



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsr.ro

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

DECIZIE

Nr. .../ ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul administrator ... și convențional de domnul avocat ..., cu sediul profesional ..., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de reabilitare a pavilionului E - magazie materiale periculoase, din ..., cod CPV 45000000-7, cu data-limită de depunere a ofertelor ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea atribuirii contractului către asocieria SC ... SRL - SC ... SRL și obligarea autorității la reevaluarea acestei oferte și la plata cheltuielilor de soluționare a contestației.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul asociat SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante ... de declara câștigătoare oferta depusă de către asocieria SC ... SRL - SC ... SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând

în motivare că autoritatea a analizat cu superficialitate oferta declarată câștigătoare.

Prin fișa de date a achiziției, cap. III.1.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, s-a impus următoarea cerință de calificare: „Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare și după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.”

Totodată, în caietul de sarcini, cap. „Obiect 9 - Drumuri de acces și platforme”, s-a precizat:

În cadrul obiectivului de investiție se vor reface drumurile și platforma aferentă pavilionului E și se vor realiza două platforme de evacuare materiale periculoase și de întoarcere.

Drumurile din cazarmă se vor pietrua pe o lungime de aproximativ 575,00 m. Acestea își vor păstra lățimea existentă.

În apropierea magaziei se va amenaja o platformă de întoarcere cu o suprafață de aproximativ 190,00 mp.

Structura rutieră propusă pentru drumuri, platforma de evacuare și platforma de întoarcere este următoarea:

- 10 cm strat de uzură din macadam;
- 20 cm strat de bază din piatră spartă;
- 25 cm strat de fundație din balast;
- geocompozit.

Platforma din fața pavilionului se va reface cu următoarea stratificație:

- 20 cm strat de uzură BcR3.5;
- 15 cm strat de bază din piatră spartă;
- 20 cm strat de fundație din balast;
- geocompozit.

Suprafața platformei betonate este de aproximativ 228,00 mp. Platforma este prevăzută cu pante pentru scurgerea apelor meteorice către rigola prefabricată acoperită situată la intersecția acesteia cu drumul de acces.

Conform HG 766/1997, categoria de importanță a drumurilor și platformelor ce fac obiectul prezentei documentații este categoria de importanță C - normală.

Unul dintre obiectivele investiției este refacerea drumului și a platformei aferente pavilionului E, drum având o lungime de 575 m, încadrat, conform Hotărârii Guvernului nr. 766/1997, în categoria de importanță C. Astfel, cerința de calificare din fișa de date trebuia îndeplinită și prin prisma obiectivului de investiții nr. 9 - refacerea drumurilor și a platformei aferente pavilionului E, însemnând că ofertanții trebuiau să prezinte certificat constatator din care să rezulte că dețin codul CAEN 4211 - Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor în obiectul de activitate, respectiv că acesta e autorizat, în baza art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004.

SC ... SRL are atribuții de executare a tuturor lucrărilor care fac obiectul contractului, iar SC ... SRL are atribuții de prestare a serviciilor de proiectare. Din certificatul constatator al SC ... SRL rezultă că nu deține codul CAEN 4211 și că acest obiect de activitate nu este autorizat pentru a fi desfășurat la terți.

În plus, din cerințele caietului de sarcini rezultă că obiectivele 2 și 4 ale investiției presupun executarea de lucrări electrice, lucrări care, potrivit Ordinului președintelui Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE) nr. 59/02.08.2013 și a legislației în domeniu se execută numai cu operatori economici care dețin atestat ANRE. Astfel, cerința de calificare trebuia îndeplinită și prin prisma activității de executarea a lucrărilor electrice.

Asocierea nu îndeplinește nici cerința experienței similare constând în maximum trei contracte cu valoarea cumulată de minimum 3.700.000 lei, având ca obiect lucrări de construcții civile categoria C sau o categorie superioară. Asocierea declarată câștigătoare a prezentat următoarele contracte:

- nr. ..., având ca obiect „reparații interioare construcții, reparații instalație electrică, sanitară și termică”, valoare 1.534.310,24 lei, la care se adaugă TVA;

- nr. ..., având ca obiect „reparații rețea alimentare cu apă și rețea termică”, valoare 970.478,56 lei, la care se adaugă TVA;

- nr. ..., având ca obiect „pavilion multifuncțional Bistrița”, valoare 1.280.882 lei, la care se adaugă TVA.

Pentru niciunul dintre aceste contracte nu a fost făcută dovada că respectivele construcții civile fac parte din categoria C sau superioară.

Doar contractul de lucrări ... poate fi apreciat ca fiind similar cu cel ce face obiectul prezentei proceduri.

Lucrările de „reparații interioare construcții, reparații instalație electrică, sanitară și termică”, respectiv lucrările de „reparații rețea alimentare cu apă și rețea termică” nu reprezintă lucrări de consolidare construcții civile și instalații aferente în construcții, între noțiunile de consolidare și reparații existând diferențe semnificative prin prisma complexității activităților desfășurate.

Prin urmare, în contextul în care lucrările de reparații nu sunt similare cu cele ce fac obiectul prezentei proceduri, asocierea SC ... SRL - SC ... SRL a făcut dovada că are experiență similară în valoare de 1.280.882 lei, nicidecum de 3.700.000 lei, cum s-a solicitat în documentația de atribuire.

SC ... SRL nu a prezentat înscrisuri precum „recomandări/certificări de bună execuție/documente privind modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale emise de beneficiar”, acestea fiind solicitate distinct, prin documentația de atribuire, față de „documente de recepție a lucrărilor sau alte documente/certificate emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar prin care se confirmă recepția lucrărilor”.

Situația este similară și pentru experiența similară în proiectare.

Aceste aspecte ar fi trebuit să conducă la respingerea ofertei asocierii.

În caietul de sarcini, cap. 7 - „Modul de întocmire și prezentare a ofertei”, s-a prevăzut:

Prezentarea documentației aferente propunerii tehnice va conține obligatoriu următoarele:

[...] 6. Lista personalului calificat, cu experiența în domeniul profesional aferent proiectării și execuției lucrărilor, prezentat pentru derularea investiției va conține:

[...] șef șantier

[...] inginer executant specialitatea construcții civile, industriale și agricole [...]

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

a) Tabelul privind dovada experienței în domeniul aferent fiecărei specialități (nr. crt., denumire proiect executat sau lucrare executată, specialitatea și perioada executării serviciilor/lucrărilor);

b) Acte doveditoare, calificări, autorizații, atestate etc, copie conform cu originalul, semnată și ștampilată de ofertant.

Pentru „șef șantier”, respectiv „inginer executant specialitatea construcții civile, industriale și agricole”, asocierea a propus o persoană care nu are calificarea legală (echivalent inginer diplomat CCIA) pentru a desfășura activitățile contractului.

Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL nu justifică prețul neobișnuit de scăzut pentru cap. 4.5. - „Dotări”. A prezentat o propunere financiară în sumă de 3.263.040,50 lei, la care se adaugă TVA, reprezentând 79,3% din valoarea estimată a procedurii, ceea ce ar fi trebuit să atragă o verificare din partea comisiei. Chiar dacă legea în materia achizițiilor publice nu mai prevede un prag de la care se prezumă că oferta prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut, comisiei de evaluare îi incumbă obligația de depune un minimum de diligență pentru a se asigura că ofertantul declarat câștigător își poate îndeplini toate obligațiile contractuale în prețul ofertat.

