

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

DECIZIE

Nr. 1059/C1/961

Data: 10.05.2023

Prin contestația nr. 926/10.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 19260/10.04.2023, formulată de SC SRL în calitate de lider al asocierii SC SRL - SC ...SRL - SC ...SRL, cu sediul în, județul, având cod unic de înregistrare RO, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/31.03.2023 și a raportului procedurii nr. 9/4977/31.03.2023, emise de către autoritatea contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii licitație deschisă fără etapa finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Elaborare Studiu de Fezabilitate: drum de mare viteză Domașnea - Caransebeș”, cod CPV 71241000-9, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 92/31.03.2023 și a raportului procedurii nr. 9/4977/ 31.03.2023;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocieria declarată câștigătoare, raportat la cerințele documentației de atribuire și a prevederilor legale în vigoare, prin prisma motivelor enunțate în contestație;
- obligarea autorității contractante la emiterea unui nou rezultat/raport al procedurii, în condițiile statuate prin decizia ce se va pronunța;
- rectificarea tuturor documentelor ce rezultă din acest proces, astfel încât să se asigure respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 124/20.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 21202/20.04.2023, SC ...SA în calitate de lider al asocierii formată din SC ...SA - SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL, cu sediul în, str. .., ..., având cod unic de înregistrare .., înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr. .., reprezentată legal de director

general formulează cerere de intervenție, prin care solicită respingerea contestației și menținerea raportului procedurii.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Preliminar, contestatorul prezintă succint situația de fapt, ca re a determinat formularea prezentei contestații, precizând următoarele:

- prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 31426/31.03.2023 precum și în cuprinsul raportului procedurii nr. 9/4977/31.03.2023 s-a adus la cunoștință faptul că oferta SC SRL a fost

declarată admisibilă, iar în urma aplicării criteriului de atribuire, a fost clasată pe locul II cu punctaj total de 92,08 puncte; oferta desemnată câștigătoare fiind cea depusă de Asocieria SC ...SA - ...- ...SRL - ...SRL - ...SRL, cu un punctaj de 100 pct.

- documentația de atribuire, astfel cum a fost întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta din urma având obligația ca pe parcursul desfășurării procedurii de achiziție publică să respecte întocmai atât dispozițiile legale aplicabile în domeniul achizițiilor publice, cât și prevederile propriei documentații de atribuire prin care au fost stabilite regulile care trebuie respectate de ambele părți;

- în acest context, potrivit art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică;

- în situația în care, autoritatea contractantă creează un cadru propice de favorizare intenționată a unui ofertant, printr-o evaluare subiectivă și incorectă a celorlalți ofertanți la procedură, se încalcă principiile care guvernează achizițiile publice.

În ceea ce privește interesul în formularea prezentei contestații, precizează că a depus o ofertă conformă și admisibilă, clasată însă, pe locul 2 cu un punctaj de 92,08 puncte, față de oferta declarată câștigătoare cu un punctaj de 100 puncte; astfel, în cazul admiterii contestației și în cazul în care se va dispune reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, comisia de evaluare va fi determinată să declare câștigătoare prezenta asocierie contestatoare.

Pe fondul cauzei, contestatorul precizează că rezultatul procedurii și raportul procedurii ce fac obiectul prezentei contestații, au fost emise ca urmare a contestării adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/94779/08.11.2023 și a raportului procedurii nr. 24/14296/08.11.2023 de către prezenta asocierie contestatoare precum și de către SC ...SA, în acest sens fiind emisă Decizia CNSC nr. 2778/C1/2849,2851/29.12.2022, rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel nr. 7/02.02.2023 pronunțată în dosarul nr. 316/2/2023*.

1. Neconformitatea ofertei Asocierii SC ...SRL.

În opinia contestatorului, comisia de evaluare nu a verificat dacă operatorul economic clasat pe locul 1, deține prin asociați sau prin subcontractanții propuși toate autorizațiile și certificările necesare realizării tuturor activităților principale/esențiale ce fac obiectul contractului de achiziție. Din analiza listei de subcontractanți ai Asocierii

SC ...SA, rezultă ca aceasta nu a subcontractat la momentul ofertării activitatea de verificare a proiectului, inclusiv pe componenta Af.

În acest sens, precizează că față de primul motiv/critică invocată (subcontractarea activității de verificare a proiectului tehnic la momentul ofertării), aceasta a fost tranșată în cadrul aceleiași proceduri, în privința unuia dintre ofertanți (Asocierea ...), prin Decizia CNSC 2778/C1/2849/2851/29.12.2022, rămasa definitivă prin Decizia Curții de Apel nr. 7/02.02.2023 pronunțată în dosarul nr. 316/2/2023* și executorie în acest sens, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de

autoritate de lucru judecat, aspect ce indică faptul că, comisia de evaluare trebuia să țină cont de motivarea/argumentele Consiliului atunci când s-a pronunțat cu privire la desemnarea ofertei câștigătoare.

Apreciază că, neprocedând în acest fel, comisia de evaluare a încălcat cu bună știință autoritatea de lucru judecat a Deciziei CNSC, cu atât mai mult cu cât Asocieria ...SA nu a contestat Decizia CNSC nr. 2778/C1/2849/2851/29.12.2022 la Curtea de Apel cu privire la acest aspect (subcontractarea activității de verificare a proiectului tehnic la momentul ofertării, motiv pentru care aceasta a devenit irevocabilă și a intrat în puterea lucrului judecat.

În consecință, consideră că prin modul de evaluare/reevaluare a ofertei Asocierii ...SA, comisia de evaluare a încălcat principiul tratamentului egal, întrucât nu a aplicat același tratament ofertei Asocierii ...SA pe care l-a aplicat ofertei Asocierii

Consideră că, nu se poate declara o oferta admisibilă, și ulterior câștigătoare, în condițiile în care se cunoaște faptul ca aceasta nu respecta anumite cerințe/criterii impuse de documentația de atribuire.

Susține că, esențial în dezlegarea acestei chestiuni (subcontractarea activității de verificare a proiectului tehnic la momentul ofertării) o constituie faptul ca Decizia CNSC nr. 2778/C1/2849/2851/29.12.2022 este emisa în legătură cu același anunț de participare, în cadrul aceleiași proceduri, cu aceiași ofertanți, aceleași cerințe, aceeași documentație de atribuire; prin urmare, caracterul nelegal al comunicării rezultatului procedurii și al raportului procedurii ce fac obiectul prezentei contestații este dat de faptul că, la momentul analizării și reevaluării ofertei asocierii SC ...SA, comisia de evaluare s-a rezumat exclusiv la aspectele cu care a fost sesizat Consiliul și Curtea de Apel fără să procedeze la analiza ofertei acesteia sub toate aspectele, inclusiv prin raportare (și nu numai) la chestiunea verificărilor de proiect asupra căreia CNSC a tranșat în mod irevocabil traiectoria interpretării realizării acestei cerințe.

Mai mult, faptul ca reevaluarea a avut loc urmare a reținerii de către Consiliu sau instanță a mai multor deficiențe de la lege, nu presupune că, comisiei de evaluare i-ar fi interzisă o reevaluare mai riguroasă a ofertelor operatorilor implicați. Dimpotrivă, pentru a se preveni o nouă evaluare eronată, respectiv o nouă încălcare a normelor legale, contestatorul consideră că este obligatoriu ca membrii comisiei de evaluare să verifice complet ofertele rămase în competiție.

Astfel, cum în decizia pronunțată de Consiliu sau instanță, nu se interzice evaluarea totală a respectivelor oferte, contestatorul consideră că autorității contractante nu numai că îi este permis, ci chiar îi este impus de lege să procedeze la o nouă analiza a tuturor ofertelor în lumina deciziei CNSC și a instanței de judecată.

Consideră că nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor la momentul depunerii, încalcă cerințele documentației de atribuire, iar prin declararea ca admisibilă a ofertei Asocierii ...SA, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, încalcă principiul tratamentului egal, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității contractante și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor - împreună cu costurile suplimentare aferente.

În continuare, contestatorul face trimitere la paragrafe din Decizia CNSC 2778/C1/2849/2851/29.12.2022.

1.1. Propunerea tehnică a asocierii SC ...SA nu respectă cerințele minime impuse în documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini și/sau formularul nr. 4, sens în care oferta este neconformă și trebuia respinsă de comisia de evaluare în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că ofertantul nu a dovedit că poate realiza în mod legal activități esențiale/principale din obiectul contractului.

Contestatorul subliniază faptul că așa cum rezultă din raportul procedurii ofertantul desemnat câștigător a declarat subcontractanți următorii operatori economici:

1. SC ...SRL - pentru elaborarea și întocmirea raportului de evaluare a terenurilor și imobilelor afectate de proiect;

2. ...- pentru investigații arheologice, evaluări teoretice, diagnostic arheologic intruziv;

3. SC ...SRL - pentru servicii de asanare a terenului de muniții neexplodate;

4. SC ...SRL - pentru activități suport pentru studii arheologice prin punerea la dispoziție de utilaje, operatori și personal suport în vederea creării de accese și excavări arheologice;

5. SC ... SRL - pentru studii pentru protecția mediului, analize și încercări de laborator, studii geologice și geotehnice;

6. SC ... SA - pentru studii geotehnice;

7. ...SRL - pentru servicii de interferometrie satelitară, necesare contractorului în cadrul proiectului Elaborare Studiu de Fezabilitate „Drum de mare viteză Domașnea – Caransebeș”;

8. SC ...SRL - pentru ridicare topografică, studio identificare terenuri;

9. SC ... SA - pentru servicii de elaborare studii topografice, servicii de identificare/protejare/relocare utilități, servicii de proiectare ITS, iluminat, bransamente electrice.

În sensul de mai sus, arată că ofertantul clasat pe locul 1 nu a dovedit cu documente relevante că deține următoarele atestate/autorizații/ personal autorizat:

- personal autorizat/ atestat pentru verificarea și expertizarea tehnică a proiectului conform HG nr. 925/1995, HG 907/2016 și a Ordinului MLPAT nr. 77/N/1996 în conformitate cu prevederile Caietului de sarcini, inclusiv verificarea studiului geotehnic de un verficator atestat pe domeniul Af (pag. 15 alin. 3);

- certificat de atestare și acreditare a laboratorului pentru elaborarea studiilor pedologice și agrochimice;

- personal calificat (expert achiziții) pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului de proiectare și execuție lucrări/asistență tehnică acordată Beneficiarului în perioada derulării procedurilor de achiziție publică;

Contestatorul precizează că încălcând dispozițiile legale incidente, respectiv art. 133 și art. 137 din HG nr. 395/2016, precum și cele ale art. 215 alin. (3)-(5) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a realizat o verificare superficială a ofertei declarate câștigătoare.

