

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. 184/C1/3216, 3232

Data: 25.01.2023

Prin contestația nr. 1355/29.12.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 64208/29.12.2022, formulată de SC SRL cu sediul în , jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal de președinte, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13790/22.12.2022 și a raportului procedurii nr. 13789/22.12.2022, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, județul, în cadrul procedurii simplificate având ca obiect atribuirea contractului: „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului în vederea realizării obiectivului: „Modernizare, consolidare, extindere și dotare Cămin Cultural Osoi, Comuna, Județul” Cod CPV 71322000-1, s-a solicitat obligarea autorității contractante la:

- anularea adresei 13790 din 22.12.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire;

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 13.789 din 22.12.2022 în partea în care oferta prezentată de SC SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acestea;

- obligarea autorității contractante să aplice factorii de evaluare doar ofertelor admisibile și să stabilească punctajul aferent pentru atribuirea contractului aferent procedurii de atribuire prin raportare la considerentele deciziei ce urmează a fi pronunțată în cauză de către Consiliu.

Prin contestația nr. 2376/29.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 64425/30.12.2022, formulată de SC SRL cu sediul în, str., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO reprezentată legal prin administrator și convențional prin Societatea Civilă Profesională de Avocați „.....”, cu sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură

în, str., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 13791/22.12.2022 și a raportului procedurii nr. 13789/22.12.2022 emise de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 13791/22.12.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia precum și a actelor subsecvente;

- anularea raportului procedurii cu nr. 13789/22.12.2022, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia precum și a actelor subsecvente;

- anularea adresei nr. 13815/27.12.2022 și permiterea accesului la dosarul achiziției, solicitat în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016;

- anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul art. 134 alin. (5), dar și a prevederilor art. 137 alin. (1), (2) lit. b) și alin. (3) din HG nr. 395/2016, coroborate cu dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin continuarea procesului de evaluare în ceea ce privește oferta sa;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației, în temeiul dispozițiilor art. 29 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 451-453 din Codul de procedură civilă;

- asigurarea accesului la dosarul constituit la Consiliu, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, inclusiv, la oferta depusă de operatorul economic SC SRL.

Prin adresa nr. 26/09.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1340/10.01.2023, SC SRL, cu sediul în județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. J22/1087/1996, având cod unic de înregistrare RO 8642901, reprezentată legal prin administrator, a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL și SC SRL în cadrul aceleiași proceduri de achiziție, solicitând:

- admiterea prezentei cereri de intervenție;
- respingerea contestațiilor formulate de SC SRL și de SC SRL ca nefondate;

- constatarea legalității și temeiniciei comunicării rezultatului procedurii și a raportului procedurii potrivit cărora ofertele SC SRL și SC SRL au fost declarate neconforme și inacceptabile;

- continuarea procedurii de atribuire, cu menținerea ca legală și temeinică a deciziei de atribuire a contractului către SC SRL.

- în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea

prezentei cereri de intervenție, prin recalificarea acestora drept intervenție în interesul autorității contractante.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 3126/2022 și nr. 3232/2022 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

În fapt, contestatorul precizează că în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 5 (cinci) oferte iar conform raportului procedurii de atribuire a fost declarată câștigătoare oferta depusă de către SC SRL cu o propunere financiară de 376.161,68 lei fără TVA.

Contestatorul invocă ca dispoziții relevante art. 174, 178, 180, 215 din Legea nr. 98/2016, art. 51, 137 din HG nr. 395/2016.

SC SRL precizează că oferta sa a fost respinsă conform art. 137 alin (1) și alin (3) din HG nr. 395/2016 ca fiind inacceptabilă și neconformă și pentru ca nu ar fi respectat în mod corespunzător cerințelor caietului de sarcini.

Astfel arată că oferta sa a fost respinsă motivat de faptul că nu a declarat ca subcontractanți verificatorii de proiecte nominalizați în cadrul propunerii tehnice.

Consideră că oferta sa a fost respinsă în mod abuziv deoarece prin caietul de sarcini nu a fost solicitat ca verificatorii de proiecte să fie nominalizați ca și subcontractanți. Respingerea unei oferte pentru o cerință ce nu a fost prevăzută în cadrul caietului de sarcini este abuzivă.

Obligația declarării verificatorilor de proiecte ca și subcontractanți trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese din documentația de atribuire. Ori, în speță, printre rigorile documentației, susține că nu există o astfel de solicitare.

Contestatorul precizează că potrivit art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2), lit. b) din normele metodologice stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor, prezentarea documentelor de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

În continuare contestatorul prezintă în susținere decizii ale CNSC (decizia nr. 2243/C7/2022, decizia nr. 1554/C3/1490/19.07.2021, decizia nr. 973/C4/741, 859 din 12.05.2021, Decizia nr. 1261/C4/1085/20.06.2022 rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel nr. 2026/28.07.2022), jurisprudență a Curții de Justiție a Uniunii Europene (cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia).

Pentru toate motivele anterior expuse, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată în petitul său.

În drept invocă art. 8, art. 10 din Legea 101/2016, precum și toate celelalte prevederi legale invocate în cuprinsul prezentei.

Prin adresa nr. 13888/30.12.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 64509/30.12.2022 autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația formulată de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

I. Referitor la criticile privind respingerea în mod nelegal și netemeinic a ofertei prezentate de SC SRL.

Autoritatea contractantă arată că prin contestația formulată, SC SRL, contestatorul concluzionează că oferta lui a fost respinsă în mod abuziv deoarece prin caietul de sarcini nu a fost solicitat ca verificatorii de proiecte să fie nominalizați ca și subcontractanți. De asemenea, contestatorul susține că obligația declarării verificatorilor de proiecte ca și subcontractanți trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese din documentația de atribuire, în contextul în care aceasta nu cuprinde o astfel de solicitare.

Autoritatea contractantă precizează că așa cum a transmis și în comunicarea privind raportul procedurii 13790 din 22.12.2022:

„În cadrul fișei de date a achiziției, s-au solicitat următoarele:

II. 1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor

Contractul de servicii va avea următoarele etape:

A. Elaborarea următoarelor documentații:

a. Documentație tehnică pentru obținerea autorizației de construire;

b. Documentații tehnice pentru obținerea avizelor și acordurilor conform certificatului de urbanism (avize deținători de rețele, acord ISC după caz, etc);

c. Dacă este cazul: documentație pentru obținerea/prelungirea valabilității certificatului de urbanism;

d. Documentație tehnică pentru organizarea executării lucrărilor (POE);

e. Proiect Tehnic, potrivit prevederilor legale;

f. Detalii de execuție;

g. Întocmire raport la terminarea execuției;

h. Programul de urmărire a comportării lucrării în timp;

i. Proiect „as-built”;

B. Servicii conexe:

a. Verificarea tehnica a proiectării.

b. Obținere avize, acorduri, inclusiv autorizație de construire (plata taxelor intră în sarcina beneficiarului final al investiției);

c. Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor (inclusiv fazele determinante și modificările aduse proiectului).

III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale

Cerința 3: Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, 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.

Cerința 2: Informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze.

Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși. Se va completa formularul nr. 5.

Modalitatea de îndeplinire: în DUAE completat de ofertant se vor include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.

În cazul în care ofertantul utilizează capacitățile subcontractantului/subcontractanților pentru a îndeplini criteriile de calificare, se va prezenta câte un formular DUAE separat pentru fiecare dintre respectivi subcontractanți, completat și semnat în mod corespunzător de către fiecare dintre aceștia.

Odată cu depunerea DUAE se va prezenta și acordul de subcontractare (Formular 5).

Nota 1: AC solicită ofertantului să precizeze în ofertă, în conformitate cu prevederile art. 150, alin (2) din HG nr. 395/2016 modificată și completată și ale art. 219 coroborate cu art. 220 din Legea nr. 98/2016 modificată și completată, numele, datele de contact și reprezentanții legali pentru:

Subcontractanții săi implicați în executarea contractului de achiziție publică,

Pentru subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare.

Nota 2: AC va verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 164 si 167 din Legea nr. 98/2016 modificată și completată în legătură cu subcontractanții propuși.

II.2.4 Descrierea achiziției publice (natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele).

Valoarea estimată este de 382.582,44 lei fără TVA și cuprinde:

Valoarea necesară realizării Documentației suport și cheltuieli pentru obținerea de avize, acorduri și autorizații - 3.5.4 din devizul general (8.000 lei), Verificarea tehnică de calitate a proiectului - 3.5.5. din devizul general (9.000 lei), Proiect tehnic și detalii de execuție - 3.5.6. din devizul general (350.000 lei) și Asistența tehnică din partea proiectantului - 3.8.1. din devizul general (15.582,44 lei)".

Concluzionând referitor la spețele similare enumerate de contestator, autoritatea contractantă susține că acestea nu au aplicabilitate în prezenta, întrucât pleacă de la premise eronate față de prezenta speță și de la interpretări greșite de text - toate deciziile la care se face referire pleacă de la premisa că autoritatea contractantă nu a solicitat în mod expres activitățile necesare a fi autorizate (nu au fost prevăzute în cadrul anunțului de participare simplificat), drept pentru care ofertanții nu aveau obligația de a face dovada deținerii acestora. Toate spețele prezentate se referă la prestarea unor servicii ce nu fac parte din obiectul contractului, ci sunt activități auxiliare/conexe, necesare în derularea contractului pentru respectarea prevederilor legate incidente.

Ori, în cazul de față, în mod clar, activitatea de verificare tehnică a proiectării este parte integrantă a contractului. Ofertantul nu poate îndeplini cerințele în totalitatea contractului fără a subcontracta, așa cum el însuși susține în prezenta contestație: „este real ca în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizări de tipul celor enumerate”.

Contrar celor concluzionate în contestație și în spețele descrise, autoritatea arată că contestatorul, deși nu a nominalizat subcontractant pentru verificarea tehnică a proiectelor, acesta a știut să nominalizeze subcontractant SC SRL pentru lucrările de instalații electrice și instalații de curenți slabi, o altă activitate ce are nevoie de autorizare, activitate ce nu este descrisă în cadrul documentației de atribuire, tocmai aceasta fiind o activitate auxiliară/conexă.

