de prevedere în documentația de atribuire.

În ipoteza în care autoritatea contractantă ar fi impus o cerință ca valoarea asistenței tehnice să fie la maximum valorii cap. 3.5.6. Proiect tehnic și detalii de execuție, avea obligația de a preciza în mod expres acest aspect maxim 100% din cap. 3.5.6., astfel cum se prevede la „cap. 3.5 „Proiectare - maxim 3% din cap. (2+4.1)”.

În realitate o astfel de cerință nu a existat în cuprinsul documentației de atribuire, singura limitare instituită pentru serviciile de proiectare fiind cea menționată anterior „cap. 3.5 „Proiectare - maxim 3% din cap. (2+4.1)”, cerință ce este respectată prin propunerea financiară prezentată de contestator.

De altfel, o limită de 100% din valoarea cap. 3.5.6. Proiect tehnic și detalii de execuție, nu acoperă toate cheltuielile generate mai ales că la cap. 4.5. din CAIETUL DE SARCINI - Prestarea serviciilor de asistență tehnică din partea proiectantului, s-au impus următoarele:

- „În perioada de execuție a lucrărilor prin prezența proiectantului la punctul de lucru săptămânal, prin responsabilul de proiect”

- „Ofertantul va acorda asistență tehnică în perioada de execuție a lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor. Acesta va asigura prezența, prin responsabilul de proiect, în vederea participării la ședințele de coordonare și ori de câte ori este nevoie și solicitat și prin proiectanții de specialitate, în vederea certificării lucrărilor ajunse în faze determinante.”

Contestatoarea susține că a cotate capitolul aferent asistenței tehnice cu suma de 115.000 lei, sumă care acoperă cheltuielile generate de salariile responsabilului de proiect ce este necesar să fie prezent la punctul de lucru săptămânal, la ședințele de coordonare și ori de câte ori este nevoie și solicitat și prin proiectanții de specialitate, în vederea certificării lucrărilor ajunse în faze determinante precum și toate cheltuielile conexe (transportul personalului la punctul de lucru).

Raportat la toate aspectele prezentate anterior rezultă în mod evident că presupusele neconformități nu subzistă în cazul ofertantului contestator, nefiind incidente prevederile documentației de atribuire potrivit cărora „Utilizarea altor procente în completarea Formularului de

*ofertă va conduce la respingerea ofertei", neexistând nicio cerință din documentația de atribuire care să fi fost încălcată de contestator.*

Totodată, contestatoarea menționează faptul că oferta depusă de ofertantul câștigător a fost analizată cu superficialitate, aceasta impunându-se a fi respinsă ca inacceptabilă și neconformă.

1. În acest sens, se invocă faptul că Acordul de asociere conține necorelări ce ar fi trebuit clarificate de comisia de evaluare.

Potrivit raportului procedurii, oferta câștigătoare a fost cea depusă de asocierea ... (lider) - ... SRL - ... SRL, cu o propunere financiară de 4.211.569,98 lei fără TVA.

Conform acordului de asociere prezentat de ofertantul câștigător se constată faptul că asociatul ... SRL, cu atribuții de prestare a serviciilor de proiectare, are prevăzut un procent de 4% din valoarea totală respectiv asociatul ... SRL, cu atribuții executare lucrări împrejmuire cazarmă, are prevăzut un procent de 6% din valoarea totală.

Conform anexei la formularul de ofertă se constată faptul că ... SRL urmează să presteze servicii de proiectare în sumă totală de 206.250,00 lei fără TVA, ceea ce reprezintă un procent de 4,89 % din valoarea totală ofertată (4.211.569,98 lei fără TVA) respectiv pentru lucrările împrejmuire ce vor fi executate de ... SRL, s-a prevăzut suma de 250.000,00 lei fără TVA ceea ce reprezintă un procent de 5,93 % din valoarea totală ofertată (4.211.569,98 lei fără TVA).

În mod evident, aceste necorelări trebuiau lămurite de comisia de evaluare anterior declarării ofertei depuse de asocierea SC ... (lider) – SC ... SRL – SC ... SRL, ca fiind admisibilă și câștigătoare, procesul de evaluare fiind realizat în mod superficial în cazul acestui ofertant.

Astfel, se impune obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de asocierea SC ... (lider) – SC ... SRL – SC ... SRL, de la etapa analizării documentelor suport DUAE.

2. ASOCIATUL SC ... SRL nu este autorizat să presteze serviciile de asistență tehnică la terți în conformitate cu prevederile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004.

Prin fișa de date a achiziției, cap. III.I.I.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, s-a impus următoarea cerință minimă de calificare:

*„Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare din care, să reiasă domeniul de activitate conform activității ce o vor desfășura în cadrul contractului în cauză și după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii.”*

Rezultă astfel faptul că ofertanții aveau obligația de a face dovada că au capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectul

contractului, la momentul depunerii ofertei, prin prezentarea inițial a formularului DUAЕ completat corespunzător iar mai apoi prin prezentarea certificatului constatator emis de Registrul Comerțului, pentru persoanele juridice române.

Totodată, prin caietul de sarcini *cap. 4.5 Prestarea serviciilor de asistență tehnică din partea proiectantului*, s-a impus următoarea cerință: „*Prestare servicii de asistență tehnică din partea proiectantului (ofertat în cadrul cap. 3.8.1. Asistență tehnică din partea proiectantului va fi minim 25% din cap. 3.5.6.- Proiect tehnic și detalii de execuție) și va fi ofertată astfel:*

- *în perioada de execuție a lucrărilor prin prezența proiectantului la punctul de lucru săptămânal, prin responsabilul de proiect;*

- *pentru participarea la fazele incluse în programul de control al lucrărilor de execuție, ședințele de coordonare și ori de câte ori este nevoie, prin proiectanții de specialitate, în vederea certificării proceselor-verbale de lucrări ajunse în faze determinante.*

*Ofertantul va acorda asistență tehnică în perioada de execuție a lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor. Acesta va asigura prezența, prin responsabilul de proiect, în vederea participării la ședințele de coordonare și ori de câte ori este nevoie și solicitat si prin proiectanții de specialitate, în vederea certificării lucrărilor ajunse în faze determinante."*

Din cerințele caietului de sarcini rezultă faptul că urmează să fie prestate servicii de asistență tehnică, la punctul de lucru (adică la șantier) suplimentar față de serviciile de proiectare ce sunt prestate la sediul ofertantului.

Altfel spus, operatorii economici aveau obligația de a face dovada că au capacitatea profesională de a realiza activitățile de asistență tehnică, care fac obiectul contractului în conformitate cu prevederile legale, prin prezentarea certificatului constatator emis de Registrul Comerțului din care să rezulte că dețin codul CAEN 7112 Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, respectiv că acesta e autorizat în conformitate cu prevederile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004, la terți suplimentar de autorizarea acestui cod CAEN la sediul operatorului.

Din certificatul constatator al SC ... SRL cu atribuții în prestarea serviciilor de proiectare, rezultă faptul că acesta nu deține codul CAEN 7112 Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, însă acest obiect de activitate nu este autorizat pentru a fi desfășurat la terți (doar la sediu) în conformitate cu prevederile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004.

Conduita comisiei de evaluare, de a declara admisibil un operator economic care nu îndeplinește cerințele minime de calificare încalcă dispozițiile legale din materia achizițiilor publice și caracterul obligatoriu a documentației de atribuire.

Astfel fiind, se impune obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de asocierea ... (lider) – SC ... SRL-SC ... SRL, de la etapa analizării documentelor suport DUAE.

3. Ofertantul Asocierea ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL nu a nominalizat un ofertant pentru serviciile de verificare a proiectului tehnic.

Potrivit cap. 4.2 Elaborarea proiectului tehnic cu detalii de execuție (PT+DE), a documentațiilor tehnice pentru obținerea autorizației de construire (DTAC), organizării execuției (DTOE) și verificarea în numele Beneficiarului a documentațiilor tehnice pentru cerințele esențiale pe specialități, s-a impus următoarea cerință:

*„Ofertantul va întocmi documentațiile tehnice în conformitate cu conținutul cadru din HG nr. 907/2016 și le va supune spre verificare de către verficatori de proiecte atestați, conform prevederilor legale.*

*Conținutul documentațiilor va respecta normele și normativele în vigoare cu privire la accesibilitatea persoanelor cu dizabilități, protecția mediului și egalitatea de gen. Documentațiile tehnice se verifică din punct de vedere al calității de către specialiști verficatori de proiecte atestați, alții decât specialiștii elaboratori ai documentației, în vederea realizării și menținerii, pe întreaga durată de existență a construcțiilor, a cerințelor esențiale prevăzute de lege, pe specialități, pentru toate categoriile de lucrări:*

- rezistență mecanică și stabilitate;*
- securitate la incendiu;*
- igienă, sănătate și mediu înconjurător;*
- siguranță și accesibilitate în exploatare;*
- protecție împotriva zgomotului;*
- economie de energie și izolare termică;*
- utilizare sustenabilă a resurselor naturale.*

*Proiectul tehnic și detaliile de execuție (PT+DE) vor fi predate atât în format electronic editabil, pe suport magnetic, scanate cât și tipărite, ștampilate de către elaboratori și VERIFICATORI DE PROIECTE, îndosariate și numerotate în bibliorafturi, în 3 (trei) exemplare originale”.*

Din economia cerințelor caietului de sarcini reiterate anterior, rezultă în mod fără echivoc că autoritatea contractantă a delegat activitatea de verificare a proiectului în sarcina ofertantului, iar aceasta urmează să fie desfășurată de ofertantul câștigător în conformitate cu prevederile legale.

Obiectul contractului poate fi executat de ofertant sau asociații ofertanți, dacă este cazul, sau prin intermediul unui subcontractant declarat în ofertă, iar modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale trebuia să se regăsească în documentele prezentate de ofertanți.

În acest sens a statuat Consiliul prin decizia C.N.S.C. nr. ....

Raportat la faptul că „obiectul contractului poate fi executat de ofertant sau asociații ofertanți, dacă este cazul, sau prin intermediul unui

subcontractant declarat în ofertă [...]”, rezultă în mod fără echivoc faptul că ofertantul avea obligația de a nominaliza în cadrul ofertei un operator economic care să desfășoare activitatea de verificare a proiectului, acesta urmând să dobândească calitatea de asociat sau subcontractant.

Din raționamentul conturat de Consiliu prin decizia amintită anterior, rezultă în mod fără echivoc că activitățile principale din cadrul contractului nu pot fi desfășurate prin intermediul unor prestatori de servicii, terțe persoane fără nicio calitate în procedura de achiziție publică.

Ofertantul Asocierea SC ... (LIDER) - ... SRL - ... SRL, nu a făcut dovada că activitatea de verificare a proiectului va fi desfășurată în condiții de legalitate deoarece nu există niciun asociat / subcontractant declarat care să desfășoare această activitate.

Ofertantul care participă la o procedură fără a declara subcontractanți, își asumă în mod implicit realizarea atât a serviciilor de proiectare cât și de verificare de proiect prin personal propriu, în cazul de față a asociatului SC ... SRL, acesta fiind singurul cu atribuții de prestare a serviciilor de proiectare.

Raportat la modul de ofertare, ofertantul nu poate realiza în mod legal activitatea din cadrul obiectului contractului de verificare de proiect deoarece s-ar încălca prevederile legale și s-ar regăsi într-o situație de conflict de interese.

Pentru a realiza componenta contractului - verificarea de proiect - aveau obligația de a realiza această componentă prin verificatori de proiect independenți care să nu aibă calitatea de angajați/colaboratori ai proiectantului.

În susținerea aspectelor de mai sus, contestatoarea invocă cu titlu de jurisprudență Decizia CNSC nr. ..., Decizia Civilă nr. ..., pronunțată de către Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. ..., Decizia nr. ... pronunțată de către Curtea de Apel Cluj, Decizia Civilă nr. ... din 25.09.2017, pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul .... 53.

Conchizând, în cazul ofertantului Asocierea SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL nu există niciun operator economic care să desfășoare activitatea de verificare a proiectului tehnic, prin urmare, faptul că s-au prezentat diplome de studii pentru persoane fizice cu atribuții de verificare a proiectului tehnic, nu face dovada faptului că ofertantul poate desfășura activitățile în conformitate cu prevederile legale, comisia de evaluare având obligația de a respinge oferta depusă de Asocierea SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Astfel fiind, se impune obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de Asocierea ... (lider) – SC ... SRL – SC ... SRL, de la etapa analizării propunerii tehnice.

4. Propunerea tehnică prezentată de Asocierea ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL nu îndeplinește cerințele caietului prevăzute la cap. 7.1. din caietul de sarcini privind personalul nominalizat și accesul la specialiștii necesari potrivit Legii nr. 10/1995.

Potrivit cap. 7.1 din caietul de sarcini „Propunerea tehnică va conține:

*„3. Organigrama contractului în care să se identifice în mod clar tot personalul pe care operatorul economic îl va utiliza la realizarea activităților de proiectare și execuție a lucrărilor incluse în contract, inclusiv descrierea rolurilor și a responsabilităților personalului, modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente.*

*Pentru fiecare din personalul calificat prezentat pentru derularea investiției se va prezenta:*

*a) CV-ul în format european, care atestă pregătirea și experiența profesională, datat și semnat olograf.*

*b) Autorizații, atestate valabile, etc pentru fiecare din personalul calificat prezentat pentru derularea investiției,*

*c) Declarație de disponibilitate pentru realizarea acestui obiectiv, semnată și datată olograf, pentru întreaga perioadă de derulare a contractului pentru fiecare din personalul calificat prezentat pentru derularea investiției. Nu se iau în considerare extrasele Revisal.”*

În primul rând, ofertantul Asocierea SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL a prezentat o sumară descriere a rolurilor personalului propus însă această descriere se rezumă la persoanele numite pe funcția de șef șantier, RTE, CQ, responsabil SSM fără a se face nicio precizare, descriere a rolurilor și activitățile cu privire la persoanele implicate pentru serviciile de proiectare, cerința caietului de sarcini nefiind îndeplinită.

În al doilea rând, ofertantul Asocierea SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL nu a făcut dovada de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente.

În acest sens, pe funcția de șef șantier a fost nominalizat dl. ... ..., care are studii superioare în domeniul administrarea afacerilor, potrivit diplomei de studii seria C nr. 0505057 și nicidecum studii în domeniul construcțiilor - inginerie CCIA, astfel cum se impune prin Legea nr. 10/1995.

De asemenea, ofertantul a nominalizat pentru poziția RESPONSABIL TEHNIC CU EXECUȚIA pe dl. ... ..., care este autorizat pe domeniul 6.1 „...ații electrice” respectiv 9.1. „Construcții edilitare și de

gospodărie comunală" însă nu este autorizat pe domeniul 8.1. „Rețele electrice”.

60. Or, prin caietul de sarcini pagina 6, s-au precizat în mod clar obiectivele contractului de lucrări *„În vederea realizării obiectivului general, obiectele specifice ale proiectului sunt:*

*Ob.1 - Realizare pavilion nou administrativ;*

*Ob.2 - ...ații electrice de curenți slabi, sistem voce-date;*

*Ob.3 - Rețele electrice bransamente racordări aferente noului pavilion [...].”*

Potrivit art. 25 din Legea nr. 10/1995, *„Executantul lucrărilor de construcții are următoarele obligații principale: c) asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor printr-un sistem propriu de calitate conceput și realizat prin personal propriu, cu responsabili tehnici cu execuția autorizată;.”*

Pentru asigurarea nivelului de calitate corespunzător pentru *„Ob.3 - Rețele electrice bransamente racordări aferente noului pavilion”*, era necesară asigurarea unui responsabil tehnic cu execuția autorizat pe domeniul 8.1. *„Rețele electrice”*, nefiind suficientă nominalizarea unei persoane autorizate pe domeniul 6.1 *„...ații electrice”*.

