

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

DECIZIE

Nr. 2594/C3/2812

Data: 08.12.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56149/15.11.2022, înaintată de SRL, cu sediul în comuna, sat, ..., ..., înregistrată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator și, convențional, de avocat, formulată împotriva rezultatului licitației deschise organizate de entitatea contractantă SA, cu sediul în, ...;, în vederea atribuirii contractului sectorial de „Execuție lucrări Proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată în, în perioada 2014 – 2020. Zona Valea Nirajului, UAT Crăciunești, UAT Acățari, UAT Bereni, UAT Măgherani. MS-CL-R02 - ZONA I: Aducțiune, Gospodărie de apă Budiu Mic și rețea de distribuție UAT Crăciunești (parțial). ZONA II: Gospodărie de apă Bereni”, ce a fost inițiată cu anunțul de participare nr. CN1044572 din 07.07.2022, s-a solicitat: (i) anularea raportului procedurii nr. 215074 din 07.11.2022, a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 215144II/A/b/2/08.11.2022, prin care oferta depusă de asocieria SRL - a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de entitatea contractantă cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei acestei asocieri; (ii) obligarea entității contractante la stabilirea neconformității și inadmisibilității ofertei depuse de asocieria SRL - și (iii) obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului judiciar, potrivit dovezilor justificative ce vor fi depuse la dosarul cauzei.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /22.11.2022, ... SRL (lider al asocierii SRL -), cu sediul în, ..., ..., înmatriculată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată convențional de avocat, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în, ..., ..., a

transmis o cerere de intervenție, solicitând respingerea contestației, ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate în condițiile prevăzute la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56149/15.11.2022, ... SRL atacă rezultatul procedurii mai sus menționate, organizată de SA, considerând că oferta depusă de asocierea SRL -, declarată câștigătoare, este, în fapt, inacceptabilă și neconformă.

Contestatoarea susține că asocierea SRL - nu probează că poate executa toate activitățile care compun obiectul contractului, deoarece nu a depus formularul DUAE pentru subcontractanții care execută părți importante din contract (condiție impusă prin documentația de atribuire), acesta nedispunând de tot personalul calificat necesar pentru buna îndeplinire integrală a contractului.

Or, practica Consiliului dar și a instanțelor judecătorești este în sensul luării măsurii respingerii ofertelor pentru nedepunerea DUAE aferent subcontractanților până la data limită de depunere a ofertelor, acesta neputând fi completat prin intermediul clarificărilor. DUAE reprezintă o declarație pe baza căreia se verifică îndeplinirea criteriilor de calificare, inclusiv pentru subcontractanți, astfel că nu se poate admite depunerea sa ulterioară.

Analizând raportul procedurii și declarația de participare a asocierii SRL - rezultă faptul că nici cei doi asociați și nici subcontractantul SRL nu sunt operatori economici autorizați pentru (i) activitatea de supravegherea arheologică a lucrărilor, respectiv pentru (ii) execuția lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor (hidranți de incendiu subterani). Membrii asocierii/subcontractantul nu se regăsesc/regăsește în lista publicată de IGSU la adresa de internet: <https://www.igsu.ro/ResourcesCNSIPC/CNSIPC/LPERS/1667307117372.pdf>.

În acest context, devin incidente cerințele exprese ale entității contractante referitoare la declararea, în ofertă, a subcontractanților care execută anumite părți din lucrările ce formează obiectul contractului, și prezentarea formularelor DUAE aferente la depunerea ofertei.

Mai mult, asocierea SRL - nu a declarat un subcontractant calificat și autorizat pentru activitatea de supraveghere arheologică pe toată durata de execuției lucrărilor, astfel cum prevede Avizul Favorabil nr. 113/Z/08.10.2021, eliberat de Ministerul Culturii -

Direcția Județeană pentru Cultură: „la faza PT să se revină la avizare, și să se prezinte un contract privind asigurarea supravegherii arheologice, încheiat cu o instituție de specialitate, pe toată durata desfășurării lucrărilor de execuție”.

De altfel, conform Legii nr. 422/2001, republicată, toate lucrările de săpătură necesare pentru realizarea proiectului regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din se vor executa cu asigurarea cercetării/supravegherii arheologice de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de experți arheologi, atestați de Ministerului Culturii.

În ceea ce privește montarea hidranților de incendiu subterani, analizând dispozițiile art. 53 din Legea nr. 307/2006 și pe cele ale art. 1 din Ordinul MAI nr. 87/2010, rezultă că, pentru a executa, în mod legal, lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor (prevăzute prin documentația de atribuire - respectiv montarea hidranților de incendiu subterani), ofertantul sau subcontractanții declarați ai acestuia trebuie să dețină o autorizație eliberată în condițiile Ordinului MAI nr. 87/ 2010.

Obligația deținerii autorizațiilor prevăzute de Legea nr. 307/2006, respectiv de Ordinul MAI nr. 87/2010 revine ofertanților indiferent dacă acest aspect a fost precizat în documentația de atribuire, fiind o condiție legală fără de care ofertanții nu pot desfășura, în mod licit, activitățile din cadrul contractului ce urmează să fie atribuit.

În acest sens este și practica recentă a Curților de Apel, cu referire la obligația ofertanților de a indica, în cuprinsul ofertei, modalitatea prin care va îndeplini părți/activități specifice din obiectul contractului (Decizia nr. 556 din 20.07.2022, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia).

În acest context, contestatoarea reclamă faptul că entitatea contractantă și-a ignorat propria cerință, impusă prin documentația de atribuire, care stabilea obligația operatorilor economici de a declara resursele umane propuse pentru execuția lucrărilor, cu referire la calificările acestora și de a depune formularul DUAЕ în cazul în care aceste cerințe sunt îndeplinite prin subcontractanți (conform dispozițiilor art. 202 alin. (3) din Legea nr. 99/2016).

Utilitatea și finalitatea acestei cerințe este tocmai aceea de a da posibilitatea entității contractante de a stabili dacă operatorii economici participanți au capacitatea tehnico-profesională de a răspunde rigorilor calitative, cantitative și temporale, impuse pentru executarea contractului.

În absența personalului autorizat/atestat, asocierea SRL - fie se va afla în imposibilitatea executării contractului, fie nu va executa acest contract în mod licit, entitatea contractantă având obligația de a verifica aceste aspecte încă de la momentul evaluării ofertei, sub sancțiunea respingerii, ca neconformă, a acestei oferte, din

conținutul căreia sunt omise informațiile esențiale și documentele probatorii relevante.