Precizează că realizarea verificării și expertizarea tehnică a proiectului conform HG nr. 925/1995, HG 907/2016 și a Ordinului MLPAT nr. 77/N/1996 în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, inclusiv verificarea studiului geotehnic de un vericator atestat pe domeniul Af (pag. 8 și 20 din caietul de sarcini), solicitate prin documentația de atribuire, nu sunt asigurate de către ofertantul câștigător.

Susține că relevante în soluționarea contestației, sunt cerințele caietului de sarcini regăsite la pag. 20.

Astfel, în contextul expus, consideră că ofertantul câștigător nu face dovada realizării componentei din obiectul contractului reprezentând verificarea proiectului tehnic la momentul ofertării în mod legal. Aceste documente trebuie să fie verificate de către un vericator de proiect atestat în domeniul/domeniile proiectelor / lucrărilor aferente, altul decât cel care a întocmit documentația/proiectul tehnic supuse verificării tehnice.

Menționează că ofertantul câștigător nu a declarat nici un subcontractant care va realiza verificarea tehnică a documentației/proiectului, sens în care și-a asumat inclusiv aceasta activitate. Raportat la modul de ofertare, acesta nu poate realiza în mod legal activitatea din cadrul obiectului contractului de verificare de proiect, deoarece se încalcă prevederile legale și se află în incompatibilitate

De asemenea, arată că pentru a verifica activitatea de verificare de proiect, ofertanții aveau obligația de a asigura independența vericatorilor de proiecte prin subcontractarea acestei activități către o entitate care poate desfășura în mod legal verificarea proiectelor tehnice. În lipsa unei subcontractări a acestor activități ofertanții nu pot realiza în mod legal verificarea proiectului tehnic, sens în care propunerea tehnică întocmită este neconformă, iar aceste componente expres solicitate nu se pot realiza. Mai mult, această componentă a documentației de atribuire nu a fost cotată în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

În susținerea alegațiilor sale, contestatorul face trimitere la următoarele prevederi legale: art. 3 lit. yy din Legea nr. 98/2016; art. 13 alin. (1) din Legea nr. 10/1995; art. 1 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995, cu modificările și completările ulterioare; art. 4 din HG nr. 925/1995; art. 4 din HG nr. 925/1995; art. 6 din HG nr. 925/1995; art. 3, 1851 alin. (1), 1852 alin. (1) Cod civil; art. 6 și 8 din Legea nr. 71/2011; art. 13 și 26 din Legea nr. 10/1995.

Totodată, invocă jurisprudența CNSC, precum și a Curților de Apel.

În continuare, în ceea ce privește oferta declarată câștigătoare, contestatorul consideră că oferta este inacceptabilă și ca urmare a faptului că prin nedeclararea ca subcontractor a entității ce urmează a efectua activitatea de verificare de proiect, aceasta entitate nu prezintă DUAЕ și declarațiile prevăzute de art. 59 - 60, 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. Prin neprezentarea acestor declarații nu se poate verifica un eventual conflict de interese dintre persoanele cu atribuții de conducere din aceasta entitate și persoanele cu atribuții de conducere de la nivelul autorității contractante.

Arată că prin decizia anterior pronunțată cu privire la această procedură, respectiv Decizia CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851/29.12.2022 a fost analizată și admisă aceasta critică cu privire la oferta Asocierii ... și prin care s-a reținut de către Consiliu în esență, aspectele relevate mai sus.

În ceea ce privește pregătirea documentației de atribuire a contractului de proiectare și execuție lucrări/ asistenta tehnică acordată beneficiarului în perioada derulării procedurilor de achiziție publică, contestatorul face trimitere la prevederile caietului de sarcini, pag. 21, subliniind că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada capacității profesionale de a realiza această parte a contractului, fie personal de către asociați, fie prin intermediul subcontractanților. Această componentă a documentației de atribuire nefiind acoperită în cadrul propunerii tehnice prin depunerea de documente relevante, nu a fost cotată nici în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

În ceea ce privește elaborarea studiilor pedologice și agrochimice, contestatorul precizează că ofertantul nu a făcut dovada capacității profesionale de a realiza studii pedologice și agrochimice. În acest sens ofertantul este obligat să dețină certificat de atestare emis de Ministerul Agriculturii precum și certificat de acreditare pentru laborator de analize fizico-chimice sol. Această componentă a documentației de atribuire nefiind acoperită în cadrul propunerii tehnice prin depunerea de documente relevante, nu a fost cotată nici în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

În ceea ce privește realizarea serviciilor de proiectare treceri la nivel cu calea ferată și elaborare documentații pentru obținerea avizelor, făcând trimitere la pag. 57 Anexa 4 a caietului de sarcini, contestatorul precizează că în vederea obținerii avizelor/acordurilor de la CFR este necesar ca operatorul economic să dețină autorizație AFER. Or, ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada deținerii unei astfel de autorizații motiv pentru care nu sunt îndeplinite condițiile din documentație de atribuire menționate mai sus, oferta fiind neconformă; de asemenea această componentă a documentației de atribuire nefiind acoperită în cadrul propunerii tehnice prin depunerea de documente relevante, nu a fost cotată nici în cadrul propunerii financiare, astfel încât ofertantul declarat câștigător și-a creat un avantaj în raport cu celelalte oferte.

În ceea ce privește realizarea studiilor hidraulice și hidrologice. întocmirea studiului hidraulic, hidrologic, hidrogeologic, de gospodărire a apelor și servicii de elaborare documentații pentru obținerea avizelor/autorizațiilor de gospodărire a apelor și servicii de proiectare

construcții hidrotehnice solicitat prin documentația de atribuire, pag. 9 din caietul de sarcini, contestatorul precizează că ofertantul declarat câștigător nu deține un atestat emis de către Ministerul Mediului, Apelor și Pădurilor în domeniul prevăzut la art. 10 din Ordinul nr. 1230/05.06.2020.

Astfel, întrucât ofertantul declarat câștigător nu deține acest atestat și nu a subcontractat aceasta activitate unui alt operator economic ce deține acest atestat, rezultă că acesta nu are capacitatea profesională

conform cerințelor minime obligatorii din cadrul fișei de date a achiziției, cap. III.1.1.b).

În ceea ce privește oferta asocierii ...SA, contestatorul consideră că punctajul tehnic acordat acestei oferte nu este în concordanță cu propunerea tehnică prezentată.

Consideră că propunerea tehnică a acestei asocieri a fost punctată cu încălcarea prevederilor algoritmului de calcul prezentat în fișa de date a achiziției.

În susținerea afirmațiilor sale, precizează că oferta Asocierii ...SA nu a prezentat/propus o metodologie de prestare a serviciilor care demonstrează o foarte buna înțelegere a activităților stabilite în caietul de sarcini, în sensul că nu a prezentat detalierea tuturor sub- activităților care compun activitățile specifice prevăzute în caietul de sarcini în succesiunea logică a acestora, în corelare cu riscurile și ipotezele identificate, precum și cu rezultatele așteptate și nu a identificat potențiale puncte de blocaj pentru fiecare activitate, nu a prezentat metode de depășire a acestora (inclusiv prin alocarea de resurse suplimentare - tehnice și/ sau umane).

Raportat la cele de mai sus, nici factorul tehnic Planificarea resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților desfășurate în cadrul contractului nu este adecvată, în sensul că resursele pentru realizarea activităților și sub activităților specifice prevăzute în caietul de sarcini sunt parțial alocate, nefiind alocate resurse pentru toate activitățile și sub activitățile.

Prin adresa nr. 40099/27.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 22693/27.04.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând respingerea ca nefondată a acesteia.

Preliminar, precizează că în urma finalizării procesului de reevaluare a ofertelor în conformitate cu dispozițiile Deciziei Civile nr. 7/2023, pronunțată de Curtea de Apel la data de 02.02.2023 și adusă la cunoștință autorității contractante în data de 17.02.2023, precum și cu respectarea Deciziei CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851/29.12.2022, oferta Asocierii ...SA - ...- ...SRL - ...- ...a fost declarata câștigătoare.

Referitor la susținerile contestatorului privind neconformitatea ofertei Asocierii ...SA, contrar acestor critici, autoritatea contractantă precizează că a procedat la verificarea capacitații ofertantului declarat câștigător de asigurare a verificării proiectelor tehnice.

Sub un prim aspect, în ceea ce privește invocarea de către contestator a Deciziei CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851/29.12.2022, respectiv aspectele rămase definitive cu privire la subcontractarea activității de verificare a proiectului tehnic de la momentul ofertării, arată faptul că Decizia Consiliului a stabilit în mod clar și concis limitele

reevaluării ofertelor, dispunând strict reevaluarea ofertei Asocierii SC SRL SC ...SRL ...SRL; prin urmare, Decizia CNSC a fost emisă în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare:

De asemenea, prin Hotărârea Civilă nr. 7/2023 emisă de Curtea de apel, Instanța de judecată a dispus următoarele: „Admite plângerea formulată de petenta ...SA (...) împotriva Deciziei nr. 2778/C1/2849, 2851/29.12.2022 emisă de CNSC, în contradictoriu cu intimata SA (...) și desființează în parte decizia CNSC.

Rejudecând, admite în totalitate contestația formulată de ...SA și dispune reevaluarea ofertei petentei, cu respectarea celor reținute în considerentele prezentei. Definitivă”.

În consecință, menționează că actul juridic prin care s-a dispus reevaluarea ofertei declarate câștigătoare este reprezentat strict de către Hotărârea nr. 7/2023 a Curții de Apel, nu și Decizia CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851/29.12.2022.

Subliniază de asemenea că autoritatea contractantă nu poate extinde limitele reevaluării, asupra tuturor ofertelor, în condițiile în care atât Consiliul cât și Curtea de Apel au emis dispoziții clare și bine delimitate.

În ceea ce privește capacitatea de verificare tehnică a proiectelor, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile caietului de sarcini secțiunea „Verificarea proiectelor”, arătând că nu a solicitat nominalizarea verificatorilor de proiect de la faza ofertării, aceasta reprezentând o obligație ulterioară semnării contractului de servicii, deci, în mod implicit, o obligație a viitorului Prestator și nu a ofertanților.

În susținere, precizează că prin intermediul Clarificării nr. 1 la documentația de atribuire, în cadrul răspunsului 9, s-a stipulat că: „Prestatorul va asigura serviciile de verificare tehnică necesară proiectului, așa cum este cerut prin caietul de sarcini. Modalitatea de asigurare a verificatorilor de proiect pentru realizarea verificării tehnice de calitate a proiectelor este la latitudinea Prestatorului, din resurse proprii de personal sau în baza unor contracte încheiate conform prevederilor legale în vigoare. Autoritatea Contractantă confirmă faptul că verificatorii de proiect nu vor fi nominalizați de la momentul depunerii ofertelor, ci ulterior, în implementarea contractului de servicii”.