Potrivit caietului de sarcini, dotările care trebuiau oferite pentru obiectivul 4 – „Realizare centrală termică” sunt:

- Stingător cu pulbere și CO₂ tip P9: 1 bucată;
- Stingător cu pulbere tip P6 cu pulberi stingătoare ABC: 1 bucată;
- Pichet PSI complet echipat (panou, rola furtun tip C cu racorduri legate 20 ml-6 bucăți, cange cu coada 2 bucăți, lopata PSI 2 bucăți, topor, târnăcop 2 bucăți, lada cu nisip - 2 bucăți).

iar pentru obiectivul 2 – „Reabilitare și modernizare pavilion C5” sunt:

- Grătar din lemn: 4 bucăți;
- Curățitoare din metal: 4 bucăți.
- Bazin din fibră de sticlă 1 m³-2 bucăți;
- Stingător portativ cu pulbere presurizat permanent, tip P6- 3 bucăți;
- Stingător portativ cu pulbere presurizat permanent, tip P9- 2 bucăți;
- Stingător portativ cu pulbere presurizat permanent, tip PI2-1 bucată;
- Hidrant portativ - 1 bucată;
- Țeavă refulare tip C cu robinet -1 bucată;
- Pichet PSI complet echipat (panou, rola furtun tip C cu racorduri legate 20 ml-6 bucăți, cange cu coada 2 bucăți, lopata PSI 2 bucăți, topor, târnăcop 2 bucăți, lada cu nisip-2 bucăți).

Analizând comparativ dotările pentru cele două obiective se poate constata că obiectivul 2 cuprinde toate dotările celui alt plus următoarele, cu preț semnificativ:

- Grătar din lemn: 4 bucăți;
- Curățitoare din metal: 4 bucăți.
- Bazin din fibra de sticlă 1 m³- 2 bucăți;
- Stingător portativ cu pulbere presurizat permanent, tip P6- 2 bucăți;
- Stingător portativ cu pulbere presurizat permanent, tip P9-1 bucăți;
- Stingător portativ cu pulbere presurizat permanent, tip PI2-1 bucată;
- Hidrant portativ - 1 bucată;
- Țeava refulare tip C cu robinet -1 bucată.

Pentru obiectivul 4, asocierea a oferit un preț de 2.000 lei, iar pentru C5 3.000 lei, rezultând o diferență de 1.000 lei, care trebuie să acopere costurile cu toate echipamentele enumerate la paragraful anterior. Diferența nu acoperă nici măcar achiziția celor două bazine din fibră de sticlă cu volumul de 1 m³, ceea ce demonstrează că ofertantul declarat câștigător nu poate justifica prețurile unitare oferite, acestea fiind stabilite în mod arbitrar, fără a avea oferte de preț ferme.

Conchizând, comisia de evaluare avea obligația de a solicita, în temeiul art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, justificarea prețurilor unitare cel puțin pentru articolele care fac obiectul capitolul 4.5 – „Dotări”, respectiv să solicite prezentarea de oferte de preț care să demonstreze modul de determinare a prețurilor unitare.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă invocă absența constituirii cauțiunii anterior formulării contestației și susține în apărare că întreaga contestație se bazează pe o minciună. În cadrul procesului de evaluare, autoritatea a respectat cerințele impuse prin documentația de atribuire.

În modelul fișei de date a achiziției, versiunea decembrie 2016, emis de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice, referitor la cerința privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, se specifică următoarele:

- Formularea cerinței/condiției nu trebuie să afecteze competiția, ci doar să facă trimitere la corespondența dintre capacitatea de exercitare profesională și obiectul principal al contractului, *fără a se impune anumite coduri CAEN* și fără a limita la codurile CPV atașate obiectului de contract; Scopul cerinței este de a confirma că ofertantul nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii sale precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

- Dacă se impune avizarea/atestarea/autorizarea operatorului economic, aceasta trebuie să fie *în relație directă cu obiectul principal al contractului*/relevantă scopului urmărit prin încheierea contractului de achiziție publică.

Autoritatea nu a impus un anumit cod CAEN, iar evaluarea ofertelor a fost efectuată în concordanță cu codul CAEN ce se identifică cu obiectul principal al contractului, cum a fost încadrat și cod CPV principal, și anume „lucrări de construcții”.

Dacă, prin documentația de atribuire, s-ar fi solicitat încadrarea în codul CAEN 4211 - Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor, ofertantul ar fi avut posibilitatea de a respecta cerința prin subcontractantul SC ... SRL, care în certificatul „ONRC” este autorizat pe codul CAEN 4211.

Jurisprudența invocată de către contestatoare este desuetă la momentul de față.

Capacitatea de executare a lucrărilor de instalații electrice a fost evaluată astfel încât să se constate dacă operatorul economic, împreună cu asociații și subcontractanții declarați, pot sau nu să execute lucrările. Comisia de evaluare a luat în considerare acordul de subcontractare nr. ..., încheiat cu SC ... SRL, în care se menționează că lucrările de instalații electrice C1A și C2A se vor executa de către subcontractant, în baza atestatelor și autorizațiilor „ANRE”.

Neconcordanța dintre centralizatorul cu lucrările executate și acordul de subcontractare poate fi considerată cel mult un viciu de formă, nefiind susceptibil de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți, urmând ca valorile finale exacte și repartizarea acestora pe capitole și subcapitole de cheltuieli să fie stabilite în urma devizului general aferent proiectului tehnic.

Asocierea a demonstrat experiența similară prin depunerea a trei contracte:

- contract de lucrări ..., având ca obiect executare pavilion multifuncțional Bistrița, cu o valoare de 1.280.882 lei;

- contract de lucrări ..., având ca obiect reparații interioare construcții, reparații instalație electrică, sanitară și termică, cu o valoare de 1.534.310,24 lei;

- contract de lucrări ..., având ca obiect reparații rețea alimentare cu apă și rețea termică, cu o valoare de 970.478,56 lei.

Autoritatea a definit lucrările similare astfel *„execuție lucrări de construcții civile categoria C sau o categorie superioară, lucrări de consolidare construcții civile și instalații aferente în construcții”*.

Contractul nr. ... cuprinde lucrări de reparații la pavilionul A din căminul de garnizoană Bistrița, cu regim de înălțime P+4E, care se încadrează în categoria de importanță C - Construcții de importanță normală.

Contractul nr. ... are ca obiect execuția lucrărilor de instalații - rețea alimentare cu apă și termică, lucrări care se regăsesc și în obiectul contractului în cauză, respectând și cerința din fișa de date privind experiența similară - *„instalații aferente în construcții”*.

Având în vedere cele de mai sus, precum și definiția similarității dată de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice (*„similaritatea activităților într-o manieră obiectivă, care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate*

comparabilă cu cele ce fac obiectul contractului, cu încadrarea într-o descriere mai generală, sub principiul „cine poate mult poate și mai puțin”) rezultă că asocierea îndeplinește cerințele minime de calificare privind experiența similară.

Privind experiența similară în servicii proiectare, câștigătoarea a depus două contracte:

- contract servicii de proiectare și asistență tehnică pentru obiectivul „Reabilitare și modernizare ...” nr. ..., cu valoarea de 134.000 lei, având anexate procese-verbale de predare-primire a proiectului tehnic și borderouri documente predate;

- contract de servicii de proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul „Construire ...” nr. 49/18.02.2019, cu valoarea de 1.645.174 lei, din care proiectare 60.000 lei, la care se adaugă 5.000 lei asistență pe timpul desfășurării lucrărilor, cu anexe acordul de asociere, proces-verbal de recepție a serviciilor.