Totodată, nici posibilitatea de declarare ulterioară depunerii ofertei a unor subcontractanți, nu poate conduce, în condițiile date, la constatarea conformității ofertei asocierii SRL -, dat fiind faptul că această cerință de capacitate trebuie analizată în etapa de evaluare a ofertelor, iar nu la momentul executării contractului.

Nedeclararea de către această asocierie a operatorilor economici care urmează să presteze/execute părți din contractul de achiziție publică reprezintă atât o neîndeplinire a cerințelor de participare la procedură, dar și o neconformitate a ofertei, pe care entitatea contractantă a omis să o ia în considerare în evaluarea ofertelor.

În contextul în care asocieria SRL - a „omis” să depună documentele expres solicitate prin documentația de atribuire, într-o eventuală reevaluare, aceasta nu mai poate depune documentele lipsă, întrucât s-ar încălca principiile tratamentului egal și al transparenței, ofertantul fiind, astfel, favorizat.

Nu în ultimul rând, contestatoarea reclamă faptul că asocieria declarată câștigătoare nu a cotate, în mod complet și corect, în propunerea financiară, toate cheltuielile aferente activității de supraveghere arheologică, dar și pe cele aferente executării hidranților pentru stingerea incendiilor.

În concluzie, propunerea financiară depusă de asocieria SRL - nu corespunde cerințelor exprese ale documentației de atribuire, evaluarea acesteia neputând eluda sancțiunea prevăzută de lege pentru necorelarea ei cu propunerea tehnică, respectiv respingerea ofertei, ca neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 143 alin. (3) lit. d) din HG nr. 394/2016.

Prin adresa nr. 215.752/II/A/b/2 din 21.11.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 57224/21.11.2022, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, ca nefondată și neîntemeiată.

Având în vedere faptul că alegațiile contestatoarei se concentrează pe un singur element, respectiv lipsa, din cadrul ofertei declarate câștigătoare, a unor subcontractanți pentru supravegherea arheologică a lucrărilor și pentru execuția lucrărilor - hidranți de incendiu subteran, entitatea contractantă solicită constatarea faptului că interpretarea contestatoarei este tendențioasă, nejustificată și excesivă. Aceasta încearcă să ducă în eroare Consiliul, extrăgând din legislația națională un element obligatoriu de respectat de către fiecare executant/antreprenor care execută lucrări din domeniul respectiv.

Entitatea contractantă menționează că nu a prevăzut, în documentația de atribuire, obligativitatea de a prezenta, la ofertare, autorizațiile pentru supravegherea arheologică a lucrărilor și pentru execuția lucrărilor - hidranți de incendiu subteran.

În schimb, obligația de a respecta prevederile Legii nr. 422/2001 este menționată în caietul de sarcini, inclusiv a faptului că „toate cheltuielile pentru obținerea autorizațiilor de cercetare/supraveghere și a lucrărilor specifice indicate în acestea vor fi în sarcina antreprenorului”, și nu în sarcina ofertantului.

În legătură cu prevederile Legii nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, entitatea contractantă apreciază că, atât timp cât aceste servicii pot fi asigurate de către instituțiile/autoritățile statului, cum ar fi muzeele județene, este excesivă subcontractarea lor.

De altfel, antreprenorii pot apela la serviciile acestor instituții pe parcursul derulării contractelor care intră sub incidența acestei prevederi legale.

Documentația de atribuire prevede faptul că, pentru execuția lucrărilor, legislația aplicabilă este legislația din România, acest lucru fiind accentuat și prin modelul de contract HG nr. 1/2018, precum și prin elementele caietului de sarcini.

Or, contestatoarea scoate în evidență și pune accent doar pe două prevederi legale, fără a enumera și alte reglementări/normative/prescripții tehnice, din alte domenii, cu aceeași putere de obligativitate pentru executanți, cum ar fi: (i) pentru lucrări electrice - autorizații din domeniul ANRE, conform Ordinului ANRE nr. 134/2021; (ii) pentru utilaje echipamente sub presiune - autorizații ISCIR, conform PT C6 2010, PT R1 2010; (iii) pentru lucrări de montare mijloace de măsurare (contoare de apă) - autorizare conform Hotărârii nr. 1660/2005 BRML sau (iv) pentru închideri de drumuri publice, sau restricționarea circulației - aviz/autorizație CNADNR/Politia Română.

În opinia entității contractante este imposibilă solicitarea prezentării, la ofertare, a tuturor documentelor, avizelor, autorizațiilor etc. Intră însă în obligația ofertantului/executantului ca, inclusiv la prezentarea ofertei, să rezulte că se vor respecta întocmai prevederile legale în vigoare la fiecare fază de lucrare. Aceste autorizații reprezintă obligații de executare a contractului, și nu cerințe de calificare, și se vor prezenta la data semnării contractului.

Mai mult, raportat la obiectul contractului, montarea hidranților de incendiu reprezintă o lucrare cu o pondere mică, și, prin urmare, nu se impunea solicitarea expresă, la nivel de ofertare, a prezentării acestei autorizații. Deținerea acestei autorizații, pe lângă multe alte avize/autorizații (ISCIR, ANRE etc.), sunt în responsabilitatea executantului/antreprenorului, indiferent că s-a solicitat prezentarea acestora la ofertare sau nu, iar la execuția lucrărilor antreprenorul este obligat să asigure respectarea tuturor cerințelor legale, respectiv ca în baza și în conformitate cu prevederile contractului să obțină/prezinte toate avizele/autorizațiile necesare execuției lucrărilor.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr./22.11.2022, ... SRL a transmis o cerere

de intervenție voluntară, solicitând respingerea contestației, ca nefondată.

Raportat la criticile contestatoarei, intervenienta precizează că activitatea principală a contractului o reprezintă lucrările de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță, cu lucrări secundare de construcții și lucrări de construcții de stații de pompare. Ponderea lucrărilor de supraveghere arheologică a lucrărilor și execuția lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor este foarte mică în raport cu obiectul contractului (în cazul lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor, concret, este vorba despre montarea unui hidrant).

Mai mult, nicăieri în documentație nu se regăsește nicio cerință expresă referitoare la prezentarea de orice document care să ateste/probeze activitatea de supraveghere arheologică a lucrărilor și execuția lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor, situație în care nici evaluarea ofertelor nu se putea realiza pe baza unor cerințe inexistente (Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44; Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, CJUE, punctul 54; Decizia civilă nr. 744 din 17 martie 2022, pronunțată de Curtea de Apel București).