Autoritatea contractantă arată că, a reiterat prin răspunsul la clarificare ca modalitatea de asigurare a verificatorilor reprezintă o obligație a Prestatorului, ulterior semnării contractului.

Totodată, precizează că activitatea de verificare a proiectelor este neevidențiată în cadrul anunțului de participare, iar în sensul art. 30, alin. (6) din HG 395/2016 nu poate conduce la respingerea ofertei, fiind considerată clauză nescrisă. Nedecларarea unui subcontractant încă de la momentul depunerii ofertei pentru activitatea de verificare a proiectelor, nu poate conduce la concluzia conform căreia aceasta activitate nu s-ar putea realiza în mod legal întrucât nu se încalcă nici prevederile legale aplicabile iar situația nu generează nicio incompatibilitate.

Autoritatea contractantă menționează că neprezentarea unui acord de subcontractare pentru această activitate nu înseamnă în mod automat ca este afectată imparțialitatea verificatorilor de proiect atestați.

Mai mult decât, arată că în vederea asigurării unui tratament unitar asupra procesului de reevaluare a ofertelor, comisia de evaluare i-a

solicitat ofertantului declarat câștigător, prin intermediul adresei nr. 9/3344/07.03.2023, să clarifice cum înțelege să îndeplinească activitatea de verificare tehnică a documentațiilor elaborate de proiectant, ofertantul răspunzând în data de 09.03.2023, prin adresa nr. OF062, acesta confirmând că modalitatea de asigurare a verifcatorilor este o obligație a viitorului prestator.

De asemenea, arată că inexistența unei incompatibilități în situația în care verifcatorul de proiecte este angajat al proiectantului este conformată și de către Anexa 2 a HG nr. 1/2018.

Având în vedere că prezenta procedura de achiziție publică vizează atribuirea unui contract de elaborare a unui studiu de fezabilitate, care este o etapă preliminară a proiectului tehnic, autoritatea contractantă menționează că situația consacrată prin HG 1/2018, este similară cazului de față.

Totodată, concluzia contestatorului conform căreia oferta declarată câștigătoare este inacceptabilă ca urmare a faptului că nedeclararea subcontractantului atrage după sine imposibilitatea verificării incidenței motivelor de excludere, este lipsită de obiect, având în vedere că autoritatea contractantă nu a impus nominalizarea unui subcontractant pentru activitatea de verificare a proiectelor.

În susținere, precizează că problematica în jurul căreia contestatorul și-a construit întregul discurs a fost deja tranșată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza CJUE C-403/21.

Autoritatea contractantă subliniază că, CJUE a statuat în mod clar și concis că o autoritatea contractantă nu poate proceda la cea mai drastică sancțiune, și anume respingerea unei oferte, pentru motivul că nu a nominalizat un subcontractant pentru executarea unei activități rezultată din reglementări speciale și care nu sunt prevăzute drept criterii de calificare în documentele achiziției.

Astfel, numai prin simpla raportare la Decizia CJUE anterior citată, rezultă ca întregul demers al contestatorului este lipsit de temei și se impune a fi respins în integralitatea sa, jurisprudența europeană căpătând caracter obligatoriu pentru orice stat membru prin intermediul instanțelor naționale, deci și pentru Consiliu, în cazul de față.

Prin urmare, subliniază faptul că un eventual demers de constatare a inacceptabilității unei oferte care îndeplinește toate cerințele caietului de sarcini și criteriile de calificare, nu ar conduce decât la o restricționare artificială a concurenței și, mai mult decât atât, la lipsa de relevanță a jurisprudenței europene pe spețe similare, precum și a prevederilor documentației de atribuire.

În concluzie, având în vedere argumentele prezentate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate netemeinicia criticilor contestatorului și să procedeze la respingerea acestora drept nefondate.

În ceea ce privește criticile referitoare la incapacitatea ofertantului declarat câștigător de a realiza activitățile ce fac parte din obiectul contractului, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că acestea sunt neprobate, simpla înșiruire a acestora în cadrul contestației neechivalând nici pe departe cu prezentarea de argumente pertinente și de dovezi în vederea susținerii acestora, fiind astfel în contradicție cu prevederile art. 249 din Noul Cod de Procedura Civilă - Sarcina probei: „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Prin urmare, având în vedere faptul că prin intermediul prezentului punct de vedere s-a demonstrat netemeinicia principalei critici a contestatorului, respectiv lipsa obligației de a declara un subcontractant pentru activitatea de verificare a proiectelor, autoritatea contractantă consideră că toate criticile ulterioare se impun a fi respinse ca fiind lipsite de obiect și neprobate.

SC ...SA în calitate de lider al asocierii formată din SC ...SA - SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL formulează prin adresa nr. 124/20.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 21202/20.04.2023, cerere

de intervenție, prin care solicită respingerea contestației și menținerea raportului procedurii.

Preliminar, intervenientul expune succint, modul de desfășurare al procedurii.

Menționează de asemenea că interesul său în formularea prezentei cereri de intervenție este evident, în sensul că oferta sa este declarată câștigătoare a procedurii.

Pe fondul cauzei, cu privire la criticile formulate de contestator, precizează următoarele:

A. Capacitatea SC ...SA de a realiza în mod legal activitatea de verificare tehnică a proiectului ce face parte din obiectul contractului.

Autoritatea contractantă a impus prin documentația de atribuire ca operatorul economic căruia îi va fi atribuit contractul să asigure activitatea de verificare a proiectelor prin contractarea unor verificatori atestați care, pe parcursul executării contractului, vor trebui să fie agreeți de Autoritatea contractantă. Autoritatea contractantă nu a impus prin documentația de atribuire ca activitatea de verificare a proiectului tehnic să fie îndeplinită printr-un subcontractant în temeiul unui acord de subcontractare cu acest unic obiect, fiind suficient ca Prestatorul să încheie un contract de prestări servicii (la fel ca în cazul obținerii de autorizații, avize și acorduri - contracte cu firme specializate) cu un verificador atestat. Mai mult decât atât, prin clarificările la documentația de atribuire. Autoritatea contractantă a precizat în mod clar că modalitatea de asigurare a verificatorilor de proiect rămâne la latitudinea Prestatorului (deci nu a ofertantului la momentul ofertei), inclusiv din resurse proprii.

Inexistența obligativității subcontractării în cazul operațiunii de verificare a proiectului tehnic este o situație întâlnită în mod obișnuit în practică, astfel cum rezultă și din practica judecătorească.

Toate aceste aspecte au fost înțelese și asumate de SC ...SA, astfel cum rezultă din Propunerea tehnică (pag. 46 - 47; pag. 89 - 90, pag. 118, pag. 154), cu atât mai mult cu cât verificarea proiectelor reprezintă o obligație legală potrivit Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 privind aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor. Subscrisa și-a asumat, astfel, cu claritate asigurarea activității de verificare a proiectelor de către verificatori de proiecte atestați, conform prevederilor documentației de atribuire.

Arată că singura condiție impusă de prevederile legale este ca verificadorul de proiect să fie terț față de specialistul (persoană fizică) care a elaborat proiectul. Din interpretarea dispozițiilor legale nu rezultă că este prevăzută expres sau implicit condiția ca verificadorul de proiect să fie terț față de proiectant (persoană juridică).

Dispozițiile art. 5 din Regulamentul privind verificarea și expertizare tehnică a proiectelor prevăd că specialiștii cu activitatea în construcție prevăzuți la art. 2, printre care și verificatorii de proiecte, își pot desfășura activitatea ca persoană fizică autorizată care desfășoară activități în mod individual și independent, dar și ca acționar, angajat, asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 - activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică.

În consecință, având în vedere prevederile documentației de atribuire, conform cărora verificarea de proiecte este o activitate ce intra în sarcina operatorului economic a cărui ofertă a fost desemnată câștigătoare, verificatorul de proiecte poate fi angajat al operatorului economic ce prestează serviciul de proiectare, cu condiția să desfășoare activitate independentă față de persoanele care elaborează proiectul, angajate ale aceluiași operator economic.

În susținere intervenientul invocă jurisprudența CNSC precum și a Curților de Apel.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 21494/21.04.2023, autoritatea contractantă transmite, dosarul achiziției publice, în copie.

Reevaluarea ofertei Asocierii SC ...SA a fost dispusă doar prin Decizia nr. 7/2023 a Curții de Apel, nu și prin Decizia CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851/29.12.2022. Prin urmare, Autoritatea contractantă a reevaluat oferta Subscrisei în conformitate cu cele reținute în cuprinsul Deciziei nr. 7/2023.

Intervenientul arată că o eventuală reevaluare a ofertei ...SA în baza Deciziei nr. 2778/C1/2849, 2851/29.12.2022 ar fi fost contrară nu doar Deciziei CNSC, ci și dispozițiilor Legii nr. 101/2016, precum și principiului securității juridice, potrivit celor reținute în decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018.

C. Capacitatea Asocierii SC ...SA de a realiza în mod legal activitățile ce fac parte din obiectul contractului.

C.1 Inexistența cerinței de a prezenta la momentul depunerii ofertei personalul autorizat aferent activităților menționate în contestație.

Intervenientul precizează că atât documentația de atribuire, cât și clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire – răspunsul nr. 9, nu prevăd demonstrarea, prin documente relevante la momentul ofertei, a deținerii vreunui astfel de personal, cu excepția personalului cheie care face obiectul acordării punctajului (factor de evaluare).

Astfel, ofertanții aveau următoarele obligații cu privire la personal:

- de a prezenta în cadrul ofertei CV-uri și documente relevante exclusiv pentru experții principali care fac obiectul punctării în baza Factorilor de evaluare, respectiv: Manager de proiect, Specialist drumuri, Specialist poduri, Specialist geotehnica și fundații, Specialist în domeniul protecției mediului;
- de a prezenta în cadrul ofertei tehnice și ceilalți experți aferenți echipei principale precum și echipa secundară de proiect, respectiv pentru specialitățile pe care la va utiliza în implementarea contractului;
- de a descrie modul în care este asigurat accesul la tot personalul propus, respectiv în conformitate cu Formularul nr. 4 Propunere Tehnică, secțiunea III. Personalul disponibil și propus de ofertant pentru realizarea contractului;

- de a descrie în propunerea tehnică momentul în care anumiți experți vor interveni în cadrul contractului, respectiv pentru Specialist în domeniul protecției mediului, Expert Evaluator Imobile și Topograf.