Cele două contracte însumate depășesc cu 60.000 lei valoarea solicitată ca experiență similară.

Legat de personalul propus de asociere, aceasta a prezentat tabelul privind dovada experienței în domeniul aferent fiecărei specialități. Astfel, la pozițiile 6 și 14 a nominalizat:

- pentru poziția de șef șantier a fost nominalizat domnul ...;
- pentru inginer executant specialitatea construcții civile, industriale și agricole a fost nominalizată doamna inginer

Pentru persoanele nominalizate, în cadrul tabelului sunt trecute contractele care atestă experiența similară și perioada contractuală. De asemenea, pentru fiecare persoană, ofertantul a transmis actele doveditoare care atestă calificarea profesională.

Referitor la prețul pentru cap. 4.5 - „Dotări”, în cadrul procesului-verbal de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare a avut în vedere indicii tehnico-economici aferenți studiului de fezabilitate nr. ..., efectuat de către ..., avizat și aprobat în ședința „CTE” din data de

Astfel, în cadrul devizului general aferent investiției, inginerul proiectului a stabilit următoarele valori pentru cap. 4.5 - „Dotări”:

- valoarea aferentă subcap. 4.5.1 „Obiect 2 – Reabilitare și modernizare Pavilion C5 – Magazie materiale periculoase” este de 3.500 lei, fără TVA;

- valoarea aferentă subcap. 4.5.2 „Obiect 4 – Realizare centrală termică” este de 2.500 lei, fără TVA.

Având în vedere, valorile propunerii financiare ale ofertantului declarat câștigător, pentru cap. 4.5 „Dotări”, aferente obiectului 2 - respectiv 3.000 lei și obiectului 4 - respectiv 2.000 lei și valorile din cadrul devizului general aprobat, comisia de evaluare nu a considerat că valorile se încadrează în categoria „prețului neobișnuit de scăzut”.

Totodată, luându-se în considerare că procedura presupune atribuirea unui contract de proiectare și execuție lucrări, prețurile unitare finale vor rezulta în urma devizului general aferent proiectului tehnic.

Autoritate consideră corectă hotărârea luată în cadrul raportului procedurii și solicită respingerea contestației, ca netemeinică.

Ulterior studierii documentelor dosarului cauzei, reclamanta a înaintat Consiliului concluziile scrise nr. ..., în care dezvoltă unele motive ale contestației și răspunde apărărilor din punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă. În legătură cu motivele de contestare noi (subcontractantul SC ... SRL nu este autorizat în conformitate cu art. 15 din Legea nr. 359/2004 să desfășoare lucrările de proiectare și execuție instalații electrice C1A și C2A; suspiciunea că, în contractul nr. ..., serviciile nu au fost prestate; diploma emisă de ... nu are serie, număr sau orice alt element de identificare și nu rezultă din cuprinsul ei calificarea impusă prin documentația de atribuire), pe care societatea le aduce prin concluziile sale scrise, ele se vădesc a fi inadmisibile, nefiind supuse în prealabil discuției cu autoritatea contractantă prin intermediul contestației. În același sens este și art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune expres că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ..., a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de servicii de întocmire proiect tehnic cu detalii de execuție, documentații tehnice pentru obținerea avizelor inclusiv obținerea acestora, proiect pentru autorizația de construire, proiect de organizare a execuției lucrărilor, scenariu de securitate la incendiu, verificare proiect tehnic conform Legii nr. 10/ 1995 pentru cerințele esențiale pe specialități, asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada derulării contractului și execuția lucrărilor de reabilitare a pavilionului E - magazie materiale periculoase din ..., achiziție estimată valoric la 4.114.454,48 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 29.09.2020, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat trei asocieri de operatori economici, între care și asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, a cărei ofertă a fost admisă și declarată câștigătoare. Împotriva acestui

rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC ... SRL, membră a asocierii concurente clasate pe locul secund, a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP la 12 și 19.10.2020, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea SC ... SRL - SC ... SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016. „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevante în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare

pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se

abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. ..., rezultat comunicat competitorilor la La ..., SC ... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației în măsura în care nu s-a depus dovada constituirii cauțiunii în prealabil formulării contestației, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Față de această apărare, forul administrativ de jurisdicție observă și notează că reclamanta a furnizat dovada constituirii cauțiunii, respectiv originalul recipisei de

consemnare nr. ..., emisă de ..., pentru suma de 82.289,09 lei, în acord cu temeiul de drept invocat. Recipisa de consemnare a fost înregistrată în registrul de evidență al Consiliului la poziția Cauțiunea trebuie constituită în maximum cinci zile de la data sesizării Consiliului, iar nu în prealabil formulării contestației, cum eronat apreciază autoritatea achizitoare. În consecință, obiecțiunea vizavi de absența cauțiunii în termen este lipsită de fundament.

Intrând în cercetarea fondului cauzei, relativ la necesitatea deținerii de către asociere a codului CAEN 4211 - *Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor* în obiectul de activitate, respectiv autorizării acestuia în baza art. 5 alin. (1) din Legea nr. 359/2004, Consiliul se va raporta la cerința invocată din fișa de date a achiziției, pct. III.1.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*:

Operatorii economici ce depun ofertă trebuie **să dovedească** o formă de înregistrare și după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii **precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului**.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv pentru asociat/terț susținător/subcontractant), cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, Certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului, sau, în cazul ofertanților străini, documentele echivalente emise în țara de rezidență, urmează să fie prezentate doar la solicitarea autorității contractante, de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 196 din Legea nr. 98/2016.

Atenție: informațiile din Certificatul constatator/documentele echivalente emise în țara de rezidență, trebuie să fie reale/valide la data prezentării.

Operatorul economic este definit de legea achizițiilor publice ca fiind orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care *oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții*, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități. În consecință, se poate aprecia că ține de esența noțiunii de operator economic, în lumina legislației achizițiilor publice, dreptul acestuia de a furniza produse, presta servicii și/sau executa lucrări în mod licit.

Percepția Agenției Naționale pentru Achiziții Publice este că absența codului CAEN/neautorizarea activității aferente lui *constituie motiv legitim de respingere a ofertei*, întrucât, din această cauză, ofertantul nu poate furniza produse, presta servicii și/sau executa lucrări în mod licit pe piață, sens în care sunt elocvente următoarele abordări din:

- speța nr. 1026
(<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/153/1026>):

Pentru desfășurarea activității economice în România, persoanele fizice/juridice au obligația să ceară înmatricularea/înregistrarea în registrul comerțului și autorizarea funcționării conform procedurilor reglementate de Legea nr. 26/1990 și respectiv Legea nr. 359/2004. Astfel, pentru derularea activității, persoanele fizice/juridice au obligația de a autoriza activitățile pe care le vor desfășura, după caz, la sediul social/profesional, la sediile secundare (punctele de lucru) și/sau în afara acestora (la terți).

Autorizarea activității/activităților se poate realiza odată cu înmatricularea/înregistrarea în registrul comerțului sau ulterior la îndeplinirea condițiilor de funcționare pentru activitatea/activitățile în cauză, după autorizarea activității/activităților fiind eliberat certificatul constatator privind activitatea/activitățile respective și locul unde aceasta/acestea va/vor fi desfășurate.

Pentru a executa contractul de achiziție publică în condiții de legalitate este necesar ca operatorul economic să fie autorizat astfel încât să aibă dreptul să furnizeze/presteze/execute produsele/serviciile/lucrările care fac obiectul contractului de achiziție.