Ca atare, asocierea SRL - nu putea fi sancționată pentru nedepunerea anumitor autorizații/certificări în cadrul ofertei, în condițiile în care acestea nu au fost solicitate expres prin documentația de atribuire.

Așadar, cerința deținerii atestatelor/autorizațiilor nefiind prevăzută în cadrul anunțului de participare simplificat, participanții la procedura de atribuire nu aveau obligația de a face dovada deținerii acestora, iar, în același timp, nici comisia de evaluare nu putea condiționa admisibilitatea ofertelor de prezentare a unor asemenea documente.

Referitor la susținerea contestatorului că *"Asocierea nu probează că poate executa toate activitățile care compun obiectul contractul, deoarece nu a depus formularul DUAЕ pentru subcontractanții care execută părți importante din contract acesta nedispunând de tot personalul calificat necesar pentru buna îndeplinire integrală a contractului"*, intervenientul se apără, susținând că nedepunerea formularului DUAЕ pentru subcontractanți nu înseamnă că nu poate executa activitățile care compun obiectul contractului și nici că nu dispune de tot personalul calificat necesar pentru buna îndeplinire a contractului. Alegerea modalității de colaborare cu alte entități specializate pe parcursul derulării lucrărilor nu este condiționată de încheierea obligatorie a unui acord de subcontractare. Pe de altă parte, potrivit dispozițiilor legale și ale documentației de achiziție, un eventual acord de subcontractare nu se impune a exista de la etapa ofertării.

Aplicând prevederile art. 151 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului poate interveni în următoarele situații: b)

declararea unor noi subcontractanți, ulterior semnării contractului de achiziție publică, în condițiile în care lucrările/serviciile ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora, rezultă foarte clar că asocierea SRL - are posibilitatea legală de a subcontracta lucrările de supraveghere arheologică a lucrărilor și execuția lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor (montaj 1 bucată hidrant) ulterior semnării contractului de achiziție publică.

În cadrul prezentei spețe, intervenienta prezintă abordarea și soluționarea pe care o dă Consiliul, prin Decizia nr. 2344/C4/2475 din data 08.11.2022, unei spețe cu obiect similar, din cuprinsul căreia se pot reține

următoarele aspecte importante aplicabile și în speța pendinte:

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

- este lăsată la latitudinea entității contractante să decidă 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 exercitare a activității profesionale, prevăzut de art. 58 alin. (2) din directiva privind achizițiile publice, care doar prevede posibilitatea entității 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.

- 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 îndeplinirea și dovada tuturor condițiilor legale posibile legate de executarea unui contract;

- în acest sens, nu există un temei legal pentru a considera entitatea 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;

- 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), nu ca și criterii de selecție;

- în cazul în care natura cerințelor tehnice ar fi atât de specială (ceea ce ar exclude impunerea acestor cerințe ca și criterii de selecție),

lipsa dovezii îndeplinirii acestor cerințe la momentul depunerii ofertelor nu ar constitui, în niciun caz, un motiv valabil pentru respingerea ofertei;

- entitatea contractantă nu solicită acest lucru și nu efectuează selecția pe baza acestei cerințe. Prin urmare, trebuie să se presupună că, în speță, respectarea cerinței legale naționale este lăsată de entitatea 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;

- Comisia Europeană recomandă Curții de Justiție că este de competența entității 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 cazul de față: servicii de supraveghere arheologică și montarea unui hidrant), în măsura în care cerințele legale care decurg din aceste dispoziții sunt clare și fără echivoc, ceea ce revine instanței naționale să verifice;

- 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;

- criteriile calitative de selecție permit entității 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 ca incorporarea „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 entității contractante de a aprecia că ofertanții vor fi în măsură să execute contractul în cauză;

- având în vedere că cerințele aplicabile în cauză pot fi minore și numeroase (în cazul nostru, servicii de supraveghere arheologică și

montarea unei bucăți hidrant), o astfel de abordare ar avea ca rezultat o sarcină disproporționată pentru ofertant și entitatea contractantă și ar fi, în final, în contradicție directă cu obiectivul de deschidere a contractelor publice către cea mai largă concurență posibilă și, în special, să permită întreprinderilor mici și mijlocii să aibă acces la procedurile de achiziții publice.

Rezultă că, dacă o dispoziție de drept național, ca speță, nu este inclusă de entitatea contractantă precum criteriu de selecție, atunci operatorii economici nu pot fi excluși pe baza nerespectării acestei dispoziții în faza de selecție.

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; C-27/15 Pipo Pizzo; C-278/14 - SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia; C-42/13 Cartiera dell'Adda; C-6/05 Medipac - Kazantzidis; C-309/18 Lavorgna SRL, obligația de transparență interzice entității 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, sau să aprecieze că nu a fost nominalizat un subcontractant pentru activități de mică anvergură, dar importante în economia contractului, la momentul depunerii ofertei.

Orice documentație care cuprinde astfel de cerințe de calificare și care ajunge la verificarea ex ante, este cenzurată de ANAP, motivat de faptul că „cerința este restrictivă/limitativă, prin faptul că nu se dă posibilitatea ofertanților de a prezenta astfel de autorizații la data semnării contractului și/sau la momentul implicării expertului în activitățile desfășurate în cadrul contractului”.

Pe de altă parte, intervenienta susține că are experiență similară în executarea acestui gen de contracte de lucrări, în acord cu instrucțiunile ANAP citate mai sus, dar și cu interpretările Comisiei Europene, și nu se poate aprecia că asocierea SRL - nu are capacitatea de realizare a lucrărilor, în condițiile în care aceasta respectă atât prevederile documentației de atribuire, cât și pe cele în materie.

De altfel, din punct de vedere legal, nedeclararea unui subcontractor în faza de ofertare nu exclude posibilitatea de nominalizare ulterioară sau de a alege o altă formă contractuală de colaborare adecvată, genul de activitate în discuție, având legătură cu etapa executării contractului și, prin urmare, nu se impune a fi nominalizată la depunerea ofertei.

Faptul că activitatea de supraveghere arheologică are legătură cu etapa executării contractului rezultă inclusiv din modul de formulare a textului citat chiar de către contestatoare: „*Informații incluse în contract: Antreprenorul se va conforma prevederilor respectivei autorizații și avize*”.

Entitatea contractantă a utilizat în această situație termenul de antreprenor și nu de ofertant, ca în alte situații. Sub acest aspect, nu intră în discuție o confuzie de termeni, deoarece, atunci când a considerat necesar, în cadrul documentației, a folosit termenul de ofertant.