C.2. Inexistența cerinței de a prezenta la momentul depunerii ofertei certificatul de atestare și acreditare a laboratorului pentru elaborarea studiilor pedologice și agrochimice.

Intervenientul precizează că documentația de atribuire nu prevede niciunde prezentarea în cadrul ofertei a unei certificări de atestare și acreditare a laboratorului pentru elaborarea studiilor pedologice și

agrochimice și nici autorizarea ofertantului pentru realizarea studiilor pedologice și agrochimice.

C.3. Inexistența cerinței de a prezenta la momentul depunerii ofertei documente relevante privind expertul achiziții.

Intervenientul face trimitere la prevederile caietului de sarcini de la pag. 21, 25 și 26.

Astfel, raportat la cerințele documentației de atribuire, rezultă cu claritate faptul că nominalizarea expertului de achiziții publice se va face ulterior semnării Contractului, la solicitarea Beneficiarului. Prin urmare, și aceasta critică privind lipsa capacității profesionale a asocierii SC ...SA în cazul activității privind pregătirea documentației de atribuire a contractului de proiectare și execuție lucrări / asistență tehnică acordată Beneficiarului în perioada derulării procedurilor de achiziție publică este nefundamentată și complet eronată.

C.4. . Inexistența cerinței de a prezenta autorizația și personalul autorizat să elaboreze și să realizeze servicii de proiectare treceri la nivel cu calea ferată.

Intervenientul face trimitere la prevederile caietului de sarcini de la pag. 12, subliniind că documentația de atribuire nu prevede servicii de proiectare treceri la nivel cu calea ferată și nici prezentarea de autorizații pentru realizarea serviciilor de proiectare în legătură cu căile ferate la momentul ofertei, ci doar evaluarea impactului Proiectului asupra rețelei existente de cai ferate și solicitarea de aprobări/ avize, de la proprietarul/administratorul infrastructurii feroviare, pentru lucrările care vor fi situate în vecinătatea activelor feroviare. Rezultatul unei astfel de analiză ar putea conduce la lipsa unui astfel de impact.

C.5. Inexistența cerinței de a prezenta la momentul depunerii ofertei atestatul pentru realizarea studiilor hidraulice și hidrologice.

Intervenientul menționează că nici în cazul atestatului aferent realizării studiilor hidraulice și hidrologice documentația de atribuire nu prevede niciunde prezentarea în cadrul ofertei a unei certificări.

C.6. Conformitatea ofertei depuse de asocieria SC ...SA în privința activităților menționate în contestație

Intervenientul menționează că documentația de atribuire nu cuprinde cerințe privind autorizațiile / atestatele / personalul autorizat invocate de contestator; prin urmare, autoritatea contractantă nu poate evalua modul de îndeplinire a unor cerințe nescrise în documentația de atribuire și nu poate evalua din perspectiva deținerii unor autorizații nementionate în mod expres în documentația de atribuire, sau chiar contrare propriilor cerințe, după cum a și confirmat în clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire.

Cu privire la criticile contestatorului referitoare la oferta financiară a asocierii SC ...SA, intervenientul le apreciază că fiind profund eronate,

având un caracter pur speculativ, în condițiile în care propunerea financiară depusă este corelată întru totul cu propunerea tehnică și include toate costurile necesare realizării tuturor activităților asumate în cadrul propunerii tehnice conform abordării și metodologiei de lucru.

În final, intervenientul solicită accesul la dosarul cauzei.

Față de cererea de intervenție, contestatorul formulează răspuns prin adresa nr. 1086/03.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 23586/03.05.2023.

Cu privire la critica privind subcontractarea activității de verificare a proiectului tehnic la momentul ofertării, contestatorul susține în continuare puterea de lucru judecat al Deciziei CNSC nr. 2778/C1/2849/2851/29.12.2022 pronunțată în cadrul aceleiași proceduri și care vizează în mod explicit această problematică în cazul unui alt ofertant (Asocierea ...); chestiunea subcontractării activității de verificare fiind tranșată prin Decizia CNSC mai sus enunțată.

Contestatorul reiterează alegația conform căreia nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor la momentul depunerii, încalcă cerințele documentației de atribuire, iar prin declararea ca admisibilă a ofertei Asocierii ...SA, autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității contractante și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor.

Reiterează de asemenea că:

- propunerea tehnică a asocierii SC ...SA nu respectă cerințele minime impuse în documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini și/sau Formularul nr. 4, sens în care oferta este neconformă și trebuia respinsă în baza prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că ofertantul nu a dovedit că poate realiza în mod legal, activități esențiale/principale din obiectul contractului;
- SC ...SA nu a cuprins în oferta tehnică printre activitățile pe care urmează să le contracteze și pe cea privind verificatorii, acesta susținând abia prin clarificări, fie că activitatea de verificare nu trebuie subcontractată, fie că verificatorii vor fi declarați ulterior semnării contractului, ocazie cu care se va asigura de independența acestora;
- SC ...SA nu a prezentat/propus o metodologie de prestare a serviciilor care demonstrează o foarte buna înțelegere a activităților stabilite în caietul de sarcini, în sensul că nu a prezentat detalierea tuturor sub-activităților care compun activitățile specifice prevăzute în caietul de sarcini în succesiunea logică a acestora, în corelare cu riscurile și ipotezele identificate, precum și cu rezultatele așteptate și nu a identificat potențiale puncte de blocaj pentru fiecare activitate și nu a prezentat metode de depășire a acestora (inclusiv prin alocarea de resurse suplimentare - tehnice și/ sau umane), prin urmare nici punctajul tehnic acordat ofertei asocierii ...SA nu este în acord/concordanță cu propunerea tehnică prezentată.

Față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, contestatorul formulează răspuns prin adresa nr. 1087/03.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 23584/03.05.2023.

Contestatorul consideră că încălcarea prevederilor legale de către autoritatea contractantă (principiul tratamentului egal) derivă din faptul

că a declarat admisibilă oferta Asocierii ...SA pe baza unui răspuns neconcludent. Subliniază faptul că solicitările de clarificări nu pot conduce la crearea unui avantaj ofertantului căruia i se solicită aceste clarificări în raport cu ceilalți ofertanți; clarificarea propriu-zisă creează, un avantaj operatorului economic, în sensul în care îl oferă dreptul de a-și completa propunerea tehnică, ori solicitarea de clarificări trebuia să vizeze indicarea de către ofertant a părții/locului din propunerea tehnică în care se regăsește modalitatea concretă de realizare a verificării tehnice prin raportare la Decizia CNSC.

În susținere invocă jurisprudența ICCJ, subliniind că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta pe motiv de răspuns neconcludent, întrucât nici în propunerea tehnică și nici în răspunsul la clarificări a asocierii ...SA nu se regăsește modalitate de realizare a verificării prin subcontractare, așa cum a dispus CNSC.

Consideră că, încălcând dispozițiile legale incidente, respectiv art. 133 și art. 137 din HG nr. 395/2016, precum și ale art. 215 alin. (3) - (5) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a realizat o verificare superficială a ofertei Asocierii ...SA.

Întrucât intervenientul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 23702/c1/961/04.05.2023, Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 05.05.2023.

SC ...SA depune prin adresa nr. 145/08.05.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 24712/09.05.2023, înscrisul intitulat „răspuns la criticile formulate de contestator în adresele nr.1086 și nr. 1087 din 03.05.2023”.

Cu privire la clarificarea aspectelor privind „puterea de lucru judecat” și a limitelor de reevaluare a ofertelor de către autoritatea contractantă, SC ...SA expune, succint modalitatea cronologică de desfășurare a procedurii, respectiv contestațiile formulate anterior de către asocieria SC ...SA - SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL și respectiv asocieria SC SRL - SC ...SRL - SC ...SRL emiterea Decizie CNSC; emiterea Deciziei CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851 din 29.12.2022.

Arată de asemenea că această decizie a fost atacată cu plângere, de către SC ...SA, la Curtea de Apel, pe rolul căreia a fost constituit dosarul nr. 316/2/2023*. Prin Hotărârea nr. 7/2023 din 02.02.2023, Curtea de Apel a soluționat plângerea, după cum urmează: „Admite plângerea și desființează în parte decizia CNSC. Rejudecând, admite în totalitate contestația formulată de ...SA și dispune reevaluarea ofertei petentei, cu respectarea celor reținute în considerentele prezentei Definitivă. Pronunțată azi, 2 februarie 2023, prin punerea soluției la dispoziția părților de către grefa instanței. Document: Hotărâre 7/2023 02.02.2023”

În ceea ce privește activitatea de verificare a proiectului, face trimitere la prevederile documentației de atribuire, precum și la răspunsul nr. 9 din clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire.

Cu privire la verificatorii de proiect și activitatea de verificare tehnică a proiectului, face trimitere la art. 2 și art. din Regulamentul privind verificarea și expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor, precum și verificarea calității lucrărilor executate, din 13.09.2018, publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 828 din 27 septembrie 2018

Cu privire la îndeplinirea cerinței privind activitatea de verificare tehnică a proiectului, SC ...SA precizează că și-a asumat pe deplin prestarea serviciilor de verificare tehnică a proiectelor conform propunerii tehnice și propunerii financiare depuse; a răspuns cerinței cu privire la categoriile de servicii/ lucrări pe care intenționează să le subcontracteze.

Subliniază că, documentația de atribuire nu precizează că ofertanții trebuie să declare în mod expres și toate categoriile de servicii/ lucrări pe care nu intenționează să le subcontracteze.

Cu privire la verificatorii atestați de proiecte, susține că oferta tehnică descrie activitatea de verificare a proiectelor și precizează în mod expres ca va asigura independența verificatorilor față de elaboratorii proiectului.

De asemenea, precizează că a alocat resurse pentru activitatea de verificare a proiectelor, a alocat persoane diferite pentru rolul de verificatori cu atribuții exclusive în acest sens față de alți experți cu rol în activitatea de proiectare și cea de realizare studiu geotehnic, a planificat activitatea verificatorilor și a descris momentele în care aceștia vor interveni în proiect.

Menționează că în propunerea tehnică a precizat că verificatorii tehnici atestați fac parte din categoria „Alți experți” în plus față de experții solicitați și enumerați în capitolul „Personalul și baza tehnico-materială a Prestatorului” (Experți principali și Experți secundari) din caietul de sarcini; de asemenea, și-a îndeplinit obligația de a descrie modul în care este asigurat accesul la personalul propus.