Astfel, se impune obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC ... (lider) - ... SRL - ... SRL, de la etapa analizării propunerii tehnice.

5. Ofertantul Asocierea SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL a cotaț activitatea de asistență tehnică cu o valoare ce nu poate fi justificată.

Analizând propunerea financiară a ofertantului câștigător se poate constata că acesta a cotaț cap. 3.8 *Asistență tehnică din partea proiectantului* cu valoarea totală de 18.250 lei fără TVA, alocând suma de 10.000 lei fără TVA pentru activitatea prevăzută la pct. 3.8.1.1. AT pe perioada de execuție a lucrărilor și suma de 8.250 lei fără TVA pentru activitatea prevăzută la pct. 3.8.1.2. AT pentru participarea la fazele determinante.

Prin cap. 4.5. din caietul de sarcini - Prestarea serviciilor de asistență tehnică din partea proiectantului, s-au impus următoarele

- *„În perioada de execuție a lucrărilor prin prezența proiectantului la punctul de lucru săptămânal, prin responsabilul de proiect”*

- *„Ofertantul va acorda asistență tehnică în perioada de execuție a lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor. Acesta va asigura prezența, prin responsabilul de proiect, în vederea participării la ședințele de coordonare și ori de câte ori este nevoie și solicitat si prin proiectanții de specialitate, în vederea certificării lucrărilor ajunse în faze determinante.”*

Perioada de execuție potrivit ofertei Asocierii SC ... SRL este de 525 zile (executare lucrări distinct de proiectare), ceea ce presupune 75 de vizite a responsabilului de proiect la punctul de lucru (525 zile perioadă execuție lucrări : 7 zile (prezența fiind săptămânală) = 75 de zile).

Prin urmare, pentru cele 75 de zile aferente prezenței proiectantului la punctul de lucru săptămânal, prin responsabilul de proiect, ofertantul a prevăzut suma de 10.000 lei, adică 133,33 lei fără TVA / vizită, ceea ce ar trebui să includă remunerația responsabilului de proiect, contribuții CAS, CASS, cheltuieli transport Bistrița - ... 93 km doar dus și alte cheltuieli conexe.

În mod evident, suma de 133,33 lei fără TVA / vizită adică 533,32 lei/ lună nu acoperă nici măcar contribuțiile CAS, CASS pentru salariul minim pe economie, stabilit conform Ordonanței de Guvern nr. 16/2022 publicată în Monitorul Oficial în data de 15 iulie 2022, contribuția la sănătate fiind de 255 lei, iar cea pentru pensii fiind de 638 lei și cu atât mai puțin salariul responsabilului de proiect sau cheltuielile de deplasare / cazare.

Astfel se impune obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de Asocieria SC ... (lider) – SC ... SRL – SC ... SRL, de la etapa analizării propunerii financiare cu justificarea prețului ofertat de acesta pentru activitatea prevăzută la pct. 3.8.1.1. Asistență Tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 41409/19.08.2022, SC ... SRL, lider al Asocierii SC ... SRL-SC ... SRL-SC ... SRL, formulează cerere de intervenție prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție,
- admiterea excepției lipsei calității procesuale active a SC ... S.R.L.
- admiterea excepției lipsei de interes a SC ... S.R.L.
- respingerea contestației formulată de către SC ... S.R.L. ca fiind neîntemeiată.

Intervenienta invocă excepția lipsei calității procesuale active a SC ... SRL, deoarece contestația a fost formulată de către SC ... SRL, deși în prezenta cauză calitate procesuală activă are asocieria care poate fi reprezentată convențional prin liderul acesteia.

Societatea contestatoare nu a depus o ofertă individuală ci o ofertă comună, în cadrul unei asocieri.

Mai mult decât atât, așa cum rezultă din cuprinsul acțiunii contestatorul acționează în calitate de lider al asocierii dintre acesta și Societatea ... SRL, deși Societatea .... SRL nu a fost parte în cadrul asocierii.

Or, în prezenta cauză nu pot avea calitate procesuală activă decât toate societățile din cadrul asocierii care pot fi reprezentate convențional în cadrul procedurii prin intermediul liderului acesteia.

Mai mult decât atâta, Asocierea din care face parte contestatorul este formată din 7 societăți, respectiv:

1. Societatea ... SRL.
2. Societatea ... ,... SRL
3. Societatea ... SRL
4. Societatea ... SRL
5. Societatea ... SRL
6. Societatea ... ... SRL
7. Societatea ... SRL

Întrucât celelalte șase societăți nu au înțeles să conteste raportul procedurii, rezultă lipsa de voință a Asocierii de a contesta raportul procedurii.

Potrivit dispozițiilor art. 36 din Codul de procedură civilă - Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății. Existența sau inexistența drepturilor și a obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond. Ca atare, raportul de drept procesual nu se poate lega valabil decât între subiectele dreptului ce rezultă din raportul de drept material dedus judecății, verificarea impunându-se a fi făcută nu numai în cererile prin care se tinde la realizarea dreptului, ci și în acțiunile în constatare, excepția lipsei de calitate procesuală fiind una de fond, peremptorie sau dirimantă, absolută. Particularizând pentru situația inițierii unui demers pe cale administrativ-jurisdicțională, calitatea procesuală activă revine persoanei care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante iar potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Astfel, în baza prevederilor art. 33 și 36 din Codul de procedură civilă, și respectiv art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, se impune admiterea excepției lipsei calitatii procesuale active a contestatorului.

Intervenienta invocă excepția lipsei de interes a contestatoarei, întrucât prin cererea formulată, contestatoarea solicitată ca prin decizia ce se va pronunța în cauză să se dispună obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de către aceasta.

Totodată mai solicită obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei depuse de către Asocierea ....

În cauză contestatoarea poate justifica un interes doar în măsura în care Consiliul va admite solicitarea în ce privește reevaluarea ofertei acesteia.

Jurisprudența de specialitate a reținut că, în măsura în care se va reține legalitatea raportului de evaluare în ceea ce o privește, acesta nu mai poate justifica interes în solicitarea privind reevaluarea ofertei depuse de către Asocieria ....

Conform art. 2 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 554/2004, prin persoană vătămată se înțelege: *„orice persoană titulară a unui drept ori a unui interes legitim, vătămată de o autoritate publică printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri; în sensul prezentei legi, sunt asimilate persoanei vătămate și grupul de persoane fizice, fără personalitate juridică, titular al unor drepturi subiective sau interese legitime private, precum și organisme sociale care invocă vătămarea prin actul administrativ atacat fie a unui interes legitim public, fie a drepturilor și intereselor legitime ale unor persoane fizice determinate”*.

Totodată, conform art. 32 alin. (1) lit. d) C.proc.civ., una dintre condițiile de exercitare a acțiunii civile sau, în cazul de față, a formulării unei cereri în fața Consiliului este justificarea unui interes de către reclamant; potrivit doctrinei „orice demers în justiție, indiferent de forma pe care acesta o îmbracă sau de partea procesuală de la care el provine, trebuie să fie util, să urmărească așadar un profit material sau moral ori material și moral.

Art. 33 C.proc.civ. stabilește condițiile pe care interesul trebuie să le îndeplinească, respectiv să fie *„determinat, legitim, personal, născut și actual.”* În ceea ce privește caracterul determinat al interesului, reclamantul trebuie să arate care este avantajul efectiv, respectiv folosul material sau moral pe care l-ar putea obține prin demersul judiciar întreprins, fiind necesar ca acesta să fie unul concret, iar nu abstract.

Prin raportare la condiția caracterului personal al interesului, doctrina reține că printr-un demers în justiție nu se poate urmări salvagardarea legii în general, ci reclamantul trebuie să urmărească asigurarea propriilor interese; astfel, reclamantul trebuie să justifice interesul în persoana sa.

Cu privire la acest aspect, analizând o situație similară celei din cazul de față, în jurisprudență se reține că *„pe de-o parte, pentru a putea critica o altă ofertă, este necesar ca oferta depusă de petentă să fie corespunzătoare, întrucât dreptul să subiectiv la care face referire este născut doar dacă această premisă este îndeplinită, iar, pe de altă parte, o reluare a procedurii nu garantează că oferta petentei ar deveni conformă și, în niciun caz, că ar fi câștigătoare, concurența pe piața serviciilor de profil negarantând un astfel de rezultat”* . În plus, *„în situația în care prin contestație este criticat actul autorității contractante numai în legătură cu oferta câștigătoare, înlăturarea acesteia din urmă,*

*dacă ar fi găsită ca întemeiată contestația, ar avea drept consecință declararea drept câștigătoare a ofertei aflate pe locul al doilea dintre ofertele declarate admisibile și menționate în rezultatul procedurii (...) condiția caracterului personal al interesului nefiind îndeplinită".*

În plus, Legea nr. 101/2016 recunoaște doar contenciosul subiectiv, întemeiat pe dreptul subiectiv sau interesul legitim, în sensul în care legea nu recunoaște contestația lipsită de interes propriu al autorului.

Cu privire la acest aspect, în doctrină se reține că „pentru existența interesului este necesar ca reclamantul să obțină un anumit beneficiu în cazul admiterii acțiunii. Dacă soluționarea unei cauze ar fi de fapt redundantă pentru reclamant, nu există interesul de a exercita acțiunea".

De asemenea, jurisprudența este constantă în a arăta că „este lipsită de interes contestarea ofertei concurente, câtă vreme oferta contestatoarei este inadmisibilă", în sensul în care „atât interesul legitim, cât și prejudiciul suferit de eventualul contestator trebuie analizate în legătură cu procedura de atribuire, în limitele desfășurării acesteia, ieșirea din cadrul desfășurării procedurii de atribuire lipsind interesul de condiția actualității acestuia".

Astfel, criticile formulate împotriva ofertei Asocierii ... (lider) – SC ... SRL-SC ... SRL nu mai pot fi analizate.

Intervenienta invocă și netemeinicia contestației formulate de Societatea ... SRL.

Prin raportul contestat, autoritatea contractantă a reținut că contestatorul în cadrul formularului de ofertă „nu a oferat Subcapitolul 3.2. - documentații suport și cheltuieli pentru obținere avize, acorduri și autorizații, capitol pe care, autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire a solicitat a fi oferat deoarece cuprinde toate cheltuielile necesare pentru elaborarea documentațiilor și obținerea avizelor necesare implementării prezentului proiect de investiție imobiliară, cum ar fi : aviz alimentare cu energie electrică, aviz canalizare, aviz alimentare cu apă, aviz salubritate și aviz de la Administrația bazinală de apă ... - .... Totodată, în cadrul Subcapitolului 7.2 Propunere financiară este specificat că pentru Cap. 3.8 Asistența tehnică să fie utilizată o pondere de minim 25 % din cap 3.5.6., iar ofertantul contestator a utilizat în cadrul formularului de ofertă o pondere de 137,56% din valoare cap 3.5.6. în măsura în care ponderea de 25 se raporta la un întreg și anume la 100."

Deși contestatorul susține că neconformitatea ofertei financiare este cauzată de autoritatea contractantă care nu le-a solicitat clarificări cu privire la acesta, intervenienta învederează că pe calea clarificărilor nu se pot aduce completări ofertei financiare.

În cadrul procedurii inițiate, contestatorul nu a înțeles să ofereze Subcapitolul 3.2.- Documentații suport și cheltuieli pentru obținere avize, acorduri și autorizații.

Or, pe calea solicitărilor de clarificări acest formular nu se poate completa ulterior.

Astfel, Curtea de Apel București a apreciat într-o speță similară că sintagma "*propunere financiară*" are în vedere nu doar elementul preț din formularul de ofertă, ci întreg ansamblu care circumscrie din punct de vedere financiar iar pe cale de consecință a apreciat nelegalitatea ofertei depuse incomplet.

Mai mult decât atât, Curtea a apreciat prin aceeași decizie că refacerea formularelor de către ofertant, este nelegală deoarece modificarea acestora reprezintă un element modifier al ofertei realizate de către ofertat.

În acest sens intervenienta invocă dispozițiile art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, art. 65 alin. (2), art. 133 alin. (1) și art. 127 alin. (1) lit. b) și f), din HG nr. 395/2016, conform cărora nu se impune în sarcina autorității obligația de a solicita aceleași clarificări tuturor ofertanților sau de a formula o singură solicitare de clarificări, ci îi conferă acesteia dreptul de a lămuri, pe calea unor solicitări de clarificări, aspectele neclare cu privire la unele dintre ofertele depuse.

Prin adresele nr. 41651/1950/.../22.08.2022 și nr. 41652/1950/.../22.08.2022, Consiliul solicită părților punct de vedere cu privire la excepțiile invocate de către SC ... SRL în cadrul cererii de intervenție.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 42185/24.08.2022, SC ... SRL formulează *cerere modificare și punct de vedere față de excepțiile ridicate prin cererea de intervenție*.

În temeiul art. 204 alin. (2) pct. 1) din N.C.P.C., contestatoarea rectifică erorile materiale strecurate în cuprinsul contestației, aceasta fiind formulată de ... SRL, în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. (lider)  
- ... ... S.R.L. și nicidecum în calitate de lider de al asocierii ... S.R.L.  
- .... ... S.R.L., cum în mod eronat s-a precizat în cuprinsul contestației.

De asemenea, contestatoarea solicită:

- respingerea excepției lipsei calității procesuale active a Societății SC ... SRL, ca nefondată;
- respingerea excepției lipsei de interes a SC ... SRL, ca nefondată;

În ceea ce privește îndreptarea erorii materiale, potrivit art. 204 alin. 2 din N.C.P.C., „Reclamantul poate să își modifice cererea și să propună noi dovezi, sub sancțiunea decăderii, numai până la primul termen la care acesta este legal citat. În acest caz, instanța dispune amânarea pricinii și comunicarea cererii modificate părților, în vederea formulării întâmpinării, care, sub sancțiunea decăderii, va fi depusă cu cel puțin 10 zile înaintea termenului fixat, urmând a fi cercetată de

reclamant la dosarul cauzei. (2) Cu toate acestea, nu se va da termen, ci se vor trece în încheierea de ședință declarațiile verbale făcute în instanță când: 1. se îndreaptă greșelile materiale din cuprinsul cererii."

Societatea .... SRL nu a fost parte în cadrul asocierii, trimiterile la societatea .... SRL fiind o regretabilă greșeală materială strecurată în cuprinsul contestației.

Prin urmare, contestatoarea rectifică eroarea materială strecurată în cuprinsul contestației, aceasta fiind formulată de ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. (lider) - ... ... S.R.L.

Cu privire la susținerile intervenientei conform cărora asocierea din care face parte contestatoarea este formată din 7 societăți, acestea sunt eronate, calitatea de asociați fiind deținută doar de ... SRL, respectiv ... ... SRL, subcontractanții neavând calitatea de membru al asocierii cum în mod eronat susține intervenientul.