Un argument în plus, față de toate cele anterior precizate, îl constituie însăși atitudinea entității contractante, care nu a considerat necesar să solicite clarificări pe aspectele în discuție.

Sub acest aspect, afirmația contestatoarei, potrivit căreia, într-o eventuală reevaluare, ofertantul nu mai poate depune documente întrucât s-ar încălca principiile tratamentului egal și al transparenței, nu poate avea susținere legală. Tocmai în virtutea principiilor care guvernează o procedură de achiziție publică, nimic nu împiedică entitatea contractantă, în faza de analiză a ofertelor, de a solicita clarificări pe aspectele interesate, ocazie cu care o eventuală problema de divergență poate fi soluționată/clarificată, strict în acord cu documentația de achiziție publică și dispozițiile legale în materie.

De altfel, entitatea contractantă și-a asumat obligația de a solicita (în cazul în care s-ar fi impus): „Înainte de a fi declarat câștigător, la solicitarea entității contractante, ofertantul clasat pe primul loc va prezenta documentele justificative care susțin îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ de către subcontractanți”.

În continuare, intervenienta arată că nu a considerat necesară semnarea unor acorduri de subcontractare, în condițiile în care există posibilitatea legală de a nominaliza ulterior un subcontractor sau de a-l angaja ca subcontractor.

De altfel, având experiență similară în executarea acestui gen de contracte de lucrări, intervenienta și-a inclus toate costurile necesare pentru îndeplinirea în condiții legale și cu respectarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire.

În oferta sa, intervenienta a prezentat valori și prețuri la toate listele de cantități (respectiv operații) solicitate prin documentația de atribuire, asumându-și și incluzând în ofertă toate costurile de execuție.

În speță, intervenienta a avut în vedere, la întocmirea ofertei tehnice, inclusiv costurile activității de supraveghere arheologică, cât și pe cele ale montării hidrantului, acestea fiind foarte mici în ponderea contractului, respectiv:

- pentru activitatea de supraveghere arheologică, a fost luat în considerare prețul similar altor lucrări, în speță, cel din contractul de execuție din cadrul aceluiași proiect, pentru UAT Măgherani. Însă, pentru a fi în afara oricărei divergențe și a fi cât mai elocventă, intervenienta arată că a solicitat Direcției Județene de Cultură o ofertă de preț și pentru prezenta lucrare, la care i s-a comunicat faptul că valoarea prestației ar fi în sumă de 24.000 lei;

- în ce privește montarea hidrantului, costurile pe care le implică sunt în valoare de 5.400 lei inclusiv echipamentul, montajul reprezentând aproximativ 2.000 lei, valori prezentate explicit în oferta financiară.

În concluzie, valoarea totală a acestor lucrări este de maxim 26.000 lei, adică 0,27% din valoarea ofertată.

Pe de altă parte, și în situația în care s-ar fi impus ajustări ale ofertei tehnico-financiare, devin aplicabile dispozițiile art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016.

În încheiere, intervenienta precizează că nu consideră necesară studierea de către contestatoare a înscrisurilor aflate în dosarul cauzei, deoarece aspectele invocate - lipsa declarării unor subcontractanți, care nu au completat DUAЕ, este clar evidențiată și este un fapt real.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 59049/05.12.2022, ... SRL a transmis răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă și la intervenția înaintată de SRL, prin care solicită respingerea apărărilor formulate de acestea, reluând argumentele pentru care consideră că oferta depusă de SRL este inacceptabilă și neconformă.

Ulterior, prin corespondența înregistrată cu nr. 59261/06.12.2022, ... SRL a făcut dovada achitării cheltuielilor de judecată reprezentantului convențional.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 59730/07.12.2022, ... SRL a transmis Note scrise (Concluzii scrise), față de punctul de vedere al contestatorului.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Entitatea contractantă SA a inițiat, la 07.07.2022, o licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului sectorial de „Execuție lucrări Proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată în, în perioada 2014 – 2020. Zona Valea Nirajului, UAT Crăciunești, UAT Acățari, UAT Bereni, UAT Măgherani. MS-CL-R02 - ZONA I: Aducțiune, Gospodărie de apă Budiu Mic și rețea de distribuție UAT Crăciunești (parțial). ZONA II: Gospodărie de apă Bereni”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1044572 și a documentației de atribuire.

Considerând nelegală decizia entității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de asocierea SRL -, ... SRL a înaintat contestația de față.

Contestatoarea solicită anularea raportului procedurii, a comunicării privind rezultatul procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestora, în partea ce privește evaluarea ofertei depuse de asocierea SRL -, precum și obligarea entității contractante la stabilirea neconformității și inadmisibilității acestei oferte.

Totodată, contestatoarea solicită obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului judiciar, potrivit dovezilor justificative ce vor fi depuse la dosarul cauzei.

Consiliul reține și că societatea SRL a formulat o cerere de intervenție voluntară, față de contestația formulată de SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei, în principiu, autoarea având interesul de a fi menținute actele entității contractante prin care a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire în discuție.

Văzând că intervenienta sprijină deciziile entității contractante, Consiliul consideră a fi accesorie cererea acestuia, potrivit art. 61 alin. (3) din Cod. proc. civ., iar analiza ei va continua în condițiile prevăzute la art. 67 din Codul de procedură civilă.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 2, în valoare de 88.000 lei, emisă de Raiffeisen Bank, la data de 17.11.2022.

Contestatorul critică modul de evaluare a ofertei câștigătoare, respectiv faptul că asocierea SRL - nu a dovedit că poate executa activitatea de supravegherea arheologică a lucrărilor, dar nici lucrările privind apărarea împotriva incendiilor. SRL consideră că asocierea câștigătoare ar fi trebuit să declare subcontractanți pentru aceste activități.

Consiliul reține că obiectul contractului îl constituie executarea de infrastructură apă și apă uzată, cu activitățile descrise în fișa de date a achiziției, la secțiunea II.1.4:

"ZONA I: Extinderea conductei de aducțiune (realizate prin programul POS Mediu 2007 – 2013) care va alimenta noua gospodărie de apă GA BUDIU MIC, a stației de pompare aferente, realizarea gospodăriei de apă Budiu Mic, realizarea sistemului de transport a apei de la GA la sistemul de distribuție a UAT Crăciunești și a unei părți din rețeaua de distribuție din UAT Crăciunești. Conductele de transport și rețeaua de distribuție din UAT Crăciunești se vor realiza parțial în prezentul contract.