Asfel, obligația privind autorizarea activității reiese din prevederile legale privind autorizarea funcționării operatorului economic, respectiv art. 15 din Legea nr. 359/2004, iar activitățile autorizate reies din mențiunile aferente Certificatul constatator emis de ONRC.

Prin urmare, considerăm ca fiind obligatoriu ca activitățile autorizate să reiasă din mențiunile Certificatul constatator emis de ONRC și nu doar din Actul constitutiv al societății.

Cu privire la termenul limită până la care ofertantul trebuie să facă dovada că are autorizat codul CAEN necesar derulării activității din contract, potrivit prevederilor art. 196 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați”.

Prin urmare, oricând pe parcursul derulării procedurii de evaluare a ofertelor, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii, operatorii economici trebuie să poată demonstra cerințele asumate prin completarea DUAЕ depus odată cu oferta de participare.

- speța nr. 943 (<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/145/943>):

Asfel, în speța de față, în care operatorul economic nu are inclus în obiectul de activitate codul CAEN corespunzător serviciilor de catering, acesta nu dispune de capacitatea de exercitare a activității profesionale respective, prin urmare acest aspect nu ar putea face obiectul susținerii acordate de un terț.

În acest sens, precizăm că, potrivit art. 1 lit. a) din Legea nr. 12/1990, efectuarea de activități de producție, comerț sau prestări de servicii, după caz, fără îndeplinirea condițiilor stabilite prin lege reprezintă activități de producție, comerț sau prestări de servicii ilicite și constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat, între altele:

- Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404:

35. Prin intermediul celei de a doua întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic din procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării,

de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente

acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi,

precum și din mecanismul de acoperire a lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate.

36. În această privință, trebuie amintit, pe de o parte, că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie

2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

37. Curtea a statuat de asemenea că principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poată cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților (a se vedea în acest sens Hotărârea din 9 februarie 2006, *La Cascina* și

alții, C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94, punctul 32).

[...]

40. Reiese din dosarul prezentat Curții că documentele referitoare la procedura de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal nu prevedeau în mod expres obligația ofertanților, sub sancțiunea excluderii din această procedură, de a achita o contribuție către AVCP.

41. După cum subliniază instanța de trimitere, existența acestei obligații s-ar

deduce din interpretarea extensivă a Legii nr. 266/2005 efectuată de AVCP și din jurisprudența administrativă națională. Instanța precizează că AVCP consideră că lipsa plății contribuției determină excluderea ofertantului din procedura de atribuire cu caracter public, indiferent de tipul de contract care face obiectul cererii de ofertă. Această instanță arată de asemenea că reiese din jurisprudența administrativă națională că o întreprindere poate fi exclusă de la o procedură de cerere de ofertă publică dacă nu face dovada că îndeplinește o condiție care nu este impusă în mod expres de reglementarea cererii de ofertă, în cazul în care caracterul necesar al acestei condiții decurge din „mecanismul de acoperire automată a lacunelor actelor administrative”.

[...]

2). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri

sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor

documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate. În aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului de a permite operatorului economic să își remedieze

situația și să îndeplinească obligația menționată într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.

- Hotărârea din 2 mai 2019, Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350:

18. Prin intermediul întrebării preliminare, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă principiile securității juridice, egalității de tratament și transparenței, prevăzute de Directiva 2014/24, trebuie să fie interpretate în sensul că se opun unei reglementări naționale, precum cea în discuție în litigiul principal, potrivit

căreia neindicarea separată a costurilor cu forța de muncă, într-o ofertă economică

prezentată în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, conduce la excluderea acestei oferte, fără posibilitatea de asistență la întocmirea dosarului, inclusiv în cazul în care obligația de a indica aceste costuri în mod separat nu era specificată în documentația cererii de ofertă.

[...]

20. Având în vedere aceste considerații, Curtea a statuat că principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres

din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o

interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 51; a se vedea în acest sens Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinosa Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, nepublicată, EU:C:2016:870, punctul 32).

21. În schimb, aceste principii nu pot să se opună, în principiu, excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații impuse expres, sub sancțiunea excluderii, prin documentele aferente acestei proceduri **sau prin dispozițiile dreptului național în vigoare**.

[...]

26. Pe de altă parte, deși instanța de trimitere arată că anunțul de participare în discuție în litigiul principal nu amintește în mod explicit obligația impusă potențialilor ofertanți, prevăzută la articolul 95 alineatul 10 din Codul contractelor de achiziții publice, de a indica, în oferta economică, costurile lor cu forța de muncă, rezultă totuși din elementele din dosarul de care dispune Curtea că acest anunț preciza că, „pentru ceea ce nu este prevăzut în mod expres în acest anunț, în documentele și în caietul de sarcini al cererii de ofertă, se aplică normele din [Codul contractelor de achiziții publice]”.

27. Rezultă că orice ofertant informat în mod rezonabil și obișnuit de diligent era, în principiu, în măsură să ia cunoștință de normele relevante aplicabile procedurii de

cerere de ofertă în discuție în litigiul principal, inclusiv de obligația de a indica în oferta economică costurile cu forța de muncă.

28. În aceste condiții, principiile egalității de tratament și transparenței nu se opun unei reglementări naționale, precum cea în discuție în litigiul principal, potrivit căreia neindicarea costurilor cu forța de muncă conduce la excluderea ofertantului în cauză, fără să existe posibilitatea de a recurge la procedura de asistență la întocmirea dosarului, chiar și în cazul în care anunțul de participare nu menționează în mod explicit obligația legală de a furniza această informație.

În ceea ce privește obligația de a menționa anumite elemente în ofertă, care nu figurează în documentația aferentă, ci rezultă din interpretarea juridică, relevante sunt și ordonanțele Curții din 10 noiembrie 2016, *Spinosa Costruzioni Generali și Melfi* (C-162/16, EU:C:2016:870), *Edra Costruzioni și Edilfac* (C-140/16,

EU:C:2016:868) și *MB* (C-697/15, EU:C:2016:867).

Din coroborarea tuturor acestor considerente, forul administrativ-jurisdicțional stabilește că revine unității militare achizitoare obligația de a interpela asocierea SC ... SRL - SC ... SRL cu privire la legalitatea executării de către asociere (direct sau prin subcontractanți) a activităților de la cap. „Obiect 9 - Drumuri de acces și platforme” din caietul de sarcini, activități care se încadrează în codul CAEN 4211 - *Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor*. În apărarea formulată, unitatea militară nu demonstrează în niciun fel Consiliului că lucrările de refacere a drumurilor și a platformei aferente pavilionului E cad în sarcina subcontractantului SC ... SRL, respectiv că este asumată explicit de către acesta executarea lor (acordul de subcontractare nr. ... se limitează la proiectarea și executarea de instalații electrice, iar în centralizatorul defalcat pe participanți, la „Obiectul 9”, subcontractantul figurează cu 0 lei). Astfel fiind, apare a fi întemeiată prima critică a contestatoarei, sub aspectul necesității îndeplinirii obligației autorității de a cere clarificări asocierii și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit.