În ceea ce privește critica intervenientei *„în prezenta cauză calitate procesuală activă are Asocierea care poate fi reprezentată convențional prin liderul acesteia. Societatea contestatoare nu a depus o ofertă individuală ci o ofertă comună, în cadrul unei asocieri”*, într-adevăr SC ... S.R.L. nu a depus ofertă individuală ci o ofertă comună Asocierea ... S.R.L. (lider) - ... ... S.R.L., însă această asociere nu are personalitate juridică și nu are capacitate de exercițiu, nefiind o asociere înregistrată la Registrul Comerțului care să dobândească CIF și capacitate de exercițiu.

Persoanele care au calitate procesuală activă sunt precizate în mod clar în cuprinsul art. 2 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, după cum urmează:

*„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi. (2) Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege.”*

Prin urmare, susținerea intervenientului potrivit căreia doar asocierea are calitate procesuală activă și nu societatea ... S.R.L., nu poate fi reținută de Consiliu.

Totodată, susținerile potrivit cărora *„Celelalte șase societăți nu au înțeles să conteste raportul procedurii astfel că rezultă fără urmă de îndoială lipsa de voință a Asocierii de a contesta raportul procedurii”*, prin care se insinuează faptul că ... S.R.L. ar fi acționat fără a avea un mandat din partea celui alt membru al asocierii ... ... S.R.L., este contrazisă de prevederile împuternicirii prezentată la momentul depunerii ofertei dată de asociatul ... ... S.R.L.

Întreaga construcție a intervenientului întemeiată pe dispozițiile art. 33 și 36 din Codul de procedură civilă și respectiv art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, pleacă de la premisa greșită potrivit căreia un membru al asocierii nu este considerată persoană vătămată, premisă contrazisă în mod expres de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea 101/2016, prin urmare se impune respingerea excepției lipsei calității procesuale active a Societății ... S.R.L., ca nefondată.

A fortiori, pe chestiunea juridică ridicată de intervenient, se ridică mai degrabă lipsa calității de reprezentant al intervenientului, deoarece Societatea civilă profesională de avocați ... a încheiat un contract de asistență juridică cu Asocierea formată din ... SRL - ... SRL - ... SRL, în contextul în care această asocierie nu figurează ca fiind înregistrată la Registrul Comerțului, nu deține cod de identificare fiscală, nu are registre contabile și, în mod implicit, se regăsește în imposibilitatea de a achita contravaloarea serviciilor juridice.

Prin cererea de intervenție formulată se susține în esență că, în ipoteza în care se respinge contestația prin prisma criticilor formulate împotriva deciziei de respingere a ofertei depuse de Asocierea ... S.R.L. (lider) - ... S.R.L., criticile formulate împotriva modului de evaluare a ofertei Asocierii ... SRL - ... SRL - ... SRL ar deveni lipsite de interes.

În mod evident, excepția lipsei de interes a criticilor formulate împotriva modului de evaluare a ofertei Asocierii ... SRL - ... SRL - ... SRL, inclusiv doctrina și practica la care se face trimitere nu sunt aplicabile în prezenta cauză.

Conform raportului procedurii nr. A4534 din 29.07.2022, singura ofertă admisibilă în prezenta procedură este cea depusă de Asocierea ... SRL - ... SRL - ... SRL.

Prin urmare, chiar și în ipoteza absurdă în care Consiliul ar dispune respingerea criticilor formulate împotriva deciziei de respingere a ofertei contestatorului, interesul pentru cercetarea și admiterea criticilor împotriva ofertei intervenientului este justificat de anularea procedurii de atribuire, interes care potrivit jurisprudenței comunitare este considerat născut, legitim și actual.

În acest sens contestatoarea invocă jurisprudența comunitară, obligatorie atât pentru organismul cu activitate administrativ-jurisdicțională cât și pentru instanțele de judecată, respectiv DECIZIA CJUE pronunțată în cauza C-333/18, Lombardi Srl Trimitere preliminară - Proceduri privind căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări - Directiva 89/665/CEE - Acțiune în anulare împotriva deciziei de atribuire a unui contract de achiziții publice introdusă de un ofertant a cărui ofertă nu a fost selectată - Acțiune incidentă a adjudecatarului - Admisibilitatea acțiunii principale în cazul temeiniciei acțiunii incidente.

Concluzionând, atâta timp cât oferta depusă de Asocierea ... S.R.L. nu a fost exclusă definitiv din procedură, decizia de respingere fiind

criticată prin contestația introductivă, nu se poate reține lipsa de interes a criticilor formulate împotriva ofertei câștigătoare, Consiliul fiind ținut să analizeze și criticile care ar putea conduce la anularea procedurii și reluarea ei ulterior.

Raportat la aspectele prezentate anterior, contestatoarea apreciază că se impune respingerea excepției lipsei de interes ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 42714/26.08.2022, Asociera SC ... SRL - ... SRL - ... SRL formulează note de ședință prin care se opune modificării acțiunii iar pe cale de consecință invocă:

- Excepția inadmisibilității cererii de îndreptare a erorii materiale;
- Excepția tardivității formulării contestației, având în vedere următoarele:

Raportat la excepția inadmisibilității cererii de îndreptare a erorii materiale, prin cererea formulată, contestatoarea solicită îndreptarea erorii materiale din cuprinsul acțiunii respectiv înlocuirea din cuprinsul acțiunii a Societății ... SRL cu Societatea ... ... S.R.L.

Or, cererea formulată nu are ca scop îndreptarea unei erori materiale ci introducerea în cauză a unei noi entități juridice.

Îndreptarea erorii materiale nu poate viza schimbarea cadrului procesual cu care a fost investit Consiliul, respectiv părțile din cadrul procedurii.

Astfel, nu este vorba despre posibilitatea îndreptării unei erori materiale ci despre înlocuirea unei părți cu altă parte în cadrul procedurii.

Ar fi existat posibilitatea îndreptării erorii materiale doar în măsura în care în cuprinsul contestației elementele de identificare ale Societății ... ... SRL ar fi fost atribuite Societății ... SRL.

Or, în cuprinsul contestației formulate nu au fost atribuite elemente de identificare ale acesteia astfel încât să poate exista posibilitatea îndreptării erorii materiale.

Raportat la excepția tardivității formulării contestației, în măsura în care Consiliul va trece peste excepția inadmisibilității cererii de îndreptare a erorii materiale, societatea nou introdusă a înțeles să conteste raportul procedurii odată cu împrorocessuarea acesteia.

Față de momentul împrorocessuării acesteia contestația este formulată cu încălcarea termenelor prevăzute la art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În mod evident, nu se poate reține posibilitatea împrorocessuării altor persoane fără ca termenul de formulare a contestației să nu-i fie aplicabil.

A da o altă interpretare ar însemna ca termenele prevăzute la art. 8 din Legea nr. 101/2016 să nu mai fie aplicabile în cauză.

Totodată, cererea de îndreptare a erorii materiale formulate face acum pe deplin aplicabilă excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei.

Mai mult decât atât, alăturat cererii modificatoare a fost depusă împuternicirea emisă în favoarea doamnei ....

Or, doamna ... nu poate opera în calitate de reprezentant convențional al Societății ... SRL.

Societatea ... SRL avea obligația mandatării societății ... SRL, iar acesta din urmă să formuleze acțiunea în numele Asocierii.

Doamna ... nu are calitatea de parte în prezenta acțiune.

Asocierea s-a realizat între două persoane juridice, și nu între o persoană fizică și o persoană juridică.

Mai mult decât atât, împuternicirea nu este semnată olograf de către administratorul societății ... SRL ci a fost aplicată ștampila care cuprinde semnătura.

Or, o astfel de procedură nu este permisă de legiuitor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 42986/29.08.2022, ... formulează punct de vedere cu privire la cererea de intervenție formulată de către SC ... SRL, prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție.
- admiterea excepției lipsei calității procesuale active a SC ... SRL.
- admiterea excepției lipsei de interes a contestatorului SC ... SRL.

Față de excepția lipsei calității procesuale active a SC ... SRL, autoritatea contractantă apreciază faptul că aceasta este admisibilă.

SC ... SRL nu a depus oferta individuală și prin urmare, calitate de a contesta are Asocierea (formată din cele 7 societăți) legal reprezentată de către liderul desemnat.

Prin raportare la dispozițiile art. 36 din Codul procedură civilă în speță nu există o identitate între părțile și subiectele raportului juridic litigios, astfel că se impune admiterea excepției.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestatoarei SC ... SRL, potrivit dispozițiilor art. 33 din Codul de procedură civilă coroborat cu ale Legii nr. 101/2016, lipsește interesul contestatoarei, atâta timp cât aceasta condiționează „interesul” în sensul acordat de lege, de legalitatea raportului de evaluare în ceea ce o privește.

Pentru a exista interes, potrivit art. 33 din Codul de procedură civilă, acesta trebuie să fie „determinat, legitim, personal, născut și actual” și nu condiționat, nenăscut. Potrivit jurisprudenței în materie (Decizia nr. ... a Curții de Apel Alba Iulia) *„este lipsită de interes contestarea ofertei concurente, atâta timp cât oferta contestatoarei este inadmisibilă”*.

Față de netemeinicia contestației formulată de SC ... SRL, autoritatea contractantă este de acord cu cele stipulate în cererea de intervenție întrucât, având în vedere cerința clară pentru toți ofertanții, aferentă caietului de sarcini, de la Subcap. 7.2 Propunerea financiară precum și însuși Formularul de ofertă, operatorul economic SC ... S.R.L. era obligat prin cerințele documentației de atribuire de a oferta toate capitolele aferente formularului de ofertă.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă dorind a reitera cerința și a o face și mai clară ca fiind o obligație, a specificat la același Subcap. 7.2 din caietul de sarcini, următoarele: *"Necompletarea valorică a unui capitol/subcapitol de cheltuieli sau completarea cu valoarea 0 (zero) din Formularul de ofertă sau a unui preț unitar și Listele cu utilaje/echipamente și dotări va atrage respingerea ofertei."*

Prin urmare, comisia de evaluare nu are obligația de a solicita clarificări atunci când este vădit că, un ofertant nu respectă cerințele solicitate prin caietul de sarcini;

De altfel, clarificările trebuie să fie formale sau de confirmare fără a produce un avantaj incorect față de ceilalți ofertanți și cu respectarea principiilor achizițiilor publice, prevăzut de art. 2, alin. (2) din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice. Dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat clarificări, operatorul și-ar fi completat formularul de ofertă cu valoarea aferentă Subcapitolului 3.2 -Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații, încadrându-se astfel în prevederile punctului (6) al art. 134 din HG nr. 395/2016. Prin urmare, comisia de evaluare a considerat pe bună dreptate faptul că, nu sunt necesare solicitările de clarificări.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă Decizia CNSC nr. 2075/C1/2190 din data de 19.11.2019.

De asemenea, contestatorul dorește a contura o falsă realitate privind existența unor chestiuni divergente (viciu de formă) ce ar fi impus obligația legală a autorității contractante de a solicita clarificări; însă în realitate, nu au fost identificate astfel de chestiuni. Mai mult decât atât, așa cum contestatorul precizează și identifică în jurisprudența invocată, autoritatea contractantă deține un drept de a solicita ofertantului clarificări, care trebuie exercitat cu prudență și diligență, ci nu o obligație legală (care nu are un izvor de drept);

Contestatorul încearcă să inducă în eroare Consiliul prin încadrarea la viciu de formă a ofertei declarate de comisia de evaluare ca fiind neconformă, deoarece ofertantul nu a cotate cu valoarea 0 (zero) Subcap. 3.2 așa cum declară ci nu a ofertat deloc valoarea acestui subcapitol. Pe de altă parte, viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. Comisia de evaluare nu a regăsit la nivelul altor documente financiare informații privind ofertarea valorii subcap. 3.2, în speță fiind vorba despre descalificarea ofertantului la faza de propunere financiară. Inclusiv Graficul fizic și valoric nu prezintă o valoare aferentă acestui subcapitol 3.2.

Autoritatea contractantă menționează că, în contradicție cu ceea ce contestatoarea afirmă, Cheltuielile Subcap. 3.2 -Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații aferent Formularului de ofertă, nu pot fi încadrate în Subcap. 3.5.4 Documentațiile tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor /autorizațiilor, deoarece:

1. Subcap. 3.2 prevede obligația plății pentru documentația suport necesară obținerii avizelor menționate în certificatul de urbanism iar Subcap. 3.5.4 face parte din cadrul Cap. 3.5 Proiectare și cuprinde cheltuielile aferente întocmirii documentațiilor tehnice privind proiectarea lucrărilor, aceasta fiind o fază ulterioară celei de la Subcap. 3.2 și se poate realiza doar după plata cheltuielilor aferent acestui subcap., conform H.G. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul - cadru al documentațiilor tehnico - economice aferente obiectivelor/ proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

2. În devizul general aferent investiției, la nivelul Studiului de fezabilitate există fonduri alocate separat atât pentru Subcap. 3.2 cât și pentru Subcap. 3.5.4;

3. Sunt două subcapitole diferite ce trebuiau a fi oferite diferit așa cum prevede și Formularul de ofertă.

În ceea ce privește procentul impus prin cerința caietului de sarcini de la *Subcap. 1.2 Propunerea financiară*, autoritatea contractantă arată următoarele:

- La Subcap. 7.2, lit. a) aferent caietului de sarcini se menționează următoarea cerință:

*"Ponderile utilizate la completarea Formularului de ofertă vor fi obligatoriu următoarele: (...)*

*Cap. 3.8 Asistența tehnică - minim 25% din cap. 3.5.6 (...). Utilizarea altor procente în completarea Formularului de ofertă va conduce la respingerea ofertei."*

- Contestatoarea a oferit la Subcap. 3.8 valoarea de 115.000 lei fără TVA, reprezentând un procent de 137,56 % din valoarea Subcap. 3.5.6 oferit cu 83.600 lei fără TVA;

- Cerința caietului de sarcini este o consecință logică și normală a faptului că, valoarea Asistenței tehnice (Subcap. 3.8) nu poate depăși valoarea întocmirii unui Proiect tehnic (Subcap. 3.5.6), de aici și raportarea ponderii de 25 la un procent de 100 de unități din valoarea Subcap. 3.5.6, acesta reprezentând întregul de 100%;

- în cazul în care cerința nu ar fi fost pe deplin înțeleasă de către contestatoare, aceasta putea solicita clarificări la documentația de atribuire înainte de data limită de depunere a ofertelor sau putea contesta documentația de atribuire, nici una din aceste opțiuni nefiind utilizată;

- Având în vedere dreptul fiecărui ofertant de a-și întocmi propria ofertă, nu se poate impune un anumit tarif orar/ costuri sau plata

salariile angajaților/ contribuțiile la stat să se realizeze exclusiv cu banii alocați proiectului de investiție imobiliară.

Pentru aceste motive, autoritatea contractantă apreciază că se impun a fi admise excepțiile invocate de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă a depus în copie, dosarul achiziției, anexat punctului de vedere nr. A4904/23.08.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 43234/31.08.2022, prin care solicită:

1. În principal, respingerea contestației formulate de SC ... SRL și menținerea ca temeinică și legală a hotărârii luate în cadrul raportului procedurii nr. A 4534/29.07.2022;

2. În subsidiar, în eventualitatea în care contestația va fi apreciată ca fiind întemeiată sau parțial întemeiată, să se dispună reevaluarea tuturor ofertelor regăsite la etapa de evaluare financiară.