Prin adresa nr. 937/11.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 20544/ 18.04.2023, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209052804/1, tranzacția nr. 1323367174/39721744 din 10.04.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala Zalău, în cuantum de 507.602,72 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul...tată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă fără etapa finală de licitație electronică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Elaborare Studiu de Fezabilitate: drum de mare viteză Domașnea - Caransebeș”, cod CPV 71241000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. .../ 20.04.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 29.991.978,77 lei. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC ...SA în calitate de lider al asocierii SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL a formulat cererea de intervenție **nr. 124/20.04.2023**, înregistrată la CNSC sub nr. 21202/20.04.2023, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că: „Până la soluționarea contestației de către Consiliul, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)” și art. 5 din același act normativ care prevede că: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se

încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data 11.04.2023 sub identificatorul „Document: [.../00336] Contestatie 10.04.2023-signed.pdf” contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză asocierea SC ...SA - SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de SC SRL.

În soluționarea prezentei cauze, se reține că anterior, pe rolul Consiliului au fost depuse contestațiile:

- contestația nr. 122/18.11.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 56944/18.11.2022, formulată de SC ...SA în calitate de lider al asocierii formată din SC ...SA - SC ...SRL - SC ...SRL - SC ...SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/94782/08.11.2022;
- contestația nr. 2519/15.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56966/18.11.2022, SC SRL în calitate de lider al asocierii SC SRL - SC ...SRL - SC ...SRL, formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 94779/08.11.2022, precum și împotriva raportului procedurii nr. 24/14296/08.11.2022.

Prin decizia CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851 din 29.12.2022, Consiliul a dispus astfel: „Admite în parte contestația formulată de SC ...SA, în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare și admite contestația formulată de SC SRL, ambele în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL - ...SRL .. - SC .. SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare. Respinge ca nefondate criticile SC ...SA cu privire la propria sa ofertă. Obligatorie. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare”.

Această decizie a fost atacată cu plângere, de către SC ...SA, la Curtea de Apel, pe rolul căreia a fost constituit dosarul nr. 316/2/2023*. Prin Hotărârea nr. 7/2023 din 02.02.2023, Curtea de Apel a soluționat plângerea, după cum urmează: „Admite plângerea și desființează în parte decizia CNSC. Rejudecând, admite în totalitate contestația formulată de ...SA și dispune reevaluarea ofertei petentei, cu respectarea celor reținute în considerentele prezentei Definitivă. Pronunțată azi, 2 februarie 2023, prin punerea soluției la

dispoziția părților de către grefa instanței. Document: Hotărâre 7/2023 02.02.2023”.

Procedând la analiza pe fond a actualei contestații formulată de SC SRL (lider al asocierii situată pe locul 2), se reține că o primă critică se referă la modul de desemnare câștigătoare a ofertei aparținând asocierii SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL, apreciind că oferta acestuia trebuia respinsă ca inacceptabilă și neconformă, deoarece nu are capacitatea de a realiza obiectul contractului având în vedere că nu a nominalizat/declarat nici un subcontractant autorizat care să realizeze activitatea de verificare tehnică a documentațiilor tehnice elaborate de proiectant.

Se reține în soluționarea acestei critici, faptul că activitatea verficatorilor de proiecte a fost tranșată de Consiliu prin Decizia nr. 2778/C1/2849, 2851 din 29.12.2022, definitivă și irevocabilă prin neatacare la Curtea de Apel, în partea referitoare la analiza pe fond a contestației formulate de SC privind oferta asocierii SC SRL – ...SRL .. – SC SRL (pag. 32-42 din decizie) considerațiile / argumentele avute în vedere la emiterea deciziei pronunțate fiind pe deplin aplicabile și în prezenta cauză, după cum urmează:

„Sunt relevante în soluționare, prevederile instrucțiunilor pentru ofertanți intitulate generic „fișa de date”, pct. IV.4.1 privind „Modul de prezentare al propunerii tehnice”, care stipulează:

„Ofertantul are obligația de a elabora și prezenta Propunerea Tehnică astfel încât să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini din cadrul documentației de atribuire, respectând cel puțin conținutul minim indicat în Formularul nr. 4 „Propunerea Tehnică” (...)

În cuprinsul Propunerii Tehnice, ofertanții vor declara toate categoriile de servicii/lucrări pe care intenționează să le subcontracteze, indiferent dacă, la momentul elaborării/depunerii ofertei, datele de identificare ale respectivilor subcontractori sunt sau nu cunoscute”.

Sunt relevante în soluționare și prevederile Caietului de sarcini care la pag. 20, capitolul „verificarea proiectelor” (pag. 275 din vol. 2 al dosarului cauzei) stipulează următoarele:

„Independent de prevederile legislației românești ca activitățile de proiectare din cadrul Studiului de Fezabilitate să fie certificate de către verficatorii de proiecte atestați, Prestatorul este obligat să implementeze propriul Sistem de Management al Calității în conformitate cu cele mai ridicate standarde internaționale.

Beneficiarul solicită ca activitățile de proiectare din cadrul Studiului de fezabilitate, inclusiv documentațiile necesare obținerii avizelor/ acordurilor să fie certificate de către verficatori de proiecte atestați, asigurați de Prestator. Soluțiile tehnice aferente fazei de proiectare Studiu de fezabilitate vor fi prezentate și asumate implicit de Prestator cât și de verficatorii de proiect atestați atât înainte de prezentarea în C.T.E. - CNAIR S.A. dar și după avizare, în conformitate cu documentul de avizare.

Toate documentațiile geotehnice cu excepția Expertizelor vor fi verificate de un Verificator de Proiecte atestat pentru domeniul Af - „Rezistența și stabilitatea terenului de fundare al construcțiilor și al masivelor de pământ”.

În conformitate cu Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, aprobat prin HG nr. 925/1995 cu modificările și completările ulterioare, Beneficiarul delegă Prestatorului obligația de a asigura verificatorii de proiecte atestați impuși de legislația în vigoare, astfel, acesta va asigura verificatori de proiecte atestați

pentru verificarea tehnică de calitate a documentațiilor pentru toate domeniile necesare.

Verificatorii de proiecte trebuie să fie atestați conform Ordinului MDRAP nr. 2264/2018 pentru aprobarea Procedurii privind atestarea verificatorilor de proiecte și a experților tehnici în construcții, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I nr. 240/19.03.2018, care precizează la articolul 1, aliniatul (3) și aliniatul (4) aplicabilitatea pentru specialiștii cetățeni ai altui stat membru al UE ori al SEE. Toți verificatorii de proiect trebuie să fie independenți și să nu existe conflicte de interese în responsabilitățile care le revin.

Costurile aferente mobilizării verificatorilor de proiect sunt considerate a fi incluse în prețul oferit, Prestatorul neputând solicita ulterior semnării contractului sume suplimentare pentru decontarea serviciilor prestate de verificatorii de proiect.

Este necesar ca toți verificatorii de proiect care vor fi nominalizați și utilizați de Prestator să fie agreeți de Beneficiar.

Ulterior semnării contractului, Prestatorul va transmite o listă cu verificatorii de proiect pe care intenționează să-i folosească pentru verificarea tehnica de calitate a proiectelor care va conține minim: numele verificatorului de proiect, domeniul de expertiză, legitimația verificatorului de proiect, precum și alte date pe care le consideră relevante”.

De asemenea, la pag. 8-9 din caietul de sarcini, la capitolul destinat studiilor de teren, s-a stipulat:

„(...) Studiul geotehnic va fi verificat de un verificador atestat pentru domeniul Af („Rezistență mecanică și stabilitate pentru masivele de pământ, a terenului de fundare și interacțiunea cu structurile îngropate prin investigații geotehnice și proiectare geotehnică”), conform legislației în vigoare - Legea 10/1995 cu modificările și completările ulterioare, HG nr. 742/13.09.2018 privind modificarea Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, respectiv Ordinul MDLPA nr. 817 din 23.06.2021 publicat în Monitorul Oficial nr. 667 din 6 iulie 2021 și Procedura publicată în Monitorul Oficial nr. 667 bis din 6 iulie 2021 privind atestarea tehnico-profesională a verificatorilor de proiecte și a experților tehnici”.

Din conținutul cerințelor și specificațiilor caietului de sarcini mai sus iterate rezultă că activitățile de verificare tehnică a documentațiilor rezultate în urma serviciilor de proiectare fac parte din obiectul contractului ce urmează a se presta de ofertanți și constituie o componentă importantă a scopului urmărit de autoritatea contractantă și a căror execuție poate fi realizată cu stricta respectare a dispozițiilor legale în vigoare, care impun ca cei care asigură verificarea proiectelor nu pot fi și proiectanții proiectelor supuse verificării și atestării, determinante fiind în acest sens următoarele prevederi legale:

- 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 verficatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Verficatorul 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”;

- art. 22 din Legea nr. 10/1995: „Investitorii sunt persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente în sensul legii și au următoarele obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:

(...)

c) asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verificali de proiecte atestați”.

- art. 23 din Legea nr. 10/1995: „Proiectanții de construcții răspund de îndeplinirea următoarelor obligații principale referitoare la calitatea construcțiilor:

(...)

c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verificali de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate”;

- art. 5 din HG nr. 742/2018: „Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoană fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent, conform prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 182/2016;

b) acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice care are ca obiect de activitate inclusiv cod CAEN 71 Activități de arhitectură și inginerie; activități de testări și analiză tehnică”.

- art. 6 din HG nr. 742/2018: „(1) Verificarea tehnică a proiectelor se efectuează de către specialist/specialiști cu activitate în construcții atestat/atestați ca verificali/verificali de proiecte, pe domenii/ subdomenii de construcții și specialități pentru instalațiile 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 instalațiile aferente construcțiilor, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile stabilite de proiectant/proiectanți și precizate în proiect.

(3) Verificali de proiecte este angajat al investitorului/ proprietarului/administratorului și efectuează verificări numai pentru domeniile/subdomeniile de construcții și specialitățile pentru instalațiile aferente construcțiilor pentru care este atestat, corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile”.

În subsidiar, potrivit prevederilor art. 4 din HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție (proiectarea cât și execuția de lucrări – n.n.) aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice: „Prezentele prevederi, inclusiv cele din anexele nr. 1 și 2, se aplică cu respectarea întocmai a Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, precum

și a legislației în vigoare incidente, inclusiv în domeniul disciplinei și calității în construcții (Legea nr. 10/1995 – n.n.), care sunt prioritare”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, rezultă în mod evident că un operator economic nu poate prin specialiștii verficatori de proiecte de care dispune (indiferent de natura relațiilor de muncă, contract individual sau acord de colaborare) să verifice și să avizeze proiectele pe care tot el le-a executat, obiectivismul și imparțialitatea verficatorului fiind esențiale în buna desfășurare a activității acestuia. Mai mult, chiar și în ipoteza în care caietul de sarcini nu stabilea în mod expres că verficatorii de proiecte trebuie să fie

independenți de proiectant, ofertanții aveau obligația de a respecta legislația aplicabilă respectiv Legea nr. 10/1995, astfel cum a fost menționată în caietul de sarcini.

