

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30521/17.06.2022, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Registrul Comerțului din Ilfov sub nr. ..., având CUI ..., lider al Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, reprezentată legal prin ..., împotriva raportului procedurii nr. 945/13934/2019/06.06.2022, emis de ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*Servicii de arhivare*”, s-a solicitat:

- *obligarea autorității contractante la remedierea raportului final al procedurii nr. 945/13934/2019/06.06.2022, publicat în data de 08.06.2022.*

- *obligarea autorității contractante la respingerea ofertelor depuse de SC ... SRL și Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL - clasate pe locul 1, respectiv 2 - ca fiind neconforme cu cerințele caietului de sarcini;*

- *în subsidiar, solicită punerea la dispoziție a ofertelor tehnice și financiare depuse în cadrul procedurii.*

Prin cererea de intervenție nr. 520/24.06.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31767/24.06.2022, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, în calitate de operator economic declarat câștigător al procedurii, s-a solicitat:

- *admiterea, în principiu, a cererii de intervenție;*

- *respingerea cererii privind accesul la oferta depusă de SC ... SRL;*

- *respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca nefondată și menținerea raportului procedurii nr. 945/13934 din data de 06.06.2022 și a actelor subsecvente;*

- *continuarea procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.*

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de a declara conforme ofertele depuse de SC ... SRL și de Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL.

În fapt, petenta învederează că prin documentația de atribuire s-a solicitat, la punctul 3.4.1.2 din caietul de sarcini - Servicii de arhivare fizică lit. e) Selecționarea și distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat, prestarea - în cadrul contractului - a serviciilor de *„distrugere mecanică securizată a documentelor cu termen de păstrare expirat, în baza Avizului Arhivelor Naționale, la nivel minim P3, conform standardului DIN 66399” și „preluarea în containere metalice securizate prevăzute cu sistem electronic de închidere”.*

În acest sens, serviciile de distrugere a documentelor cu termen de păstrare expirat reprezintă activități aferente unei/unor părți din contract. Coroborat cu prevederile Notei de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, rezultă că orice operator economic care va executa aceste servicii în cadrul contractului trebuie să aibă, în cadrul procedurii, fie calitatea de ofertant, fie aceea de subcontractor.

Astfel, Nota de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, prevede că *„spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică”.* Per a contrario, subcontractantul este implicat direct în executarea contractului. De asemenea, același document precizează că *„subcontractantul furnizează/prestează/execută în mod direct produse/servicii/lucrări, activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică”.*

Din Declarația de participare publicată de autoritatea contractantă în SEAP, în data de 30.03.2022, rezultă că ocupantul locului 1 - SC ... SRL a participat în cadrul procedurii în nume propriu, fără a declara vreun subcontractant. De asemenea, din aceeași Declarație de participare rezultă că SC ... SRL a participat în asociere cu SC ... SRL.

Mai precizează contestatoarea că, în data de 15.06.2022, a studiat dosarul procedurii, fiindu-i puse la dispoziție exclusiv actele întocmite de autoritatea contractantă și documentele suport prezentate în cadrul etapei de calificare de către ofertanți, fără propunerile tehnice și financiare, invocându-se confidențialitatea acestora.

Din studierea dosarului procedurii, petenta a constatat că niciunul dintre cei clasați pe primele două locuri:

- nu are în obiectul de activitate CAEN 4677 - Comerț cu ridicata al deșeurilor și resturilor, 3832 - Recuperarea materialelor reciclabile sortate, 3821 - Tratarea și eliminarea deșeurilor nepericuloase, 3811 - Colectarea deșeurilor nepericuloase sau alte coduri CAEN care să îi permită colectarea și distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat;

- nu a prezentat, în cadrul etapei de calificare, autorizațiile necesare derulării activității de distrugere a documentelor și nici standard P3 / DIN 66399;

- nu a declarat subcontractanți care să îndeplinească criteriile de calificare și capacitatea economică și financiară pentru participarea în procedura de atribuire.

Astfel, apreciază că este implicită concluzia potrivit căreia această activitate va fi derulată, în cadrul contractului, printr-un terț. Având în vedere că activitatea de distrugere a documentelor este activitate aferentă unei/unor părți din contract, operatorul economic care prestează aceste servicii nu poate avea decât calitatea de ofertant sau subcontractant. Pentru subcontractanți subzistă obligativitatea de a prezenta documentele și informațiile prevăzute de lege referitor la subcontractare (informații privind partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinită de subcontractanți și valoarea acesteia, DUAE pentru subcontractant, acordul de subcontractare, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante).

În opinia sa, autoritatea contractantă trebuie să aibă certitudinea că serviciile solicitate vor fi prestate la nivelul așteptat și în conformitate cu cerințele prevăzute în documentația de atribuire. Importanța deosebită pe care autoritatea contractantă a acordat-o acestor servicii este subliniată de următoarele:

- includerea cerinței ca serviciile să fie prestate la anumite standarde

- menținerea acestor cerințe prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificare publicat de autoritatea contractantă în SEAP în data de 18.03.2022, întrebarea nr. 49

Neinclusiunea, ca subcontractanți, a terților care vor presta serviciile de distrugere a documentelor nu poate fi de natură să genereze certitudinea autorității contractante că serviciile de distrugere a documentelor cu termen de păstrare expirat vor fi, într-adevăr, prestate

sau că vor fi prestate la standardul solicitat prin caietul de sarcini, având în vedere că:

- ofertanții SC ... SRL și Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL nu pot presta aceste activități în nume propriu, nefiind autorizate în acest sens (conform certificatelor RECOM depuse);

- terții care vor presta aceste servicii nu pot fi doar furnizori, deoarece execută părți din contract;

- nu au fost declarați subcontractori pentru serviciile de distrugere, nu au fost prezentate acorduri de subcontractare, autorizații de funcționare, standard P3 / DIN 66399;

- standardul solicitat pentru prestarea serviciilor de distrugere a documentelor necesită atât autorizații speciale, cât și echipamente specializate, reducând semnificativ numărul operatorilor economici care pot presta aceste servicii;

- neprezentarea unor acorduri economice între ofertanți și prestatorii de servicii de distrugere (și înregistrarea acestora în SEAP) care să genereze încredere autorității contractante că serviciile vor fi prestate.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că ofertele depuse de SC ... SRL și Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL nu sunt conforme cu cerințele caietului de sarcini, prestarea serviciilor de distrugere conform cerințelor fiind prezentată doar la nivel declarativ, fără a fi aduse dovezi în acest sens care să genereze autorității contractante certitudine că aceste servicii vor fi prestate conform solicitărilor.