Autoritatea contractantă învederează faptul că urmare a adresei nr. FE 1735/ 05.08.2022, prin care contestatoarea a solicitat studierea dosarului, autoritatea contractantă prin adresa nr. FE 1740/ 08.08.2022 a comunicat punerea la dispoziția operatorului economic SC ... SRL a dosarului achiziției, acesta fiind studiat în aceeași zi.

De asemenea, se menționează că având în vedere cerința clară pentru toți ofertanții, aferentă caietului de sarcini, de la *Subcap. 7.2 Propunerea financiară* precum și însuși Formularul de ofertă, operatorul economic SC ... SRL era obligat prin cerințele documentației de atribuire de a oferi toate capitolele aferente formularului de ofertă;

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă dorind a o face și mai clară, a specificat la același Subcap. 7.2 din caietul de sarcini, următoarele: *"Necompletarea valorică a unui capitol/subcapitol de cheltuieli sau completarea cu valoarea 0 (zero) din Formularul de ofertă sau a unui preț unitar și Listele cu utilaje/echipamente și dotări va atrage respingerea ofertei"*.

Prin urmare, comisia de evaluare nu are obligația de a solicita clarificări atunci când este vădit că, un ofertant nu respectă cerințele solicitate prin caietul de sarcini;

De altfel, clarificările trebuie să fie formale sau de confirmare fără a produce un avantaj incorect față de ceilalți ofertanți și cu respectarea principiilor achizițiilor publice, prevăzut de art. 2, alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat clarificări, operatorul și-ar fi completat formularul de ofertă cu valoarea aferentă Subcapitolului 3.2 -Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații, încadrându-se astfel în prevederile punctului (6) al art. 134 din HG 395/2016. Prin urmare, comisia de evaluare a considerat pe bună dreptate faptul că, nu sunt necesare solicitările de clarificări.

Autoritatea contractantă arată că în fișa de date a achiziției, III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Cerința 1: Informații privind Asocierea, se menționează următoarele: *"Dacă mai mulți*

*operatori economici depun o oferta comuna, aceștia nu au obligația legalizării acordului de asociere la momentul depunerii ofertei, ci doar înainte de semnarea contractului, dacă oferta este declarată câștigătoare".*

Având în vedere cele menționate mai sus, comisia de evaluare a luat în considerare oferta financiară și faptul că, procentele aferente Acordului de asociere au fost declarate ca întreg și nu cu două zecimale. Având în vedere critica contestatoarei în legătură cu evaluarea ofertei sale și anume faptul că, comisia de evaluare *"denotă un formalism excesiv și tendențios"*, în această speță pe de altă parte, contestatorul a dorit exercitarea unui formalism excesiv întrucât Acordul de asociere este obligatoriu a fi legalizat doar înainte de semnarea contractului.

Contestatoarea invocă art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004 din care nu reiese legătura contestării faptului că ofertantul nu poate acorda asistență tehnică în orice loc conform codului CAEN 7112, cuprins în Documentul constatat la pagina 3 transmis de către SC ... SRL, aceasta fiind de altfel activitatea principală a acestuia.

Cerința caietului de sarcini cu privire la verificatorii de proiecte se referă strict la obligația ofertantului pe timpul derulării contractului și nu este o cerință în vederea depunerii anumitor documente până la data limită de depunere a ofertelor, așa cum contestatoarea dorește să inducă în eroare.

Întrucât verificatorii de proiecte trebuie să fie independenți de proiectant, ofertantul câștigător are posibilitatea conform legii de a-și alege ulterior un operator economic certificat/atestat pentru realizarea acestora, întrucât constituie o etapă ulterioară semnării contractului care este greu de stabilit și definitivată în momentul depunerii ofertelor, mai mult decât atât, ofertantul a prezentat verificatorii de proiecte independenți pe specialități în propunerea tehnică (de la pag. 44-55).

Prin urmare, acest tip de serviciu este, așa cum și art. 17, alin. (4), lit. c) din HG nr. 395/2016 prevede, estimat separat față de contractul de bază iar prestarea lui se realizează de către un furnizor de servicii ce nu poate, prin definiție, deveni subcontractant ofertantului câștigător datorită conflictului de interese (așa cum statuează însăși contestatoarea).

Caietul de sarcini prevede ca cerință prezentarea organigramei pentru realizarea activităților de proiectare și execuție - aceasta fiind prezentată de ofertant în propunerea tehnică la pag. 8, iar descrierea rolurilor și a responsabilităților pentru personal (propunerea tehnică pag. 9-14), autoritatea contractantă, nemenționând că acestea trebuie să fie pentru activitatea de proiectare și nici măcar pentru întreg personalul. Cuvântul "inclusiv" se referă la faptul că, această cerință este inclusă tot la litera c) aferentă subcap. 7.1 din caietul de sarcini astfel încât comisia de evaluare să aibă un punct de reper în cazul în care este necesar respingerea vreunei oferte. Această literă c) are în fapt trei cerințe

similare dar diferite. Având în vedere propunerea tehnică a ofertantului câștigător în totalitate ei, o persoană de bună credință poate observa că, informațiile se regăsesc în cadrul acesteia (CV-uri, atestate, autorizații, declarații etc.);

Referitor la critica contestatoarei conform căreia studiile șefului de șantier trebuie să fie în domeniul construcțiilor, autoritatea contractantă susține că în cadrul Legii nr. 10/1995 nu este făcută nici o precizare sau impusă vreo condiție cu privire la studiile aferente șefului de șantier.

Conform HG nr. 300/02.03.2006 privind cerințele minime de securitate și sănătatea pentru șantierelor temporare sau mobile, art. 4, lit. e): *"șef de șantier - persoana fizică desemnată de către antreprenor să conducă realizarea lucrărilor pe șantier și să urmărească realizarea acestora conform proiectului"*.

Persoana desemnată pe poziția de șef de șantier, are o experiență în domeniul construcțiilor începând cu anul 2013, implicat în proiecte de coordonare și execuție lucrări, așa cum reiese din CV-ul personal de la pag. 56-57 aferent propunerii tehnice.

Referitor la critica contestatoarei conform căreia persoana nominalizată de ofertantul câștigător ca *Responsabil tehnic* cu execuția nu deține domeniul de autorizare corespunzător, autoritatea contractantă menționează următoarele:

-Conform Ordinului nr. 116/20.12.2016 *pentru modificarea anexei la ordinul președintelui ANRE în domeniul energiei nr. 11/2013 privind aprobarea regulamentului pentru autorizarea electricienilor, verifcatorilor de proiecte, responsabililor tehnici cu execuția, precum și a experților tehnici de calitate și extrajudiciari în domeniul ...ațiilor electrice, Regulamentului din 30.09.2021 privind autorizarea electricienilor în domeniul ...ațiilor electrice respectiv a verifcatorilor de proiecte și a experților tehnici de calitate și extrajudiciari în domeniul ...ațiilor electrice tehnologice și Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, ...ațiile electrice de utilizare - art. 6 , alin. (1), pct. 7 (descrise în Obiectul 3) aparțin unui client final și sunt situate în aval față de punctul de delimitare de cele aferente rețelei electrice aparținând unui operator de rețea a energiei electrice;*

Conform specificațiilor tehnice, Alimentarea cu energie electrică se va face prin bransament la rețeaua de medie tensiune existentă în zonă. Se va realiza de la postul de transformare existent, dotat cu tablou electric de joasă tensiune, unde vor fi bransați/ racordați toți consumatorii existenți și propuși din cadrul cazarmii. Soluția va fi stabilită de distribuitorul de energie electrică din zonă și se va realiza conform Aviz energie electrică: aviz tehnic de racordare nr. 603020252165 ...S.A. Prin urmare, este vorba despre lucrări de ...ații electrice de utilizare și nu despre Rețele electrice.

...ația electrică interioară aferentă construcțiilor (art. 8. alin. (2), poziție tabel 6), se realizează în interiorul unui loc de consum drept

urmare poate fi autorizată de către responsabilii tehnici cu execuția, domeniul 6.1 ...ații electrice.

Denumirea Obiectului 3 "*Rețele electrice, bransamente/ racorduri aferente noului pavilion*" este dată de către proiectanți la faza Studiu de fezabilitate, aceasta fiind una generală. Contestatoarea ar trebui să fie atentă la informațiile cuprinse în conținutul acestuia care sunt mult mai importante decât denumirea obiectului. Astfel ar fi sesizat faptul că, necesitatea domeniului de autorizare a persoanei RTE este cel de 6.1 ...ații electrice!

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă conchide că operatorul economic SC ... SRL a creat un precedent în relația sa cu ... și anume faptul că, la toate procedurile din ultimii ani la care a participat a depus oferta cu valoarea cea mai ridicată ca mai apoi să formuleze contestații încercând de fiecare dată să "vâneze" erori cât de mici în oferta adversarilor sau să "nuanțeze" articole de lege în favoarea lui, astfel încât să fie declarat câștigător și să formeze un precedent de care să facă uz în următoarea contestație.

Principalul scop al comisiei de evaluare nu este acela de a fi excesiv de riguroși și axați pe descalificarea ofertanților, ci acela de a evalua ofertele în ansamblul lor prin prisma cerințelor documentației de atribuire și a legislației în vigoare astfel încât ofertantul câștigător să aibă capacitatea de executare a proiectului de investiție.

Autoritatea contractantă consideră ca fiind corectă hotărârea luată în cadrul raportului procedurii și solicită respingerea contestației ca netemeinică și nelegală iar în subsidiar, în eventualitatea în care contestația va fi apreciată ca fiind întemeiată, reevaluarea ofertantului clasat pe locul 2 în etapa de evaluare a propunerilor financiare - Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL- SC ... SRL - SC ... SRL, întrucât acesta a fost descalificat din același considerent ca și SC ... SRL.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus cauțiunea în valoare de ... lei, prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de CEC Bank, Sucursala ....

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61<sup>1</sup> alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... ..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea *Contractului de proiectare și execuție având ca obiect Pavilion administrativ nou în cazarma 2387 ....* În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. .../27.05.2022, valoarea estimată a procedurii fiind de 5.079348,42 lei.

Ca urmare a publicării comunicării rezultatului procedurii prin care i s-a adus la cunoștință că oferta sa este neconformă, a formulat contestație SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii ... S.R.L. - ... S.R.L., criticând atât respingerea propriei oferte, cât și oferta declarată câștigătoare, pe care o consideră neconformă.

După depunerea contestației, a formulat cerere de intervenție asocierea SC ... (lider) - ... SRL - ... SRL, ofertanta declarată câștigătoare a procedurii. Având în vedere că asocierea în cauză are interes în menținerea actelor autorității contractante, Consiliul, în temeiul art. 63 din codul de procedură civilă, va admite în principiu cererea de intervenție ca intervenție accesorie, în favoarea autorității contractante.

Consiliul reține că intervenienta invocă o serie de excepții cu privire la contestația depusă, care vor fi analizate cu prioritate.

Consiliul reține că din eroare, avocatul contestatoarei a menționat denumirea asocierii ca fiind ... S.R.L. - .... S.R.L., denumire pe care ulterior a corectat-o, arătând că denumirea asocierii este ... S.R.L. (lider) - ... S.R.L. Consiliul nu își însușește punctul de vedere al intervenientei potrivit căruia cererea de corectare ar avea rolul introducerii în cauză a unei noi entități juridice, deoarece calitatea de contestatoare o are ... S.R.L. **în calitate de lider al asocierii din care face parte în prezenta procedură.** În condițiile în care nu există în procedură o altă asocierie din care să facă parte contestatoarea ... S.R.L., eroarea materială este evidentă. De altfel, la pagina 1 și 2 din contestație, în formularea capetelor de cerere, se arată clar că asocierea din care face parte contestatoarea este ... S.R.L. (lider) - ... S.R.L., aspect care conduce la concluzia că ne aflăm în prezența unei erori materiale.

În ceea ce privește excepția lipsei calității procesuale active a ... S.R.L., intervenienta arată că în asocierie sunt 7 membri, iar ceilalți 6 membri nu au înțeles să conteste raportul procedurii.

Consiliul reține că potrivit art. 2 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi. (2) Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege.”*

Prin urmare, în calitate sa de operator economic participant la procedură ca asociat, ... S.R.L. are interes în cauză, și are calitate procesuală, aceasta rezultând în mod clar din dispozițiile speciale ale Legii nr. 101/2016. Mai mult decât atât, calitatea sa de lider al asocierii îi

dă dreptul să reprezinte asocierea în toate chestiunile ce țin de oferta respectivă, excepția lipsei calității procesuale active urmând a fi respinsă.

În ceea ce privește lipsa de interes a contestatoarei raportat la solicitarea de reevaluare a ofertei câștigătoare, intervenienta susține că aceasta ar avea interes doar în măsura în care criticile cu privire la oferta sa ar fi admise. În măsura în care criticile cu privire la reevaluarea ofertei sale ar fi respinse, nu mai există interes pentru reevaluarea ofertei câștigătoare.

Consiliul reține că respingerea ofertantei din care face parte contestatoarea nu a rămas definitivă, atât declararea câștigătoare a intervenientei realizându-se simultan.

În ceea ce privește interesul, se observă că dispozițiile relevante ale Legii nr. 101/2016, sunt:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispune în sensul că „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, unde se arată că „în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”;

- art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, unde se prevede că: „(3) în sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Or, în această ultimă ipoteză se află SC ... SRL, după cum s-a arătat mai sus.

Dar, lecturând hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-131/16, Curtea reține că: „Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de

atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13. care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special

împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

În schimb, în cauza principală, *Archus și Gama* au formulat o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice. Într-o asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală — în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt —, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice”.

Văzând, așadar, considerentele ce au stat la baza adoptării acesteia și împrejurarea că în cauză a mai rămas doar ofertantul asocierii SC ... (lider) - ... SRL - ... SRL, dar a cărui ofertă este contestată, fiind posibilă situația de excludere și a ofertei acestuia ca inacceptabilă sau neconformă, cu consecința anulării întregii proceduri de către autoritatea contractantă, caracterul obligatoriu al hotărârilor CJUE în dreptul român, consacrat prin disp. art. 148 alin. 2 și 4 din Constituție, Consiliul reține că, din această perspectivă, nu se poate admite excepția „lipsei de interes” în privința contestației formulată de societatea SC ... SRL, cauza urmând a fi analizată pe fond.

În ceea ce privește fondul contestației, contestatoarea invocă faptul că oferta depusă de contestator a fost respinsă în mod nelegal la etapa de analiză a propunerilor financiare, fără a i se solicita clarificări.