Sunt întemeiate și criticile privind atestatul/autorizarea „ANRE” al/a asociatului SC ... SRL, în contextul în care, în centralizatorul de alocare a lucrărilor pe participanți, la „obiectele” 2 și 4, figurează ca executanți asociatul SC ... SRL și subcontractantul SC ... SRL, pentru care autoritatea nu invocă atestarea/autorizarea „ANRE”. SC ... SRL, care deține atestatele nr. ... și ..., emise de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei, nu figurează menționată la „obiectele” 2 și 4. De altminteri, potențiala neconcordanță – asimilată de autoritate în punctul de vedere unui viciu de formă – trebuia supusă corectării, în acord cu Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea

contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 135. - (1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului **corectarea viciilor de formă** cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

În schimb, nu sunt fondate criticile care țin de experiența similară a asocierii în lucrări și în proiectare, pentru care autoritatea a prevăzut în anunțul de participare, la pct. III.1.3) – „*Capacitatea tehnică și profesională*”:

1.) Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat Experiența similară privind executia lucrarilor se va demonstra prin prezentarea a minim un contract sau maxim 3 contracte constând în realizarea de **lucrări similare în valoare de cel puțin 3.700.000 lei fără T.V.A. Prin lucrări similare se înțelege: execuție lucrări de constructii civile categoria C sau o categorie superioara, lucrari de consolidare constructii civile si instalatii aferente in constructii.** - Se va completa DUAЕ direct în SEAP de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertant/ ofertant asociat/ tert susținător/subcontractant -fiecare separat) cu informațiile aferente situației lor. Se va prezenta Declarația privind lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani - Formularul 8. La nivelul DUAЕ trebuie precizate informații privind: numărul și data contractului/contractelor invocat/e drept experiență similară, obiectul contractului/contractelor, valoarea contractului/contractelor (fără TVA), valoarea lucrărilor similare, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție (dacă este cazul), precum și ponderea și/sau activitățile pentru care ofertantul a fost responsabil. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente justificative sunt: - contractul însoțit de devizul general al investiției în cauză, recomandări/certificări de bună execuție/ documente privind modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale emise de beneficiar, și documente de recepție a lucrărilor sau alte documente/certificate emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar prin care se confirmă recepția lucrărilor. Pentru contractele exprimate în alte monede decât euro se va folosi pentru conversie rata medie anuală de schimb comunicată de către Banca Națională a României (www.bnr.ro). 2.) Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat Experiența similară privind proiectarea se va demonstra prin prezentarea a minim un contract sau maxim 3 contracte constând în realizarea de **servicii similare în valoare de cel puțin 139.000 lei fără T.V.A. Prin servicii similare se înțelege: servicii de proiectare cladiri civile incadrate de catre proiectant in categoria de importanta C sau o categorie superioara si instalatiile aferente acestora, proiectare lucrări de consolidare constructii civile.** - Se va completa DUAЕ direct în SEAP de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (ofertant/ ofertant asociat/ tert susținător/subcontractant -fiecare separat) cu informațiile aferente situației lor. Se va prezenta Declarația privind lista principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani - Formularul 7 . La nivelul DUAЕ trebuie precizate informații privind: numărul și data contractului/contractelor invocat/e drept experiență similară, obiectul contractului/contractelor, valoarea contractului/contractelor (fără TVA), valoarea serviciilor similare, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție (dacă este cazul), precum și ponderea și/sau activitățile pentru care ofertantul a fost responsabil.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Aceste documente justificative sunt: - contractul însoțit de devizul general al investiției în cauză, recomandări/certificări de bună execuție/ documente privind modul de îndeplinire a obligațiilor contractuale emise de beneficiar, și documente de recepție a lucrărilor sau alte documente/certificate emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar prin care se confirmă recepția lucrărilor.

Nici prin argumentarea probatorie din contestație și nici prin cele cinci mijloace de probă anexate ei, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, reclamanta nu reușește să probeze cu date certe că experiența asocierii nu privește construcții în categoria de importanță C.

Prin lucrări similare, conform definiției autorității, se înțelege nu doar execuția de construcții, ci și de instalații aferente construcțiilor. O abordare similară este pentru serviciile similare.

Contractele:

- nr. ..., având ca obiect executare pavilion multifuncțional Bistrița, cu o valoare de 1.280.882 lei;

- nr. ..., având ca obiect reparații interioare construcții, reparații instalație electrică, sanitară și termică, cu o valoare de 1.534.310,24 lei;

- nr. ..., având ca obiect reparații rețea alimentare cu apă și rețea termică, cu o valoare de 970.478,56 lei,

- nr. ..., având ca obiect servicii de proiectare și asistență tehnică pentru obiectivul „Reabilitare și modernizare Școala gimnazială nr. 2 Ilva Mică”, cu valoarea de 134.000 lei;

- nr. ..., având ca obiect servicii de proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul „Construire grădiniță în comuna Ilva Mică județul Bistrița”, cu valoarea de 1.645.174 lei, din care proiectare 60.000 lei, la care se adaugă 5.000 lei asistență pe timpul desfășurării lucrărilor,

se încadrează în conceptul de experiență similară în lucrări și servicii, astfel cum a fost definit de către autoritate în anunț, și acoperă pragul valoric impus.

Contrar opiniei reclamantei, organizatoarea nu a pretins ofertanților experiență în servicii și lucrări pentru construcții strict de același tip cu cele pe care le presupune contractul licitat, ci a lăsat o marjă de libertate ofertanților, în sensul că experiența similară trebuie să privească:

- execuție lucrări de construcții civile categoria C sau o categorie superioară, lucrări de consolidare construcții civile și instalații aferente în construcții;

- servicii de proiectare clădiri civile încadrate de către proiectant în categoria de importanță C sau o categorie superioară și

instalațiile aferente acestora, proiectare lucrări de consolidare construcții civile.

Nicidecum, organizatoarea nu a restrâns experiența prealabilă doar la reabilitarea de pavilioane, mai cu seamă că activitățile pe care le presupune sunt diverse, inclusiv refacere drumuri și platforme, după cum a remarcat și contestatoarea.

Potrivit art. 178 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile sectoriale:

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

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

(3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora.

Relevantă este și Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, din care reținem:

Art. 1. - Autoritatea/Entitatea contractantă are dreptul de a solicita, atât prin anunțul de participare/de participare simplificat, cât și prin documentația de atribuire, ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru să facă dovada capacității sale tehnice și profesionale referitoare la **experiența în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce se atribuie prin respectiva procedură.**

Art. 2. - (1) Autoritatea/Entitatea contractantă stabilește cerințele minime de calificare și selecție precizate la art. 1, în corelare cu principiul proporționalității, cu scopul de a obține o confirmare că operatorii economici care demonstrează îndeplinirea respectivelor cerințe au capacitatea și experiența necesară pentru a gestiona și duce la bun sfârșit, **în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini**, contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.

(2) La stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție, autoritățile/entitățile contractante vor ține cont de aspecte precum: complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a fi încheiat, **fără a se impune îndeplinirea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproportionale în raport cu scopul menționat** la alin. (1).

Art. 5. - (1) **Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului** de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, **fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare** din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta. Se vor evita formulările de tipul "ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract" sau "a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPV XXXXX".

Exemplul nr. 1: Contract având ca obiect - Servicii de verificare și evaluare a cererilor de finanțare pentru programul operațional X aferent implementării fondurilor europene nerambursabile; CPV utilizat 79419000-4 - Servicii de consultanță în domeniul evaluării.

Practică defectuoasă: Formulare restrictivă a cerinței "prezența experiență în activități de verificare și evaluare cereri de finanțare."