Totodată, autoarea contestației susține că, prin documentația de atribuire, la punctul 3.4.1.4 Precizări Suplimentare, s-a stabilit ca *„serviciile de arhivare fizică și electronică să fie executate la sediul Prestatorului, în spații special amenajate și avizate de Arhivele Naționale”* și, de asemenea, *„prestatorul trebuie să asigure condiții de confidențialitate, integritate și siguranță pentru documentele cu care se lucrează”*.

Astfel, referitor la oferta depusă de Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, contestatoarea arată că, în cadrul procedurii, nu a fost depusă Autorizație pentru prestarea serviciului arhivistic de păstrare și conservare. Această autorizație, emisă de Arhivele Naționale, este necesară pentru prestarea activităților arhivistice la sediul operatorului economic.

Petenta precizează că autorizațiile depuse de Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL, respectiv Autorizație pentru prestarea serviciului arhivistic de legătorie, Autorizație pentru prestarea serviciului arhivistic de prelucrare arhivistică, și Autorizație pentru prestarea serviciului arhivistic de utilizare a documentelor deținute nu permit asocierii să deruleze activitățile contractului la sediul propriu.

Conform REGISTRULUI OPERATORILOR ECONOMICI AUTORIZAȚI PRESTATORI DE SERVICII ARHIVISTICE, disponibil pe site-ul Arhivelor

Naționale, actualizat la data de 05.05.2022, nici SC ... SRL și nici SC ... SRL nu dețin Autorizația pentru prestarea serviciului arhivistic de păstrare și conservare.

În concluzie, contestatoarea apreciază că oferta depusă de Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL este neconformă cerințelor caietului de sarcini.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare și relevante în soluționarea contestației, atașat punctului de vedere nr. 1004/13934/2019/21.06.2022, înregistrat la Consiliu cu nr. 31210/22.06.2022, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea hotărârii comisiei de evaluare, având în vedere următoarele:

Contestatoarea se bazează pe interpretarea eronată a prevederilor Notei de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, emise de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în raport cu datele concrete ale procedurii de atribuire în cauză.

Potrivit art. 53 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj). Contestatoarea invocă de asemenea definițiile prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. yy) și lit. w) din Legea nr.98/2016 pentru subcontractant/subantreprenor și furnizor.

Astfel, contestatoarea învederează că terții care vor presta servicii de distrugere a documentelor pot fi doar ofertanți sau subcontractanți. În opinia autorității contractante, această susținere nu este întemeiată, deoarece nu este în concordanță cu interpretarea și spiritul legii. Nici contestatoarea și nici autoritatea contractantă nu au posibilitatea legală să limiteze, împotriva prevederilor legale, dreptul operatorilor economici de a participa la o procedură de atribuire a unui contract de achiziție în oricare dintre formele prevăzute de legislație: ofertant unic, asociere de mai mulți ofertanți, ofertant cu subcontractanți, ofertant având susținerea terților, ofertant având furnizori drept prestatori, etc.

Totodată, precizează că sunt neîntemeiate afirmațiile contestatorului referitoare la faptul că terții care vor presta servicii de distrugere a documentelor nu pot fi doar furnizori, deoarece execută părți din contract, fiind necesar ca aceștia să fie declarați ca și subcontractanți.

Din caietul de sarcini rezultă că s-a solicitat prestarea a trei activități, respectiv: Actualizarea Nomenclatorului arhivistic, Servicii de arhivare fizică a documentelor și Servicii de arhivare electronică a documentelor.

În cadrul activității de arhivare fizică, ca și subactivitate este prevăzută selecționarea și distrugerea documentelor cu termen de

păstrare expirat, iar în cadrul acestei subactivități sunt prevăzute mai multe operațiuni: efectuarea lucrărilor de selecționare în vederea obținerii avizului de distrugere a documentelor expirate emis de Arhivele Naționale, refacerea unităților arhivistice conform eventualelor observații formulate de Arhivele naționale în procedura de emiterea avizului de distrugere, selecționarea documentelor cu termen de păstrare expirat și preluarea în containere metalice securizate, distrugerea mecanică securizată a documentelor cu termen de păstrare expirat în baza avizului Arhivelor Naționale, la nivel minim P3, conform standardului DIN 66399, eliberarea certificatului de distrugere securizată și a înregistrării video.

În acest context, arată autoritatea, activitatea de distrugere nu face parte din obiectul principal al contractului, așa cum este precizat în caietul de sarcini, fiind, în fapt, o operațiune a uneia dintre cele 6 etape ale activității de arhivare fizică, o activitate conexă și nici într-un caz nu se circumscrie ca o activitate principală a obiectului contractului.

Conform legislației și Notei de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractantul principal și autoritatea/entitatea contractantă, fiind implicat în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului.

Spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.

Tot conform Notei de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa (ori prestează servicii către contractant, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 3 lit. y) din Legea nr. 99/2016), pe când în cazul subcontractantului acesta furnizează/prestează/execută în mod direct produse/servicii/activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică.

În cadrul aceleiași Note de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, este stipulat că: *„referitor la calitatea de furnizor într-un contract de lucrări sau servicii, putem concluziona asupra următoarelor aspecte: nu echivalează cu realizarea, executarea lucrărilor/serviciilor respective”*, ceea ce înseamnă că un furnizor poate să presteze o cantitate nespacificată de servicii din cadrul contractului, dar nu în totalitate.