Autoritatea contractantă a reținut conform adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. FE 1656 din 01.08.2022, neconformitatea ofertei, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016:

„a) în cadrul subcap. 7.2 Propunerea financiară sunt specificate următoarele cerințe: "Propunerea financiară va conține obligatoriu următoarele: a) **Formularul de ofertă, completat pe capitole/subcapitole de cheltuieli. (...) Necompletarea valorică a unui capitol/subcapitol de cheltuieli sau completarea cu valoarea 0 (zero) din Formularul de ofertă sau a unui preț unitar și Listele cu utilaje/echipamente și dotări va atrage respingerea ofertei**". Ofertantul în cadrul Formularului de ofertă **nu a ofertant Subcapitolul 3.2 - Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații, capitol pe care, autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire a solicitat a fi ofertat deoarece cuprinde toate cheltuielile necesare pentru elaborarea documentațiilor și obținerea avizelor necesare implementării prezentului proiect de investiție imobiliară, cum ar fi: aviz alimentare cu energie electrică, aviz canalizare, aviz alimentare cu apă, aviz salubritate și aviz de la Administrația bazinală de apă ....**

b) în cadrul subcap. 7.2 Propunerea financiară este specificat ca **pentru Cap. 3.8 Asistența tehnică să fie utilizată o pondere de minim 25 % din cap. 3.5.6. Ofertantul a utilizat în cadrul formularului de ofertă o pondere de 137,56% din valoare cap. 3.5.6 în măsura în care ponderea de 25 se raporta la un întreg și anume la 100.**"

Contestatoarea consideră că au fost încălcate dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. 395/2016, care stabilesc obligația comisiei de evaluare de a solicita clarificări unui operator economic, în cazul în care se constată existența unor presupuse motive de respingere. Aceasta consideră că dreptul astfel reglementat este în realitate o obligație, în sensul necesității de lămurire asupra tuturor chestiunilor în divergență, deoarece scopul reglementării este acela al ocrotirii interesului public, presupus a aparține autorității contractante.

Consiliul are în vedere că, într-adevăr, practica stabilește că autoritatea contractantă nu are un drept discreționar în ceea ce privește solicitările de clarificări. În fapt, autoritățile contractante trebuie să aibă în vedere că una dintre regulile de bază ale procedurilor de atribuire este aceea a deschiderii lor către o concurență adecvată. Cu toate acestea, chiar dispozițiile legale stabilesc limite în ceea ce privește solicitarea de clarificări privind conținutul ofertei. Astfel, art. 209 din Legea nr. 98/2016 stabilește următoarele: „(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete

sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

**(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.**

Totodată, Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 stabilesc următoarele: art. 134. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte(...)"

Deci, legislația stabilește că solicitările de clarificări nu pot determina apariția unui avantaj în favoarea unui ofertant.

În ceea ce privește primul motiv de respingere a ofertei, Consiliul reține că societatea contestatoare recunoaște că a omis să completeze Subcapitolul 3.2 - Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații din anexa la formularul de ofertă, arătând, însă, că toate aceste cheltuieli au fost cuprinse la cap. 3.5.4. Documentații tehnice necesare în vederea obținerii/acordurilor/autorizațiilor, adică imediat la punctul următor din cadrul formularului pus la dispoziția ofertanților, contravaloarea acestor activități fiind de 32.000 lei fără T.V.A. aferentă cap. 3.5.4, considerând că omisiunea de a completa și Subcapitolul 3.2. din anexa la formularul de ofertă reprezintă, cel mult, un viciu de formă în sensul art. 134 alin. (7) lit. a) din HG nr. 395/2016, și nu poate fi asimilat ca reprezentând cotarea cu 0 (zero) a unui capitol / subcapitol din devizul general.

În replică, autoritatea contractantă afirmă că Cheltuielile Subcap. 3.2 -Documentații suport și cheltuieli pentru obținerea avize, acorduri și autorizații aferent Formularului de ofertă, nu pot fi încadrate în Subcap. 3.5.4 Documentațiile tehnice necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor /autorizațiilor, deoarece:

**1. Subcap. 3.2 prevede obligația plății pentru documentația suport necesară obținerii avizelor menționate în certificatul de urbanism iar Subcap. 3.5.4 face parte din cadrul Cap. 3.5 Proiectare și cuprinde cheltuielile aferente întocmirii documentațiilor tehnice privind proiectarea lucrărilor, aceasta fiind o fază ulterioară celei de la Subcap. 3.2 și se poate realiza doar după plata cheltuielilor aferent acestui subcap., conform H.G. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul - cadru al documentațiilor tehnico - economice aferente obiectivelor/ proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.**

2. În devizul general aferent investiției, la nivelul Studiului de fezabilitate există fonduri alocate separat atât pentru Subcap. 3.2 cât și pentru Subcap. 3.5.4;

3. Sunt două subcapitole diferite ce trebuiau a fi ofertate diferit așa cum prevede și Formularul de ofertă.

Verificând formularul de ofertă, Consiliul reține că susținerea autorității este reală. Astfel, în condițiile în care cele două capitole sunt tratate separat, ele trebuiau să aibă cota un preț.

Consiliul are în vedere că potrivit caietului de sarcini, sunt necesare următoarele activități:

#### **4.1 Elaborarea documentațiilor necesare obținerii avizelor / acordurilor**

*Ofertantul va întocmi orice documentație necesară obținerii avizelor / acordurilor / autorizațiilor menționate, inclusiv studiu de soluție conform ATR 60302020252165/ 08.12.2020 cerute prin Certificatul de urbanism necesare implementării proiectului și va obține, în numele Beneficiarului, toate avizele / acordurile / autorizațiile necesare realizării investiției, inclusiv pe domeniul public/privat. Avizele astfel obținute vor avea anexat un exemplar din documentația depusă în original avizată de către furnizorul de utilități.*

*În cazul apariției unui nou ATR urmare a studiului de soluție realizat conform prezentei documentații, se va proceda conform legislației în vigoare privind realizarea lucrărilor nou menționate, valoarea contractului urmand a se suplimenta și executa în conformitate cu ATR-ul astfel obținut.*

#### **4.2 Elaborarea proiectului tehnic cu detalii de execuție (PT+DE), a documentațiilor tehnice pentru obținerea autorizației de construire (DTAC), organizării execuției (DTE) și verificarea în numele Beneficiarului a documentațiilor tehnice pentru cerințele esențiale pe specialități.**

**Ofertantul va întocmi documentațiile tehnice în conformitate cu conținutul cadru din H.G. 907/2016 și le va supune spre verificare de către verificatori de proiecte atestați, conform prevederilor legale.**

*Conținutul documentațiilor va respecta normele și normativele în vigoare cu privire la accesibilitatea persoanelor cu dizabilități, protecția mediului și egalitatea de gen.*

*Documentațiile tehnice se verifică din punct de vedere al calității de către specialiști verificatori de proiecte atestați, alții decât specialiștii elaboratori ai documentației, în vederea realizării și menținerii, pe întreaga durată de existență a construcțiilor, a cerințelor esențiale prevăzute de lege, pe specialități, pentru toate categoriile de lucrări:*

*rezistență mecanică și stabilitate;  
securitate la incendiu;*

*igienă, sănătate și mediu înconjurător;  
siguranță și accesibilitate în exploatare;  
protecție împotriva zgomotului;  
economie de energie și izolare termică;  
utilizare sustenabilă a resurselor naturale.*

*Proiectul tehnic și detaliile de execuție (PT+DE) vor fi predate atât în format electronic editabil, pe suport magnetic, scanate cât și tipărite, ștampilate de către elaboratori și verificatori de proiecte, îndosariate și numerotate în bibliorafturi, în 3 (trei) exemplare originale.*

*Documentațiile pentru obținerea autorizației de construire (DTAC) și organizării execuției (DTOE) vor fi predate atât în format electronic editabil, pe suport magnetic, scanate cât și tipărite, ștampilate de către elaboratori și verificatori de proiecte îndosariate și numerotate în bibliorafturi, în câte 2 (două) exemplare originale.*

*Suplimentar, Programele de control pe șantier și faze determinante se vor întocmi și transmite, în 2 exemplare originale, în vederea avizării de către ISC MAPN”.*

Prin urmare, este evident că există avize cerute prin Certificatul de urbanism, dar și documentații tehnice pe specialități, pentru faza de proiectare.

Dacă societatea contestatoare considera că subcap. 3.2 din formularul de ofertă era dublat de subcap. 3.5.4, avea posibilitatea solicitării de clarificări. În situația în care nu a procedat în acest mod, alegând să nu introducă cheltuieli la subcap. 3.2, aceasta a încălcat interdicția prevăzută în nota de la pagina 10 din caietul de sarcini, potrivit căreia „**NOTĂ: Necompletarea valorică a unui capitol/subcapitol de cheltuieli sau completarea cu valoarea 0 (zero) din Formularul de ofertă sau a unui preț unitar și Listele cu utilaje/echipamente și dotări va atrage respingerea ofertei**”.

Întrucât documentația de atribuire prevedea această lipsă sub sancțiunea respingerii ofertei, rezultă că o solicitare de clarificări în acest sens, ar fi fost de natură să o avantajeze pe contestatoare, deoarece oferta sa financiară nu poate deveni conformă fără modificarea acestui formular, prin acoperirea neconformității prevăzute expres sub sancțiunea respingerii ca neconformă, a ofertei. Totodată, pentru a acoperi această lipsă, contestatoarea ar trebui ori să ia o parte din suma de la subcap. 3.5.4 și să o mute la subcap. 3.2, ori să modifice propunerea financiară. Solicitarea de clarificări privind conținutul ofertei reprezintă o obligație doar în măsura în care se completează abateri minore, vicii de formă, în niciun caz lipsuri prevăzute sub sancțiunea respingerii ca neconformă.

Ca urmare a celor constatate, Consiliul reține că motivul de neconformitate a fost corect stabilit.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei, respectiv „*în cadrul subcap. 7.2 Propunerea financiară*

este specificat ca pentru Cap. 3.8 Asistența tehnică să fie utilizată o pondere de minim 25 % din cap. 3.5.6. Ofertantul a utilizat în cadrul formularului de ofertă o pondere de 137,56% din valoare cap. 3.5.6 în măsura în care ponderea de 25 se raporta la un întreg, și anume la 100.", contestatoarea arată că autoritatea contractantă a interpretat cerința caietului de sarcini regăsită la cap. 7.2., în sensul că s-ar fi instituit atât un procent minimal de 25% din cap. 3.5.6. cât și un procent maximal de 100% din cap. 3.5.6., însă fără să existe o astfel de prevedere în documentația de atribuire. Raportat la toate aspectele prezentate anterior rezultă în mod evident că presupusele neconformități nu subzistă în cazul ofertantului contestator, nefiind incidente prevederile documentației de atribuire potrivit cărora „Utilizarea altor procente în completarea Formularului de ofertă va conduce la respingerea ofertei”, neexistând nicio cerință din documentația de atribuire care să fi fost încălcată de contestator.

În replică, autoritatea contractantă arată că la Subcap. 7.2, lit. a) aferent caietului de sarcini se menționează următoarea cerință: *"Ponderile utilizate la completarea Formularului de ofertă vor fi obligatoriu următoarele: (...) Cap. 3.8 Asistența tehnică - minim 25% din cap. 3.5.6 (...). Utilizarea altor procente în completarea Formularului de ofertă va conduce la respingerea ofertei."*; Contestatoarea a oferat la Subcap. 3.8 valoarea de 115.000 lei fără TVA, reprezentând un procent de 137,56 % din valoarea Subcap. 3.5.6 oferat cu 83.600 lei fără TVA; Cerința caietului de sarcini este o consecință logică și normală a faptului că, valoarea Asistenței tehnice (Subcap. 3.8) nu poate depăși valoarea întocmirii unui Proiect tehnic (Subcap. 3.5.6), de aici și raportarea ponderii de 25 la un procent de 100 de unități din valoarea Subcap. 3.5.6, acesta reprezentând întregul de 100%.

Consiliul reține că neconformitatea unei oferte se poate constata doar în baza unor prevederi exprese al documentației de atribuire, și nu în baza unor deducții logice care ar rezulta din anumite silogisme. Astfel, în condițiile în care documentația de atribuire nu cuprinde vreo prevedere referitoare la nedepășirea valorii prevăzute la cap. 3.5.6 din formularul de ofertă, o atare neconformitate nu poate fi introdusă în etapa evaluării.

Prin urmare, cel de-al doilea motiv de neconformitate a ofertei este nejustificat, întrucât nu se bazează pe o prevedere a documentației de atribuire.

Având în vedere că primul motiv este întemeiat, Consiliul constată că respingerea ofertei este o măsură corectă, nefiind necesară existența mai multor motive. Prin urmare, va fi respinsă contestația în partea ce privește evaluarea ofertei depusă de asocierea din care face parte contestatoarea.

În ceea ce privește oferta câștigătoare, contestatoarea invocă faptul că Acordul de asociere conține necorelări ce ar fi trebuit clarificate de comisia de evaluare.

Potrivit raportului procedurii, oferta câștigătoare a fost cea depusă de asocierea ... (lider) - ... SRL - ... SRL, cu o propunere financiară de 4.211.569,98 lei fără TVA. Conform acordului de asociere prezentat de ofertantul câștigător se constată faptul că asociatul ... SRL, cu atribuții de prestare a serviciilor de proiectare, are prevăzut un procent de 4% din valoarea totală respectiv asociatul ... SRL, cu atribuții executare lucrări împrejmuire cazarmă, are prevăzut un procent de 6% din valoarea totală. Conform anexei la formularul de ofertă se constată faptul că ... SRL urmează să presteze servicii de proiectare în sumă totală de 206.250,00 lei fără TVA, ceea ce reprezintă un procent de 4,89 % din valoarea totală ofertată (4.211.569,98 lei fără TVA) respectiv pentru lucrările împrejmuire ce vor fi executate de ... SRL, s-a prevăzut suma de 250.000,00 lei fără TVA ceea ce reprezintă un procent de 5,93 % din valoarea totală ofertată (4.211.569,98 lei fără TVA).

Consiliul va respinge, ca nefondată, critica respectivă. Acordul de asociere reprezintă un contract ce urmează regulile asocierii în participațiune prevăzută la art. 1949- 1954 din Codul civil. Aceste dispoziții nu prevăd condiții speciale referitoare la împărțirea cotei de beneficii și pierderi în raport cu contribuția efectivă a fiecărei părți. De altfel, nici în alte forme de societate nu există o prevedere obligatorie în acest sens, relevant, în acest sens, fiind art. 1894 alin. (2) din codul Civil, care dispune următoarele: „Capitalul social subscris se divide în părți egale, numite părți de interes, care se distribuie asociaților proporțional cu aporturile fiecăruia, **dacă prin lege sau contractul de societate nu se prevede altfel**”. În cazul de speță, asociații au rotunjit procentele, cel mai probabil, pentru a nu fi calculate cu zecimale, existând oricând posibilitatea ajustării acestora în interiorul asociației, în funcție de situațiile de lucrări și de servicii real executate. Această chestiune nu are, însă, relevanță față de autoritatea contractantă, nepunându-se problema validității față de aceasta a acordului de asociere, asociații răspunzând solidar față de autoritatea contractantă.

Cu privire la critica potrivit căreia ASOCIATUL SC ... SRL nu este autorizat să presteze serviciile de asistență tehnică **la terți** în conformitate cu prevederile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004, societatea contestatoare recunoaște că acest asociat are înregistrat codul CAEN 7112 Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, la sediul său social, susținând, însă, că o parte a activității se desfășoară la terți, și că nu beneficiază de o atare autorizare.

O astfel de critică este vădit nefondată și formulată cu rea-credință, în contextul în care autorizarea la sediu principal sau secundar presupune o procedură ce include control din partea emitenților autorizației de funcționare, pe când autorizarea la terți presupune doar

declarația pe propria răspundere, terții nefiind identificați. În acest sens, prezintă relevanță dispozițiile art. 17-17<sup>2</sup> din Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice autorizate, întreprinderilor individuale, întreprinderilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice, autorizarea la sediu permițând și desfășurarea inspecțiilor în șantier. Prin urmare, critica va fi respinsă.