ZONA II: Realizarea gospodărie de apă GA BERENI"

Nici în obiectul contractului, dar nici printre principalele lucrări, nu se regăsește activitatea de supravegherea arheologică a lucrărilor, dar nici cea de realizare a lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor.

Cele două activități sunt menționate în Documentația de atribuire/cap. 2 Specificații/Secțiunea 1 – Cadrul General – Cerințe Specifice Proiectului Zona I (fișier MS-CL-R02).

În acest document, la pag. 34, se precizează că trebuie montat 1 hidrant:

"Hidranti

- 1 hidrant. Hidrantul va fi DN 80, de tip subteran cu racord din conducta PEID SDR 17, PE 100, De 90 mm;

Reteaua de distributie a fost prevazuta cu hidranti de incendiu subterani. Distanțele dintre hidranti, dintre acestia si carosabil, precum si fata de cladiri, se stabilesc conform reglementarilor specifice, astfel incat sa asigure functionarea mijloacelor de paza contra incendiilor. Conductele de racord ale hidrantilor trebuie sa fie cat mai scurte (...)."

La secțiunea 2.14.1 *Autorizații si Avize Obținute*, se atrage atenția antreprenorului asupra derulării lucrărilor prin conformare la legislația aplicabilă

"Copiile autorizațiilor si avizelor emise sunt incluse in Capitolul 5, „Informații incluse in Contract”. Antreprenorul se va conforma prevederilor respectivelor autorizații si avize.

Conform legislației în vigoare, respectiv Legea nr. 422/2001 republicată, privind protejarea monumentelor istorice, cu modificările ulterioare și OG nr. 43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național, republicată, cu modificările și autorizații aduse de Legea 258/2006, toate lucrările de săpătura necesare pentru realizarea proiectului regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din, se vor executa cu asigurarea cercetării/supravegherii arheologice de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de experți arheologi atestați de M.C, in conformitate cu avizele Direcției Județene de Cultura incluse in Capitolul 5. Toate cheltuielile pentru obținerea autorizațiilor de cercetare/supraveghere si a lucrărilor specifice indicate in acestea vor fi in sarcina Antreprenorului."

Prin fișa de date a achiziției, entitatea contractantă nu a impus ofertanților prezentarea de autorizații privitoare la dreptul de prestare a vreunor servicii, implicit nici a celor referitoare la activitățile numite de contestator.

Singurele criterii de calificare referitoare la autorizări/certificări sunt cele de la:

- capacitatea de exercitare a activității profesionale:

"Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care sa reiasă că este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului de achiziție publică/sectorială. (...)

Modalitatea de îndeplinire: se completează DUAE

Prezentarea certificatului constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial"

- capacitatea tehnică și/sau profesională:

„1. *Experiența similară a operatorului economic*

2. *Informații privind partea din contract pe care operatorul economic urmează să o subcontracteze*”.

Întrucât lucrările trebuie executate cu respectarea tuturor regulilor aplicabile contractului, respectiv cu deținerea de către antreprenor/subcontractanți/prestatori a autorizațiilor necesare, revine antreprenorului sarcina ca, pentru acele activități pe care le-ar încredința altora, să verifice, anterior încheierii acordurilor cu aceștia, a deținerilor autorizațiilor în cauză.

Entitatea contractantă a apreciat a fi suficiente, în demonstrarea capacității de executare a contractului, doar criteriile de calificare menționate în documentația de atribuire. Deși în partea tehnică a documentației de atribuire s-a precizat că vor fi prestate diverse servicii care necesită autorizări (cum ar fi cele pentru *racordarea utilităților de gaz, electricitate și telefon*), achizitorul nu a impus niciun criteriu de calificare în acest sens, deci nici prezentarea autorizațiilor emise de ANRE, de exemplu.

Legea nr. 99/2016, stabilește la art. 185 alin. (1) dreptul achizitorului (nu obligația) de a stabili criteriile de calificare necesare și adecvate identificării ofertantului care poate îndeplini contractul:

“(1) *Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la:*

a) *capacitatea de exercitare a activității profesionale;*

b) *situația economică și financiară;*

c) *capacitatea tehnică și profesională.*

(2) *Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte criterii privind capacitatea față de cele prevăzute la [alin. \(1\)](#).*

(3) *Entitatea contractantă stabilește numai criterii privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.* ”

În fapt, contestatorul reinterpretează criteriile de calificare, în sensul că orice activitate din documentația tehnică trebuie să aibă corespondent în criteriile de calificare, respectiv în obligația de dovedire a deținerii tuturor autorizațiilor de către ofertant, iar achizitorului revenindu-i sarcina verificării lor. Prin criticile sale, contestatorul adaugă cerințe de calificare anunțului de participare, în sensul că reconsideră exigențele entității contractante.

Evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Pe de altă parte, dispozițiile coroborate ale Legii nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016, stabilesc în sarcina entităților contractante obligația ca, în evaluarea ofertelor, să aplice propria documentație de atribuire care guvernează licitația, documentație rămasă definitivă prin neatacare.

O astfel de interpretare a fost în mod constant subliniată de jurisprudența CJUE, aceasta statuând că „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”).

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

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „ (...) interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte” (punctul 54).

Deosebit de relevantă este și concluzia CJUE, regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, 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:

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui

contract de achiziții publice a cărei valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a căru verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.".

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

Totodată, se poate observa că întreaga motivare a contestatorului este construită pe baza modului în care acesta a înțeles să își elaboreze propria ofertă.

Faptul că societatea contestatoare și-a declarat în ofertă subcontractanții, prin intermediul cărora vor presta anumite servicii, în cadrul contractului nu înseamnă că și ceilalți operatori economici concurenți aveau obligații în acest sens, în contextul în care nu au existat în documentația de atribuire cerințe în referire la subcontractanții care trebuie declarați.

Astfel, se dovedește a fi neîntemeiată critica privitoare la obligația prezentării de autorizații pentru activitatea de supraveghere arheologică a lucrărilor și pentru executarea lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor.

Consiliu consideră neîntemeiată și critica privind lipsa subcontractanților asocierii câștigătoare pentru prestarea activității de supraveghere arheologică a lucrărilor și pentru executarea lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor, întrucât acestea nu se regăsesc printre activitățile principale.

În accepțiunea contestatorului, pentru orice activitate/serviciu/lucrare din contract (indiferent de valoarea și importanța activității) pentru care ofertantul nu deține autorizația necesară, cel din urmă ar fi trebuit să includă în ofertă subcontractanți. Deși contestatorul nu specifică, se deduce că și pentru lucrările de *racordare a utilităților de gaz, electricitate și telefon* ar fi trebuit numiți subcontractanți.