Examinând susținerile contestatorului și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul constată că problema de drept care trebuie dezlegată în prezenta speță este dacă ofertantul declarat câștigător, respectiv asocierea SC ... SRL – ...SRL .. – SC .. SRL, trebuia sau nu să declare ca subcontractant verificatorii de proiecte pentru îndeplinirea execuției activității de verificare a proiectului tehnic.

Or, în speța dedusă judecării atingerea scopului mai sus arătat presupune ca ofertantul să probeze, la momentul depunerii ofertei, că este în măsură să asigure astfel de servicii (verificatori de proiecte) prin intermediul unei alte persoane, și pe care are obligația de a o indica în oferta sa ca subcontractant și depuse documente DUAЕ pentru acesta, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Mai mult, se reține că în cadrul propunerii tehnice, la punctul 13 „verificarea proiectelor” (pag. 404-405, vol. 9 al dosarului cauzei) asocierea SC ... SRL – ...SRL ... SRL s-a limitat la simpla copiere prin metoda copy/paste a cerințelor din caietul de sarcini cu privire la verificatorii tehnici, asumându-și generic obligația verificării documentațiilor tehnice, fără nicio informație concretă privind modalitatea pe care o propune autorității contractante în vederea prestării acestor servicii.

Nu este de neglijat faptul că la pag. 99 din propunerea tehnică (pag. 426, vol. 9 al dosarului cauzei), asocierea SC ... SRL – ...SRL ...SRL menționează „Subcontractanții sunt nominalizați la pct. IV (personalul disponibil și propus de ofertant pentru realizarea contractului), tabelul B, al acestui document” însă în tabelul respectiv, aflat la pag. 509 din vol. 9 al dosarului cauzei nu se regăsește nicio informație privind subcontractanții și nicio informație cu privire la verificatori.

Totodată, se reține că potrivit acordurilor de subcontractare aflate la pag. 44-88 din vol. 8 al dosarului cauzei, niciun dintre subcontractanții asocierii SC ... SRL – ...SRL .. SRL nu și-a asumat prestarea serviciilor de verificare tehnică, aspect care rezultă și din partea finală (capitolul 5) a raportului procedurii, în care sunt enumerați ofertanții propuși de ofertantul declarat câștigător și partea pe care intenționează acesta să o subcontracteze.

Consiliul reține că, în condițiile în care ofertantul nu poate să execute el însuși prestațiile cu privire la verificarea proiectului, avea posibilitatea de a uza de prevederile legale în domeniu, respectiv de dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016 care dispune în mod expres și imperativ faptul că orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, cum ar fi subcontractarea sau asocierea cu scopul de a depune o ofertă comună.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 este definită noțiunea de subcontractant ca fiind: „orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică,

răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”.

Din interpretarea normei juridice anterior iterate, rezultă că pentru a fi considerat subcontractant, este necesar ca activitățile executate de un operator economic nominalizat în cadrul ofertei să facă parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, spre deosebire de noțiunea de furnizor definită la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 ca fiind „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau

amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”.

Comparând definiția dată subcontractantului potrivit prevederilor legale anterior iterate cu activitățile/serviciile care urmează a fi prestate respectiv verificarea tehnică de calitate a documentațiilor rezultate din prestarea serviciilor de proiectare, Consiliul reține că aceste activități nu doar că fac parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit fiind evidențiate în mod expres în caietul de sarcini, dar reprezintă și o cerință importantă a cărei execuție nu poate fi făcută decât de persoane autorizate și independente de cel care realizează proiectul, nerespectarea acestor condiții fiind de natură a periclita întreaga execuție a contractului ce urmează a se atribui; mai mult, constituirea ca și componentă a obiectului contractului a acestui serviciu este întărită și de includerea de către autoritatea contractantă a acestui serviciu în propunerea financiară (a se vedea în acest sens atât mențiunea din caietul de sarcini „Costurile aferente mobilizării verifcatorilor de proiect sunt considerate a fi incluse în prețul oferat, Prestatorul neputând solicita ulterior semnării contractului sume suplimentare pentru decontarea serviciilor prestate de verifcatorii de proiect” cât și linia din finalul anexei nr. 3 la caietul de sarcini în care este menționată explicit una dintre activitățile de verificare tehnică respectiv „Verificare la cerința Af a studiului geotehnic”).

Faptul că autoritatea contractantă și-a rezervat prin caietul de sarcini dreptul de a verifica și agreea persoanele fizice propuse pentru prestarea serviciilor de verificare tehnică nu este de natură să absolve ofertantul de obligația demonstrării modalității concrete în care și-a propus să presteze în mod licit respectivele servicii.

După cum a fost reținut anterior, diferența dintre noțiunea de subcontractant și cea de furnizor îl constituie măsura în care serviciile/prestările asigurate de acest operator economic fac parte sau nu din obiectul contractului. Astfel, cu titlu de exemplu, Consiliu reține că eventualul prestator al serviciilor de pază a organizării de șantier nu ar putea fi considerat în cadrul prezentei proceduri drept subcontractant deoarece aceste servicii nu fac parte din obiectul contractului, spre deosebire de activitățile aferente verifcatorilor de proiecte care sunt precizate în mod expres în caietul de sarcini și a căror realizare contribuie la buna execuție a contractului în cauză.

Câtă vreme ofertantul nu este în măsură să execute contractul cu resurse proprii, folosirea unor resurse obținute „prin externalizare” reprezintă o subcontractare, cu toate consecințele legale care decurg din această situație, conform art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia: „În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În

cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)“.

Ca urmare a omisiunii completării DUAЕ cu datele subcontractantului pentru activitatea de verificare proiecte și a lipsei unui DUAЕ pentru acesta din urmă, comisia de evaluare nu a putut verifica inexistența unei situații de excludere prevăzută la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 în legătură cu acest subcontractant, astfel cum avea obligația potrivit art. 170 din Lege și nici eventuala incidență a prevederilor art. 59 – 60 din același act normativ.

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, 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 are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta 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”.

Prin urmare, declararea unui subcontractant nu este lăsată la latitudinea ofertantului deoarece obligația aceasta se regăsește și în cuprinsul documentației de atribuire, la secțiunea: III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, astfel:

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

„I. Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/ 2016.

Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAЕ - secțiunea „Motive de excludere” - pct. A „Motive referitoare la condamnări penale”.

De asemenea, Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/ confirma neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 164 de mai sus, atât pentru Ofertantul unic/ Ofertantul asociat cât și pentru Subcontractantul/ Terțul susținător declarați în ofertă:

- cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;

- alte documente edificatoare, după caz.

II. Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/ 2016. Ofertantul unic/ Ofertantul asociat/ Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAE - secțiunea „Motive de excludere” - pct. B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”.

De asemenea, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/ confirmă neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 165 de mai sus, atât pentru

Ofertantul unic/ Ofertantul asociat, cat si pentru Subcontractantul/ Terțul susținător declarați în ofertă (...)”.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unui serviciu care să îndeplinească anumite cerințe minime obligatorii și de calitate, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante. Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul documentației de atribuire iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, caracterul inacceptabil al ofertei asocierii, reținut prin aplicarea dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, conform cărora o ofertă este inacceptabilă atunci când „a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”, pe motiv că nu s-a completat DUAЕ pentru subcontractanți, nu poate fi înlăturat printr-o etapă de clarificare a ofertei, deoarece ar conduce la modificarea și completarea nepermisă a acesteia.

*În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:*

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul...tată că

activitatea comisiei de evaluare nu s-a desfășurat în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorilor privind nelegalitatea evaluării ofertei depusă asocierea SC ... SRL – ...SRL CIVIL ENGINEERING – SC INFRANOVA SOLUTII TEHNICE ÎN ...TRUCTII SRL este fondată, urmând să fie admisă”.

Întrucât Decizia Consiliului nr. 2778/C1/2849,2851/29.12.2022 în partea referitoare la analiza pe fond a contestației formulate de SC privind oferta asocierii SC ... SRL – ...SRL .. – SC .. SRL (pag. 32-42 din decizie) nu a fost atacată cu plângere, aceasta este

definitivă și executorie, iar cele statuate în dispozitivul ei beneficiază de putere de lucru judecat. În atari condiții, părțile din cauzele soluționate anterior de Consiliu în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată.

Altfel spus, câtă vreme nici una din părți, nu a atacat cu plângere considerațiile și argumentele Consiliului referitoare la necesitatea declarării ca subcontractant a verficatorilor de proiecte pentru îndeplinirea execuției activității de verificare a proiectului tehnic, acestea au dobândit

efectele puterii de lucru judecat, ceea ce prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Puterea de lucru judecat operează atât în cazul hotărârilor prin care acțiunea sau cererile incidentale (cererea reconvențională ori intervențiile voluntare ori forțate) sunt admise cât și în privința celor prin care acestea sunt respinse, fiind deci opozabilă tuturor părților din respectiva cauză.

A avea „*aceeași calitate*” în ambele cereri înseamnă a figura în procese în calitate de titular de drepturi, prin calitate înțelegându-se aici poziția lor în nume propriu sau intervenient în proces. Altfel spus, este avută în vedere identitatea juridică a părților, iar nu identitatea lor fizică, nefiind obligatoriu ca o parte să aibă în ambele procese calitatea de reclamant, iar cealaltă parte calitatea de pârât. Astfel, dacă în ambele procese participă aceleași persoane, ca titulare ale drepturilor, va fi identitate de părți, chiar dacă în cadrul proceselor sunt inversate calitățile părților.

În speță, actualul contestator SC a avut tot calitatea de contestator în cauza soluționată prin decizia CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851 din 29.12.2022 iar actualul intervenient SC ...SA a avut calitatea de contestator.

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) „*nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeași calitate, în temeiul aceleiași cauze și pentru același obiect*” și art. 430 alin. (1) și (2) „*hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, **precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă***”.

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acțiuni în același mod, ci este suficient ca din cuprinsul acțiunilor să rezulte că este același.

De aici rezultă și identitatea de cauză, precum și că pentru a exista identitate de obiect între două acțiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit este același în ambele acțiuni și, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept

invocat de o parte, soluția dată de instanță are putere de lucru judecat într-o nouă acțiune în care se încearcă valorificarea aceluiași drept.