Autoritatea contractantă arată că contestatorul își invocă propria culpă, dar vina aparține, în totalitate, celui care nu s-a conformat cerințelor exprese și clare ale documentației de atribuire, iar în situația în care prevederile documentației de atribuire nu erau clare, ofertantul avea posibilitatea contestării lor, în termenul legal. Având în vedere prevederile legale prezentate, precum și cerințele documentației de atribuire, rezultă că ofertantul trebuia, la data depunerii ofertei, să ia în calcul necesitatea prezentării de specialiști atestați și autorizați, care

sunt strict necesari pentru atingerea obiectului contractului, demonstrând astfel îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale, precum și a reglementărilor, standardelor și normelor aplicabile în domeniul din care face parte obiectul contractului.

Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv neprezentarea tuturor informațiilor solicitate în cadrul documentației de atribuire sau din cadrul solicitărilor de clarificări, cade în sarcina operatorului economic.

În continuare autoritatea contractantă redă tabelar pagina 5, 7 și 8 din cadrul propunerii tehnice a contestatorului.

De asemenea arată că la pagina 9 din propunerea tehnică contestatorul a precizat:

„DESCRIEREA SERVICIILOR SOLICITATE

Contractul de servicii va avea următoarele etape:

A. Elaborarea următoarelor documentații:

a. Documentație tehnică pentru obținerea autorizației de construire;

b. Documentații tehnice pentru obținerea avizelor și acordurilor conform certificatului de urbanism (avize deținători de rețele, acord ISC după caz, etc);

c. Dacă este cazul: documentație pentru obținerea/prelungirea valabilității certificatului de urbanism;

d. Documentație tehnică pentru organizarea executării lucrărilor (POE);

e. Proiect Tehnic, potrivit prevederilor legale;

f. Detalii de execuție;

g. Întocmire raport la terminarea execuției;

h. Programul de urmărire a comportării lucrării în timp;

i. Proiect „as-built”;

3. Servicii conexe:

a. Verificarea tehnica a proiectării.

b. Obținerea avize, acorduri, inclusiv autorizație de construire (plata taxelor intră în sarcina beneficiarului final al investiției);

c. Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor (inclusiv fazele determinante și modificările aduse proiectului)”.

Totodată arată că la pagina 11 din Propunerea tehnica contestatorul a menționat:

„e) Verificarea tehnică de calitate a proiectării

Verificarea documentației tehnice se va face prin verificatori de proiecte atestați de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor, în condițiile legii”.

Mai mult la pagina 124 din propunerea tehnică a precizat:

„MODALITATEA DE ASIGURARE A ACCESULUI LA SPECILISTII NECESARI SI OBLIGATORII IN VEDEREA VERIFICĂRII NIVELULUI DE CALITATE CORESPUNZĂTOR CERINȚELOR FUNDAMENTALE APLICABILE LUCRĂRILOR CUPRINSE IN OBIECTUL CONTRACTULUI, IN

CONFORMITATE CU PREVEDERILE LEGII 10/1995 ACTUALIZATA, ORDINULUI 777/2003, LEGEA 319/2006, HG 925/1995 SI A ALTOR LEGI INCIDENTE SE SOLICITA LA NIVELUL PROPUNERII TEHNICE RESURSELE NECESARE SI MODAUTATEA DE ASIGURARE A ACESTORA PENTRU ÎNDEPLINIREA CONTRACTULUI.

Se vor asigura toți verifcatorii de proiecte pe domenii și subdomenii conform specificului contractului.

Pentru fiecare verifcator de proiecte nominalizat se prezintă declarație de disponibilitate.

În continuare prezintă tabelar verifcatorii implicați în proiect pentru care susține că s-a prezentat angajament de participare din partea acestora pentru SC SRL.

Astfel, susține că reiese în mod clar faptul că verifcatorii de proiecte nu sunt angajați ai contestatorului, aceștia fiind colaboratori pe baza Angajamentului de participare.

- Pg 163-167: Autorizația de verifcator pentru
- Pg 168-173: Autorizația de verifcator pentru
- Pg 174-176 Autorizația de verifcator pentru
- Pg 177-178 Autorizația de verifcator pentru
- Pg 232-236 Declarație de disponibilitate pentru verifcatorii de proiecte

Totodată, autoritatea contractantă arată că contestatorul și-a însușit clauzele contractuale obligatorii, nedepunând niciun amendament la contract. Astfel, în draftul de contract se prevede: „9.12 - Potrivit Legii 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, cu modificările și completările ulterioare, asumându-și toate responsabilitățile ce decurg din conținutul contractului cât și a prevederilor legale în vigoare, proiectantul are cel puțin următoarele obligații și răspunderi: c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verifcatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate;

Așa cum reiese din actele depuse, autoritatea contractantă arată că activitatea de verifcarea de proiect va fi realizată de SC SRL nu prin resurse proprii, ci prin implicarea unor terțe entități, străine de societatea care a depus oferta.

Autoritatea contractantă precizează că a transmis solicitarea de clarificări nr 12881/24.11.2022 astfel:

„Vă rugăm clarificați următoarele:

1. Vă rugăm clarificați operatorul economic - societatea/persoana juridică/fizică autorizata care va realiza activitatea de verifcare tehnica a proiectului”.

Ofertantul a răspuns în termen astfel:

„Răspuns solicitare de clarificări nr. 1

Conform caiet de sarcini pagina 14 s-au solicitat următoarele:

Verificarea documentației tehnice face obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, aceasta urmând a fi asigurată de ofertant, prin verificatori de proiecte atestați de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice Și Locuințelor, în condițiile legii.

SC SRL a respectat cerința și a prezentat declarații de disponibilitate și copie a atestatelor pentru verificatorii de proiecte.

SC SRL prin intermediul șefului de proiect va fi responsabilă cu prezentarea documentației pentru verificare la verificatorii de proiecte menționați în cadrul propunerii tehnice înaintate.

Răspunsul nu poate fi considerat concludent, întrucât, legislația în vigoare nu permite ca activitatea de verificare tehnică a proiectului să fie realizată tot de proiectant:

Autoritatea contractantă precizează că din prevederile legislației în vigoare, respectiv (dispozițiile pct.2.5.2. al secțiunii I din Anexa nr. 1 la Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, art.1 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor din 20.11.1995, aprobat prin HG nr. 925/1995, precum și art. 4 din Regulament), reiese faptul că activitatea verificatorilor de proiecte și/sau a experților tehnici poate fi efectuată numai de către specialiști atestați, care își desfășoară activitatea în una dintre următoarele forme: angajat al unei persoane juridice care are în obiectul de activitate verificarea sau expertizarea tehnică de calitate a proiectelor și a construcțiilor; autorizat, ca persoană fizică; angajat al investitorului (ceea ce nu este cazul autorității contractante).

Așadar, autoritatea contractantă susține că în cazul verificatorilor de proiecte, care trebuie să fie obligatoriu terți față de cel ce realizează proiectul, ofertantul era cel care avea dreptul să subcontracteze activitatea aferentă, caz în care avea obligația de a indica, ca subcontractant, persoana fizică sau juridică ce urma să desfășoare această activitate.

Totodată, arată că potrivit dispozițiilor art. 13 din HG nr. 925/1995 actualizată, „Verificatorul tehnic atestat nu poate ștampila (verifica) proiectele întocmite de el sau la a căror elaborare a participat”.

Astfel, arată că în mod evident, SC SRL subcontractează activitatea de verificare tehnică către verificatorii atestați, entități comerciale, indiferent de forma lor, pentru care nu se completează criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire. În mod evident, prin implicarea domnilor verificatori (având atestate în acest sens), în opinia sa reiese concluzia că acești specialiști execută o parte a contractului. Dat fiind cele expuse, raportat la definiția dată de legiuitor pentru subcontractant, comisia stabilește că verificatorii nominalizați îndeplinesc condiția pentru deținerea acestei calități în prezenta procedură de achiziție publică.

Prin nedeclararea subcontractanților, neprezentarea DUAЕ și declarațiile prevăzute de art. 59- 60, art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, autoritatea consideră că nu se poate verifica un eventual conflict de interese între persoanele cu atribuții de conducere din această entitate și persoanele cu atribuții de conducere de la nivelul autorității contractante.

Astfel, stabilit fiind că verificarea de proiecte constituie parte a obiectului achiziției, se reține definiția noțiunii de subcontractant, regăsită la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016: „subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop”.

În opinia sa este evident, date fiind prescripțiile documentației de atribuire, referitoare la verificarea proiectului, că, în fapt, persoanele desemnate ca verificatori de proiect vor executa această parte a contractului.

Interesant de reținut este că, potrivit legii, verificarea proiectului urmează a fi realizată de către persoane atestate în acest sens. Orice operator economic, care depune oferta, individuala sau în asociere, este ținut ca, prin aceasta, să îndeplinească în integralitate condițiile documentației de atribuire. În speța examinată, ofertanții ar trebui să dețină toate capacitățile materiale, umane, de certificare, cerute prin caietul de sarcini, referitoare la verificatorul de proiect. Or, așa cum reiese din probele cauzei, îndeplinirea acestei condiții a documentației de atribuire, va fi realizată de către SC SRL prin implicarea unei persoane având atestare în acest sens, concluzia că acest specialist execută o parte a contractului de achiziție publică fiind imediată.

Date fiind cele expuse, raportat la definiția dată de legiuitor subcontractantului, autoritatea contractantă consideră că în mod corect a concluzionat faptul că verificatorii de proiecte desemnați îndeplinesc condițiile pentru deținerea calității de subcontractanți în prezenta procedură de atribuire.

Or, subcontractarea unei părți a obiectului achiziției și calitatea de subcontractant a unei entități derivă din efectul legii, așa cum textele de lege au fost indicate în prezenta motivare, subcontractarea nefiind o cerință pe care autoritatea o poate impune sau nu, în funcție de specificul procedurii și în funcție de dorințele acesteia. Arată că subcontractarea se califică astfel în baza legii, raportat la conținutul unei oferte și nu poate fi ignorată, pe considerente care nu se regăsesc în legislația privind achizițiile publice.