Bună practică: Demonstrați că ați mai prestat activități de consultanță/asistență tehnică în domeniul accesării finanțărilor nerambursabile sau similare acestora, cum ar fi: asistență tehnică în evaluarea proiectelor/cererilor de finanțare; asistență tehnică în elaborarea ghidului solicitantului pentru programele aferente implementării fondurilor europene nerambursabile; asistență tehnică privind elaborarea cererilor de finanțare; asistență tehnică în evaluarea cererilor de rambursare și altele asemenea.

Exemplul nr. 2: Contract având ca obiect - lucrări de amenajare parcare auto pe orizontală

Practică defectuoasă prin formulare restrictivă a cerinței: prezența experiență în execuția de lucrări de amenajare parcuri auto, respectiv lucrări de terasamente, suprastructură, marcaje și indicatoare pentru parcuri, precum și amenajare pentru scurgerea apelor.

Bună practică: demonstrați experiență în activități având ca obiect amenajarea teritoriului sau lucrări de geniu civil, cum ar fi lucrări de construire și/sau de modernizare și/sau de reabilitare de drumuri și/sau de străzi, sau lucrări pentru realizarea de parcuri similare din punctul de vedere al complexității cu cea care face obiectul achiziției.

(3) **Experiența similară nu trebuie să fie solicitată și pentru activități secundare/accesorii**, indiferent de ponderea valorică a acestora în obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, în condițiile în care acestea nu afectează indicatorii de performanță/nivelul calitativ ce caracterizează obiectul principal sau scopul respectivului contract.

Experiența similară *nu înseamnă experiență identică*, fiind suficient ca lucrările și proiectele efectuate anterior de către oricare dintre asociați să fi inclus activitățile principale ale contractului supus licitației, nicidecum ansamblul tuturor activităților descrise în caietul de sarcini și detaliate în viitorul proiect.

Așadar, contractele de care se prevalează cele două asociate nu trebuie excluse din sfera experienței similare a asocierii. Pentru ele, societățile au prezentat și documente justificative (contracte, procese-verbale de recepție șamd), ce relevă executarea obligațiilor contractuale și, după caz, buna calitate a îndeplinirii obligațiilor.

În sensul că experiența similară nu trebuie să însemne experiență identică s-au pronunțat nu doar curțile de apel, ci și Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, prin decizia nr. 2145 din 23 mai 2018 (<http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=156276>), din care cităm:

Trecând la analiza caracterului restrictiv al criteriilor de calificare și selecție, Înalta Curte constată că instanța de fond a apreciat, raportat la cerințele referitoare la experiența similară a ofertanților, că mențiunea referitoare la dovedirea acestei

experiențe (de implementare a unui sistem informatic integrat) strict "în domeniul sănătății sau al asigurărilor medicale" nu ar avea caracter restrictiv, contrar celor reținute prin Lista de verificare a achiziției publice și că justificările aduse de reclamant pentru stabilirea cerinței sunt pertinente și bazate pe complexitatea contractului și pe specificul acestuia.

Aceste susțineri ale instanței de fond sunt rezultatul unei greșite interpretări a prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 în materie de criterii de selecție.

Limitarea dobândirii experienței similare la domeniul sănătății sau al asigurărilor medicale are caracter restrictiv și a fost de natură a îngreuna accesul la procedură și al altor posibili ofertanți, care ar fi putut dovedi o experiență similară, în implementarea unui sistem informatic integrat, iar nu identică, cum a pretins de reclamantul.

Scopul legislației în materia achizițiilor publice este de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu, în conformitate cu prevederile art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006. Deși instituirea cerințelor de calificare este atributul autorității contractante, regula o constituie accesul nerestricționat al operatorilor economici la procedură. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului (art. 8 din H.G. nr. 925/2006).

Experiența similară presupune caracterul asemănător cu cel al livrărilor și serviciilor presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit, respectiv să existe elemente comune dar, în mod necesar, și elemente care le diferențiază, prin "experiență similară" neînțelegându-se "experiență identică". Orice solicitare contrară este în contradicție cu spiritul și cu litera legislației în materie, în special a prevederilor art. 188 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Stabilirea unor cerințe minime de calificare nejustificate și disproporționate, raportat la obiectul contractului, încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor publice (ca efect direct al restricționării accesului la procedură al operatorilor economici) și principiul proporționalității.

Specificul activităților medicale nu este un argument hotărâtor în impunerea criteriilor de selecție pentru atribuirea unui contract care se referă la implementarea unui sistem informatic integrat. **Cerința impusă cu privire la experiența identică excede celor strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului.**

De asemenea, instanța de fond a înlăturat și argumentele din Raportul asupra contestației care susțin, suplimentar, caracterul restrictiv al cerințelor, cu argumentul că s-a cerut demonstrarea executării a două contracte diferite, dar al căror obiect se suprapune parțial. Instanța de fond a arătat că, și în ipoteza suprapunerii parțiale, solicitarea celor două contracte a urmărit obiective diferite.

Împrejurarea că reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, a solicitat în dovedirea experienței similare atât dovada prestării a cel puțin unui contract în domeniul sănătății sau al asigurărilor de sănătate ce a presupus implementarea unui sistem informatic integrat cuprinzând activitățile expres menționate, cât și dovada prestării a cel puțin unui contract ce a presupus implementarea unui sistem informatic pentru managementul activităților medicale în cadrul unui spital nu face decât să întărească **concluzia caracterului restrictiv al cerințelor referitoare la experiența similară, rezultat nu numai din pretinderea unei experiențe identice, ci și din dublarea cerințelor pe anumite tipuri de activități.**

[...]

În conformitate cu jurisprudența consolidată a ICCJ-SCAF, după adoptarea soluției de principiu din 24.11.2014, în reglementarea O.U.G. nr. 66/2011, aplicarea corecției financiare pentru recuperarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora nu este condiționată de existența unui prejudiciu asupra bugetului Uniunii Europene/fondurilor publice naționale (cu excepția situațiilor expres și limitativ

prevăzute în anexa la ordonanța de urgență în care aplicarea corecției financiare este condiționată de existența prejudiciului).

Inclusiv opiniile Agenției Naționale pentru Achiziții Publice sunt în această direcție (<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/138/910>):

Ca regulă generală, toate cerințele privind capacitatea trebuie să aibă legătură directă și să fie proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică. Apreciem că **cerința privind experiența nu trebuie să fie identică ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței.**

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea investitoare a admis oferta asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, prin prisma experienței similare, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, sub aspectul îndeplinirii acestei cerințe.

Referitor la personalul propus, criticile formulate de reclamantă sunt de ordin general, nefiind explicat Consiliului, în concret și concludent, în ce fel nu îndeplinesc cerințele caietului de sarcini persoanele propuse de asociere ca șef de șantier și inginer executant specialitatea construcții civile, industriale și agricole, al căror nume nici măcar nu a fost trecut în contestație. În consecință, sunt aplicabile art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., dispoziții pe care reclamanta nu le-a respectat, neaducând argumente concrete și mijloace de probă în sensul neacceptării documentelor asocierii privind șeful de șantier și inginerul amintit.

Nici obiecțiunile legate de prețul ofertat nu sunt întemeiate.

Valoarea prognozată de unitatea militară a fost de 4.114.454,48 lei, iar reclamata a participat cu prețul de 3.263.040,50 lei, reprezentând aproximativ 79,3% din valoarea prognozată. Privită comparativ cu estimarea maximală realizată de autoritate, oferta de preț nu apare a fi anormal de scăzută, astfel încât să pună în pericol îndeplinirea viitorului acord contractual. Un preț de 79,3% din estimare nu este unul care să ridice suspiciuni legate de imposibilitatea îndeplinirii contractului de lucrări de reabilitare.