Existența unei activități în documentația tehnică, față de care achizitorul nu a impus cerințe de calificare specifice prestatorului ei, nu poate conduce la declararea, ca subcontract, a prestatorului. O interpretare contrară (așa cum pretinde contestatorul), ar însemna ca

ofertantul, pentru orice activitate/parte din contract, pentru care nu deține personal de specialitate/autorizat, și pentru care, implicit, va recurge la un terț-persoană juridică, să îl declare *subcontractant*.

Pentru beneficiarul serviciilor nu are relevanță forma de colaborare dintre ofertantul executant și prestatorul unei activități adiacente obiectului principal al contractului. Obligațiile și drepturile dintre ei sunt aceleași, indiferent dacă cel din urmă este subcontractant ori prestator de servicii.

Faptul că în ofertă nu sunt depuse autorizații pentru toate activitățile adiacente/auxiliare contractului (activități ce pot fi realizate de terțe părți) nu înseamnă că ofertantul nu poate executa contractul.

Deci, pentru aceste activități, ofertantul nu avea obligația să declare subcontractanți, ci poate apela și la prestatori de servicii/colaboratori.

În concluzie, pentru activitățile evidențiate de contestator nu au fost impuse cerințe de calificare pentru prestatorii lor, aceste activități fiind condiții de îndeplinire a contractului (în sarcina antreprenorului), care se regăsesc în documentația de atribuire-parte tehnică.

Enumerarea activităților auxiliare, aferente contractului, în documentația tehnică, nu constituie și o obligație de prezentare a autorizațiilor de către prestatori. Lucrările/activitățile din documentația de atribuire reprezintă condiții/elemente de care trebuie să țină seama ofertanții la întocmirea propunerii tehnice și a celei financiare.

Mai mult decât atât, o eventuală obligare a ofertanților la includerea în propunerea tehnică a tuturor dovezilor de calificare profesională, privind executarea tuturor activităților contractului (cum ar fi cea de prezentare a autorizațiilor pentru toate activitățile ce vor fi prestate), ar fi constituit o cerință excesivă, o sarcină administrativă împovărătoare, atât pentru participantul la procedura de atribuire (în elaborarea ofertei), cât și pentru comisia de evaluare (în analizarea documentelor).

Demnă de luat în seamă este hotărârea CJUE, 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 atribuiască contractul pentru a face dovada că îndeplinește condițiile de executare a contractului. Astfel, criteriile calitative de selecție permit autorităților 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.

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

În cauze similare, Consiliul s-a pronunțat prin mai multe decizii, rămase definitive fie prin neatacare, fie prin menținerea soluțiilor de către curțile de apel, cum ar fi:

- Decizia nr. 823/2021 (menținută de Curtea de Apel București, prin Hotărârea nr. 1481/2021);
- Decizia nr. 1115/2021 (menținută de Curtea de Apel București, prin Hotărârea nr. 1563/2021);
- Decizia nr. 1554/2021 (menținută de Curtea de Apel Cluj-Napoca, prin Hotărârea nr. 826/2021);
- Decizia nr. 2307/2021 (neatacată cu plângere);
- Decizia nr. 1472/2022 (menținută de Curtea de Apel Suceava, prin Hotărârea nr. 699/2022);
- Decizia nr. 911/2022 (menținută de Curtea de Apel Constanța, prin Hotărârea nr. 106/2022);
- Decizia nr. 2344/2022 (neatacată cu plângere).

Cu titlu de exemplu, redăm din motivarea Curții de Apel Cluj, din Hotărârea nr. 826/2021, prin care a menținut Decizia CNSC nr. 1554/2021:

„Curtea apreciază că în mod corect a apreciat CNSC în sensul că existența unei activități în documentația tehnică, față de care achizitorul nu a impus cerințe de calificare specifice prestatorului ei, nu poate conduce la obligarea prezentării autorizației în ofertă implicit nici la declararea ca subcontractant a executantului, iar o interpretare contrară, așa cum pretinde petentul, ar însemna că ofertantul, pentru orice activitate sau parte din contract pentru care nu deține personal de specializate sau autorizat și pentru care implicit va recurge la un terț persoană juridică, să îl declare subcontractant.

Din anunțul de participare nu reiese că s-a instituit în sarcina ofertanților obligația de a face dovada deținerii autorizațiilor arătate de petentă la momentul ofertării. Documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul de contract, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru

autoritatea contractantă, conform art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 din anexa Ia HG nr. 395/2016.

Ca atare, operatorii economici nu pot fi sancționați pentru nedepunerea anumitor autorizații/certificări în cadrul ofertei, dacă acestea nu au fost solicitate expres prin documentația de atribuire. După cum s-a arătat, pentru a putea respinge o ofertă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. 2 lit. c din anexa la HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația să se raporteze la una dintre cerințele expres prevăzute în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, cu respectarea principiului transparenței.”

Mai mult, în situația în care ofertantul ar decide să subcontracteze, dar la momentul depunerii ofertei nu poate nominaliza subcontractantul, legea achizițiilor sectoriale îl obligă pe cel dintâi ca, după semnarea contractului, să indice numele subcontractantului [“Art. 233. - (1) Entitatea contractantă solicită contractantului, cel mai târziu la momentul începerii executării contractului, să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai subcontractanților săi implicați în executarea contractului sectorial, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv.

(2) Contractantul are obligația de a notifica entității contractante orice modificări ale informațiilor prevăzute la alin. (1) pe durata contractului sectorial.

(3) Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului sectorial, cu condiția ca schimbarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului sectorial, în condițiile art. 235-241.”].

De asemenea, același articol permite ca, pe parcursul derulării contractului, executantul să poată apela la subcontractanți inexistenți în ofertă [Art. 234 alin. (5) „Atunci când înlocuirea sau introducerea unor noi subcontractanți are loc după atribuirea contractului, aceștia transmit certificatele și alte documente necesare pentru verificarea inexistenței unor situații de excludere și a resurselor/capabilităților corespunzător părții lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.”].

Deci, pentru aceste activități, ofertantul nu avea obligația să declare subcontractanți.

Cât privește presupusa necorelare a propunerii tehnice cu propunerea financiară, contestatorul susține că asocierea câștigătoare “nu a declarat subcontractanți conform cerințelor din Fisa de Date, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice - si Formularul nr. 11 Resurse.”