În ceea ce privește critica referitoare la nenominalizarea de către ofertantul câștigător a unui subcontractant pentru serviciile de verificare tehnică, autoritatea contractantă susține că cerința caietului de sarcini cu privire la verificarea de proiecte se referă strict la obligația ofertantului pe timpul derulării contractului de a le supune verificării unui verficator independent, și nu este o cerință în vederea depunerii anumitor documente până la data limită de depunere a ofertelor, așa cum contestatoarea dorește să inducă în eroare. Întrucât verficatorii de proiecte trebuie să fie independenți de proiectant, ofertantul câștigător are posibilitatea conform legii de a-și alege ulterior un operator economic certificat/atestat pentru realizarea acestora, întrucât constituie o etapă ulterioară semnării contractului care este greu de stabilit și definitivat în momentul depunerii ofertelor, mai mult decât atât, ofertantul a prezentat verficatorii de proiecte independenți pe specialități în propunerea tehnică (de la pag. 44-55). Prin urmare, acest tip de serviciu este, așa cum și art. 17, alin. (4), lit. c) din HG nr. 395/2016 prevede, estimat separat față de contractul de bază iar prestarea lui se realizează de către un furnizor de servicii ce nu poate, prin definiție, deveni subcontractant ofertantului câștigător datorită conflictului de interese (așa cum statuează însăși contestatoarea).

Potrivit cap. 4.2 Elaborarea proiectului tehnic cu detalii de execuție (PT+DE), a documentațiilor tehnice pentru obținerea autorizației de construire (DTAC), organizării execuției (DTOE) și verificarea în numele Beneficiarului a documentațiilor tehnice pentru cerințele esențiale pe specialități, s-a impus următoarea cerință:

*„Ofertantul va întocmi documentațiile tehnice în conformitate cu conținutul cadru din HG nr. 907/2016 și le va supune spre verificare de către verficatori de proiecte atestați, conform prevederilor legale.*

*Conținutul documentațiilor va respecta normele și normativele în vigoare cu privire la accesibilitatea persoanelor cu dizabilități, protecția mediului și egalitatea de gen. **Documentațiile tehnice se verifică din punct de vedere al calității de către specialiști verficatori de proiecte atestați, alții decât specialiștii elaboratori ai documentației, în vederea realizării și menținerii, pe întreaga durată de existență a construcțiilor, a cerințelor esențiale prevăzute de lege, pe specialități, pentru toate categoriile de lucrări:***

- **rezistență mecanică și stabilitate;**
- **securitate la incendiu;**
- **igienă, sănătate și mediu înconjurător;**
- **siguranță și accesibilitate în exploatare;**
- **protecție împotriva zgomotului;**
- **economie de energie și izolare termică;**
- **utilizare sustenabilă a resurselor naturale.**

**Proiectul tehnic și detaliile de execuție (PT+DE) vor fi predate atât în format electronic editabil, pe suport magnetic, scanate cât și tipărite, ștampilate de către elaboratori și VERIFICATORI DE PROIECTE, îndosariate și numerotate în bibliorafturi, în 3 (trei) exemplare originale”**

**Proiectul tehnic și detaliile de execuție (PT+DE) vor fi predate atât în format electronic editabil, pe suport magnetic, scanate cât și tipărite, ștampilate de către elaboratori și verificatori de proiecte, îndosariate și numerotate în bibliorafturi, în 3 (trei) exemplare originale.**

**Documentațiile pentru obținerea autorizației de construire (DTAC) și organizării execuției (DTOE) vor fi predate atât în format electronic editabil, pe suport magnetic, scanate cât și tipărite, ștampilate de către elaboratori și verificatori de proiecte îndosariate și numerotate în bibliorafturi, în câte 2 (două) exemplare originale.**

**Suplimentar, Programele de control pe șantier și faze determinante se vor întocmi și transmite, în 2 exemplare originale, în vederea avizării de către ISC MAPN”.**

Consiliul constată că din conținutul acestor prevederi nu rezultă că acestea fac parte din obiectul acestui contract, așa cum eronat susține contestatoarea. Astfel, aceste prevederi trebuie interpretate în contextul legislației din România, care stabilește următoarele:

- art. 6 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995 „(1) Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificador/verificatori de proiecte, pe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru ...ațiile aferente construcțiilor.

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

**(3) Verificatorul de proiecte este angajat al investitorului/proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialități**

*pentru ...ațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile”;*

- art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții *„Verificarea proiectelor privind respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale aplicabile se efectuează de către specialiști verificali de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor.*

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

Astfel, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a stabilit ca activitate distinctă verificarea proiectului, respectiv a întregului proiect, prin verificatori de proiecte conform definiție de la art. 2 din Regulamentul aprobat de HG nr. 925/1995 *„a) verificator de proiecte - specialist cu activitate în construcții atestat în unul sau mai multe domenii/subdomenii de construcții și specialități pentru ...ațiile aferente construcțiilor, care efectuează verificarea proiectelor în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice și cerințelor fundamentale aplicabile prevăzute de lege”,* aceasta urmează a beneficia de realizarea acestei activități din partea unei persoane fizice sau juridice autorizate în acest sens conform Regulamentului aprobat prin HG nr. 925/1995.

Consiliul reține că, sub acest aspect, nici contestatoarea, dar nici autoritatea contractantă, în susținerile lor, nu interpretează corect dispozițiile legale. Nominalizarea în ofertă a unei alte persoane ca subcontractant/asociat sau angajarea sa ulterioară ca și prestator nu înseamnă că acel operator este independent. Atât timp cât acesta este plătit de antreprenorul general, nu există statut de independență. Astfel cum este prevăzut la art. 6 alin. (3) din Regulamentul aprobat de HG nr. 925/1995, raportul contractual trebuie să fie încheiat cu autoritatea contractantă, și nu cu antreprenorul. Antreprenorul poate, cel mult, să recomande mai mulți verificatori, autoritatea urmând a alege dintre aceștia, acest lucru neînsemnând pierderea statutului de independență. Toate deciziile invocate de contestatoare sunt anterioare HG nr. 742/2018 care a modificat HG nr. 925/1995, practica nemaifiind actuală.

În același sens, a formulat punct de vedere și MDRAP prin adresa 132226/09.11.2018 la solicitarea Consiliul, în vederea stabilirii unei practici unitare, respectiv:

*„Având în vedere prevederile legale mai sus menționate, coroborate cu prevederile art. 23, lit. c din Legea nr. 10/1995 și ale art. 7, alin. (1), lit. d) din HG nr. 742/2018, **verificatorul de proiecte este stabilit și angajat de către beneficiar/investitor și desfășoară activitate în una din formele legale prezentate mai sus**”.*

În aceste condiții, Consiliul constată că nenominalizarea unui subcontractant pentru activitatea de verificare a proiectelor pe

specialități nu reprezintă o neconformitate care să impună respingerea ofertei câștigătoare.

Cu privire la critica referitoare la neîndeplinirea cerințelor caietului de sarcini prevăzute la cap. 7.1. privind personalul nominalizat și accesul la specialiștii necesari potrivit Legii nr. 10/1995, Consiliul reține că potrivit cap. 7.1 din caietul de sarcini „Propunerea tehnică va conține:

*„3. Organigrama contractului în care să se identifice în mod clar tot personalul pe care operatorul economic îl va utiliza la realizarea activităților de proiectare și execuție a lucrărilor incluse în contract, inclusiv descrierea rolurilor și a responsabilităților personalului, modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente.*

*Pentru fiecare din personalul calificat prezentat pentru derularea investiției se va prezenta:*

*a) CV-ul în format european, care atestă pregătirea și experiența profesională, datat și semnat olograf.*

*b) Autorizații, atestate valabile, etc pentru fiecare din personalul calificat prezentat pentru derularea investiției,*

*c) Declarație de disponibilitate pentru realizarea acestui obiectiv, semnată și datată olograf, pentru întreaga perioadă de derulare a contractului pentru fiecare din personalul calificat prezentat pentru derularea investiției. Nu se iau în considerare extrasele Revisal.”*

Cotestatoarea susține că descrierea rolurilor personalului propus, prezentată în ofertă, este sumară, rezumându-se la persoanele numite pe funcția de șef șantier, RTE, CQ, responsabil SSM fără a se face nicio precizare, descriere a rolurilor și activitățile cu privire la persoanele implicate pentru serviciile de proiectare, cerința caietului de sarcini nefiind îndeplinită.

Consiliul va respinge, ca nefondată, critica, existând în ofertă o organigramă și o listă a resurselor, care cuprinde și proiectanții (filele 206-209 din Dosarul achiziției publice depus de autoritatea contractantă și filele 8-14 din DVD-ul cuprinzând ofertele depuse în procedură).

În ceea ce privește a doua parte a criticii, că ofertantul Asocierea SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL nu a făcut dovada de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 și a altor legi incidente, cotestatoarea arată că pentru funcția de șef șantier a fost nominalizat dl. ... .., care are studii superioare în domeniul administrarea afacerilor, potrivit diplomei de studii seria C nr. 0505057 și nicidecum studii în domeniul construcțiilor - inginerie CCIA, astfel cum se impune prin Legea nr. 10/1995.

Consiliul reține că documentația de atribuire nu conține referiri la un număr de specialiști, specialități sau studii ale acestora. Totodată, potrivit ofertei câștigătoare, atribuțiile șefului de șantier sunt următoarele:

- Se ocupă de organizarea șantierului.
  - Planifică, organizează și programează lucrările în șantier (zilnic, săptămânal, lunar și pe întreaga perioadă de derulare a proiectului)
  - Realizează zilnic jurnalul de șantier din care reiese situația lucrărilor planificate versus lucrări realizate.
  - Aproba note de comandă pentru materiale, utilaje, servicii
  - Gestionează aprovizionarea cu materiale a șantierului.
  - Urmărește asigurarea parametrilor de calitate.
  - Coordonează personalul aflat în subordine și supervizează echipele de execuție – subcontractori.
  - Asigură instruktaj SSM, PSI și protecția mediului și aplică regulile de SSM, PSI și protecția mediului în șantier.
  - Respectă cu strictețe regulile de protecție a muncii și PSI. și informează administratorul cu privire la accidente de muncă suferite.
  - Verifică și răspunde de respectarea normelor de protecție a muncii de către personalul aflat în subordine, de către SBA și toți vizitatorii din șantier.
  - Respectă riguros tehnologiile de execuție și instrucțiunile privind exploatarea și întreținerea mijloacelor și uneltelor de producție, fiind responsabil de corecta și buna utilizare a tuturor utilajelor de pe șantierul său.
- 
- Identifică necesarul de materiale.
  - Implementează graficul de lucrări și răspunde de respectarea lui.
  - Analizează estimările valorice de lucrări.
  - Urmărește respectarea planului fazelor determinante.
  - Trimite situațiile / rapoartele de lucru persoanelor interesate.
  - Oferă clarificări/informații suplimentare în cazul unei comenzi de aprovizionare.
  - Stabilește zonele de depozitare pentru materiale (platforme exterioare).
  - Coordonează colectarea, sortarea și evacuarea deșeurilor.
  - Gestionează organizarea de șantier.
  - Răspunde de curățenia periodică și de cea finală pentru predarea amplasamentului.
  - Execută alte activități în legătură cu îndeplinirea sarcinilor de serviciu precizate de persoanele care au acest drept.

Deci, rolul său este unul de manager, aspect ce are corespondent în studiile efectuate. Consiliul mai reține că această persoană are experiență pe o poziție similară, desfășurând astfel de activități din anul 2013. Aceeași persoană are și atribuția de responsabil SSM, existând și un alt responsabil SSM în persoana doamnei ....

Consiliul mai reține că Legea nr. 10/1995 nu cuprinde dispoziții referitoare la calificarea șefului de șantier, iar documentația de atribuire nu cuprinde prevederi referitoare la calificarea sa.

Totodată, Consiliul reține că există nominalizați 4 responsabili tehnici cu execuția pe specialități, autorizați de ISC, inginer CFDP, inginer CCIA, manager de calitate.

Având în vedere că documentația de atribuire nu are prevederi minimale pe acest aspect, iar ofertanta câștigătoare a arătat că are specialiști, prezentând și dovezi că a executat lucrări similare, Consiliul nu poate reține vreun motiv de neconformitate pe acest aspect.

În ceea ce privește criticile referitoare la **RESPONSABIL TEHNIC CU EXECUȚIA** pe dl. ... .., care este autorizat pe domeniul 6.1 „...ații electrice” respectiv 9.1. „Construcții edilitare și de gospodărie comunală”, însă nu este autorizat pe domeniul 8.1. „Rețele electrice”, contestatoarea arată că în caietul de sarcini pagina 6, s-au precizat în mod clar obiectivele contractului de lucrări *„În vederea realizării obiectivului general, obiectele specifice ale proiectului sunt:*

*Ob.1 - Realizare pavilion nou administrativ;*

*Ob.2 - ...ații electrice de curenți slabi, sistem voce-date;*

*Ob.3 - Rețele electrice branșamente racordări aferente noului pavilion [...].”*

Contestatoarea face trimitere la art. 25 din Legea nr. 10/1995, *„Executantul lucrărilor de construcții are următoarele obligații principale: c) asigurarea nivelului de calitate corespunzător cerințelor printr-un sistem propriu de calitate conceput și realizat prin personal propriu, cu responsabili tehnici cu execuția autorizați.”* Pentru asigurarea nivelului de calitate corespunzător pentru *„Ob.3 - Rețele electrice branșamente racordări aferente noului pavilion”*, era necesară asigurarea unui responsabil tehnic cu execuția autorizat pe domeniul 8.1. *„Rețele electrice”*, nefiind suficientă nominalizarea unei persoane autorizate pe domeniul 6.1 *„...ații electrice”*.

Consiliul reține că nicăieri în documentația de atribuire nu se stabilește că ofertantul trebuie să nominalizeze toți specialiștii încă de la data depunerii ofertei. Având în vedere că acel responsabil la care face referire contestatoarea trebuie să intervină la finalul lucrării, respectiv când se realizează branșarea acestora la rețeaua urbană, nominalizarea sa la acest moment nu este utilă. Este utilă, însă, nominalizarea unui responsabil pentru ...ații electrice, acestea realizându-se încă din stadiile incipiente ale lucrării.

Diferendul dintre părți constă în următoarele:

-în ceea ce privește cerințele privind capacitatea tehnică, documentația de atribuire se completează/nu se completează, de drept, cu prevederile legislației specifice unui anumit domeniu;

-este obligatorie/nu este obligatorie declararea unor subcontractanți, încă de la momentul depunerii ofertei, pentru fiecare dintre activitățile pentru care este necesară autorizație, sub sancțiunea respingerii ofertei.

Așa cum s-a arătat, chestiunea respectivă a fost amplu tratată în practica CJUE, și, cu toate acestea, considerentele acestor spețe sunt interpretate trunchiat și partizan la nivelul practicii naționale, fără a ține seama de întregul context al spețelor respective.

În ceea ce privește legislația națională, Consiliul are în vedere următoarele:

-dispozițiile art. 172 din Legea nr. 98/2016, ce transpune art. 58 alin. (1) și art. 63 alin. 1 paragraful 1 din Directiva 24/2014/UE a Parlamentului și a Consiliului, care stabilește următoarele:

Art. 172. - (1) Autoritatea contractantă **are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de capacitate** referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la [alin. \(1\)](#).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

-dispozițiile 178 din Legea nr. 98/2016, ce transpune art. 58 alin. (4) și art. 63 alin. 1 paragraful 1 din Directiva 24/2014/UE a Parlamentului și a Consiliului, care stabilește următoarele:

Art. 178. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.