Legislația pe linie de achiziție publică nu interzice atribuirea contractului de achiziție publică la o valoare de aproximativ 79,3% din aceea estimată și anunțată de autoritate, cum este prețul câștigătoarei. Dimpotrivă, respectiva legislație promovează libera concurență între operatorii economici, ca premisă a cheltuirii cât mai economicoase a fondurilor publice, respectiv a obținerii obiectului supus competiției la costuri cât mai reduse.

Prin art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul nu a determinat expres procentul, limita sub care o ofertă ar avea un preț sau un cost neobișnuit de scăzut, lăsând la latitudinea comisiei

de evaluare să aprecieze asupra acestui aspect. În achiziția de față, comisia de evaluare a apreciat că documentele din cuprinsul propunerii financiare sunt suficient de relevante și concludente, de natură a exclude încadrarea prețului ofertat în situația reglementată de art. 210 din Legea nr. 98/2016. În baza acestui articol:

Art. 210. - (1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și **respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse**, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 alin. (1).

(5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

(6) În cazul în care autoritatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței.

Relevante sunt și următoarele dispoziții din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 127. - (1) Comisia de evaluare are următoare atribuții: [...]

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege;

Art. 136. - (1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă.

Art. 137. - (2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: [...]

g) în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din Lege se constată că oferta are un preț/cost neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/prestat/executat, **astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.**

Aceste dispoziții, în contextul reținut, nu sunt incidente și, din această cauză, nici nu au fost solicitate justificări de preț. Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează), iar nu ca mijloc la îndemâna acelorași autorități sau a ofertanților concurenți de a exclude sau pretinde excluderea de la licitații a anumitor ofertanți. În sprijinul acestui raționament vine chiar norma de aplicare a legii de la art. 137 alin. (2) lit. g) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – oferta este neconformă dacă, în urma verificărilor, se constată că are un preț neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/ prestat/executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. În speța dezbătută, nici prin argumentele de ordin general și nici prin mijloacele de probă depuse, contestatoarea nu a reușit să facă o asemenea dovadă în fața Consiliului. Nu a dovedit nici că acele diferențe nesemnificative de cheltuieli care intră în structura devizelor pentru obiectivul 4 – „Realizare centrală termică” și obiectivul 2 – „Reabilitare și modernizare pavilion C5” ori pretinsa subestimare a două bazine de 1 mc din fibră de sticlă (al căror preț nu îl relevă contestatoarea) ar periclita în vreun fel prestarea corespunzătoare a lucrărilor propuse la un preț de aproape 4 milioane de lei, cu TVA. Pe de altă parte, cheltuielile propuse nu pot fi cenzurate de către autoritatea contractantă, cât timp se situează în limitele cadrului legal. În condițiile art. 135 alin. (1) din Constituție, care dispune că economia României este economie de piață, bazată pe libera inițiativă și concurență, înseamnă că prețurile se stabilesc liber pe piață. Similar, la art. 4 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, se prevede expres că prețurile produselor și tarifele serviciilor și lucrărilor se determină în mod liber prin concurență, pe baza cererii și ofertei. În mod judicios, unitatea achiziitoare s-a raportat la valorile din devizul inginerului de proiect pentru cap. 4.5 – „Dotări”, de 3.500 și 2.500 lei, apropiate de cele ofertate de asociere (3.000 și 2.000 lei). Este atât logic, cât și foarte probabil

ca, la licitații, ofertanții să propună prețuri mai mari la unele componente/articole și, eventual, în compensare, mai mici la altele, politica de prețuri ținând de fiecare ofertant în parte și de condițiile cererii și ofertei. Faptul că un ofertant a înregistrat costuri diferite de cele ale concurentului său și ambele de cele ale autorității contractante nu semnifică *ipso facto* că a oferat o soluție financiară diferită ori că nu are capacitatea de a executa contractul în parametrii de calitate doriți de entitate. Totodată, în cazul ofertei asocierii în referință, se impune a fi reținut că obiectul contractului include mult mai multe componente decât cele două obiecte la care s-a oprit reclamanta (subcap. 4.5.1. și 4.5.2.) și, în plus, sustenabilitatea ofertelor ține de ansamblul componentelor acestora.

Organul administrativ-jurisdicțional apreciază că oferta asocierii nu se încadrează în categoria celor care ar fi trebuit respinse, cel puțin din perspectiva criticilor legate de preț pe care i le aduce contestatoarea. În cauză, niciunul dintre argumentele pe care își construiește reclamanta cererea de respingere a ofertei concurente nu este de natură să probeze în mod convingător că aceasta nu ar putea presta lucrările licitate în tarifele și prețul pe care și le-a asumat prin ofertă în condițiile de calitate invocate de autoritate. Drept asigurare a bunei execuții a contractului, viitorul contractant este ținut să prezinte autorității o garanție de bună execuție (10% din valoarea contractului ce urmează a fi executat, fără TVA), pe care cea din urmă o poate oricând executa, dacă apreciază că societatea contractantă nu își respectă obligațiile contractuale, inclusiv de executare a lucrărilor la prețurile și nivelul calitativ declarate.

În considerarea celor evocate, nu se impune obligarea organizatoarei la reevaluarea ofertei, sub aspectul prețului oferat.

Raportat la ansamblul celor reținute mai sus, se constată că evaluarea ofertei în discuție s-a bazat pe interpretarea și aplicarea superficiale a cerințelor documentației de atribuire privind *capacitatea de exercitare a activității profesionale*, inclusiv prin prisma deținerii atestatului „ANRE”, precum și a viciului de formă semnalat, ceea ce conduce la nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare ținând de atribuțiile comisiei de evaluare, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea admiterii ofertei concurente apare a fi fondată. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/ 2016, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii de atribuire nr. ... și comunicarea nr. ..., în partea privind oferta asocierii în referință, și va obliga autoritatea contractantă la clarificarea și la reevaluarea acestei ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația

de atribuire. În baza aceleiași teme legal, va obliga autoritatea să comunice contestatoarei și asocierii rezultatul reevaluării, cu respectarea legislației aplicabile.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare în acțiunea de investiție, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de întocmirea și susținerea contestației, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației* – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă, art. 452 – *partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei*. SC ... SRL, deși a solicitat Consiliului – prin contestație și concluzii scrise – să oblige autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici nu a anexat vreo dovadă a întinderii și efectuării lor. În consecință, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației se impune a fi respins, ca nefondat.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii de atribuire nr. ... și comunicarea nr. ..., în partea privind oferta asocierii SC ... SRL - SC ... SRL. Obligă autoritatea contractantă la clarificarea și la reevaluarea acestei oferte, precum și la emiterea unui nou raport, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei

decizii. După finalizarea evaluării ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica rezultatul procedurii ambelor ofertante, potrivit legislației aplicabile.

Respinge cererea contestatoarei de obligare a autorității la plata cheltuielilor ocazionate de formularea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

OPINIE CONCURRENTĂ,

Soluția exprimată de majoritatea membrilor completului – de admitere a contestației SC ... SRL, anulare a actului de evaluare a ofertei asocierii SC ... SRL - SC ... SRL și obligare a autorității la măsuri de remediere – o apreciem a fi în deplină concordanță cu situația factuală a speței, precum și cu dispozițiile legale în vigoare, cu amendamentul că anumite considerente necesitau o dezvoltare suplimentară, pentru a evidenția gravitatea actualei situații de insecuritate juridică.