Cauza este fundamentul raportului juridic dedus soluționării, temeiul juridic al cererii. Ea nu se confundă cu cauza acțiunii și nici cu mijloacele de probă. Nu se poate păstra aceeași cauză și prezentate alte dovezi pentru că există autoritate de lucru judecat. Condiția de aplicare a autorității de lucru judecat presupune identitatea de acțiuni (părți, obiect și cauză juridică), ce oprește repetarea judecății, iar puterea, prezumția de lucru judecat, ce impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a ...tătat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. În decizia sa nr. 1777 din 25 iunie 2015, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția a II-a civilă, a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă.

Prin urmare, Consiliul nu poate face abstracție de raționamentul din Decizia CNSC nr. 2778/C1/2849,2851/29.12.2022 câtă vreme Curtea de Apel a desființat doar în parte decizia pronunțată de Consiliu, considerațiile acestuia din urmă cu privire la necesitatea declarării ca subcontractant a verificatorilor de proiecte pentru îndeplinirea execuției activității de verificare a proiectului tehnic rămânând definitive prin neatacare, motiv pentru care o verificare a acestei chestiuni nu mai poate fi efectuată la acest moment, cerința în cauză fiind aplicabilă și opozabilă tuturor ofertanților, indiferent de clasamentul ocupat la momentul pronunțării deciziei anterioare.

Luând în considerare argumentele expuse mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a respectat în etapa de reevaluare a ofertei asocierii formată din SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL considerațiile deciziei anterioare referitoare la necesitatea declarării ca subcontractant a verificatorilor de proiecte, încălcând astfel prevederile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căruia: *„Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei”* deoarece reevaluarea și desemnarea ca și câștigătoare a ofertei aparținând asocierii reprezentată de SC ...SA s-a limitat conform procesul verbal nr. 9/3535/10.03.2023 (pag. 41-76, vol.2 din dosarul cauzei) doar la aspectele reținute în mod explicit în considerentele hotărârii pronunțate de instanță, cu ignorarea celorlalte considerații definitive ale Consiliului privind necesitatea declarării ca subcontractant a verificatorilor de proiecte obligatorii și pe deplin aplicabile tuturor ofertanților din cadrul procedurii conform principiului nediscriminării și a tratamentului egal care guvernează legislația în materia achizițiilor publice.

Consiliul reține că, în etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu ar fi trebuit să declare conformă și câștigătoare oferta asocierii reprezentată de SC ...SA în baza unei evaluări parțiale și ci ar fi trebuit să respingă ca oferta asocierii, aplicând în mod identic considerentele deciziei CNSC nr. 2778/C1/2849, 2851 din 29.12.2022 care au condus la respingerea ofertei asocierii SC ... SRL – ...SRL CIVIL ENGINEERING – SC INFRANOVA SOLUTII TEHNICE ÎN ...TRUCTII SRL.

În ceea ce privește pretinsa incidență a Deciziei nr. 66/2018 invocată de autoritatea contractantă și intervenient, Consiliul reține următoarele prevederi legale din Codul de Procedură Civilă:

- art. 519: *„Dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective, este nouă și asupra acesteia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată”*:

- art. 521: *„(1) Asupra sesizării, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept se pronunță prin decizie, numai cu privire la chestiunea de drept supusă dezlegării.*

(2) Dispozițiile art. 517 alin. (3) se aplică în mod corespunzător.

(3) Dezlegarea dată problemelor de drept este obligatorie de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I, iar pentru instanța care a solicitat dezlegarea, de la data pronunțării deciziei.

(4) Dispozițiile art. 518 se aplică în mod corespunzător”;

- art. 518: *„Decizia în interesul legii își încetează aplicabilitatea la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept reprezintă un mecanism de asigurare a practicii unitare în aplicarea și interpretarea legii de către instanțele judecătorești (mecanism a cărui funcționare este similară cu întrebarea preliminară adresată Curții de Justiție a Uniunii Europene, prevăzută de art. 267 din tratatul privind funcționarea Uniunii Europene) prin care Înalta Curte de Casație și Justiție se pronunță asupra unei probleme de interpretare a unei norme juridice susceptibilă de interpretări diferite, care, odată aplicate în cauze concrete, ar genera practică neunitară.

Din analiza considerentelor Deciziei nr. 66/2018, Consiliul reține că, în cuprinsul acesteia, Înalta Curte de Casație și Justiție a interpretat prevederile art. 65, art. 104 alin. (3), art. 133 și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 forma în vigoare **la data sesizării** Curții care prevedeau, printre altele, la art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, obligația autorității contractante de a comunica ofertanților rezultatul finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la art. 65 alin. (1) și (2) din același act normativ.

Fiind comunicate ofertanților în temeiul art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, deciziile autorității contractante cu privire la rezultatul finalizării anumitor faze de evaluare puteau face obiectul contestațiilor formulate de respectivii operatori economici pentru ca, ulterior, să intre în circuitul civil.

Aceste prevederi ale art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016 au fost abrogate prin art. V pct. 45 din HG nr. 419/2018, situație în care sunt incidente prevederile art. 521 coroborat cu art. 518 Cpc care dispun faptul că „decizia în interesul legii își **încetează aplicabilitatea la data**

modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că Decizia nr. 66/2018 nu este aplicabilă procedurilor inițiate după intrarea în vigoare a HG nr. 419/2018 prin care au fost abrogate art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, respectiv după data publicării în Monitorul Oficial, Partea I nr. 496 din 18.06.2018.

Ori, întrucât procedura în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei a fost inițiată la data 20.04.2022 prin publicarea anunțului de participare nr. ..., și implicit cu mult după data încetării aplicabilității Deciziei nr. 66/2018, Consiliul urmează să respingă ca nefondate susținerile intervenientului și autorității contractante privind pretinsa aplicabilitate a acestei decizii.

Prin urmare, contrar susținerilor intervenientului, reevaluarea ofertei sale sub aspectul subcontractării activității de verificare a proiectului nu era doar permisă ci chiar **obligatorie** în prezenta procedură prin prisma prevederilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, din perspectiva asigurării respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (cu precădere principiile tratamentului egal și nediscriminării) deoarece nu este exclusă situația ca același motiv de neconformitate care nu a fost sesizat de către comisia de evaluare cu privire la oferta supusă analizei CNSC să se regăsească și în cazul altor oferte.

În cauza C 396/14, CJUE s-a pronunțat astfel:

„37 În această privință, trebuie amintit că principiul egalității de tratament și obligația de transparență au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă și constituie temeiul normelor Uniunii privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea în acest sens Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C 213/07, EU:C:2008:731, punctul 45 și jurisprudența citată).

38 Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții (Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, punctul 33)”.

Chiar dacă principiul legalității nu apare enumerat între principiile de la art. 2 din legea achizițiilor publice, acest principiu este statuat în

Codul Administrativ, motiv pentru care nu înseamnă că el nu ar fi aplicabil și cu ocazia derulării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, mai ales în contextul obligației de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă.

Pentru a se preveni o nouă evaluare greșită, respectiv o nouă încălcare a normelor legale, trebuie să îi fie permisă comisiei de evaluare verificarea completă a ofertelor rămase în competiție, indiferent de etapa la care s-a ajuns, inclusiv opțiunea de a resolicita clarificări, aspect care de altfel a făcut obiectul reevaluării ofertei asocierii, în cadrul procesului

verbal nr. 9/3535/10.03.2023 (pag. 66, vol. 2 din dosarul cauzei) consemnându-se solicitarea de clarificări privind îndeplinirea activității de verificare tehnică a documentațiilor tehnice.

Nu se poate declara o ofertă admisibilă și câștigătoare cunoscând faptul că ea nu respectă unele condiții asupra cărora există putere de lucru judecat, sub pretextul că nu se mai poate verifica îndeplinirea acelor condiții, deoarece țin de o etapă consumată sau nu au fost supuse contestației, în demersul anterior reevaluării.

În susținerea acestei concluzii, se are în vedere, în primul rând, faptul că legislația pe linie de achiziții publice nu instituie excepții de la regula revocabilității actelor administrative individuale, reglementată de dreptul comun, respectiv de Legea nr. 554/2004, deoarece raportul procedurii intră în circuitul civil și produce efecte juridice definitive (imposibil de corectat) abia după expirarea termenului de așteptare în vederea atacării lui și semnarea subsecventă a contractului de achiziție publică.

Până la semnarea contractului, raportul procedurii de atribuire, presupunând că a intrat în circuitul civil, nu a produs efecte juridice de natură a împiedica autoritatea emitentă de la revocarea lui, dacă este afectat de o cauză de nelegalitate/netemeinicie.

Scopul declarat textual al Legii nr. 101/2016 îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, iar o asemenea garantare nu înseamnă, în niciun caz, a ignora încălcări ale legii sub pretextul că autoritatea a depășit o anumită etapă în evaluarea ofertelor.

Totodată, din dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 101/2016 (măsurile de remediere sunt acele măsuri adoptate de autoritate, în urma primirii unei contestații, cu scopul de a corecta o decizie adoptată în cadrul procedurii de atribuire) s-ar putea concluziona în sensul opțiunii autorității contractante de a își corecta propriile acte dacă este sesizată în privința netemeinicie/inelegalității lor fie printr-o notificare, fie direct printr-o contestație, fie în cadrul unui control ex-ante sau de alt tip.

Mai mult, autoritatea contractantă are opțiunea de a-și anula un act, sau chiar întreaga procedură, și din oficiu, în absența notificării sau contestației vreunei persoane vătămate, în ipoteza în care, în derularea procedurii, ...ată că a încălcat prevederi legale a căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/procedurii de atribuire (dovadă în acest sens fiind dispozițiile art. 212 din legea achizițiilor publice), primând principiul legalității derulării procedurii (cu riscul de a parcurge din nou etapele viciate). Este evident că cine își poate anula întreaga

competiție își poate anula un singur act al acesteia, cum este actul de evaluare a ofertelor - acela care poate mai mult poate și mai puțin (***qui potest plus potest minus***).

În plus, în materia achizițiilor publice, care ține de dreptul administrativ, de interesul public și de imperativul legalității, opțiunea autorității de a își revizui și remedia propriile acte, chiar și din oficiu, există oricând până la momentul finalizării achiziției prin semnarea contractului. Așadar, și din această perspectivă, autoritatea este în drept

să își revizuiască actele atacate sau nu și să procedeze la reexaminarea legalității situației consemnate în acestea.

Pe cale de consecință, nici Consiliul și nici instanța nu pot să interzică autorității contractante reevaluarea totală legală a calificării ofertantului și a conformității ofertei sale, întrucât ar însemna să interzică autorității să își îndeplinească obligațiile pe care i le atribuie legislația pe linie de achiziții publice și pentru care ea răspunde.

Ar însemna ca autoritatea să nu poată respinge o ofertă inacceptabilă sau neconformă pe motivele întemeiate și legale pe care a ajuns să le cunoască ulterior primei evaluări pentru simplul motiv că o nouă evaluare nu îndreptățește autoritatea să își corecteze greșelile din etapele anterioare, ceea ce este flagrant contrar legalității procedurii de atribuire și scopului legii remediilor.