În cazul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de servicii de arhivare derulat, în etapa de evaluare comisia a luat act de decizia ofertantului SC ... SRL de a folosi un furnizor în sensul dat de art. 3 alin. (1) lit w) din Legea nr. 98/2016, care va realiza distrugerea mecanică securizată a documentelor cu termen de pastrare expirat, conform propunerii tehnice_1, pag. 23, îndeplinind astfel cerința caietului de sarcini (declarată confidențială).

De asemenea, și în cazul Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL există asumarea acestei operațiuni de distrugere a documentelor, astfel că oferta acestora a fost declarată în mod legal conformă.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează că, potrivit fișei de date, nu au fost solicitate autorizații specifice activității de distrugere a documentelor. Astfel, comisia de evaluare nu avea temei de verificare, în cadrul etapei de calificare, a unor autorizații care nu au fost prevăzute a fi depuse potrivit fișei de date.

Având în vedere că activitatea de distrugere a documentelor reprezintă o operațiune în cadrul unei subactivități din cadrul activității de arhivare fizică și nu o activitate principală a obiectului contractului de achiziție publică, apreciază că în mod legal poate fi efectuată și de furnizori de servicii de distrugere, nefiind necesar ca aceștia să fie subcontractanți.

Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia oferta depusă de Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL este neconformă, întrucât nu deține autorizație pentru prestarea serviciului arhivistic de păstrare și conservare, autoritatea contractantă apreciază că aceasta este neîntemeiată, întrucât nu este solicitat serviciul de păstrare și conservare a arhivei autorității contractante, depozitarea acestora realizându-se la sediul autorității contractante.

Solicitarea privind deținerea autorizației pentru prestarea serviciului arhivistic de Păstrare și Conservare emisă de Arhivele Naționale este necesară pentru prestarea activității arhivistice la sediul operatorului economic, însă autoritatea contractantă nu a solicitat această activitate și nicio astfel de activitate, acest lucru fiind clarificat conform răspunsului consolidat la solicitările clarificări, întrebarea și răspuns nr. 36: *„Din menționarea seriei de articole 8-19 din Ordinul MAI nr. 137/2013, nu se va înțelege că autoritatea contractantă solicită deținerea autorizației de păstrare și conservare sau restaurare a documentelor prevăzute la art. 16 din Ordinul MAI nr. 137/2013. Autoritatea contractantă va ține cont doar de tipurile de autorizație referitoare la serviciile care fac obiectul caietului de sarcini”*.

În final, autoritatea contractantă arată că nemulțumirile contestatoarei legate de lipsa cerințelor privind autorizația de distrugere și a autorizației pentru prestarea serviciului arhivistic de Păstrare și Conservare sunt, de fapt, motive de contestație la documentația de atribuire care nu mai pot fi formulate și valorificate în prezenta

contestație, având în vedere că ele trebuiau formulate în termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, respectiv în 10 zile de la data luării la cunoștință de conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP.

Prin cererea de intervenție, SC ... SRL, în calitate de operator economic declarat câștigător al procedurii, a solicitat:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție;
- respingerea cererii privind accesul la oferta depusă de SC ... SRL;
- respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca nefondată și menținerea raportului procedurii nr. 945/13934 din data de 06.06.2022 și a actelor subsecvente;
- continuarea procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.

În ceea ce privește admisibilitatea cererii de intervenție voluntară, aceasta susține că are interes în menținerea rezultatului procedurii de atribuire, considerând că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 33 „Interesul de acțiune” din Codul de procedură civilă (interesul legitim, personal, născut și actual fiind demonstrat).

Nu este de acord cu cererea „subsidiară” a contestatorului de a avea acces, cu ocazia consultării dosarului la CNSC, la propunerea sa tehnică și financiară (centralizatorul de prețuri) și nici nu își dă acordul prevăzut de art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, motivat de faptul că a declarat, de la bun început și în mod justificat, că oferta conține informații confidențiale care prin dezvăluire pot prejudicia interesele sale legitime în ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.

Intervenienta apreciază ca fiind neîntemeiată critica privind nedeclararea unui subcontractant pentru prestarea distrugerii documentelor selecționate. În susținere, aceasta arată că a participat la procedură în calitate de ofertant unic fără nominalizarea unor subcontractori și a elaborat oferta strict cu luarea în considerare a prevederilor documentației de atribuire și a legislației achizițiilor publice.

Referitor la critica legată de lipsa unor coduri CAEN necesare pentru colectarea și distrugerea documentelor expirate:

Aceasta se raportează, în primul rând, la obiectul contractului de achiziție publică, respectiv Servicii de arhivare identificate în anunțul de participare cu cod CPV principal 79995100-6 Servicii de arhivare (Rev.2) și cod CPV secundar 72252000-6 Servicii de arhivare computerizată (Rev.2). Prin urmare, în calitate de ofertant participant la această procedură, este obligată să efectueze cele două activități, principală și secundară, respectiv servicii de arhivare fizică și servicii de arhivare electronică.

De asemenea, aceasta indică dispozițiile *capitolul 3.4. Servicii solicitate* din caietul de sarcini, pag. 56 și următoarele, precizând că niciunde în documentația de atribuire nu se solicită activități de comerț cu deșeuri, recuperarea materialelor reciclabile sortate, tratarea și

eliminarea deșeurilor, colectarea deșeurilor nepericuloase etc. pentru a fi necesară prestarea acestora în conformitate cu codurile CAEN menționate de contestatoare, care, în mod evident, se abat de la obiectul principal și secundar al contractului.

Distrugerea documentelor este indisolubil legată de selecționarea documentelor, tot procesul fiind unul de casare în condițiile prevăzute de Legea Arhivelor Naționale nr. 16/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Autoritatea contractantă a prevăzut în caietul de sarcini modalitatea în care că dorește ca documentele sale să fie casate: prin distrugere mecanică și securizată la un nivel minim P3 din standardul DIN 66399, adică fărâmițare prin fâșii sau fragmente ori microfragmente la anumite dimensiuni ce fac imposibilă reconstituirea documentelor distruse. Pentru garanția efectuării operațiunii de distrugere se solicită la final certificatul de distrugere securizată și înregistrarea video a procesului.