Este de menționat și că evaluarea conformității ofertelor, din punctul de vedere al tuturor aspectelor implicate în aceasta, se

realizează imediat depunerii acestora, înainte de stabilirea celei câștigătoare, așa cum reiese din dispozițiile art. 133 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, art. 137 alin. (3) lit. a) din aceeași hotărâre de Guvern, comisia de evaluare având obligația de a desemna oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile (art. 137 alin. (5) din HG nr. 395/2016), declarate astfel în urma evaluării realizate.

Dat fiind că documentația de atribuire nu a fost contestată autoritatea arată că aceasta a devenit obligatorie atât pentru autoritate cât și pentru ofertanți.

Autoritatea consideră că în fișa de date s-a menționat clar și evident modul de îndeplinire a cerințelor, motiv pentru care citează cerința nr. 2.

Autoritatea contractantă precizează că a luat decizia de a respinge oferta contestatorului ca urmare a faptului că nu poate atribui contractul unui ofertant care nu declară cine va executa partea din contract referitoare la serviciile de verificare tehnică a proiectului, atât timp cât această activitate a fost menționată în mod clar și distinct în cadrul documentelor achiziției, ofertantul fiind în imposibilitatea de a-și desfășura în mod legal activitățile contractului, în cazul în care acesta ar fi declarat câștigător al procedurii.

Având în vedere cele prezentate autoritatea contractantă susține că nicăieri în cadrul contestației SC SRL nu justifică lipsa subcontractării sau faptul că acesta nu deține autorizația necesară în vederea îndeplinirii activităților contractului, acesta rezumându-se la a justifica lipsa lor pe baza lipsei cerinței din documentația de atribuire (în opinia sa greșit citită și interpretată de acesta).

II Referitor la criticile privind oferta SC SRL.

Autoritatea contractantă precizează că contestatorul nu a formulat nicio observație în cadrul contestației cu privire la oferta depusă de SC SRL.

III Referitor la criticile privind aplicarea factorilor de evaluare doar ofertelor admisibile.

Autoritatea contractantă, arată că așa cum se precizează în raportul procedurii nr 13789 din 22.12.2022 a aplicat factorii de evaluare doar ofertelor declarate admisibile, iar în mod corect și legal, oferta depusă de SC SRL a fost declarată neconform și inacceptabilă.

În procedura ce face obiectul prezentei contestații, comisia de evaluare a constatat lipsa informațiilor subcontractanților care desfășoară activitatea de verificare tehnică a proiectului, aspect ce constituie, în opinia sa, în mod clar, o inadvertență de fond, nu o inadvertență de formă, aspect nepermis de legislația în vigoare, care determină respingerea ofertei și declararea răspunsului la clarificări neconcludent.

Autoritatea contractantă consideră că o eventuală acceptare a răspunsului la clarificări, ar echivala cu acceptarea unei oferte ce nu poate îndeplini contractul de prestări servicii.

În concluzie, consideră că în mod temeinic și legal, oferta depusă de SC SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137 alin. (1), alin. (3) lit. a), art. 134 alin. (5) și art. 137, alin (2), lit. b) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr 395/2016, deoarece ofertantul nu a îndeplinit unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv nu deține autorizarea necesară în vederea realizării serviciilor de verificare tehnică și nu a declarat subcontractanții ce vor realiza această activitate, parte integrantă a prezentului contract.

Având în vedere cele de mai sus, solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 05/03.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 102/03.01.2023 SC SRL transmite punct de vedere la punctul de vedere al autorității contractante prin care face următoarele precizări:

Conform caietului de sarcini s-a solicitat:

„Verificarea documentației tehnice face obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, aceasta urmând a fi asigurată de ofertant, prin verificatori de proiecte atestați de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor, în condițiile legii”.

De asemenea arată că prin Nota de la pagina 20 a caietului de sarcini se precizează:

„Pentru experții cheie nominalizați la faza de proiectare, ofertanții vor prezenta în mod obligatoriu în cadrul propunerii tehnice CV-urile acestora, modalitatea de asigurare a accesului la personal (contract de muncă/extras REVISAL/colaborare/subcontractare/suținere din partea unui terț), diplomele de studii și/sau autorizările solicitate valabile la data depunerii ofertei și documente relevante/recomandări emise de Beneficiar/Angajator pentru fiecare contract, din care rezultă informațiile solicitate de Autoritatea Contractantă”.

Contestatorul arată că după cum se observă din cadrul caietului de sarcini al autorității contractante se poate observa că s-a solicitat ca ofertantul să facă dovada că va avea acces la verificatori de proiecte autorizați conform specificului proiectului. Conform paginii 20 din caietul de sarcini pentru modalitatea îndeplinirii, prezentarea de contracte de colaborare cu experții nominalizați în cadrul propunerii tehnice.

SC SRL susține că a respectat cerințele caietului de sarcini prezentând atestatele verificatorilor de proiecte și declarațiile lor de disponibilitate.

Respingerea ofertei SC SRL pentru faptul că nu a declarat subcontractanți pentru verificarea de proiecte în opinia sa este abuzivă având în vedere că conform paginii 20 a caietului de sarcini există

inclusiv prezentarea declarației de disponibilitate pentru verificatorii de proiecte nominalizați.

Precizarea autorității contractante din punctul de vedere precum că:

„Contrar celor concluzionate în contestație și în spețele descrise, contestatorul, deși nu a nominalizat subcontractant pentru verificarea tehnică a proiectelor, acesta a știut să nominalizeze subcontractant SC SRL pentru lucrările de instalații electrice și instalații de curenți slabi, o altă activitate ce are nevoie de autorizare, activitatea ce nu este descrisă în cadrul documentației de atribuire, tocmai aceasta fiind o activitate auxiliară/conexă”, în opinia sa nu se justifică.

Nominalizarea SC SRL ca și subcontractant a fost făcută pentru respectarea cerinței de la pagina 14 din cadrul caietului de sarcini în care se precizează:

„Pentru activitatea de proiectare se va face dovada autorizării ofertantului pentru întocmirea documentațiilor de obținere avize conform prevederilor legale în domeniu și în corelare cu Certificatul de Urbanism”.

Contestatorul arată că și din această precizare din cadrul caietului de sarcini rezultă că s-a solicitat dovada proiectării documentelor necesare obținerii avizelor și autorizațiilor și în nici un caz nu a fost solicitat nominalizarea ca și subcontractanți a verificatorilor de proiecte nominalizați în cadrul propunerii tehnice.

Având în vedere că prin intermediul caietului de sarcini nu a fost solicitat ca verificatorii de proiecte să fie nominalizați ca și subcontractanți precizarea autorității contractante din cadrul punctului de vedere precum că spețele prezentate în cadrul contestației nu fac obiectul contestației nu se justifică.

Contestatorul arată că în cadrul contestației s-au prezentat decizii în care a arătat că eliminarea ofertantului pentru nesubcontractarea unor părți din contract pentru care nu s-a solicitat punctual subcontractarea este abuzivă.

De asemenea susține că precizarea din cadrul punctului de vedere precum că și-a însușit prevederile contractului în care se precizează „ legale în vigoare, Proiectantul are cel puțin următoarele obligații și răspunderi: c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verificatori de proiecte atestați, stabiliți de către investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate” este eronată.

Solicită Consiliului să observe că în draftul de contract se precizează că verificarea proiectului este în sarcina AUTORITATII CONTRACTANTE, prin urmare nu a fost corelată cu precizările din cadrul caietului de sarcini.

Având în vedere că nu a solicitat modificarea articolului de contract, în cadrul propunerii tehnice a prezentat declarație de acceptare a contractului însoțită de draftul de contract al autorității contractante.

De asemenea arată că conform art. 4 din HG nr. 925/1995:

„Activitatea verificatorilor de proiecte și/sau a experților tehnici poate fi efectuată numai de către specialiști atestați, care își pot desfășura activitatea în una dintre următoarele forme:

.....

- autorizat, ca persoană fizică, să desfășoare activități în mod independent, conform prevederilor Decretului-lege nr. 54/1990 și ale Hotărârii Guvernului nr. 201/1990 pentru aprobarea normelor de aplicare ale acestuia”.

Așadar și conform art. 4 din HG nr. 925/1995 se prevede că verificarea proiectului se poate face și de către persoana fizică autorizată să desfășoare această activitate în mod independent.

Prin urmare precizează că subcontractarea activității de verificare tehnică a proiectului este o opțiune pentru SC SRL și nu o obligație.

Referitor la faptul că în cadrul contestației nu s-au formulat observații asupra ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător SC SRL face precizarea că prin intermediul contestației s-a urmărit dovedirea faptului că oferta depusă de SC SRL este conformă și că a fost respinsă în mod abuziv.

Prin urmare solicită Consiliului să admită contestația depusă și să oblige autoritatea contractantă să reevalueze ofertele depuse în cadrul procedurii și aplicarea criteriului de atribuire doar ofertelor admisibile.

Prin contestația nr. 2376/29.12.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 64425/30.12.2022, SC SRL critică rezultatul procedurii de atribuire prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă iar oferta SC SRL a fost declarată câștigătoare.

Contestatorul precizează că a depus o ofertă în conformitate cu exigențele impuse prin documentația de atribuire, însă, cu toate acestea, prin raportul procedurii și prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă îi aduce la cunoștință următoarele:

„Oferta depusă de SRL, cu subcontractant SRL:

1) Neconformă, în conformitate cu:

- Articolul 137 alin. (1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme;

- Articolul art. 137 alin. (3) în condițiile art. 215 alin, (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;

2) Inacceptabilă, în conformitate cu:

- Articolul 134 alin. (5) în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

- Art. 137 alin. (2) lit. b (2) în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Detalierea motivelor de nelegalitate cu privire la evaluarea ofertei SC SRL, cu subcontractant SC SRL.

Ca o chestiune prealabilă, reliefează faptul că oferta sa fost declarată ca fiind inacceptabilă și neconformă, cu motivarea că nu a declarat subcontractant pentru realizarea activității de verificare tehnică a proiectului.

În soluționarea acestei contestații, consideră că trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului și-a consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, așa cum rezultă din prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În acest context, din jurisprudența unitară în acest domeniu, astfel: Decizia CNSC nr. 886/C8/854 din 02.05.2022, rămasă definitivă prin Sentința nr. 75/F din 02.06.2022, pronunțată de Curtea de Apel Pitești, în dosarul nr. 359/46/2022, Decizia CNSC nr. 2179/C7/2389/2390 din 03.12.2019, rămasă definitivă prin Decizia nr. 349 din 16.03.2020, pronunțată de Curtea de Apel, în dosarul nr. 7238/2/2019.