Nu se poate concepe ca o ofertă care trebuie respinsă - din cauze identificate ulterior, prima evaluare fiind neglijentă - să fie admisă și, eventual, desemnată câștigătoare doar pentru că îi este interzis autorității să își revoce evaluările anterioare. Tocmai autorității îi revine responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse, situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal.

Mai mult, în condițiile în care, cu ocazia contestației formulate, s-a stabilit că procesul de evaluare nu a fost unul corect, autoritatea contractantă are obligația de a relua acest proces de evaluare cu privire la toate aspectele, inclusiv cele ce nu au format obiect al demersului anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în Decizia nr. 559/11.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 708/2/2021 și Decizia nr. 893/2021 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara în dosarul nr. 1000/59/2021 iar considerentele cu privire la inaplicabilitatea Deciziei nr. 66/2018 în cazul procedurilor inițiate după intrarea în vigoare a HG nr. 419/2018 prin care au fost abrogate art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, respectiv după data publicării în Monitorul Oficial, Partea I nr. 496 din 18.06.2018 se regăsesc și în Hotărârea nr. 1442/22.06.2021 pronunțată de către Curtea de Apel în dosarul nr. 3349/2/2021.

Este adevărat că analiza efectuată de către Consiliul și, în consecință, argumentația expusă în motivarea deciziei anterioare au vizat doar anumite oferte, însă niciunde în cuprinsul deciziei Consiliul nu a limitat întinderea măsurii de remedii a reevaluării ofertelor. Cele statuate de Consiliul în decizia sa au fost circumscrise aspectelor în

divergență cu care a fost sesizat și, prin urmare, era firesc ca în cuprinsul deciziei să nu se facă referire la orice neconformitate sau abatere a altor oferte în contextul în care ea nu i-a fost supusă analizei. Faptul că reevaluarea și-a avut la origine una sau mai multe deficiențe de la lege, reținute de Consiliul în decizie, nu presupune „*ipso facto*” că autorității i-ar fi interzisă o reevaluare atentă și completă a ofertelor operatorilor implicați. Dimpotrivă, pentru a se preveni o nouă evaluare greșită, respectiv o nouă încălcare a normelor legale, îi era obligatorie

comisiei responsabile desemnată de către autoritate verificarea completă a ofertelor rămase în competiție.

Cum CNSC nu a interzis evaluarea totală a respectivei oferte, autorității contractante nu numai că îi era permisă, ci îi era chiar impusă de lege. Nu se putea declara o ofertă admisibilă și ulterior câștigătoare știindu-se că ea nu respectă unele condiții asupra cărora exista la acea dată o decizie definitivă și irevocabilă, sub pretextul că nu s-ar mai putea verifica acele condiții.

Trebuie subliniat faptul că nici nu intră în competența Consiliului să interzică autorității contractante reevaluarea unei oferte, întrucât ar însemna să interzică autorității să își îndeplinească obligațiile pe care i le atribuie legislația pe linie de achiziții publice și pentru care ea răspunde (ar însemna ca autoritatea să nu poată respinge o ofertă inacceptabilă sau neconformă pe motivele întemeiate și legale pe care le cunoaște doar sub pretextul că ele nu au fost examinate de instanță/ Consiliul, care ar ajunge să i se substituie astfel în atribuții autorității).

Revine autorității contractante responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse (inacceptabilă sau neconformă), situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal (cât și a funcționarilor săi vinovați).

În concluzie, este eronată părerea pe care o exprimă intervenientul, în sensul că autorității îi era interzisă reevaluarea ofertei sale sub aspectul subcontractării verificatorilor.

Pe de altă parte, nu trebuie omis faptul că CNSC a anulat în întregime raportul procedurii de atribuire și a dispus întocmirea unui nou, ceea ce însemna pentru autoritate ca membrii comisiei de evaluare să își reverifice concluziile asumate prin partea de raport (anulat), astfel încât să fie convinși că noul raport pe care îl vor semna corespunde în toate privințele realității factuale și literei legii, nefiind cenzurată voința membrilor comisiei de evaluare de a reverifica temeinic și cu atenție ofertele, astfel încât să elimine orice risc de a săvârși o greșeală în etapa de reevaluare a ofertelor.

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia. Pe de altă parte, dacă nu ar fi pe deplin convinsă de admisibilitatea ofertei sau, chiar, știind că oferta nu este admisibilă, autoritatea nu ar reanaliza-o în amănunt, ci s-ar mărgini să se bazeze pe o veche evaluare, atunci nu numai că nu și-ar respecta propriile obligații și ar comite o neglijență în serviciu, ci ar

putea fi suspectată/acuzată de favorizarea ofertantului respectiv, cu eventuale implicații în planul dreptului penal.

Prin urmare, în etapa de reevaluare, autoritatea contractantă trebuie să reverifice în integrum și cu maximă rigurozitate toate ofertele, astfel încât să se asigure că nu i-a scăpat neverificat niciun element dintre cele prestabilite. Orice alt comportament, manifestat de autoritate din motive de ignoranță, de neștiință sau de rea-intenție, încalcă atât principiul legalității actelor administrației publice, cât și principiul precauției administrației publice.

Declararea drept admisibilă a unei oferte în contextul în care ea nu îndeplinește toate condițiile pentru a fi considerată admisibilă conduce, evident, și la încălcarea prevederilor privind principiul tratamentului egal și al nediscriminării în procedura achizițiilor publice [art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016].

Deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante în etapa de reevaluare, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine, altfel consecința semnării contractului cu o societate a cărei ofertă este necorespunzătoare fiind deosebit de gravă.

Sub o altă perspectivă, autoritatea contractantă are opțiunea de a își anula un act, sau chiar întreaga procedură, în ipoteza în care, în derularea acesteia, constată că a încălcat prevederi legale a căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/procedurii de atribuire. Privită prin prisma imperativului restabilirii legalității actelor sau procedurii în ansamblu, opțiunea remedierii apare ca fiind una firească, iar datorită facilității ei este preferabilă aceleia a anulării actelor/procedurii pe calea contencioasă a purtării unui proces la Consiliul sau/și la instanța de judecată.

Raționamentul anterior este subliniat de însuși caracterul de act administrativ deținut de un contract de achiziție publică dar și de actele premergătoare acestuia, consacrat la art. 2 alin. (1) lit. c) și la art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care asigură emitentului lor (autoritatea contractantă din procedura de atribuire), dreptul de a le revoca, în condițiile prevăzute la art. 1 alin. (6) din aceeași lege, dispozițiile de drept comun completând prevederile Legii nr. 98/2016, conform art. 231 din aceasta.

În materia achizițiilor publice opțiunea autorității de a își revizui și remedia propriile acte, chiar și din oficiu, există oricând până la momentul finalizării achiziției prin semnarea contractului. Așadar, și din această perspectivă, în speță, autoritatea era îndrituită să își revizuiască actele și să procedeze la reexaminarea legalității situației consemnate în acestea, înainte ca ele să intre în circuitul civil, respectiv înainte să producă efecte ce nu ar mai putea fi răsturnate de către părți.

Nu este de neglijat faptul că erori minore într-o primă etapă de evaluare, remediate facil urmare a deciziei CNSC, pot să mascheze abateri grave de la prevederile legale. Urmând acest raționament, s-ar putea ajunge, cu titlu de exemplu, la situația absurdă în care autoritatea contractantă ar putea respinge o ofertă pentru motive superficiale iar, ulterior, să o desemneze câștigătoare fără ca instanța sau Consiliul să aibă posibilitatea reală de a verifica (ne)îndeplinirea cerințelor impuse prin documentația de atribuire deși neregulile ar fi corect motivate și probate de către contestator iar actele emise de autoritatea contractantă

sunt diferite. Chiar dacă principiul legalității nu apare enumerat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 printre principii, nu înseamnă că el nu ar fi aplicabil și cu ocazia derulării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, mai ales în contextul obligației de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, solicitarea intervenientului de respingere a contestației pentru simplul motiv că omisiunea subcontractării verficatorilor din oferta sa nu făcut anterior obiectul unei alte contestații nu poate fi

reținută, fiind de natură să încalce principiile tratamentului egal și nediscriminării raportat la oferta asocierii SC ... SRL – ...SRL .. SRL care și-a pierdut statutul de ofertă desemnată câștigătoare din pricina omisiunii de a subcontracta activitatea de verificare, precum și dreptul constituțional al contestatorului la un proces echitabil împotriva modalității de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare.

Or, ignorând temeinicia și opozabilitatea deciziei Consiliului („erga omnes”) cu privire la necesitatea declarării ca subcontractant a verificatorilor de proiecte, autoritatea contractantă a acceptat și achiesat la justificarea asocierii câștigătoare, conform căreia această cerință nu îi este opozabilă și nu trebuie îndeplinită deoarece modalitatea de asigurare a verificatorilor de proiecte este o obligație a viitorului prestator. Nu se poate declara o ofertă admisibilă și câștigătoare cunoscând faptul că ea nu respectă unele condiții impuse în documentația de atribuire și asupra căroră Consiliul s-a pronunțat definitiv și irevocabil sub pretextul că aceste cerințe nu sunt opozabile și asocierii câștigătoare deoarece nu au făcut obiectul contestației formulate de aceasta, raționamentul anterior regăsindu-se și în Decizia nr. 42/R-CONT/21.01.2021 pronunțată de Curtea de Apel Pitești în dosarul nr. 7/46/2021 și Decizia nr. 559/11.03.2021 pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 708/2/2021.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul...tată că activitatea comisiei de evaluare nu s-a desfășurat în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei depusă de asocieria formată din SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL este fondată, urmând să fie admisă.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestatorul SC SRL cu privire la modalitatea pretins nelegală de evaluare a ofertei asocierii formată din SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat comportamentul superficial și nelegal al autorității contractante în etapa de reevaluare a respectivei oferte.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA iar, pe cale de consecință, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de asocieria SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la

reevaluarea ofertei asocierii SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL cu respectarea întocmai a Deciziei Consiliului nr. 2778/C1/2849,2851/29.12.2022 privind îndeplinirea activității de verificare tehnică a documentațiilor tehnice, a documentației de atribuire, prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA iar, pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de asocieria SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC ...SA - SC ...SRL – SC ...SRL – SC ...SRL cu respectarea întocmai a Deciziei Consiliului nr. 2778/C1/2849,2851/29.12.2022 privind îndeplinirea activității de verificare tehnică a documentațiilor tehnice, a documentației de atribuire, prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține ... (....) pagini