Intervenienta susține că la nivelul propunerii tehnice a prevăzut că preluarea și distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat se prestează de către SC ... SA, pe baza contractului de servicii nr. 10 / 03.01.2022. În calitate de operator specializat, acesta va efectua tot lanțul de operațiuni pentru eliminarea/valorificarea deșeurilor de hârtie, lanț în care distrugerea este doar o parte. Ansamblul reciclării (codurile CAEN din critică), adică ce se întâmplă cu hârtia după distrugere - dacă se tratează, dacă se elimină sau dacă se valorifică în alt tip de hârtie, cum ar fi materie primă pentru hârtie igienică, carton etc - nu prezintă relevanță nici pentru autoritatea contractantă (nu a solicitat în documentație), nici pentru ofertant în calitate de contractor și prestator de servicii arhivistice a cărui activitate se sfârșește o dată cu ridicarea certificatelor de distrugere de la operatorul specializat și predarea acestora către beneficiar. Aceasta mai precizează că SC ... SA va emite certificatele de distrugere securizată și le va pune la dispoziția sa conform art. 22 alin. (3) din contract.

Încadrarea operatorilor economici în subcontractanți sau furnizori trebuie să fie analizată de către ofertanți plecând de la obiectul contractului și cerințele documentației de atribuire, în funcție de rațiuni comerciale ce au în spate în primul rând prețuri, condiții comerciale, profit, care formează în final decizia comercianților de a participa la o procedură, alături de ofertant, în calitate de subcontractanți, dar și rațiuni de ordin administrativ care vin „la pachet” cu participarea: DUAЕ, capacitate tehnică și profesională, achitarea la zi a impozitelor la bugetul de stat etc., acțiuni care pentru unii operatori poate fi nestimulantă și constrângătoare. În opinia intervenientei, atribuirea către operatorul SC ... SA a calității de subcontractant nu este oportună și nu se justifică, cea mai corectă încadrare fiind aceea de furnizor, în accepțiunea Legii nr. 98/2016.

SC ... SA nu poate fi subcontractant din cel puțin două motive prevăzute de dispozițiile legale menționate:

- Subcontractantul răspunde de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare. În speță, prestatorul arhivistic este implicat în organizarea și derularea tuturor operațiunilor, iar SC ... SA nu poate fi responsabil pentru controlul și luarea tuturor deciziilor având în vedere specificul activităților de selecționare. Etapele derulate sunt prevăzute în caietul de sarcini într-o anumită ordine în concordanță cu prevederile legale în domeniul arhivării - Legea nr. 16/1996 și Instrucțiunile privind activitatea de arhivă la creatorii și deținătorii de documente de arhivare - unde selecționarea este activitatea principală fără de care distrugerea, ca etapă accesorie, nu se poate îndeplini. Selecționarea se face de către contractorul prestator autorizat pentru servicii de prelucrare arhivistică, iar operatorul specializat în deșeuri va efectua distrugerea doar cu avizul Arhivelor Naționale obținut ca urmare a prestării serviciilor de selecționare. Mai departe, prestatorul arhivistic are obligația să se asigure, deci este în responsabilitatea sa, ca operatorul în deșeuri să folosească containere metalice securizate cu sistem de închidere electronic și să verifice dacă distrugerea se face cu mașini și echipamente care îndeplinesc standardul DIN 66399, cu nivel de securitate minim P3; doar în urma acestor verificări ale respectării specificațiilor tehnice minime din caietul de sarcini poate permite operatorului să efectueze distrugerea și să emită certificatul de distrugere. Autoritatea contractantă va emite procesul verbal de recepție calitativă a serviciilor de arhivare fizică și electronică a documentelor, numai după obținerea avizului Arhivelor Naționale în scopul distrugerii documentelor cu termen de păstrare expirat și distrugerea efectivă conform avizului Arhivelor Naționale, conform caietului de sarcini, cap. 3.6. Recepția serviciilor.

- Pentru al doilea motiv, aduce în discuție, pe lângă prevederile legale menționate, și art. 218 alin. (4) din Legea 98/2016. Coroborat cu art. 55 care stabilește în sarcina ofertanților obligația de a indica procentul sau valoarea aferentă activităților realizate de către subcontractanți, rezultă că subcontractanții declarați prestează respectivele activități în schimbul plății acestora, plăți care sunt decontate, în final, de către autoritatea contractantă. Acest silogism nu se aplică în speță având în vedere natura deșeurilor rezultate după distrugere: maculatură-pentru care operatorii în deșeuri plătesc bani, nu încasează bani. După cum reiese din contractul încheiat cu SC ... SA, în calitate de cumpărător, SC ... SRL va încasa în calitate de vânzător, pe baza unor tarife, sumele din vânzarea cantității de maculatură rezultată după distrugere. În acest context, SC ... SA nu putea fi declarat subcontractor, neexistând activități pe care să le presteze contra cost în cadrul contractului de achiziție publică.

Totodată, autoarea intervenției apreciază neîntemeiate criticile petentei legate de lipsa autorizațiilor pentru distrugerea documentelor și pentru standardul DIN 66399 și implicit pentru nedeclararea unor subcontractanți care să îndeplinească criteriile de calificare.

Contestatorul nu menționează temeiul legal care impune autorizarea pentru distrugere și standardul DIN 66399.

Activitatea de distrugere a documentelor nu se supune niciunei proceduri și autorizări legale pe teritoriul statului român, la fel cum nici standardul DIN 66399 nu implică o asemenea autorizare sau aviz legal. Contestatorul induce în eroare, sugerând că este nevoie de o autorizare pe acest standard, în realitate DIN 66399 se referă la specificații tehnice ale mașinilor și utilajelor de distrugere, în funcție de cât de mult vor fărâmița hârtiile.