Contestatorul indică ca fiind aplicabile prevederile art. 13 alin. (1) art. 22 lit. c), art. 23 lit. c) din Legea nr. 10/1995, art. 5 din HG nr. 742/2018 și art. 4 din HG nr. 1/2018 din interpretarea căroră autoritatea contractantă a reținut că un operator economic nu poate prin specialiști verificatori de proiecte de care dispune să verifice și să avizeze proiectele pe care tot el le-a executat, obiectivismul și imparțialitatea verficatorului de proiect fiind esențiale în buna desfășurare a activității acestuia.

În ceea ce privește prevederile documentației de atribuire, învederează Consiliului că nu există în cuprinsul acesteia vreo prevedere din care să rezulte că era obligatoriu ca activitatea de verificare a proiectelor să fie realizată de un subcontractant.

În acest context, ilustrează prevederile existente la pagina 14 din caietul de sarcini, astfel: „Verificarea documentației tehnice face obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, aceasta urmând a fi asigurată de ofertant, prin verificatori de proiecte atestați de Ministerul Dezvoltării Lucrărilor Publice și Locuințelor, în condițiile legii”.

Prin urmare, arată că din documentația de atribuire rezultă doar că verficatorii de proiecte trebuie asigurați de ofertanți, iar aceștia trebuie să fie atestați de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor, în condițiile legii, ci nu că verficatorii de proiecte trebuie să fie angajați

ai unui alt operator economic (subcontractor) decât cel ai cărui angajați elaborează proiectele, astfel cum interpretează în mod eronat autoritatea contractantă.

Relievează că o altă concluzie nu rezultă nici din prevederile Legii nr. 10/1995, HG nr. 742/2018 sau HG nr. 1/2018 care oricum nu ar fi putut adăuga cerințe neprevăzute în documentația de atribuire și în funcție de care se verifică ofertele.

În susținere invocă prevederile art. 13. alin. (1), art. 22 lit. c), art. 23 lit. c) din Legea nr. 10/1995, art. 5, art. 6 din HG nr. 742/2018 și art. 4 din HG nr. 1/2018 pe care le redă în continuare.

În opinia sa din prevederile de mai sus rezultă că referirea la verificatorii de proiecte care trebuie să fie alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor se referă la specialiștii persoane fizice care verifică sau elaborează proiectele, ci nu la operatorul economic la care aceștia sunt angajați cu contract de muncă sau cu care au încheiat contracte de colaborare.

De altfel, chiar art. 5 din HG nr. 742/2018, invocat de CNSC, prevede că specialiștii cu activitate în construcții își pot desfășura activitatea ca persoană fizică autorizată sau acționar/angajat/asociat al unei persoane juridice de unde rezultă că reglementarea se referă la specialiștii persoane fizice, ci nu la operatorii economici care au încheiat contractul de achiziție publică.

Prin urmare, apreciază că interpretarea extensivă pe care o face autoritatea contractantă prevederilor legale în discuție nu are vreun temei în aceste prevederi, din textul lor rezultând doar că specialiștii persoane fizice care verifică proiectul trebuie să fie alții decât specialiștii persoane fizice care elaborează proiectul, ci nu că acești specialiști trebuie să fie angajați la operatori economici distincți.

Evidențiază că, inclusiv, subcontractantul este subordonat antreprenorului, astfel că realizarea verificării proiectelor prin subcontractant, oricum nu ar fi de natură să înlăture pretinsele rezerve cu privire la obiectivismul și imparțialitatea verificatorului de proiect invocate în mod nejustificat de către autoritatea contractantă. În realitate, obiectivismul și imparțialitatea verificatorului de proiect este asigurat prin obligațiile legale impuse persoanei fizice atestate ca verificator de proiecte și prin impunerea cerinței ca persoana fizică care verifică un proiect să fie alta decât persoanele fizice implicate în elaborarea proiectelor.

În acest context, apreciază că el a răspuns concludent la solicitarea de clarificări cu nr. 12883/24.11.2022, prin raportare la conținutul ofertei depusă.

În concluzie, cu titlu de jurisprudență relevantă în acest sens, indică:

Decizia civilă nr. 2046 din 11 august 2022, pronunțată de Curtea de Apel

....., în cadrul dosarului 5449/2/2022 și Decizia CNSC nr. 1561/C6/1607, 1617 din 03.09.2020, rămasă definitivă prin Hotărârea civilă nr. 759 din 30 septembrie 2020, pronunțată de Curtea de Apel Iași, în cadrul dosarului nr. 438/45/2020.

Referitor la refuzul autorității contractante privind accesul solicitat în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 la oferta SC SRL.

Contestatorul, referitor la caracterul confidențial al unei oferte, invocă art. 57 din Legea nr. 98/2016 pe care îl redă în continuare.

De asemenea în susținerea cererii sale, invocă inclusiv dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, pe care îl redă în continuare.

În considerarea acestor aspecte, arată că, cum din informațiile prezentate nu reiese că ofertantul câștigător ar fi dovedit caracterul confidențial al ofertei, nefiind administrat vreun mijloc de probă prin care să se demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca fiind confidențiale, solicită accesul la dosarul achiziției, inclusiv la partea ce privește informațiile neprobate ca fiind confidențiale.

Evidențiază faptul că, astfel cum reiese din prevederile legale citate mai sus, ofertanții au obligația de a indica și de a dovedi care informații din propunerea tehnică, respectiv elemente din propunerea financiară sunt confidențiale, neputând fi acceptată declararea ofertelor tehnice și financiare în integralitatea lor, ci strict a unor anumite informații din acestea, și acelea motivat, iar nu discreționar.

În acest sens invocă Decizia nr. 3005 din 29.06.2017 a Curții de Apel

Astfel cum a precizat, caracterul confidențial al documentelor din cadrul ofertei trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă, sens în care, simpla declarare a ofertei ca fiind confidențială, nu îi acordă autorității contractante dreptul de a nu permite accesul la documentele depuse de ofertant sau la actele emise de autoritate în cadrul procedurii de achiziție publică, în lipsa demonstrării caracterului confidențial, cu precădere în condițiile în care Legea nr. 544/2001 asigură transparența procesului decizional în cadrul autorităților publice.

Luând în considerare toate motivele de fapt și de drept expuse exhaustiv, solicită să se admită cererea prin care solicită accesul la toate documentele, inclusiv la cele declarate confidențiale precum și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa nr. 13912/30.12.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 60880/13.12.2022 autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere față de contestația SC SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

I. Referitor la criticile privind respingerea în mod nelegal și netemeinic a ofertei prezentate de SC SRL.

Autoritatea contractantă arată că prin contestația formulată, SC SRL, concluzionează că oferta lui a fost respinsă în mod abuziv deoarece

acesta nu a declarat ca subcontractant realizarea activității de verificare tehnică a proiectului.

Autoritatea contractantă precizează că așa cum a transmis și în comunicarea privind raportul procedurii nr. 13790 din 22.12.2022:

„În cadrul fișei de date a achiziției, s-au solicitat următoarele:

II. 1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor

Contractul de servicii va avea următoarele etape:

A. Elaborarea următoarelor documentații:

a. Documentație tehnică pentru obținerea autorizației de construire;

b. Documentații tehnice pentru obținerea avizelor și acordurilor conform certificatului de urbanism (avize deținători de rețele, acord ISC după caz, etc);

c. Dacă este cazul: documentație pentru obținerea/prelungirea valabilității certificatului de urbanism;

d. Documentație tehnică pentru organizarea executării lucrărilor (POE);

e. Proiect Tehnic, potrivit prevederilor legale;

f. Detalii de execuție;

g. Întocmire raport la terminarea execuției;

h. Programul de urmărire a comportării lucrării în timp;

i. Proiect „as-built”;

B. Servicii conexe:

a. Verificarea tehnica a proiectării.

b. Obținere avize, acorduri, inclusiv autorizație de construire (plata taxelor intră în sarcina beneficiarului final al investiției);

c. Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor (inclusiv fazele determinante și modificările aduse proiectului).

III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale

Cerința 3: Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, 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.

Cerința 2: Informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze.

Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși. Se va completa formularul nr. 5.

Modalitatea de îndeplinire: în DUAE completat de ofertant se vor include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.

În cazul în care ofertantul utilizează capacitățile subcontractantului/subcontractanților pentru a îndeplini criteriile de calificare, se va prezenta câte un formular DUAE separat pentru fiecare dintre respectivii

subcontractanți, completat și semnat în mod corespunzător de către fiecare dintre aceștia.

Odată cu depunerea DUAЕ se va prezenta și acordul de subcontractare (Formular 5).

Nota 1: AC solicită ofertantului să precizeze în ofertă, în conformitate cu prevederile art. 150, alin (2) din HG nr. 395/2016 modificată și completată și ale art. 219 coroborate cu art. 220 din Legea nr. 98/2016 modificată și completată, numele, datele de contact și reprezentanții legali pentru:

Subcontractanții săi implicați în executarea contractului de achiziție publică,

Pentru subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare.

Nota 2: AC va verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 164 și 167 din Legea nr. 98/2016 modificată și completată în legătură cu subcontractanții propuși.

II.2.4 Descrierea achiziției publice (natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele).

Valoarea estimată este de 382.582,44 lei fără TVA și cuprinde:

Valoarea necesară realizării Documentației suport și cheltuieli pentru obținerea de avize, acorduri și autorizații - 3.5.4 din devizul general (8.000 lei), Verificarea tehnică de calitate a proiectului - 3.5.5. din devizul general (9.000 lei), Proiect tehnic și detalii de execuție - 3.5.6. din devizul general (350.000 lei) și Asistența tehnică din partea proiectantului - 3.8.1. din devizul general (15.582,44 lei)".

Autoritatea contractantă arată că așa cum bine evidențiază contestatorul, în art. 5 și art. 6 din HG nr. 742/2016 se precizează:

„Specialiștii cu activitate în construcții, prevăzuți la art. 2, își pot desfășura activitatea în condițiile legii, ca:

a) persoana fizică autorizată să desfășoare activități în mod individual și independent conform prevederilor OUG 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.