(3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau

operațiuni de amplasare sau ...are, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de ...are poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora”.

Pe o speță similară cu cea aflată în litigiu, Consiliul a sesizat Curtea de Justiție a Uniunii Europene în procedura întrebărilor preliminare, având în vedere că în cauza C-353/18, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut calitatea de instanță națională în sensul art. 267 din TFUE a CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR.

Cauza este pe rolul Curții, pozițiile exprimate de statele membre și de Comisia Europeană fiind în sensul că documentația de atribuire nu se completează de drept cu obligații ce provin din legi speciale și că nu este obligatorie desemnarea unui subcontractant de la momentul depunerii ofertelor.

În acest sens, în documentul intitulat Observații scrise transmis de Comisia Europeană, Curții de Justiție a Uniunii Europene, în data de 23.11.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 11093/02.03.2022, atașat de complet la acest dosar, acest organism precizează următoarele:

-în baza articolului 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, la elaborarea criteriilor de selecție, autoritatea contractantă „limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta”.

- autoritatea contractantă poate solicita doar ceea ce consideră important în lumina proiectului global și numai ceea ce poate verifica în mod adecvat și rezonabil.

-autoritatea contractantă **nu este obligată să acopere toate cerințele legale care decurg din dreptul național sau european legate de executarea unui anumit contract.** De fapt, impunând autorității contractante să își asume o astfel de sarcină **ar fi prea împovărător și nerealist.**

-în cadrul celorlalte limitări prevăzute de directiva privind achizițiile publice, **este lăsată la latitudinea autorității contractante să decidă care, dacă există, cerințe legale care decurg din legislația națională și europeană pe care le consideră cele mai relevante să le includă între cerințele de participare.**

-Concluziile de mai sus nu sunt afectate în ceea ce privește criteriul capacității de exercitarea a activității profesionale prevăzut de articolul 58 alineatul (2) din directiva privind achizițiile publice, **care doar prevede posibilitatea autorității contractante de a solicita o anumită autorizație pentru ca operatorul economic să fie în măsură să presteze în țara de origine serviciul în cauză, și nu o obligație:** „autoritatea contractantă le poate cere să dovedească că dețin o astfel de autorizație [.. ]”.

-Același raționament se aplică și în ceea ce privește criteriul capacității tehnice și profesionale și a articolului 58 alineatul (4) din directivă.

-Această abordare îndeplinește, de asemenea, cerința de proporționalitate, întrucât **nu ar fi proporțional și nici adecvat în scopul asigurării executării contractului dacă autoritățile contractante ar fi obligate să solicite și să își asume obligația de a verifica, ca criterii de selecție, îndeplinirea și dovada tuturor condițiilor legale posibile legate de executarea unui contract.**

- În ceea ce privește referința de către instanța de trimitere la principiul asumării răspunderii, Comisia înțelege că această referință se referă la întrebarea dacă o autoritate contractantă poate fi considerată în vreun fel, culpabilă pentru că nu a inclus astfel de cerințe în criteriile de selecție. **În acest sens, nu există un temei legal pentru a considera autoritatea contractantă în culpă pentru neincluderea în criteriile de selecție a anumitor cerințe care decurg din dreptul național, pe care nu le-a considerat relevante în acea etapă.**

-În plus, faptul că anumite cerințe sunt incluse în documentele achiziției ca criterii de selecție are o importanță profundă pentru desfășurarea procedurii de achiziție și pentru poziția ofertanților: în conformitate cu articolul 56 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, un contract nu poate fi atribuit unui ofertant care nu îndeplinește aceste criterii.

- În acest context, trebuie amintit, de asemenea, că din acest motiv, după cum a confirmat Curtea de Justiție, **anumite condiții sau autorizații legale, care se referă la executarea efectivă a contractului ce nu pot fi efectiv ridicate și îndeplinite în mod rațional decât în cursul executării efective a contractului, trebuie să fie impuse precum condiții pentru executarea contractului (în conformitate cu articolul 70 din directiva privind achizițiile publice) și nu ca criterii de selecție.**

-În cazul în care natura cerințelor tehnice ar fi atât de specială așa cum s-a descris mai sus (ceea ce ar exclude impunerea acestor cerințe ca criterii de selecție), **lipsa dovezii îndeplinirii acestor cerințe la momentul depunerii ofertelor nu ar constitui în niciun caz un motiv valabil pentru respingerea ofertei.**

-din ordonanța de trimitere reiese că cerințele tehnice în cauză vizează autorizarea de a exercita în mod legal unele dintre activitățile care fac obiectul contractului, ce nu pot fi efectiv ridicate și îndeplinite în mod rațional decât în cursul executării efective a contractului.

-După cum s-a menționat mai sus, în conformitate cu articolul 58 alineatul (1) din directivă, cerințele incluse ca criterii de selecție „vor fi corelate și proporționale cu obiectul contractului”.

- Desigur, se poate întâmpla ca, deși activitățile sunt minore, dacă se dovedesc a fi necesare, ele să fie foarte importante pentru finalizarea cu succes a contractului, în timp ce îndeplinirea cerințelor legale aplicabile (de exemplu, pentru obținerea autorizației necesare pentru acele activități) este foarte îndelungată și greu de prevăzut.

-Într-o astfel de situație, includerea acestor cerințe printre criteriile de selecție ar putea fi justificată. **Prin urmare, ar fi necesară o analiză de la caz la caz a conformității cerințelor specifice în cauză cu principiul proporționalității.**

-În principiu, astfel de cerințe ar putea fi impuse atât precum condiții pentru executarea contractului, cât și ca cerințe de selecție.

-De asemenea la punctul 51 din cererea de decizie preliminară se indică ca "În cazul de speță, contestatoarea apreciază că este necesară nominalizarea unui subcontractant pentru activitatea "Serviciile (...)".,

-ar trebui să se analizeze și dacă principiul transparenței afectează acest răspuns. Curtea a definit acest principiu ca implicând faptul că **„Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”**( C-27/15 Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404. hotărârea din 2 iunie 2016, punctul 36 și jurisprudenta citată) și că „principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poală cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților".

-În speță, autoritatea contractantă nu solicită acest lucru și nu efectuează selecția pe baza acestei cerințe (care este ceea ce contestă reclamantul din procedura națională). Prin urmare, **trebuie să se presupună că, în speță, respectarea cerinței legale naționale este lăsată de autoritatea contractantă în sarcina ofertantului câștigător pentru stadiul executării**. Curtea de Justiție a confirmat deja că obligațiile de execuție care decurg în mod clar din dreptul UE aplicabil activității contractuale nu trebuie prevăzute în cererea de ofertă sau în documentele de achiziție și, în opinia Comisiei, aceeași concluzie ar trebui să se aplice pentru cerințe similare care decurg în mod clar și fără echivoc din dreptul național.

- Având în vedere că cerințele legale în cauză se referă la autorizații pentru exercitarea anumitor activități, s-ar părea totuși că cunoașterea existenței și conținutului unor astfel de cerințe ar trebui să fie destul de clară pentru potențialii ofertanți, având în vedere și natura tehnică specifică a subiectului contractului (întocmirea unui proiect tehnic și a unui studiu de fezabilitate), care pare să necesite o anumită expertiză în domeniu.

-În acest context, **a nu permite autorității contractante să stabilească dacă să includă sau nu în criteriile de selecție anumite cerințe care decurg din dispozițiile unor legi speciale, precum cele în discuție în prezenta cauză, ar încălca principiul proporționalității, precum și a regulilor prevăzute la articolul 58 din directiva privind achizițiile publice.**

Prin urmare, Comisia Europeană recomandă Curții de Justiție „În împrejurările prezentei cauze, **articolul 58 din Directiva 2014/24/UE și principiile proporționalității și transparenței trebuie interpretate în**

sensul că este de competența autorității contractante să stabilească criteriile referitoare la capacitatea tehnică, adică să se stabilească dacă este sau nu oportună includerea în documentele de achiziție a unor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională ce decurg din prevederile legilor speciale în cauză, cu privire la activități de importanță minoră în contract, în măsura în care cerințele legale care decurg din aceste dispoziții sunt clare și fără echivoc, ceea ce revine instanței naționale să verifice."

Deci:

-Includerea **explicită** a unor astfel de cerințe în documentele de licitație îi pune în gardă pe toți ofertanții că îndeplinirea acestor cerințe trebuie să fie demonstrată înainte de atribuirea contractului, în conformitate cu principiul transparenței.

- trebuie să se presupună **că îndeplinirea criteriilor, inclusiv a celor care decurg din legislația aplicabilă, care nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, nu trebuie îndeplinite înainte de atribuirea contractului.** Considerând altfel, nu numai că ar fi netransparent, ci ar fi și în contradicție cu principiul proporționalității.

-după cum a explicat Curtea de Justiție, „criteriile calitative de selecție permit autorității contractante să nu admită să participe decât operatori economici ale căror capacități tehnice și profesionale, întemeiate pe experiența lor recentă, lasă să se înțeleagă că vor fi în măsură să execute contractul în discuție, obținând, dacă este nevoie, autorizațiile sau logistica necesare. În plus, a **constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă, așadar, să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței, garantate la articolul 18 din directiva menționată**".

-Rezultă că încorporarea „automată” a criteriilor care decurg din legislația aplicabilă, care însă nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, este, de asemenea, în contradicție cu însăși rațiunea criteriilor calitative de selecție, și anume de a permite autorității contractante de a aprecia că, în cuvintele Curții, ofertanții „vor fi în măsură să execute contractul în cauză”.

-Criteriile care permit autorității contractante să efectueze o astfel de evaluare ar trebui să fie „alese manual” de către autoritatea contractantă și identificate în mod clar în documentele de licitație. **Dacă autoritatea contractantă neglijează această sarcină și, în schimb, solicită ofertanților să îndeplinească toate cerințele legale aplicabile la momentul depunerii ofertei, autoritatea contractantă impune cerințe excesive și, prin urmare, încalcă principiile proporționalității și transparenței garantate de articolul 18(1) din directivă, după cum a arătat Curtea.**

-Prin urmare, se propune Curții să răspundă la a doua întrebare după cum urmează: „**Principiile transparenței și proporționalității se opun completării de drept a documentației de atribuire cu criterii de**

**calificare ce ar rezulta din legi speciale în discuție în prezenta cauză și aplicabile unor activități aferente contractului ce urmează să fie atribuit, ce nu au fost prevăzute în documentația de atribuire"**

-Prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească **dacă excluderea unui ofertant care nu a desemnat un subcontractant pentru a demonstra respectarea unor criterii care au fost stabilite în legi speciale și neincluse în documentele achiziției ar încălca articolul 63 din directiva privind achizițiile publice și principiul proporționalității, având în vedere că ofertantul a ales o altă formă contractuală de implicare în contract a specialiștilor sau a depus o declarație de disponibilitate din partea acestora.** În legătură cu această chestiune, instanța de trimitere întreabă, de asemenea, dacă ofertantul are dreptul de a-și determina organizarea și relațiile contractuale în cadrul grupului și dacă ofertantul poate implica în contract anumiți prestatori/furnizori în condițiile în care prestatorul nu este una dintre entitățile pe a cărei capacitate ofertantul intenționează să se bazeze pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor relevante.

- **articolul 63 alineatul (1) din directivă se referă la dreptul ofertanților de a se baza pe capacitățile altor entități în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor de selecție.** Cu toate acestea, astfel cum rezultă din răspunsul propus de Comisie la a doua întrebare, **criteriile/cerințele care decurg din legi speciale și care nu sunt enumerate în caietul de sarcini nu pot fi considerate criterii de selecție în sensul articolului 58 din directivă.** Rezultă că, dacă la a doua întrebare se răspunde așa cum a sugerat Comisia, scenariul descris în a treia întrebare nu poate apărea. Cu alte cuvinte, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a cerut respectarea criteriilor care decurg din legile speciale între criteriile de selecție și ținând cont de faptul că criteriile de selecție nu pot fi completate automat cu dispoziții de drept intern, după cum se explică în răspunsul la a doua întrebare, nu se pot exclude ofertanții în baza articolului 63 din directivă, așa cum se sugerează în a treia întrebare.

- în plus, în caz contrar, aplicarea articolului 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice (care se aplică criteriilor de selecție) s-ar extinde la cerințe care nu sunt menționate în caietul de sarcini dar prevăzute în alte reglementări aplicabile activității oferțate, având o astfel de extindere un impact profund asupra ofertanților, autorității contractante și desfășurării procedurii de achiziție. Acest lucru se datorează faptului că, într-un astfel de caz, autoritatea contractantă ar trebui să verifice conformitatea entităților pe ale căror calități ofertantul dorește să se bazeze cu acele criterii, precum și existența motivelor de excludere cu privire la astfel de entități (în conformitate cu articolul 63 alineatul (1) al doilea paragraf). **Având în vedere că cerințele aplicabile în cauză pot fi foarte minore și numeroase, o astfel de abordare ar avea ca rezultat o sarcină disproporționată pentru ofertant și autoritatea contractantă și ar fi, în rezultatul final, în contradicție directă cu obiectivul de deschidere a contractelor publice către cea mai largă concurență posibilă și, în special, să permită întreprinderilor mici și mijlocii să aibă acces la procedurile de achiziții publice.**

-Explicațiile întemeiate pe articolul 63 din directiva privind achizițiile publice, făcute în paragraful anterior, confirmă așadar concluzia la care a ajuns Comisia ca răspuns la prima și a doua întrebare preliminară: criteriile/cerințele prevăzute în legislația aplicabilă dar nu și în documentele licitației nu constituie criterii de selecție în sensul directivei privind achizițiile publice. **Rezultă că, dacă o dispoziție de drept național, ca în speță, nu este inclusă de autoritatea contractantă precum criteriu de selecție, atunci operatorii economici nu pot fi excluși pe baza nerespectării acestei dispoziții în faza de selecție.**

-Problema excluderii dintr-o procedură de licitație datorită neîndeplinirii cerințelor necesare pentru exercitarea activității profesionale sau a capacității tehnice și profesionale, adică a criteriilor de selecție, astfel cum sunt definite la articolul 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, se pune, așadar, numai atunci când aceste cerințe sunt stabilite ca criterii de selecție de către autoritatea contractantă.