Consideră că participarea SC ... SA în calitate de furnizor și nu de subcontractant este legală. Deseori, în situația multor contracte cu activități multiple și variate, diferite între ele, nu există o barieră fermă între calitatea de furnizor și cea de subcontractant; chiar dacă ANAP vine să facă cât de cât lumină în domeniu cu Notele de bune practici, obligația ofertanților de a declara ca subcontractant un anumit furnizor trebuie să reiasă exclusiv din prevederi specifice ale documentației de atribuire și se apreciază de la caz la caz, neexistând o matrice unică, ideală, potrivită pentru toate contractele și situațiile. Astfel, dacă ipotetic, pentru realizarea distrugerii documentelor se solicita o autorizare specială sau un acord de fabricație pe care ofertantul nu îl deținea, atunci ar fi fost obligat să declare ca subcontractant pe furnizorul respectivelor servicii care deținea acea autorizare sau acord, deoarece nu putea îndeplini cerința de participare prin intermediul unui furnizor. În documentație nu s-a solicitat absolut nimic referitor la autorizări, avize sau alte permisiuni legale pentru distrugerea documentelor, astfel încât critica contestatorului nu se susține, participarea SC ... SA în calitate de furnizor fiind legală.

Referitor la criteriile de calificare, autorizațiile solicitate de autoritatea contractantă rezidă din obiectul contractului și au fost prevăzute ca cerință de calificare în Anunțul de participare, secțiunea III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, Cerința 2: *„Operatorii economici vor face dovada că funcționează în baza autorizației de funcționare pentru prestarea serviciului arhivistic conform art. II alin. (1) din Legea nr. 138/2013 pentru modificarea și completarea Legii Arhivelor Naționale nr. 16/1996, coroborat cu art. 8-19 din Ordinul MAI nr. 137/2013 și potrivit art. 19 alin. (1) din Legea nr. 16/1996. Modalitatea de îndeplinire: depuneți autorizația de funcționare. Această autorizație se va depune odată cu DUAE”,* și în clarificările la documentația de atribuire unde, la întrebarea 36, autoritatea contractantă a oferit următorul răspuns: *„Din menționarea seriei de*

articole 8-19 din Ordinul MAI nr. 137/2013 nu se va înțelege că autoritatea contractantă solicită deținerea autorizației de păstrare și conservare sau restaurare a documentelor prevăzute la art. 16 din Ordinul MAI nr. 137/ 2013. Autoritatea contractantă va ține cont doar de tipurile de autorizație referitoare la serviciile care fac obiectul Caietului de sarcini”.

Intervenienta arată că, în oferta sa tehnică a prezentat toate autorizațiile solicitate de autoritatea contractantă, ce pot fi verificate și pe site-ul Arhivelor Naționale. La acest moment al procedurii, documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți, cât și pentru autoritatea contractantă. Astfel, consideră că, la acest moment, nu mai pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., în valoare de ... lei, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., la data de 22.06.2022.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat la 19.02.2022, procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de arhivare”, prin publicarea în SEAP a anunțului CN... și a documentației de atribuire, valoarea estimată fiind de 2.000.000,00 lei, fără TVA, termen stabilit pentru depunerea ofertelor 29.03.2022, ora 15:00. Criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate-preț”.

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 945/13934/2019/06.06.2022, în cadrul procedurii au fost depuse 6 oferte printre care și cea a contestatoarei din prezenta cauză, respectiv SC ... SRL, care s-a situat pe locul al treilea.

Împotriva rezultatului acesteia, comunicat cu adresa nr. 946/13934/2019/06.06.2022, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând remedierea raportului procedurii de atribuire nr. 945/13934/2019/06.06.2022 în sensul respingerii ofertelor depuse de SC ... SRL și Asocierea ... SRL – SC ... SRL, clasate înaintea sa.

La dosarul cauzei a fost formulată cerere de intervenție de către SC ... SRL, cu respectarea termenului prevăzut de art. 17 alin.(3) din Legea

nr. 101/2016, prin care solicită încuviințarea de principiu a cererii și introducerea sa în cauză în calitate de intervenient și respingerea contestației ca neîntemeiată.

În speță, Consiliul reține că motivarea intervenientei SC ... SRL se suprapune celei a autorității contractante, interesul ambelor fiind de a obține respingerea contestației și confirmarea clasamentului și a legalității actului autorității de atribuire a contractului. Obiectul cererii de intervenție în litigiu, respectiv solicitarea de respingere a contestației, este similar cu obiectul exprimat de ... în punctul său de vedere.

Așadar, în privința cererii de intervenție formulată, Consiliul, văzând că societatea are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, în calitate de ofertantă în cadrul procedurii de atribuire prin care își apără inclusiv caracterul confidențial al ofertei sale, în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod de procedură civilă, o încuviințează în principiu.

În susținerea caracterului nelegal al deciziei, contestatoarea formulează critici cu privire la ofertele depuse de SC ... SRL și Asocieria ... SRL – SC ... SRL, declarate admisibile de către autoritatea contractantă.

Cu privire la cele două oferte, contestatoarea invocă caracterul neconform al acestora, întrucât acești ofertanți:

- nu au în obiectul de activitate CAEN 4677 – Comerț cu ridicata al deșeurilor și resturilor, 3832 – Recuperarea materialelor reciclabile sortate, 3821 – Tratarea și eliminarea deșeurilor nepericuloase, 3811 – Colectarea deșeurilor nepericuloase sau alte coduri CAEN care să îi permită colectarea și distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat;

- nu au prezentat, în cadrul etapei de calificare autorizațiile necesare derulării activității de distrugere a documentelor și nici standard P3/DIN66399;

- nu au declarat subcontractanți care să îndeplinească criteriile de calificare și capacitatea economică și financiară pentru participarea în procedura de atribuire.