Totuși, consideră că raționamentul trebuie să meargă mai departe, să se continue, prin explicitarea a ceea ce înseamnă: persoană fizică autorizată - persoană fizică autorizată (PFA), persoană fizică autorizată să desfășoare orice formă de activitate economică permisă de lege, folosind în principal forța sa de muncă (art. 2 lit. i) din OUG nr. 44/2008). Pot desfășura activități economice ca PFA persoanele fizice care: i) au împlinit vârsta de 18 ani; ii) nu au săvârșit fapte sancționate de legile financiare, vamale și cele care privesc disciplina financiar-

fiscală, de natura celor care se înscriu în cazierul fiscal; iii) au un sediu profesional; iv) declară pe propria răspundere că îndeplinesc condițiile de funcționare prevăzute de legislația specifică în domeniul sanitar, sanitar-veterinar, protecției mediului și al protecției muncii, îndeplinirea condițiilor referitoare la respectarea cerințelor de funcționare prevăzute de legislația specifică în domeniul sanitar, sanitar-veterinar, protecției mediului și al protecției muncii se face potrivit art. 5, 15 și urm. din Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice, cu modificările și completările ulterioare, atât pentru sediul profesional, pentru fiecare punct de lucru, cât și pentru activitățile desfășurate în afara sediului profesional sau a punctelor de lucru (art. 8 din OUG nr. 44/2008). Potrivit art. 5 din Legea nr. 359/2004, prin autorizarea funcționării se înțelege asumarea de către solicitant a responsabilității privitoare la legalitatea desfășurării activităților declarate.

PFA este asigurată în sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale și are dreptul de a fi asigurată în sistemul asigurărilor sociale de sănătate și al asigurărilor pentru șomaj, în condițiile prevăzute de lege (art. 18 din OUG nr. 44/2008).

De asemenea, susține că PFA-rile sunt înscrise în sistemul de achiziții SEAP (SICAP), putând participa la licitație, în orice formă dorită: de asociere, de subcontractare, terț susținător.

Contract celor spuse și inclusiv definite de contestator, rezultă că verificatorii de proiecte se refera la specialiști persoane fizice AUTORIZATE, nu doar persoane fizice, tocmai ca aceștia să poată realiza activitățile pentru care sunt remunerați în condițiile legii fiscale.

Autoritatea contractantă susține că potrivit motivării deciziei nr. 3371/2017 pronunțate de Curtea de Apel Cluj, instanța de recurs a apreciat ca fiind întemeiate criticile formulate de contestatoarea ...SA cu privire la oferta depusă de asocierea SC ... SRL, privind nedeclararea subcontractanților ce urmează să execute lucrări/presteze servicii în cadrul contractului ce urmează să fie atribuit. Prin notificarea prealabilă formulată și ulterior, prin contestația înaintată Consiliului (judecată de Tribunalul Sălaj) și prin concluziile scrise formulate în fața instanței de recurs contestatorul a arătat următoarele:

„Ofertantul asocierea SC ... SRL nu îndeplinește „Cerința 7. Ofertantul va completa lista cuprinzând subcontractantul și acordul de subcontractare cu precizarea exactă a părților din contract care urmează a fi îndeplinite de aceștia și exprimarea valorică a acestor părți. [...] În cazul unei asocieri operatorul economic va prezenta acordul de asociere semnat de fiecare asociat. În cazul în care se depune o oferta în asociere se va preciza cine este lider al asocierii cu identificarea din punct de vedere fizic și valoric a serviciilor/lucrărilor prestate/executate.

Ofertantul, în cazul în care este format dintr-o asocieră la care participă mai mulți operatori economici, va semna o declarație prin care se obligă ca în cazul în care oferta sa este declarată câștigătoare, asocieră va prezenta autorității contractante acordul de asocieră în formă legalizată, înainte de data semnării contractului”.

Prin urmare consideră că contestatorul își invocă propria culpă, dar vina aparține, în totalitate, celui care nu s-a conformat cerințelor exprese și clare ale documentației de atribuire, iar în situația în care prevederile documentației de atribuire nu erau clare, ofertantul avea posibilitatea contestării lor, în termenul legal.

Având în vedere prevederile legale prezentate, precum și cerințele documentației de atribuire, rezultă că ofertantul trebuia, la data depunerii ofertei, să ia în calcul necesitatea prezentării de specialiști atestați și autorizați, care sunt strict necesari pentru atingerea obiectului contractului, demonstrând astfel îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale, precum și a reglementărilor, standardelor și normelor aplicabile în domeniul din care face parte obiectul contractului.

Riscul întocmirii ofertelor, inclusiv neprezentarea tuturor informațiilor solicitate în cadrul documentației de atribuire sau din cadrul solicitărilor de clarificări, cade în sarcina operatorului economic.

În continuare autoritatea redă tabelar paginile 18 și 32 din cadrul propunerii tehnice, pagina 1-2 din documentul personal implicat.

Autoritatea contractantă invocă în susținere și:

- Pg. 74 -86 din documentul Personal implicat

Declarație de disponibilitate, CV-ul din care reiese că acesta este angajat ca și arhitect în cadrul societății SC SRL;

- Pg. 97- 100 din documentul Personal implicat

Declarație de disponibilitate;

- Pg. 116 -120 din documentul Personal implicat

Declarație de disponibilitate,

- Pg. 161- 171 din documentul Personal implicat

Declarație de disponibilitate, CV-ul din care reiese că acesta este angajat la Universitatea Tehnică de Construcții, Facultatea de Hidrotehnică.

Astfel, consideră că reiese în mod clar faptul că verifcatorii de proiecte nu sunt angajați ai contestatarului, aceștia fiind colaboratori pe bază de Declarație de participare.

Totodată, arată că contestatorul și-a însușit clauzele contractuale obligatorii, nedepunând niciun amendament la contract. Astfel, în draftul de contract se prevede: 9.12 - Potrivit Legii 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, cu modificările și completările ulterioare, asumându-și toate responsabilitățile ce decurg din conținutul contractului cât și a prevederilor legale în vigoare, proiectantul are cel puțin următoarele obligații și răspunderi:” c) prezentarea proiectelor elaborate în fața specialiștilor verifcatori de proiecte atestați, stabiliți de către

investitor, precum și soluționarea neconformităților și neconcordanțelor semnalate;

Așa cum reiese din actele depuse, activitatea de verificare de proiect va fi realizată de SC SRL nu prin resurse proprii, ci prin implicarea unor terțe entități, străine de societatea care a depus oferta.

Autoritatea contractantă susține că a transmis solicitarea de clarificări nr 12883/ 24.11.2022 astfel:

„Vă rugăm clarificați următoarele:

1. Vă rugăm clarificați operatorul economic - societatea/persoana juridică/fizică autorizată care va realiza activitatea de verificare tehnică a proiectului.

Ofertantul a răspuns în termen și autoritatea contractantă redă în continuare răspunsul contestatorului.

În opinia sa răspunsul nu poate fi considerat concludent, întrucât, legislația în vigoare nu permite ca activitatea de verificare tehnică a proiectului să fie realizată tot de proiectant, așa cum însuși susține și ofertantul în răspunsul la solicitarea de clarificări. Mai mult prin răspunsul la solicitare de clarificări contestatorul descrie clar faptul că are dreptul la implicarea ulterioară a subcontractanților. Deci acesta știe că are nevoie de subcontractanți în vederea realizării activităților contractului, dar nu îi declară, așa cum este solicitat în Fișa de date a achiziție.

Din prevederile legislației în vigoare, respectiv (dispozițiile pct.2.5.2. al secțiunii I din Anexa nr. 1 la Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, art. 1 din Regulamentul de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor din 20.11.1995, aprobat prin HG nr.925/1995, precum și art. 4 din Regulament), reiese faptul că activitatea verificatorilor de proiecte și/sau a experților tehnici poate fi efectuată numai de către specialiști atestați, care își desfășoară activitatea în una dintre următoarele forme: angajat al unei persoane juridice care are în obiectul de activitate verificarea sau expertizarea tehnică de calitate a proiectelor și a construcțiilor; autorizat, ca persoană fizică; angajat al investitorului (ceea ce nu este cazul autorității contractante).

Așadar, în cazul verificatorilor de proiecte, care trebuie să fie obligatoriu terți față de cel ce realizează proiectul, ofertantul era cel care avea dreptul să subcontracteze activitatea aferentă, caz în care avea obligația de a indica, ca subcontractant, persoana fizică sau juridică ce urma să desfășoare această activitate.

Totodată, conform dispozițiilor art. 13 din HG nr. 925/1995 actualizată, „Verificatorul tehnic atestat nu poate ștampila (verifica) proiectele întocmite de el sau la a căror elaborare a participat”.

Astfel, susține că în mod evident, ofertantul SC SRL subcontractează activitatea de verificare tehnică către verificatorii

atestați (angajat al SC SRL - conform CV), ..., entități comerciale, indiferent de forma lor, pentru care nu se completează criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire. În mod evident, prin implicarea domnilor verficatori (având atestate în acest sens), reiese concluzia că acești specialiști execută o parte a contractului. Dat fiind cele expuse, raportat la definiția dată de legiuitor pentru subcontractant, comisia stabilește că verficatorii nominalizați îndeplinesc condiția pentru deținerea acestei calități în prezenta procedură de achiziție publică.

Autoritatea contractantă consideră că nu se poate lua în considerare răspunsul ofertantului cu privire la subcontractarea ulterioară, întrucât, în mod evident, ofertantul cunoaște datele de recunoaștere a subcontractanților, astfel încât acesta era obligat să îi declare subcontractanți în conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției: Cerința 2: „Informații privind partea din contract pe care operatorul economic are, eventual, intenția să o subcontracteze.

Ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși. Se va completa formularul nr. 5”.

Prin nedeclararea subcontractanților, neprezentarea DUAЕ și declarațiile prevăzute de art. 59-60, art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr.98/2016 susține că nu se poate verifica un eventual conflict de interese între persoanele cu atribuții de conducere din această entitate și persoanele cu atribuții de conducere de la nivelul autorității contractante.