Însă, așa cum a arătat anterior Consiliul, pentru cele două activități nu trebuiau declarați subcontractanți. În plus, prin *Formularul nr. 11 NU* s-a cerut nominalizarea persoanelor implicate, ci: meseriile în cadrul echipei și numărul muncitorilor pe meserii. Printre aceștia se regăsesc și 2 arhitecți. Deși contestatorul a studiat dosarul cauzei la CNSC (prin

concluziile scrise făcând referire la acest formular), nu arată că personalul ar fi insuficient pentru îndeplinirea contractului.

Cât privește criticile noi aduse prin concluziile scrise (nenominalizarea arhitecților și nementionarea operatorului care-i va pune la dispoziție), Consiliul nu le va mai analiza, având în vedere prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *“Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*.

În susținerea necorelării propunerii tehnice cu cea financiară, contestatorul face referire la *Listele de cantități din Caietul de sarcini pentru executarea hidranților pentru stingerea incendiilor (Anexa nr. 12)*. Însă, Consiliul constată că, în oferta financiară a asocierii câștigătoare/liste de cantități se regăsește articolul hidrant D6-4.1 (1 buc, 5.400 lei).

Cât privește costurile pentru activitatea de supraveghere arheologică, contestatorul nu indică unde ar fi trebuit regăsite aceste valori, ci doar susține: *“Întrucât Ofertantul câștigător nu a desemnat un subcontractant specializat în Propunerea Tehnică, nici nu putea să coteze, în mod complet și corect, în propunerea financiar toate cheltuielile aferente acestei activități”*.

Potrivit fișei de date a achiziției, ofertanții aveau obligația să respecte următoarele reguli, la întocmirea propunerii financiare: (...) *Propunerea Financiară a ofertantului va conține următoarele documente:*

- *Formularul nr. 16 - Formularul de ofertă care reprezintă elementul principal al propunerii financiare, respectiv actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu entitatea contractantă*

- *Anexa la Formularul nr. 16 – Centralizatorul Listelor de cantități*

- *Liste de cantități*

- *Formularul nr. 15 - Declarație de acceptare a clauzelor contractuale.*

Listele de cantități, fiind impuse de achizitor, cuprind lucrările ce trebuie executate, fără a conține o rubrică anume pentru costurile aferente activității de supraveghere arheologică.

În fapt, motivarea contestatorului, referitor la *necorelarea propunerii tehnice cu propunerea financiară*, se bazează pe supoziții, nu pe elemente concrete.

În concluzie, pentru toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația, ca nefondată.

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SRL.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL, CU MAJORITATE DE VOTURI, DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă SA

Încuviințează în principiu cererea de intervenție, formulată de SRL, și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere ca nefondată a contestației SRL și de admitere a cererii de intervenție aparținând SRL –, în ceea ce ne privește, opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu ele, sens în care se impunea admiterea contestației, respingerea cererii de intervenție, anularea raportului procedurii nr. 215074/07.11.2022 și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, cu obligarea entității contractante la clarificarea și reevaluarea ofertei asocierii SRL - SAU (Spania), precum și la plata cheltuielilor „de judecată” către contestatoare.

Dacă înțelegem să conferim caracter axiomatic tezei care dă expresie esenței democrației, potrivit căreia, într-o colectivitate, majoritatea are întotdeauna dreptate, argumentele înfățișate în cadrul prezentei opinii separate nu pot fi receptate ca urmărind să demonstreze contrariul ori ca fiind o critică la adresa soluției majoritare, ci exclusiv drept o încercare de justificare rațională a prezentei opinii, diferită de aceea a majorității membrilor completului Consiliului, în lumina tezei finale a art. 29 alin. (1) din Constituție, potrivit căreia nimeni nu poate fi constrâns să adopte o opinie contrară convingerilor sale.

În esență, divergența poartă asupra interpretării și aplicării la situația factuală din cauză a regulilor documentației de atribuire, precum și a dispozițiilor relative la capacitatea ofertanților cu vocație de contractant de a îndeplini în limitele legii obligațiile asumate prin ofertă.

Forul administrativ de jurisdicție a statuat, în pagina 12:

Nici în obiectul contractului, dar nici printre principalele lucrări, nu se regăsește activitatea de supravegherea arheologică a lucrărilor, dar nici cea de realizare a lucrărilor privind apărarea împotriva incendiilor.

Cele două activități sunt menționate în Documentația de atribuire/cap. 2 Specificații/ Secțiunea 1 – Cadrul General – Cerințe Specifice Proiectului Zona I (fișier MS-CL-R02).

În acest document, la pag. 34, se precizează că trebuie montat 1 hidrant:

"Hidranti

- 1 hidrant. Hidrantul va fi DN 80, de tip subteran cu racord din conducta PEID SDR 17, PE 100, De 90 mm;

*Reteaua de distribuție a fost prevăzută cu **hidranti de incendiu subterani**. Distanțele dintre hidranti, dintre aceștia și carosabil, precum și fata de clădiri, se stabilesc conform reglementărilor specifice, astfel încât să asigure funcționarea mijloacelor de pază contra incendiilor. Conductele de racord ale hidranților trebuie să fie cât mai scurte (...).*"

La secțiunea 2.14.1 *Autorizații și Avize Obținute*, se atrage atenția antreprenorului asupra derulării lucrărilor prin conformare la legislația aplicabilă

"Copiile autorizațiilor și avizelor emise sunt incluse în Capitolul 5, „Informații incluse în Contract”. Antreprenorul se va conforma prevederilor respectivelor autorizații și avize.

Conform legislației în vigoare, respectiv Legea nr. 422/2001 republicată, privind protejarea monumentelor istorice, cu modificările ulterioare și OG nr. 43/2000 privind protecția patrimoniului arheologic și declararea unor situri arheologice ca zone de interes național, republicată, cu modificările și autorizații aduse de Legea 258/2006, toate lucrările de săpătură necesare pentru realizarea proiectului regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din, se vor executa cu asigurarea cercetării/supravegherii arheologice de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de experți arheologi atestați de M.C, în conformitate cu avizele Direcției Județene de Cultura incluse în Capitolul 5. Toate cheltuielile pentru obținerea autorizațiilor de cercetare/supraveghere și a lucrărilor specifice indicate în acestea vor fi în sarcina Antreprenorului."

Prin urmare, obiectul de investiție licitat include activități care presupun deținerea de atestate și autorizări dedicate, după cum judicios a remarcat și contestatoarea, context în care Consiliul nu poate face abstracție de cerința invocată din fișa de date a achiziției, pct. III.1.1.b) – Capacitatea de exercitare a activității profesionale: *„Operatorii economici ce depun oferta **trebuie să dovedească** o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii **precum și că are capacitatea profesională de a realiza activitățile** care fac obiectul contractului [...]"*.