Analizând prima critică a contestatoarei potrivit căreia ofertanții aveau obligația de a avea în obiectul de activitate CAEN 4677 – Comerț cu ridicata al deșeurilor și resturilor, 3832 – Recuperarea materialelor reciclabile sortate, 3821 – Tratarea și eliminarea deșeurilor nepericuloase, 3811 – Colectarea deșeurilor nepericuloase sau alte coduri CAEN care să le permită acestora colectarea și distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat, Consiliul constată caracterul nefondat al acesteia pentru motivele reținute mai jos.

Legat de modul de dovedire a îndeplinirii cerinței referitoare la Capacitatea de exercitare a activității profesionale, la cap. III.1.1.b) prin fișa de date a achiziției autoritatea contractantă a stabilit că *„Operatorii economici care depun ofertă trebuie să dovedească o formă de*

înregistrare în condițiile legii din țara rezidentă, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului de achiziție publică. (...)

Modalitatea de îndeplinire: (...)

Documentul justificativ care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, respectiv certificatul constatator emis de ONRC, sau în cazul ofertanților persoane juridice/fizice străine, documentele echivalente emise în țara de rezidență, traduse în limba română, urmează să fie prezentate, la solicitarea Autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

În situația în care vor fi executate părți din contract de către subcontractanți, dovada înregistrării și corespondența activităților principale/secundare din cadrul acestuia cu obiectul achiziției se va prezenta obligatoriu și de către subcontractanți, pentru partea din contract pe care o vor realiza”.

Din conținutul caietului de sarcini rezultă că obiectul contractului îl constituie prestarea serviciilor de arhivare fizică și electronică, iar potrivit punctului 3.4 Servicii solicitate, acestea sunt „conform tabelului următor:

Nr. crt	Activitatea	UM	Cantitatea maximă estimată
1	Actualizarea Nomenclatorului arhivistic	Buc	1
2	Servicii de arhivare fizică a documentelor	ML	1660 ml
3	Servicii de arhivare electronică a documentelor	ML	105 ml

Astfel, din obiectul contractului nu rezultă că ofertanții urmează să desfășoare activitatea de comerț sau recuperarea materialelor reciclabile sortate, tratarea și eliminarea deșeurilor nepericuloase sau colectarea deșeurilor nepericuloase, pentru activitatea din contract privind distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat, prevăzută în caietul de sarcini la punctul 3.4.1.2 Servicii de arhivare fizică a documentelor lit.e), ofertanții au posibilitatea de a încheia contract de prestări servicii cu societăți care au ca obiect de activitate colectarea și distrugerea unor astfel de deșeuri.

Prin urmare, ofertanții nu aveau obligația de a face dovada autorizării pentru aceste activități dacă prin propunerea tehnică indică cum va efectua această activitate conexă și prezintă un contract de prestări servicii cu o societate comercială care desfășoară astfel de activități, activitatea de colectare și reciclare a deșeurilor este diferită de activitatea de arhivare care face obiectul contractului prezentei proceduri de atribuire.

În acest sens Consiliul constată că SC ... SRL a menționat în propunerea tehnică, la pagina 23, faptul că activitatea de preluare și distrugere a documentelor cu termen de păstrare expirat se realizează de

către SC ... SA, pe baza contractului de servicii nr. 10 /03.01.2022, precizând astfel *„Conform contract nr. 10/03.01.2022 încheiat cu ... SA ... va distruge documentele cu termen de păstrare expirat rezultate în urma selecționării”*.

Așa cum susține și SC ... SRL prin cererea de intervenție acest operator specializat, va efectua tot lanțul de operațiuni pentru eliminarea/valorificarea deșeurilor de hârtie, lanț în care distrugerea este doar o parte. Ansamblul reciclării (codurile CAEN din critică), adică ce se întâmplă cu hârtia după distrugere - dacă se tratează, dacă se elimină sau dacă se valorifică în alt tip de hârtie, cum ar fi materie primă pentru hârtie igienică, carton, etc - nu prezintă relevanță nici pentru autoritatea contractantă, nici pentru ofertant în calitate de prestator de servicii arhivistice a cărei activitate se sfârșește o dată cu ridicarea certificatelor de distrugere de la operatorul specializat și predarea acestora către beneficiar, SC ... SA emițând certificatele de distrugere securizată.

De altfel, recuperarea și comercializarea materialelor reciclabile este o obligație generală, a tuturor persoanelor juridice, indiferent dacă au sau nu CAEN-ul respectiv. Nu este necesară nici măcar calitatea de operator economic pentru a desfășura această activitate.

Prin urmare, ofertanții, indiferent dacă au indicat sau nu în propunerile tehnice cine va presta activitatea conexă de distrugere a documentelor cu termen de păstrare expirat, potrivit prevederilor documentației de atribuire, nu aveau obligația să facă dovada că au înscrise în Certificatul emis de ONRC codurile indicate de către contestatoare, ci doar dovada faptului că au *„capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului de achiziție”*, respectiv servicii de arhivare. Or, ofertantul declarat câștigător a făcut dovada îndeplinirii acestei cerințe prin Certificatul constatator nr. 44758/19.05.2022 emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Argeș, depus ca urmare a solicitării autorității contactante, în conținutul căruia, la activitatea principală este indicat codul 9101-Activități ale bibliotecilor și arhivelor.

Consiliul va respinge tot ca nefondată și critica potrivit căreia cei doi ofertanți clasati pe primele două locuri nu au prezentat, în cadrul etapei de calificare autorizațiile necesare derulării activității de distrugere a documentelor și nici standard P3/DIN 66399.

Pentru a decide astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a solicitat prin documentația de atribuire astfel de autorizații ci doar a indicat prin caietul de sarcini în ce condiții se va face distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat, respectiv *„distrugerea mecanică securizată a documentelor cu termen de păstrare expirat, în baza avizului Arhivelor Naționale, la nivel minim P3, conform Standardului DIN 66399”*.

De altfel, societatea contestatoare nu indică, în mod concret, despre ce prevedere a documentației de atribuire este vorba atunci când se referă lipsa unor astfel de autorizații.