Dat fiind că documentația de atribuire nu a fost contestată ea a devenit obligatorie atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru ofertanți. Autoritatea consideră că în fișa de date s-a menționat clar și evident modul de îndeplinire a cerințelor.

Autoritatea contractanta precizează că a luat decizia de respinge oferta contestatorului ca urmare a faptului că nu poate atribui contractul unui ofertant care nu declară cine va executa partea din contract referitoare la serviciile de verificare tehnică a proiectului, atât timp cât aceasta activitate a fost menționată în mod clar și distinct în cadrul documentelor achiziției, ofertantul fiind în imposibilitatea de a-și desfășura în mod legal activitățile contractului, în cazul în care acesta ar fi declarat câștigător al procedurii.

De asemenea solicită a se concluziona faptul că nicăieri în cadrul contestației SC SRL nu justifică lipsa subcontractării sau faptul că acesta nu deține autorizația necesară în vederea îndeplinirii activităților contractului, acesta rezumându-se la a justifica lipsa lor pe baza lipsei cerinței din documentația de atribuire.

Referitor la criticile privind accesul la dosarul achiziției și la oferta depusă de SC SRL.

Autoritatea contractantă precizează că așa cum s-a transmis și în adresa de răspuns privind solicitarea nr. 513/ 21.12.2022, privind

accesul la documentele ce compun dosarul achiziției informațiile solicitate prin această adresă sunt protejate de confidențialitatea declarată și probată de ofertanți, în aceeași manieră în care sunt protejate și documentele tehnice și financiare aferente ofertei contestatorului.

Astfel, în cadrul dosarului de achiziție publică se află informații declarate confidențiale de către ceilalți participanți la procedura de achiziție publică, așa cum reiese și din raportul procedurii nr. 13789/22.12.2022, postat în sistemul SICAP - cap. 3.2.8.

„Documentele solicitate nu au fost puse la dispoziție, acestea fiind protejate ca fiind confidențiale. În acest sens, vă punem la dispoziție Declarația pe propria răspundere privind partea/părțile din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară declarate confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, depusă de SC SRL, subcontractant și terț susținător SC SRL, subcontractant SC SRL, subcontractant SC SRL, subcontractant SRL.

Referitor la solicitarea plății cheltuielilor efectuate de contestator.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea solicitării cu privire la obligarea sa la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație, întrucât:

Achiziționarea serviciilor este realizată din bugetul local al Comunei, județul, iar cel mai afectați sunt beneficiarii direcți ai proiectului, respectiv cetățenii comunei,

Autoritatea contractantă este singura parte prejudiciată, întrucât datorită celor 2 contestații, există riscul nefinalizării proiectului la timp și nedepunerii acestuia în vederea obținerii de fonduri nerambursabile.

Autoritatea contractantă nu dispune de alte fonduri în vederea derulării proiectului, iar acestea sunt blocate ca urmare a contestației.

Contestatorul nu a stabilit realitatea, necesitatea și caracterul rezonabil al contestației.

Autoritatea contractantă susține că a respectat modul de evaluare unitar ar propunerilor tehnice, fără să facă exces de zel, evaluând cerințele minime solicitate prin raportare la Fișa de date a achiziției.

În concluzie, precizează că în mod temeinic și legal, oferta depusă de SC SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 137 alin (1), art. 137 alin (3) lit. a), art. 134 alin. (5) și art. 137, alin. (2), lit. b din Normele Metodologice aprobate prin HG nr 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, deoarece ofertantul nu a îndeplinit unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv nu deține autorizarea necesară în vederea realizării serviciilor de verificare tehnică și nu a declarat subcontractanții ce vor realiza acesta activitate, parte integrantă a prezentului contract.

Având în vedere cele de mai sus, solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 26/09.01.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1340/10.01.2023, SC SRL transmite cerere de intervenție principală și cerere de intervenție accesorie în susținerea apărării autorității contractante în cadrul contestațiilor formulate de SC SRL și SC SRL.

SC SRL solicită introducerea sa în calitate de intervenient în dosarele nr. 3216/2022 și 3232/2022 urmând ca prin decizia ce se va pronunța să se dispună:

- admiterea prezentei cereri de intervenții;
- respingerea contestațiilor nr. 1355/29.12.2022 formulată de SC SRL și nr. 2376/29.12.2022 formulată de SC SRL ca nefondate;
- constatarea legalității și temeiniciei comunicării rezultatului procedurii și a raportului procedurii potrivit căroră ofertele SC SRL și SC SRL au fost declarate neconforme și inacceptabile;
- continuarea procedurii de atribuire, cu menținerea ca legală și temeinică a deciziei de atribuire a contractului către SC SRL;
- în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea prezentei cereri de intervenție, prin recalificarea acesteia drept intervenție în interesul autorității contractante.

Intervenientul precizează că prin adresa nr. 13792/22.12.2022 autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că în urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii și a aplicării criteriului de atribuire, oferta SC SRL a fost admisibilă, fiind declarată câștigătoare, clasându-se pe locul I.

• Justificarea interesului SC SRL de a formula cererea de intervenție.

Interesul legitim al SC SRL de a critica contestațiilor nr. 1355/29.12.2022 formulată de SC SRL și nr. 2376/29.12.2022 formulată de SC SRL rezultă din calitatea de participant la procedura de achiziție sus-menționată, ofertant declarant câștigător, calitate în care el este vătămat în interesul său legitim de a obține contractul.

În concret, interesul său procesual în contestarea de către SC SRL și de SC SRL a deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, rezultă din faptul că el urmărește menținerea (conservarea) rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare și implicit rezultatul procedurii de atribuire prin care ofertele SC SRL și SC SRL, astfel încât să se conserve dreptul său de a fi parte în contractul de proiectare.

Interesul SC SRL pentru formularea cererii de intervenție este evident, în contextul în care oferta sa a fost desemnată ca fiind

conformă și câștigătoare, iar eventuala admitere a contestațiilor nr. 1355/29.12.2022 formulată de SC SR și nr. 2376/29.12.2022 formulată de SC SRL ar putea conduce la schimbarea acestui rezultat al procedurii, prin anularea actelor emise de autoritatea contractantă care fundamentează juridic acest rezultat favorabil pentru SC SRL.

Având în vedere că interesul său este ca oferta sa să fie clasată pe primul loc și să se încheie contractul cu SC SRL, rezultă că sunt întrunite condițiile specifice interesului procesual într-o acțiune în domeniul achizițiilor publice.

- În ceea ce privește analiza pe fond a contestației.

Intervenientul arată că în fișa de date a achiziției la cap. II. 1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor se precizează:

„Contractul de servicii va avea următoarele etape:

A. Elaborarea următoarelor documentații:

a. Documentație tehnică pentru obținerea autorizației de construire;

b. Documentații tehnice pentru obținerea avizelor și acordurilor conform certificatului de urbanism (avize deținători de rețele, acord ISC după caz, etc);

c. Dacă este cazul: documentație pentru obținerea/prelungirea valabilității certificatului de urbanism;

d. Documentație tehnică pentru organizarea executării lucrărilor (POE);

e. Proiect Tehnic, potrivit prevederilor legale;

f. Detalii de execuție;

g. Întocmire raport la terminarea execuției;

h. Programul de urmărire a comportării lucrării în timp;

i. Proiect „as-built”;

B. Servicii conexe:

a. Verificarea tehnică a proiectării.

b. Obținerea avize, acorduri, inclusiv autorizație de construire (plata taxelor intră în sarcina beneficiarului final al investiției);

c. Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor (inclusiv fazele determinante și modificările aduse proiectului)”.

De asemenea arată că în conformitate cu prevederile caietului de sarcini pag. 14 : „Verificarea documentației tehnice face obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, aceasta urmând a fi asigurată de ofertant, prin verificatori de proiecte atestați de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor, în condițiile legii”. Având în vedere că proiectul presupunea un cumul de specialități: arhitectură, rezistență, instalații, ofertanții trebuiau să fie autorizați pentru verificarea tehnică de calitate a documentațiilor pentru toate specialitățile. Așa cum a prezentat în cadrul ofertei sale, verificatorii tehnici care necesitau a fi declarați în

ofertă trebuiau să fie atestați la următoarele domenii: B, C, D, E, F (subcontractant declarat în cadrul ofertei sale Hoblea N. Alin - Enver - Birou Individual de Arhitectură), A1 (subcontractant declarat în cadrul ofertei sale SC SRL) și Ie, It, Is, Ci (subcontractant declarat în cadrul ofertei sale SC SRL).

Totodată arată că potrivit Fișei de date cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, Cerința 3: „Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, 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”.

În conformitate cu Hotărârea nr. 742/2018 privind modificarea Hotărârii Guvernului nr. 925/1995 pentru aprobarea Regulamentului de verificare și expertizare tehnică de calitate a proiectelor, a execuției lucrărilor și a construcțiilor, art. 1, alin. (2):

„(2) Verificarea și expertizarea tehnică a proiectelor, precum și expertizarea tehnică a execuției lucrărilor și a construcțiilor în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele fundamentale prevăzute de Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, se efectuează de către specialiști cu activitate în construcții, atestați de Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice. Verificarea execuției lucrărilor de construcții în ceea ce privește respectarea cerințelor fundamentale prevăzute de Legea nr. 10/1995, republicată, cu completările ulterioare, se efectuează de către specialiști cu activitate în construcții, autorizați de către Inspectoratul de Stat în Construcții – ISC”.

Coroborat cu prevederi legale privind autorizarea/atestarea ANRE a operatorului economic pentru întocmirea documentațiilor tehnice de proiectare pentru instalații electrice conform Ordin ANRE nr. 45 din 7 sept 2016, Cap. I, art. 1 alin. (1) și art. 5 alin. (2), și anume:

Art. 1 alin. (1) „Activitățile de proiectare, executare și verificare a instalațiilor electrice se realizează de către operatori economici care dețin un atestat emis în condițiile prezentului regulament, potrivit competențelor acordate de tipul de atestat pe care îl dețin, cu respectarea prevederilor legii și ale reglementărilor în vigoare”.

Art. 5 alin. (2) „Un operator economic care are, potrivit legii, calitatea de antreprenor general, în baza unui contract de antrepriza încheiat cu un beneficiar și care nu deține un atestat acordat de ANRE, are dreptul de a subcontracta lucrările de proiectare, executare sau verificare de instalații electrice care, prin contractul încheiat cu beneficiarul investiției, sunt în sarcina sa, numai către operatori economici atestați conform prezentului regulament și numai cu acordul beneficiarului”.