**-În ceea ce privește posibilitatea de a exclude un ofertant care nu a desemnat un subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii care decurg din dreptul național, este deosebit de relevant să se constate modul în care Curtea a tratat chestiuni similare în cauze anterioare.**

-Primul tip de cauze tratate de Curte, exemplificat de cazul C-27/15 Pizzo, se referă la obligații care nu decurg direct din documentația de licitație sau din legislația națională în vigoare, ci din interpretarea dispozițiilor naționale general aplicabile. **Potrivit Curții, ar contraveni principiului egalității de tratament și obligației de transparență dacă un operator economic ar fi exclus dintr-o procedură de achiziție ca urmare a nerespectării de către operatorul economic a unei obligații neprevăzute în mod expres în documentația de licitație, iară a avea posibilitatea de a-și remedia poziția și de a respecta această obligație într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.**

- Al doilea tip de situații se referă la obligații care sunt impuse în mod expres de dreptul național în vigoare, așa cum a fost în **cazul C-309/18 Lavorgna**. Spre deosebire de situația din Pizzo, **în cazul Lavorgna, Curtea a decis că aceste principii - principiul egalității de tratament și transparenței- „nu pot să se opună, în principiu, excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații impuse expres, sub sancțiunea excluderii, prin documentele aferente acestei proceduri sau prin dispozițiile dreptului național în vigoare". Astfel, numai în cazul în care obligațiile au fost impuse în mod clar în documentele aferente procedurii de achiziție sau în dreptul național sub sancțiunea excluderii operatorului economic, autoritatea contractantă poate refuza rectificări ale omisiunilor acestor obligații în conformitate cu articolul 56 alineatul (3) din directiva privind achizițiile publice.**

-Luând împreună argumentele din Pizzo și Lavorgna, chiar dacă un operator economic nu și-a respectat o obligație care nu decurge în mod expres din documentele de licitație ci dintr-o dispoziție de drept național, operatorul

economic trebuie să aibă posibilitatea de a-și regulariza poziția pe baza articolul 56 alineatul (3) din directiva privind achizițiile publice, cu excepția cazului în care „această condiție și această posibilitate de excludere **sunt prevăzute cu claritate în reglementarea națională privind procedurile de achiziții publice la care s-a făcut trimitere explicită în conținutul acestora**”.

- în hotărârea din cazul Lavorgna, Curtea prevede de fapt că, ținând seama de principiul proporționalității, autoritatea contractantă poate oferi ofertantului posibilitatea de a-și regulariza poziția în temeiul articolului 56 alineatul (3) din directivă.

-în ceea ce privește problema dreptului operatorului economic de a-și determina organizarea și relațiile contractuale, această problemă a fost deja tratată de Curte, printre altele și în hotărârea Pizzo. În timp ce cazul a tratat regimul în temeiul Directivei predecesoare 2004/18/CE, același raționament se aplică și în ceea ce privește directiva privind achizițiile publice.

-Articolul 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice prevede în mod expres că **„un operator economic poate (...) să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea”** în ceea ce privește criteriile prevăzute la articolul 58 alineatul (4) din directivă.

-Curtea a considerat că dreptul Uniunii nu impune ca, pentru a fi calificat ca operator economic calificat pentru licitație, o **persoană care dorește să încheie un contract cu o autoritate contractantă trebuie să fie capabilă să execute contractul direct, folosind resurse proprii**. În plus, la fel ca și în ceea ce privește articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, în discuție în hotărârea Pizzo, articolul 63 din directivă nu prevede nicio interdicție de principiu în ceea ce privește recurgerea de către un ofertant la capacitățile altor entități în plus față de cele proprii pentru a îndeplini criteriile stabilite de autoritatea contractantă. Și, după cum a subliniat Curtea de Justiție în hotărârea Pizzo, **singura condiție impusă pentru exercitarea dreptului operatorului de a se baza pe capacitățile altor entități este ca acesta să furnizeze autorității contractante o dovadă că acesta (ofertantul) va avea la dispoziție resursele necesare executării contractului**, în baza articolului 63 alineatul (1) din directivă, **„prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens” constituie o dovadă suficientă**.

-în plus, din cele de mai sus rezultă, de asemenea, că, chiar și în cazul în care o cerință de a respecta o anumită dispoziție națională ar fi fost formulată în mod expres de către autoritatea contractantă sau atunci când această dispoziție națională ar completa automat criteriile de selecție, o declarație de disponibilitate, menționată de instanța de trimitere ar fi suficientă.

-**Din acest motiv, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract, adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a**

**depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității.**

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

În deplin acord cu cele enunțate de Comisia Europeană și cu cele statuate de CJUE în cauzele C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos Ministerijos, Cauza C-27/15 Pipo Pizzo, Cauza C-278/14- SC ... SRL împotriva ..., Cauza C-42/13 Cartiera dell'Adda, Cauza C-6/05 Medipac - Kazantzidis, C-309/18 Lavorgna SRL, Consiliul reține că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț, cum sunt cele invocate de contestatoare, sau să aprecieze că nu a fost nominalizat un subcontractant pentru activități de mică anvergură, dar importante în economia contractului, la momentul depunerii ofertei.

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă astfel de cerințe de calificare, a veni în acest moment să includă o astfel de cerință, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind profund nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime.

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizări de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unei dovezi de autorizare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, ci dimpotrivă, așa cum s-a arătat, în conținutul documentației de atribuire se referă la obligația antreprenorului de a executa lucrările de specialitate cu personal autorizat, atunci nu există obligația depunerii de dovezi în acest moment, ci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor, așa cum justificat apreciază Comisia Europeană în documentul menționat și CJUE în numeroase spețe, respectiv:

- cauza C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos CJUE menționează expres

că „Articolul 70 din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din această directivă trebuie interpretat în sensul că **se opune ca oferta unui ofertant să fie respinsă pentru simplul motiv că acesta nu face dovada, la momentul depunerii ofertei sale, că îndeplinește o condiție de executare a contractului în discuție**”.

-cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC ... SRL împotriva ...:

„În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).

**Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante** (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

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

Prin urmare, principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac – Kazantzidis, C6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

În consecință, autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență. În această privință, este lipsit de relevanță dacă elementul la care se referă această specificație mai este sau nu mai este în fabricație sau disponibil pe piață.

Trebuie, în consecință, să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18 nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare

este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale tratatului, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.”

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată) și că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

De asemenea, considerentele expuse în cauza Pippo Pizzo arată că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le

înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

De asemenea, Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, stabilește că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate.

Prin intermediul jurisprudenței sale, Curtea de Justiție a consacrat obligația administrațiilor și a instanțelor naționale de a aplica pe deplin dreptul Uniunii în cadrul sferei lor de competență și de a proteja drepturile conferite de acesta cetățenilor (**aplicarea directă a dreptului Uniunii**), fără a aplica însă orice dispoziție contrară din dreptul național, fie aceasta anterioară sau ulterioară normei Uniunii (**supremația dreptului Uniunii asupra dreptului național**). De asemenea, Codul de procedură civilă stabilește această regulă la art. 4.

Prin urmare, odată invocată practica respectivă, ea trebuie să fie luată în considerare de instanțele naționale.

Astfel, având în vedere considerentele expuse pe larg mai sus, dar și Instrucțiunea ANAP Nr. 1/2017 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stabilește că nu se introduc astfel de cerințe în documentația de atribuire, respectiv că: *„(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)”*.

În baza acestei prevederi, orice documentație care cuprinde astfel de cerințe de calificare (Exemple: responsabil tehnic cu execuția (RTE) în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată; expert/expert tehnic în domeniul protejării

monumentelor istorice în conformitate cu Ordinul ministrului culturii și patrimoniului național nr. 2.495/2010 pentru aprobarea Normelor metodologice privind atestarea specialiștilor, experților și verficatorilor tehnici în domeniul protejării monumentelor istorice; contabil autorizat/expert contabil în conformitate cu legislația incidentă în domeniul contabilității și fiscalității; verficator de proiecte, diriginte de șantier în conformitate cu legislația incidentă în domeniul construcțiilor; personal ce necesită atestări profesionale de la autorități competente - cum ar fi, dar fără a se limita la, AFER/ISCIR/ANRE/ANEVAR/ANCPI/CECAR/CAFR/MCPN etc) și care ajunge la verificarea ex ante, este cenzurată de ANAP, motivat de faptul că „Cerința este restrictivă/limitativă, **prin faptul că nu se dă posibilitatea ofertanților de a prezenta astfel de autorizații la data semnării contractului și/sau la momentul implicării expertului în activitățile desfășurate în cadrul contractului**”. Prin urmare, practica ANAP bazată pe instrucțiunea citată nu poate fi interpretată ulterior, în etapa evaluării ofertelor, în sens diametral opus, respectiv că, deși există o interdicție de a formula astfel de cerințe la nivelul documentației de atribuire, ofertantul este respins ulterior pentru neincluderea în documentație a unor astfel de experți. Această interpretare transformă sistemul de achiziții publice din România într-unul aleatoriu, instabil, care nu oferă posibilitatea realizării investițiilor, încălcându-se în mod grav legislația națională, europeană și practica CJUE.

În concluzie, faptul că operatorul nu a numit la acest moment un responsabil tehnic pentru o parte a lucrării ce se va realiza la finalul contractului, în condițiile în care documentația nu solicită explicit nominalizarea unui astfel de responsabil la momentul depunerii ofertelor, nu reprezintă un motiv de respingere ca neconformă a unei oferte.

Consiliul mai reține ca relevante și apărările autorității contractante, care justifică faptul că nu ar fi vorba de realizarea unor rețele, ci doar de branșarea la rețea, fiind vorba de lucrări de ...ații electrice de utilizare, și nu despre Rețele electrice, domeniul de autorizare RTE 6.1 ...ații electrice fiind cel necesar.

În sprijinul celor susținute, autoritatea invocă Ordinul nr. 116/20.12.2016 *pentru modificarea anexei la Ordinul președintelui ANRE în domeniul energiei nr. 11/2013 privind aprobarea regulamentului pentru autorizarea electricienilor, verficatorilor de proiecte, responsabililor tehnici cu execuția, precum și a experților tehnici de calitate și extrajudiciari în domeniul ...ațiilor electrice, Regulamentului din 30.09.2021 privind autorizarea electricienilor în domeniul ...ațiilor electrice respectiv a verficatorilor de proiecte și a experților tehnici de calitate și extrajudiciari în domeniul ...ațiilor electrice tehnologice* și Legii nr. 10/1995 *privind calitatea în construcții*, ...ațiile electrice de utilizare - art. 6 , alin. (1), pct. 7 (descrise în Obiectul 3) aparțin unui client final și

sunt situate în aval față de punctul de delimitare de cele aferente rețelei electrice aparținând unui operator de rețea a energiei electrice.

Conform specificațiilor tehnice, Alimentarea cu energie electrică se va face prin branșament la rețeaua de medie tensiune existentă în zonă. Se va realiza de la postul de transformare existent, dotat cu tablou electric de joasă tensiune, unde vor fi branșați/ racordați toți consumatorii existenți și propuși din cadrul cazărmii. Soluția va fi stabilită de distribuitorul de energie electrică din zonă și se va realiza conform Aviz energie electrică: aviz tehnic de racordare nr. 603020252165 ...S.A. Prin urmare, este vorba despre lucrări de ...ații electrice de utilizare și nu despre Rețele electrice. ...ația electrică interioară aferentă construcțiilor (art. 8. alin. (2), poziție tabel 6), se realizează în interiorul unui loc de consum drept urmare poate fi autorizată de către responsabilii tehnici cu execuția, domeniul 6.1 *...ații electrice*. Denumirea Obiectului 3 *"Rețele electrice, branșamente/ racorduri aferente noului pavilion"* este dată de către proiectanți la faza Studiu de fezabilitate, aceasta fiind una generală.

Nu în ultimul rând, Consiliul mai reține că respectarea cerințelor fundamentale de calitate, prevăzute în Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, a căror neîndeplinire o invocă contestatoarea, se urmărește în etapa de execuție a lucrărilor, și nu în etapa de ofertare, ofertele realizându-se, în principiu, similar și comparabil, în baza cerințelor caietului de sarcini.

În ceea ce privește ultima critică a contestatoarei potrivit căreia ofertantul Asocieria SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL a cotaț activitatea de asistență tehnică cu o valoare ce nu poate fi justificată, respectiv a cotaț cap. 3.8 *Asistență tehnică din partea proiectantului* cu valoarea totală de 18.250 lei fără TVA, alocând suma de 10.000 lei fără TVA pentru activitatea prevăzută la pct. 3.8.1.1. AT pe perioada de execuție a lucrărilor și suma de 8.250 lei fără TVA pentru activitatea prevăzută la pct. 3.8.1.2. AT pentru participarea la fazele determinante, Consiliul reține că potrivit cap. 4.5. din caietul de sarcini - Prestarea serviciilor de asistență tehnică din partea proiectantului, s-au impus următoarele

- *„În perioada de execuție a lucrărilor prin prezența proiectantului la punctul de lucru săptămânal, prin responsabilul de proiect”*

- *„Ofertantul va acorda asistență tehnică în perioada de execuție a lucrărilor până la recepția la terminarea lucrărilor. Acesta va asigura prezența, prin responsabilul de proiect, în vederea participării la ședințele de coordonare și ori de câte ori este nevoie și solicitat si prin proiectanții de specialitate, în vederea certificării lucrărilor ajunse în faze determinante.”*

Contestatoarea susține că perioada de execuție potrivit ofertei Asocierii SC ... SRL este de 525 zile (executare lucrări distinct de

proiectare), ceea ce presupune 75 de vizite a responsabilului de proiect la punctul de lucru (525 zile perioadă execuție lucrări : 7 zile (prezența fiind săptămânală) = 75 de zile). Concluzionează că pentru cele 75 de zile aferente prezenței proiectantului la punctul de lucru săptămânal, prin responsabilul de proiect, ofertantul a prevăzut suma de 10.000 lei, adică 133,33 lei fără TVA / vizită, ceea ce ar trebui să includă remunerația responsabilului de proiect, contribuții CAS, CASS, cheltuieli transport Bistrița - ... 93 km doar dus și alte cheltuieli conexe.

Consiliul reține că în ceea ce privește valoarea asistenței tehnice, în documentația de atribuire există o singură prevedere, respectiv ca aceasta să fie minimum 25% din valoarea proiectului tehnic, cerință ce a fost îndeplinită. Așa cum s-a arătat mai sus, există undubiu de interpretare în ceea ce privește posibilitatea depășirii valorii proiectului, dubiu care profită contestatoarei, Consiliul nereținând neconformitatea ofertei sale pe acest aspect. Ofertanta câștigătoare a interpretat diferit această prevedere, stabilind pentru activitatea de asistență tehnică o valoare de 25% din valoarea proiectului tehnic, interpretând documentația strict literal.

Calculul contestatoarei este lipsit de rigoare, în condițiile în care vizita pe șantier nu presupune prezența pe întreaga zi a responsabilului, ci doar inspectarea lucrărilor. Responsabilul de proiect nu este plătit ca un zilier, ci acesta urmărește rezultatul implementării proiectului realizat prin vizite de lucru. Prin urmare, în condițiile în care ofertanta câștigătoare a cuprins în oferta sa valoarea minimă de 25% din valoarea proiectului, singura cerință existentă în documentație, nu se poate reține neconformitatea acesteia. Altfel spus, autoritatea contractantă, a apreciat, la momentul elaborării documentației de atribuire, că un quantum de 25% din valoarea proiectării pentru activitatea de asistență tehnică, este suficient, aspect, de altfel, acceptat în materie, uzanțele acceptate în materie stabilind, așa cum s-a arătat, un procent situat între 25-50% din valoarea proiectării pentru asistența tehnică pe perioada execuției lucrărilor.

Consiliul reține, astfel, că societatea contestatoare nu a reușit să demonstreze neconformitatea ofertei câștigătoare, astfel că și în situația în care oferta sa ar fi fost conformă, ea s-ar fi clasat pe locul al doilea.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... ..

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de Asocieria SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL, având în vedere că aceasta nu a cuprins apărări pe fond în ceea ce privește oferta câștigătoare, ci s-a bazat pe excepții cu privire la contestație ce au fost respinse de Consiliu, aceasta va fi respinsă ca nefondată, în temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... ..

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de Asocieria SC ... (LIDER) – SC ... SRL – SC ... SRL.

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

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

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 55 (cincizeci și cinci) pagini.