Trimiterile la răspunsul întrebării nr. 49 din răspunsul la solicitări de clarificări publicat în SEAP cu adresa nr. 738/13934/2019/17.03.2022 sunt nerelevante având în vedere că întrebarea nu se referă la autorizații sau standarde ci la containere metalice securizate, respectiv:

„Întrebarea 49:

Vă rugăm să ne precizați dacă preluarea documentelor cu termene și distrugerea acestora poate fi realizată și de o firmă care are ca obiect de activitate distrugerea documentelor dar nu deține containere metalice securizate, cu sistem electronic de închidere.

Răspuns 49:

Se menține cerința din caietul de sarcini”.

Cerința din caietul de sarcini este următoarea:

„e) selecționarea și distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat: (...)

Selecționarea documentelor cu termen de păstrare expirat și preluarea în containere metalice securizate, cu sistem electronic de închidere”, prin urmare, nu se solicită niciun fel de autorizație ci doar „avizul Arhivelor Naționale, la nivel minim P3, conform Standardului DIN 66399” și „eliberarea certificatului de distrugere securizată și a înregistrării video”, contrar susținerilor contestatoarei.

Potrivit legislației în domeniu ofertanții au obligația ca la data depunerii ofertelor, conform prevederilor art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”, iar comisia de evaluare, conform atribuțiilor stabilite de art. 127 alin. (1) din același act normativ, este obligată la „f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini”.*

În consecință, din cele reținute anterior nu rezultă pretinsa nerespectare a cerințelor documentației de atribuire, referitoare la obligația prezentării în cadrul etapei de calificare autorizațiile necesare derulării activității de distrugere a documentelor și nici standard P3/DIN66399.

În soluționarea cauzei, și în susținerea celor de mai sus, Consiliul constată că în documentul intitulat Observații scrise, transmis de Comisia Europeană, Curții de Justiție a Uniunii Europene, în data de 23.11.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 11093/02.03.2022 (atașat dosarului cauzei), acest organism precizează următoarele:

„-în baza articolului 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, la elaborarea criteriilor de selecție, autoritatea contractantă „limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa

contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta".

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

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

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

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

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

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

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

- În plus, faptul că anumite cerințe sunt incluse în documentele achiziției ca criterii de selecție are o importanță profundă pentru desfășurarea procedurii de achiziție și pentru poziția ofertanților: în conformitate cu articolul 56 alineatul (1) din directiva privind achizițiile

publice, un contract nu poate fi atribuit unui ofertant care nu îndeplinește aceste criterii.

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

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

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

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

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

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

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

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

-ar trebui să se analizeze și dacă principiul transparenței afectează acest răspuns. Curtea a definit acest principiu ca implicând faptul că **„Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorităților contractante să verifice efectiv dacă ofertele**

prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză" (C-27/15 Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404. hotărârea din 2 iunie 2016, punctul 36 și jurisprudenta citată) și că „principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poală cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților".

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

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

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

Prin urmare, Comisia Europeană recomandă Curții de Justiție „În împrejurările prezentei cauze, **articolul 58 din Directiva 2014/24/UE și principiile proporționalității și transparenței trebuie interpretate în sensul că este de competența autorității contractante să stabilească criteriile referitoare la capacitatea tehnică, adică să se stabilească dacă este sau nu oportună includerea în documentele de achiziție a unor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională ce decurg din prevederile legilor speciale în cauză, cu privire la activități de importanță minoră în contract, în măsura în care cerințele legale care decurg din aceste dispoziții sunt clare și fără echivoc, ceea ce revine instanței naționale să verifice**".

Deci:

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

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

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

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

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

-Prin urmare, se propune Curții să răspundă la a doua întrebare după cum urmează: „**Principiile transparenței și proporționalității se opun completării de drept a documentației de atribuire cu criterii de calificare ce ar rezulta din legi speciale în discuție în prezenta cauză și aplicabile unor activități aferente contractului ce urmează**

să fie atribuit, ce nu au fost prevăzute în documentația de atribuire".

Consiliul reține că în același sens s-a pronunțat și jurisprundența constantă a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU: C:2016:404, punctul 39)". Conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să 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 (Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Ou Hora dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44)".

Consiliul mai reține că în acest sens, **CJUE s-a pronunțat, în 8 iulie 2021, în cauza C-295/20, „Sanresa" UAB:**

"62 În plus, în temeiul articolului 58 din Directiva 2014/24, un ofertant este obligat, pentru a putea fi admis să participe la o procedură de atribuire a unui contract, să demonstreze că îndeplinește, la momentul depunerii ofertei sale, criteriile calitative de selecție enumerate la articolul 58 alineatul (1) primul paragraf literele (a)-(c) din această directivă. În schimb, el poate aștepta să i se atribue contractul pentru a face dovada ca îndeplinește condițiile de executare a contractului. Astfel, criteriile calitative de selecție permit autorității contractante să nu admită să participe decât operatori economici ale căror capacități tehnice și profesionale, întemeiate pe experiența lor recentă, lasă să se înțeleagă că vor fi în măsură să execute contractul în discuție, obținând, dacă este nevoie, autorizațiile sau logistica necesare. **În plus, a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă/ așadar, să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței, garantate la articolul 18 alineatul (1) din directiva menționată".**

În deplin acord cu cele enunțate de Comisia Europeană și cu cele statuate de CJUE în cauzele C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, Cauza C-27/15 Pipo Pizzo, Cauza C-278/14- SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia, Cauza C-42/13 Cartiera dell'Adda, Cauza C-6/05 Medipac - Kazantzidis, Consiliul reține că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului de participare întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț, cum sunt cele invocate de contestatoare, în speță lipsa autorizațiilor necesare derulării activității de distrugere a documentelor și nici standard P3/DIN 66399.