În opinia sa se constată fără echivoc faptul că ofertanții SC SRL, subcontractant SC SRL și SC SRL, subcontractant SC SRL nu au declarat subcontractanți care pot îndeplini cerințele impuse de autoritatea contractantă și nici nu sunt autorizați legali să realizeze aceste verificări.

În consecință, intervenientul arată că SC SRL, subcontractant SC SRL și SC SRL, subcontractant SC SRL nu sunt autorizați legali pentru realizarea acestei activități și nici nu au declarat subcontractanți care să presteze serviciile de verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție, ofertele au fost considerate neconforme în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016. În condițiile în care SC SRL, subcontractant SC SRL și SC SRL, subcontractant SC SRL au declarat că activitățile vor fi prestate de terți, devin aplicabile prevederile legale cu privire la nedeclararea unor subcontractanți în cadrul ofertei. În opinia sa un simplu terț nu poate presta aceste servicii deoarece legislația, respectiv Legea 98/2016 este foarte clară în ceea ce privește definirea subcontractanților yy) subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Având în vedere că nici un operator economic nu a contestat conținutul documentației de atribuire, atât ofertanții, cât și autoritatea contractantă au devenit debitorii obligației de a respecta conținutul și cerințele acesteia. În conformitate cu aspectele mai sus amintite, consideră că ofertanții care au depus oferta trebuie să fie autorizați pentru verificarea tehnică de calitate a proiectului tehnic și a detaliilor de execuție, pentru toate domeniile relevante în acest caz.

În consecință, în condițiile în care ofertanții SC SRL, subcontractant SC SRL și SC SRL, subcontractant SC SRL nu sunt autorizați pentru aceste activități și nu au declarat subcontractanți care să presteze serviciile de verificare a documentațiilor, ofertele au fost considerate neconforme în baza prevederilor legale.

Invocă în susținere decizia CNSC 1563/C6/1592 din 12.06.2018, Decizia Curții de Apel nr. 607/2018 și Decizia Curții de Apel Cluj nr. 735/2018. În condițiile în care aceștia declară că activitățile vor fi prestate de terți nedeclarați în ofertă, consideră că devin aplicabile prevederile legale cu privire la nedeclararea unor subcontractanți în cadrul ofertei.

Intervenientul arată că potrivit prevederilor art. 92 alin. (7) din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări, însă, legiuitorul nu impune în sarcina autorității contractante o

obligatie în acest sens. Ca atare consideră că nu se poate imputa autorității contractante faptul că nu a solicitat contestatorilor informații privind ofertele lor.

Pe de altă parte, arată că prevederile art. 92 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 dispun foarte clar că aceste clarificări nu pot duce la modificarea elementelor esențiale ale procedurii de atribuire astfel că, chiar dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat lămuriri cu privire la modalitatea în care contestatorii și-ar fi îndeplinit obligația de a verifica lucrările, aceștia nu ar fi putut în cursul procedurii să-și modifice oferta și să precizeze la acel moment cine sunt subcontractanții.

Intervenientul solicită Consiliului să admită cererile de intervenții, atât cea principală, cât și cea accesorie, să respingă contestațiile și să constate că ofertele celor 2 contestatori au fost declarate în mod legal ca nefiind inacceptabile și neconforme și să constate ca fiind legală procedura de atribuire.

Având în vedere cele ce preced, solicită menținerea deciziei autorității contractante de atribuire a contractului către SC SRL ca legală și temeinică.

În drept, își întemeiază prezenta cerere de intervenție pe dispozițiile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, a HG 395/2016, Legii 101/2016, Codului Civil și orice alt act normativ incident/indicat în cadrul prezentei cereri de intervenție.

Prin adresa nr. 53/12.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 2063/12.01.2023 SC SRL transmite concluzii scrise referitoare la cererea de intervenție formulată de SC SRL solicitând respingerea acesteia.

Prin concluziile scrise SC SRL reiterează susținerile sale din contestație.

Având în vedere documentele depuse în cadrul procedurii, declarate „CONFIDENȚIALE”, respectiv „documentele de calificare, oferta tehnică, oferta financiară și clarificările la acestea, precum și faptul că SC SRL a solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 942/3216,3232/C1/ 06.0.2023, Consiliul a solicitat ofertantului SC SRL să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate de către aceasta ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. 25/09.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 1339/10.01.2023, SC SRL răspunde solicitării Consiliului, precizând că nu permite accesul SC SRL la documentele din cadrul ofertei sale declarate confidențiale.

SC SRL precizează că documentele de calificare, oferta tehnică - integral, oferta financiară - integral, exclusiv prețul ofertei și clarificările la acestea au caracter confidențial deoarece conțin date cu caracter confidențial, date cu caracter personal ale persoanelor implicate în procedură și date ce reprezintă secret comercial, și pentru a nu prejudicia interesele sale legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală.

În susținere invocă prevederile art. 57 alin. (1), art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, art.123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 19 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Totodată invocă dispozițiile art. 7 lit. b) din Legea nr. 8/1996, art. 1¹ lit. e) din Legea nr. 11/1991 și art. 6 și 9 din OUG nr. 251/2019.

De asemenea, raportat la motivele contestației formulate de către SC SRL rezultă că cererea de acces la documentele pe care el le-a catalogat ca și confidențiale nu este întemeiată. În fapt, arată că oferta SC SRL a fost declarată inacceptabilă și neconformă și susținerile acesteia se centrează pe acest aspect. Contestatorul nu argumentează necesitatea accesului la informațiile confidențiale ale sale, ci, se limitează la a enumera o serie de texte legale. În același timp susține că trebuie luat în considerare că SC SRL a avut acces la raportul procedurii care conține toate informațiile ce i-ar fi utile în formularea contestației, inclusiv față de el, nefiindu-i necesare alte informații din dosar.

Prin adresa nr. 100/18.01.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 2887/18.01.2023 SC SRL a depus concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu.

SC SRL redă în susținerea contestației sale practica Consiliului, respectiv Decizia CNSC nr. 1819/C6/1763, 1764 din 30.08.2022, rămasă definitivă prin Decizia nr. 925 din 02 Octombrie 2022, pronunțată de Curtea de Apel Galați, în cadrul Dosarului nr. 648/44/2022 și Decizia nr. 925 din 02 Octombrie 2022, pronunțată de Curtea de Apel Galați, în cadrul Dosarului nr. 648/44/2022, prin care a rămas definitivă Decizia CNSC nr. 1819/C6/1763, 1764 din 30.08.2022.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, SC SRL solicită obligarea autorității contractante la plata sumei de 5.831 Lei, cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând onorariu avocat, suportat pentru formularea contestației care face obiectul dosarului CNSC nr. 3232/2022 - CI, conform facturii fiscale cu nr. A-007751 din 13.01.2023 și dovezii de plată.

În ceea ce privește cuantumul cheltuielilor de judecată solicită să se dispună obligarea autorității contractante la plata integrală a acestora, iar în acest sens invocă cu titlu de practică Decizia CNSC nr. 495/C10/219, 235 din 10.03.2021, rămasă definitivă prin Hotărârea nr. 625/2021 din 27.04.2021, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, în dosarul 186/42/2021, potrivit căreia unui ofertant, care a formulat o contestație cu un nivel de complexitate mult mai redus față de

contestația sa în acest dosar, i-au fost acordate cheltuieli, reprezentând onorariu avocat în sumă de 11.597,26 Ron.

De asemenea, în soluționarea acestei cereri solicită să se aibă în vedere și Decizia nr. 911 din 7 aprilie 2021, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție care a statuat că onorariul avocatului poate fi redus în funcție de valoarea sau complexitatea cauzei ori activitatea desfășurată de avocat, iar nu în raport cu soluția de admitere în tot sau în parte a demersului judiciar. În speță, instanța supremă a constatat că afirmația recurente, potrivit căreia onorariul de avocat ar fi trebuit redus, în raport cu soluția de admitere în parte a acțiunii, nu poate fi primită, întrucât indiferent de soluția de admitere în tot sau în parte a acțiunii, această cheltuială poate fi redusă exclusiv pe temeiul art. 451 alin. 2 C. proc. civ., care enumeră criteriile ce trebuie avute în vedere, respectiv valoarea sau complexitatea cauzei ori activitatea desfășurată de avocat, iar nu în raport cu soluția de admitere în tot sau în parte a demersului judiciar.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu cu nr. 141/03.01.2023 SC SRL depune recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208731402/1 tranzacția nr. 1291549656/2137489572 din 30.12.2022 în valoare de 7.651,65 lei emisă de CEC Bank – Unitatea Rădăuți.

Prin adresa nr. 03/03.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 153/03.01.2023 SC SRL a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208707812/1 tranzacția 1290857009/ 2136110968 din data de 28.12.2022 în valoare de 7.652,00 lei emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată având ca obiect atribuirea contractului: „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului în vederea realizării obiectivului: „Modernizare, consolidare, extindere și dotare Cămin Cultural Osoi, Comuna, Județul” Cod CPV 71322000-1, prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare nr. SCN1116863/10.11.2022. Conform secțiunii II.1.5 valoarea estimată a contractului de achiziție este 382.582,44 lei fără TVA. Criteriul de atribuire ales este: cel mai bun raport calitate preț.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție nr. 26/09.01.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 1340/10.01.2023, 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 Consiliu, (...), 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 având în vedere faptul că autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data de 30.12.2022 sub identificatorul „Document: [SCN1116863/00087] Contestație SCN1116863.pdf și „Document: [SCN1116863/00088] Contestație _ 29.12.2022.pdf”, ambele contestații, 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, operatorul economic în cauză are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC SRL astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu prevederile art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL.