Este cert că autoritatea achizitoare a stabilit în fișa de date a achiziției, la pct. III.1.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, următoarea cerință generală de calificare:

Operatorii economici ce depun ofertă trebuie **să dovedească** o formă de înregistrare și după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii **precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului**.

Din parcurgerea acesteia, reiese că autoritatea nu a impus, *în mod expres*, operatorilor economici, pentru a fi admiși la procedură, deținerea unui anumit cod CAEN și, cu atât mai puțin, autorizarea funcționării pentru a fi desfășurate activitățile aferente aceluia cod CAEN la terți. Pe de altă parte, nu poate fi trecut cu vederea că a cerut – de această dată expres – ca operatorii economici să dovedească nu doar o formă de înregistrare/de atestare/apartenență din punct de vedere profesional, ci și că respectiva dovadă reflectă „capacitatea profesională” de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. Practic, sub „umbrela” circumstanțierii uzuale *„din care să reiasă că operatorul economic [...] are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac*

obiectul contractului”, autoritatea contractantă poate descalifica orice ofertant sub pretextul că nu deține în obiectul de activitate un cod CAEN ori că acesta nu este autorizat pentru a fi desfășurat în afara sediului ofertantului, dacă acest pretext este subsumat conceptului vag de „capacitate profesională”. O asemenea abordare – ce riscă, din păcate, să devină sistemică în atribuirea contractelor de achiziție publică – se îndepărtează nepermis de principiul transparenței, care trebuie să guverneze derularea procedurilor de atribuire, și introduce o doză semnificativă de insecuritate juridică, motive suficiente pentru ca Agenția Națională pentru Achiziții Publice să intervină pe calea unei reglementări dedicate acestui subiect. Până la acest moment, agenția de resort nu a emis o instrucțiune punctuală de interpretare a cerinței dovedirii „capacității profesionale de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”, respectiv dacă aceasta poate constitui fundamentul descalificării ofertantului pentru absența oricărei autorizări/atestări, chiar dacă aceasta nu rezultă explicit din redactarea anunțului de participare sau a fișei de date. Premisa, în acord cu dezideratul transparenței, ar trebui să fie indicarea clară a obligației de deținere și prezentare a respectivelor autorizări/atestări, în anunț și în fișă, iar nu de deducere a obligației din interpretarea extensivă a cerinței uzuale la care ne raportăm.

În anexa nr. 2 la Ordinul președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 1.017/2019 privind aprobarea structurii, conținutului și modului de utilizare a Documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/de participare simplificat găsim sursa de inspirație a autorității pentru cerința de la pct. III.1.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, sursă din care nu reiese că sintagma „capacitate profesională” a ofertantului este sinonimă cu sintagma „capacitate legală” și, cu atât mai puțin, cu deținerea/autorizarea vreunui cod CAEN, pentru îndeplinirea uneia dintre numeroasele activități pe care le presupune lucrarea de reabilitare supusă licitării.

Este adevărat, art. 173 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice prevede că: *„Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente relevante care să dovedească forma de înregistrare și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu cerințele legale din țara în care este stabilit operatorul economic.”*, însă nu concordă principiului transparenței simpla reproducere a prevederii legale, fără ca ofertanții și, eventual, *nici măcar autoritatea* să aibă cunoștință ce anume documente de înregistrare/atestare/apartenență trebuie prezentate de participanți, cum este și situația deținerii și autorizării unui

anumit cod CAEN (Ordinul președintelui Institutului Național de Statistică nr. 337/2007 privind actualizarea Clasificării activităților din economia națională - CAEN), pentru o componentă a contractului de lucrări. Cert este că toate criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare (art. 181 din lege), iar lăsarea înțeleșului lor concret la discreția oricărui ofertant în parte reflectă un arbitrar incompatibil cu legalitatea derulării procedurii de atribuire. Din acest considerent, se impune ca toate criteriile și cerințele să fie precizate (exprimate în mod precis) în cuprinsul anunțului, iar nu exprimate în termeni generali și deduse de fiecare din acesta, după propriul interes. Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, la un moment dat, de către o autoritate achizitoare, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca aceasta din urmă să asigure ofertanților o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Potențialul distructiv al unei cerințe general-exprimate este uriaș, întrucât se poate lesne ajunge la eliminarea „în bloc” a tuturor ofertanților pe considerentul că nu dețin ori că nu sunt autorizați pentru unul dintre sutele de coduri CAEN, în funcție de activitățile pe care le presupune viitorul contract, și acestea deopotrivă de numeroase. Spre pildă, în speță, dacă reabilitarea pavilionului E include și activități de instalare a iluminatului stradal și a semnelor electrice, autoritatea se va putea prevala de absența/neautorizarea codului CAEN 4321. Este impredictibilă și excesivă scanarea activităților ce compun obiectul contractului prin prisma clasificării CAEN pentru a argumenta ulterior că ofertanții nu dețin unul sau mai multe coduri CAEN, ca motiv de respingere a ofertelor. La rândul lor, potrivit Ordinului nr. 337/2007, activitățile se împart în:

a) activitate principală

Activitatea principală este identificată prin metoda ordinii descrescătoare (de sus în jos), ca fiind cea activitate care contribuie în cea mai mare măsură la valoarea adăugată totală a unității luate în considerare. Activitatea principală astfel identificată nu reprezintă, în mod necesar, 50% sau mai mult din valoarea adăugată totală a unității.

b) activitate secundară

O activitate secundară este oricare altă activitate a unității, activitate care produce bunuri sau servicii.

c) activitate auxiliară

Activitățile principale și secundare sunt efectuate, în general, cu ajutorul unui număr de activități auxiliare, cum sunt: contabilitatea, transportul, depozitarea, achiziționarea, condiționarea, promovarea, repararea și întreținerea etc. Astfel, activitățile auxiliare sunt acelea care există doar pentru a sprijini activitățile productive principale și secundare ale unei unități. Activitățile auxiliare asigură bunuri și servicii consumabile pentru uzul acelei unități.

Însă, dacă activitățile unei unități statistice și activitățile auxiliare corespunzătoare (de exemplu, un centru de calcul) se desfășoară în zone geografice

diferite, atunci poate fi recomandabilă culegerea separată de date despre aceste unități pentru a se obține categorii de date care să fie clasificate în funcție de zona geografică.

Alături de invocatul principiu al transparenței, principiile supranaționale ale securității juridice și protecției încrederii legitime nu conduc la o concluzie diferită. În speța examinată, nu trebuie neglijat că nici măcar autoritatea achizitoare ..., beneficiara investiției, nu a pretins că ofertanții, pentru a fi acceptați, trebuie să dețină și să fie autorizați pentru codul CAEN 4321, din perspectiva dovedirii capacității lor „profesionale”.

Dincolo de toate acestea, văzând definiția legală a operatorului economic și percepția Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, ne raliem interpretării majorității, conform căreia absența codului CAEN/ neautorizarea activității aferente lui constituie motiv legitim de respingere a ofertei, găsind de cuviință să relevăm în prezenta opinie concurentă și riscurile asociate ei, spre a atrage astfel atenția asupra imperativului formulării univoce și cuprinzătoare a tuturor cerințelor de calificare în anunțurile de participare, pentru a fi cunoscute încă de la început de către operatorii economici interesați.

MEMBRU,

...

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și opt de pagini.
Redactată practicaua deciziei -