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

Prin urmare, având în vedere că în soluționarea acestei chestiuni există la nivel național o practică diversă, în timp ce la nivelul instanței europene soluția obligatorie impune atât dreptul autorității contractante de a impune cerințe de calificare la alegerea sa, fără a avea caracter exhaustiv în ceea ce privește dovada îndeplinirii cerințelor necesare în executarea în întregime a contractului, dar și imposibilitatea respingerii unui ofertant pentru cerințe ce nu sunt menționate în documentație, ci doar în legi speciale, cum este și situația de speță, ținând seama de efectul obligatoriu pentru instanțele de toate gradele din România a hotărârilor, inclusiv pentru CNSC, organism considerat de CJUE instanță de prim grad în sensul Tratatului de aderare, așa cum a reținut și anterior Consiliul va respinge ca nefondate criticile formulate de contestatoare, neexistând obligația, pentru niciun ofertant, de a depune, *„în cadrul etapei de calificare”*, cum afirmă, a dovezii existenței tuturor autorizațiilor *„necesare derulării activității de distrugere a documentelor și nici standard P3/DIN 66399”*, o astfel de cerință excedând documentației de atribuire.

Un alt aspect criticat de către contestatoare, similar cu cel analizat anterior este acela că potrivit punctului 3.4.1.4 Precizări Suplimentare că serviciile de arhivare fizică și electronică să fie executate *„la sediul Prestatorului, în spații special amenajate și avizate de Arhivele Naționale”* și că *„prestatorul trebuie să asigure condiții de confidențialitate, integritate și siguranță pentru documentele cu care se lucrează”*, prevederi față de care, în opinia contestatoarei este necesară deținerea și prezentarea Autorizației pentru prestarea serviciului arhivistic de păstrare și conservare emisă de Arhivele Naționale.

Pentru aceleași considerente, Consiliul va respinge ca nefondate criticele având în vedere că în documentația de atribuire nu au fost stabilite astfel de criterii de calificare, și, mai mult decât atât, prin răspunsul la întrebarea nr. 36 din adresa nr. 738/13934/2019/17.03.2022, publicată în SEAP, arată că:

„Din menționarea seriei de articole 8-19 din Ordinul MAI nr. 137/2013, nu se va înțelege că autoritatea contactantă solicită deținerea autorizației de păstrare și conservare sau restaurare a documentelor prevăzute la art. 16 din Ordinul MAI nr. 137/2013. (...)”.

Al treilea aspect criticat se referă la faptul că ofertanții clasați pe primele două locuri nu au declarat subcontractanți care să îndeplinească criteriile de calificare și capacitatea economică și financiară pentru participarea în procedura de atribuire pentru prestarea serviciilor de distrugere a documentelor, având în vedere că aceasta este activitate aferentă unei părți a contractului iar operatorul economic care prestează aceste servicii nu poate avea decât calitatea de ofertant sau subcontractant.

Potrivit caietului de sarcini obiectul contractului îl reprezintă servicii de arhivare fizică și electronică, iar potrivit punctului 3.4 aceste servicii se împart în:

- Actualizarea Nomenclatorului arhivistic
- Servicii de arhivare fizică a documentelor
- Servicii de arhivare electronică a documentelor.

În cadrul serviciilor de arhivare fizică a documentelor autoritatea contractantă a stabilit, la punctul 3.4.1.2 etapele necesare realizării acestor servicii, respectiv:

a)preluarea documentelor de la sediul beneficiarului în vederea arhivării;

b)fondarea;

c)formarea unităților arhivistice;

d) ordonarea fondului arhivistic;

e)selecționarea și **distrugerea documentelor cu termen de păstrare expirat;**

f)pregătirea documentelor în vederea depozitării.

Așadar, activitatea de distrugere a documentelor este activitate conexă obiectului principal al contractului de servicii de arhivare, pentru realizarea căreia legiuitorul a stabilit că ofertanții pot opta pentru încheierea unor contracte de prestări servicii, cum este de altfel cazul ofertantului declarat câștigător care a indicat în propunerea tehnică faptul că activitatea de distrugere a documentelor va fi realizată de SC ... SA.

Potrivit art. 53 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, au dreptul de a participa la procedurile de atribuire prevăzute la art. 68, în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant, operatorii economici definiți la art. 3 alin. (1) lit. jj).

Consiliul reține de asemenea ca relevante definițiile date de legiuitor prin Legea nr. 98/2016, potrivit căroră:

„w) furnizor - 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;

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi”.

De asemenea, Consiliul are în vedere că inițiatorul legislației în domeniul achizițiilor publice, ANRMAP a publicat NOTE DE BUNE PRACTICI cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în care prezintă îndrumări cu privire la modul în care trebuie interpretate prevederile legale referitoare la subcontractanți, concluzionând că:

*„Prin urmare, **subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractantul principal și autoritatea/entitatea contractantă, fiind implicat în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului.***

*Spre deosebire de subcontractant, **furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică**”.*

În prezenta procedură de atribuire prestatorul de servicii, nu este altceva decât operatorul care preia și procesează deșeurile achiziționate de la ofertant, pe care o transformă în materie primă pentru fabricarea unor produse noi (hârtie igienică, carton, etc), serviciu pe care îl prestează contra cost în baza unui contract de prestări servicii.

Consiliul va reține de asemenea în soluționare că SC ... SA, spre deosebire de un subcontractant, prestează servicii de preluare și distrugere a unor documente, contra cost, fără a interveni în desfășurarea unor etape din contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție, în speță în activitatea de arhivare.

De asemenea, legat de acest aspect, Consiliul constată că prin Decizia nr. 8 din 10.01.2021, Curtea de Apel Timișoara s-a pronunțat concluzionând că activitatea de eliminare finală a deșeurilor poate fi prestată și de către un prestator de servicii în baza unui contract de prestări servicii și nu o societate care să aibă în mod obligatoriu calitatea de asociat sau subcontractant în procedura de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu

Având în vedere caracterul nefondat al contestației, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

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

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 exemplare, conține 24 (douăzecișipatru) pagini.