Analizând contestațiile formulate de SC SRL și SC SRL se reține că ambii critică decizia autorității contractante de respingere a ofertelor ca inacceptabile/ neconforme pe motiv că nu ar fi declarat ca și subcontractanți persoanele care vor presta serviciile de verificare tehnică a proiectului, motiv pentru care Consiliul va analiza ambele contestații în mod unitar prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, conform adreselor de comunicare rezultat nr. 13790/22.12.2022 și nr. 13791/22.12.2022, ofertele ambilor contestatori au fost respinse ca neconforme/inacceptabile deoarece nu au nominalizat un subcontractant pentru a realiza verificarea tehnică a proiectului, care trebuie făcută de un verficator de proiect atestat, acesta din urmă neputând verifica și ștampila proiectele întocmite de el, proiectele la a căror elaborare a participat sau cele pentru care în calitate de expert tehnic atestat a elaborat raportul de expertiză.

În legătură cu activitatea de verificare tehnică a proiectului, se reține că documentația de atribuire respectiv Fișa de date, prevede la pct.II.1.4 **„Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor”** următoarele:

„Contractul de servicii va avea următoarele etape:

A. Elaborarea următoarelor documentații:

- a. Documentație tehnică pentru obținerea autorizației de construire;
- b. Documentații tehnice pentru obținerea avizelor și acordurilor conform certificatului de urbanism (avize deținători de rețele acord ISC după caz, etc);
- c. Dacă este cazul: documentație pentru obținerea/prelungirea valabilității certificatului de urbanism;
- d. Documentație tehnică pentru organizarea executării lucrărilor (POE);
- e. Proiect Tehnic, potrivit prevederilor legale;
- f. Detalii de execuție;
- g. Întocmire raport la terminarea execuției;
- h. Programul de urmărire a comportării lucrării în timp;
- i. Proiect „as-built”;

B. Servicii conexe:

a. Verificarea tehnică a proiectării.

- b. Obținerea avize, acorduri, inclusiv autorizație de construire (plata taxelor intra în sarcina beneficiarului final al investiției);
- c. Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor (inclusiv fazele determinante și modificările aduse proiectului)”

iar la pct. **II.2.4** Descrierea achiziției publice se stipulează:

„Valoarea estimată este de 382.582,44 lei fără TVA și cuprinde:

Valoarea necesară realizării Documentației suport și cheltuieli pentru obținerea de avize, acorduri și autorizații – 3.5.4 din devizul general (8.000 lei), **Verificarea tehnică de calitate a proiectului – 3.5.5. din devizul general (9.000 lei)**, Proiect tehnic și detalii de execuție – 3.5.6. din devizul general (350.000 lei) și Asistența tehnică din partea proiectantului – 3.8.1. din devizul general (15.582,44 lei)”.

De asemenea, sunt relevante în soluționare și prevederile caietului de sarcini care prevăd următoarele cerințe:

„Conținutul-cadru al proiectului tehnic va respecta prevederile din Hotărârea nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Proiectul tehnic trebuie să fie astfel elaborat încât să fie clar, să asigure informații tehnice complete privind viitoarea lucrare și să răspundă cerințelor tehnice, economice și tehnologice ale beneficiarului.

Proiectul va fi elaborat de către proiectanți calificați, ingineri, arhitecți sau alți profesioniști, care corespund cerințelor Achizitorului și prevederilor legale relative la exercitarea acestei profesii **și va fi verificat în conformitate cu Legile în vigoare de către un specialist vericator de proiecte atestat, verificarea tehnică intră în sarcina ofertantului și face obiectul prezentei achiziții.**

În cazul în care cantitățile rezultate din măsurători diferă de cele înscrise în listele de cantități din documentația tehnică, se impune

confirmarea acestor cantități de către proiectant, prin Dispoziție de șantier, **verificată de către verificatorul de proiect și expert** (după caz), aprobată de către dirigințele de șantier, urmând ca ele să fie regularizate prin Note de Comanda/Renunțare, în condițiile stabilite în contractul de proiectare și execuție și legislația în vigoare.

Verificarea documentației tehnice face obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, aceasta urmând a fi asigurată de ofertant, prin verificatori de proiecte atestați de Ministerul Dezvoltării, Lucrărilor Publice și Locuințelor, în condițiile legii”.

Din conținutul cerințelor și specificațiilor caietului de sarcini mai sus iterate, rezultă că activitățile de verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic 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 verificatori de proiecte atestați pe domenii/subdomenii și specialități, **alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor**.

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

- 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 verificatori 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 verificatori 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 verificator/verificatori 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) Verificatorul 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 verificatori 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 verificatorului fiind esențiale în buna desfășurare a activității acestuia. Mai mult, chiar și în ipoteza în care documentația nu stabilește în mod expres că verifcatorii de proiecte trebuie să fie independenți de proiectant, ofertanții au obligația de a respecta legislația aplicabilă respectiv Legea nr. 10/1995.

Textul legal mai sus iterat are scopul de a asigura imparțialitatea verificatorului de proiect, și impune interdicția ca acesta să fie subordonat persoanei juridice care a întocmit proiectul, fiind firesc ca o activitate de verificare și control să fie realizată de o persoană neimplicată în proiectul ce face obiectul verificării, prevederile art. 22 din Legea nr. 10/1995, stipulând că asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verifcatori de proiecte atestați reprezintă sarcina investorului iar art. 6 din HG nr. 925/1995 prevede că verifcatorul de proiecte este angajat al investorului/proprietarului/administratorului. Necesitatea realizării unei distincții clare între persoana care elaborează proiectul și verifcatorul de proiect a fost întărită de legiuitor și prin stipularea condiției ca verifcatorii de proiecte să fie asigurați/angajați de către investorul achiziției, în speță de autoritatea contractantă, scopul fiind de a garanta o verificare independentă și imparțială de cel de care a întocmit proiectul, doar în astfel de condiții poate fi atins spiritul și litera legii, în acest sens fiind și considerațiile **Hotărârii civile nr. 942/2021 din 13.10.2021 ale Curții de Apel Alba Iulia și a Hotărârii civile nr. 395/2021 din 07.07.2021 ale Curții de Apel Târgu Mureș.**

În speța dedusă soluționării, este evident că ținând seamă de obiectul contractului și conținutul documentației de atribuire aferente prezentei proceduri de achiziție publică, activitățile de verificare tehnică de calitate a proiectului tehnic 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.

Rezultă astfel, că ambii contestatori aveau obligativitatea declarării unui subcontractant pentru prestarea serviciului de verificare a proiectului tehnic, sens în care trebuiau să probeze, la momentul depunerii ofertei, că sunt în măsură să asigure astfel de servicii (verifcatori de proiecte) prin intermediul unei alte persoane, și pe care are aveau obligația de a o indica în ofertă ca subcontractant, depunând documente DUAE pentru aceștia, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

În condițiile în care un ofertant nu poate să execute el însuși anumite activități aferente contractului (având în vedere dispozițiile legale specifice) avea posibilitatea de a uza de prevederile legale în domeniu, respectiv de dispozițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, care dispun 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 reținute, 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 citate cu activitățile/serviciile care urmează a fi prestate respectiv verificarea documentațiilor elaborate, Consiliul reține că aceste activități nu doar că fac parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, 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.

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 unor activități care sprijină îndeplinirea obiectivelor principale ale contractului, respectiv servicii / operațiuni auxiliare și/sau care țin de logistică, cum ar fi, fără a se limita la:

- cheltuielile de traduceri și interpretare;
 - transport intern/internațional și cheltuieli de cazare în scopul contractului (de exemplu, pentru organizarea unor ateliere de lucru, ședințe de monitorizare, vizite la fața locului);
 - cheltuieli administrative (de exemplu, pentru papetărie, fotocopiere și alte cheltuieli necesare pentru operaționalizarea activității de implementare a contractului, cum ar fi cele de închiriere a autovehiculelor necesare pentru realizarea vizitelor pe teren etc,
- nu ar putea fi considerat în cadrul prezentei proceduri drept subcontractant deoarece aceste servicii nu fac parte din obiectul contractului, spre deosebire de activitățile privind verificarea proiectului

tehnic, care sunt precizate în mod expres în cadrul documentației de atribuire 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, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)”*.

Or, din analiza documentelor depuse de contestatori în susținerea cerinței în discuție, Consiliul reține că aceștia au propus pentru activitatea de verificare tehnică a proiectelor pe: (în cazul SC) persoane fizice angajate la alte entități sau operatori economici; respectivele persoane fizice participând la procedura de atribuire în cauză pe bază de angajament de disponibilitate fără a avea la bază un acord de subcontractare și pe cale de consecință fără a completa un DUAЕ pentru aceștia.

Ca urmare a omisiunii completării DUAЕ cu datele subcontractantului pentru activitatea de verificare tehnică și a lipsei unui DUAЕ pentru aceștia 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.1.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, unde se stipulează în mod expres că:

„Ofertantul are obligația de a preciza partea/pârțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților propuși. Se va completa formularul nr. 5.

Modalitate de îndeplinire: în DUAЕ completat de ofertant se vor include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.

În cazul în care ofertantul utilizează capacitățile subcontractantului/subcontractanților pentru a îndeplini criteriile de calificare, se va prezenta câte un formular DUAЕ separat pentru fiecare dintre respectivii subcontractanți, completat și semnat în mod corespunzător de către fiecare dintre aceștia.

Odată cu depunerea DUAЕ se va prezenta și acordul de subcontractare (Formular 5). Documentele justificative care probează cele asumate în acord/acorduri vor fi prezentate la solicitarea AC doar de ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Ofertanții vor include în DUAЕ cu informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.

Nota 1: AC solicita ofertantului să precizeze în oferta, în conformitate cu prevederile art. 150, alin (2) din HG 395/2016 modificată și completată și ale art. 219 coroborate cu art. 220 din Legea 98/2016 modificată și completată, numele, datele de contact și reprezentanții legali pentru:

Subcontractanții săi implicați în executarea contractului de achiziție publică;

Pentru subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare.

Nota 2: *AC va verifica inexistenta unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 164 si 167 din Legea 98/2016 modificată și completată în legătura cu subcontractanții propuși”.*

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.

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 că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și j) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare în cadrul procedurii de atribuire în discuție s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorilor privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare sunt întemeiate, urmând să fie admise.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestațiile formulate de către de SC și SC SRL în contradictoriu cu COMUNA iar, pe cale de consecință va admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondate contestațiile formulate de către de SC SRL și SC SRL în contradictoriu cu COMUNA iar, pe cale de consecință admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

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 6 (șase) exemplare originale, conține 40 (patruzeci) pagini.