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

produse, presta servicii și/sau executa lucrări în mod licit, iar, în speță, cu certitudine, ... SA nu este chemată să ignore ori să încurajeze activitățile prestate ilicit în executarea propriilor contracte.

Din coroborarea tuturor acestor considerente, susținute și de jurisprudența invocată chiar de către contestatoare (decizii ale Consiliului și ale curților de apel), revine autorității contractante obligația de a interpela asocierea cu privire la capacitatea de a executa toată gama de activități asumate – să recurgă la 138-140 din normele metodologice ale legii achizițiilor sectoriale. Astfel fiind, apare a fi întemeiată critica reclamantei, sub aspectul necesității îndeplinirii obligației autorității de a cere clarificări câștigătoare în legătură cu acoperirea cerinței de calificare și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit.

Deși, susține autoritatea, nu a impus, *în mod expres*, operatorilor economici, pentru a fi admiși la procedură, deținerea unui anumite autorizații și atestări, nu poate fi trecut cu vederea că ea însăși a cerut – de această dată expres – ca operatorii economici să dovedească nu doar o formă de înregistrare, ci și că respectiva dovadă reflectă capacitatea profesională de a realiza – legal – activitățile care fac obiectul contractului.

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

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

35. Prin intermediul celei de a doua întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic din procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau din legea

națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi, precum și din mecanismul de

acoperire a lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate.

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

Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și

jurisprudența citată).

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

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

[...]

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

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

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

[...]

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

vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea

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

economic să își remedieze situația și să îndeplinească obligația menționată într-un termen

stabilit de autoritatea contractantă.

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

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

separată a costurilor cu forța de muncă, într-o ofertă economică prezentată în cadrul unei

proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, conduce la excluderea acestei oferte,

fără posibilitatea de asistență la întocmirea dosarului, inclusiv în cazul în care obligația de a indica aceste costuri în mod separat nu era specificată în documentația cererii de ofertă.

[...]

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

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

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

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

[...]

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

27. Rezultă că orice ofertant informat în mod rezonabil și obișnuit de diligent era, în principiu, în măsură să ia cunoștință de normele relevante aplicabile procedurii de cerere de ofertă în discuție în litigiul principal, inclusiv de obligația de a indica în oferta economică costurile cu forța de muncă.

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

În ceea ce privește obligația de a menționa anumite elemente în ofertă, care nu figurează în documentația aferentă, ci rezultă din interpretarea juridică, relevante sunt și ordonanțele Curții din 10 noiembrie 2016, Spinosa Costruzioni Generali și Melfi (C-162/16, EU:C:2016:870), Edra Costruzioni și Edilfac (C-140/16, EU:C:2016:868)

și MB (C-697/15, EU:C:2016:867).

Din coroborarea tuturor acestor considerente, susținute și de multiplul precedent jurisdicțional invocat chiar de către contestatoare (decizii ale Consiliului și ale curților de apel), organul administrativ-jurisdicțional, în linia celor prescrise asupra primei critici, ar fi trebuit să determine că revenea companiei achizitoare obligația de a interpela

membrii asocierii cu privire la legalitatea executării de către acesta (direct, prin subcontractanți sau prin furnizori) a serviciilor din propria propunere tehnică asupra cărora planează un dubiu rezonabil:

- activitatea de supraveghere arheologică a lucrărilor;
- activitatea pentru apărare împotriva incendiilor (hidranți de incendiu subterani).

Nu trebuie trecut cu vederea că însăși compania organizatoare a impus asigurarea cercetării/supravegherii arheologice de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de către experți arheologi atestați de acest minister, iar acum nu se poate dezice de propria cerință.

Problema expusă prezintă două laturi, deopotrivă de importante în legalitatea atribuirii contractului estimat la aproape 10 milioane de lei, fără TVA, față de care diligența organizatoarei trebuia să fie ridicată: pe de o parte, determinarea cu certitudine a capacității profesionale a asocierii câștigătoare de a îndeplini **cu respectarea legii** a tuturor obligațiilor asumate și, pe de altă parte, determinarea conformității tehnice a ofertei cu prin prisma cerințelor caietului de sarcini, cerințe poziționate în corelare cu menționata capacitate.

Art. 1 alin. (5) din Constituție consacră ca un principiu general obligativitatea respectării Constituției, a supremației sale **și a legilor**. Aceasta este o obligație generală ce revine tuturor, inclusiv autorităților publice. Principiul legalității impune ca actele administrative ale autorităților publice să fie emise cu **respectarea strictă a dispozițiilor legale** în vigoare, iar actele care au fost emise cu nerespectarea anumitor prevederi legale să fie revocate ori anulate (în acest sens este, de pildă, Decizia Curții Constituționale nr. 574 din 19 septembrie 2006, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 855 din 18 octombrie 2006). În materia achizițiilor publice/sectoriale, cu asupra de măsură raportul procedurii de atribuire este supus aceluiași imperativ de interes general al respectării stricte a dispozițiilor legale și, în caz contrar, revocării ori anulării.

Exercitarea controlului de legalitate reprezintă însuși fundamentul statului de drept (Decizia Curții Constituționale nr. 478 din 12 aprilie 2011, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 419 din 15 iunie 2011). În speță, atribuirea contractului nu poate fi bizuită pe acte a căror legalitate este îndoielnică. Legalitatea presupune nu doar respectarea legii, ci și rol activ în apărarea ei.

Astfel fiind, dincolo de multitudinea și inconsecvența soluțiilor jurisprudențiale relevate de ambele părți litigante, apare a fi întemeiată critica reclamantei, dar sub aspectul necesității îndeplinirii obligației companiei de apă din de a ieși din pasivitate pentru a cere clarificări câștigătoare și de a îi reevalua oferta, prin prisma răspunsului care va fi primit.

Separat de cele expuse, chiar și dacă nu ar fi existat cerința de la pct. III.1.1.b) din fișa de date a achiziției (și anunțul de participare), este paradoxală atitudinea companiei investitoare de a nu manifesta niciun interes în elucidarea cu asocierea ofertantă câștigătoare a modului în care urmează a pune în operă anumite componente ale contractului de lucrări, asupra cărora planează o suspiciune plauzibilă, precum cele aflate în discuție, respectiv dacă ele se vor realiza cu respectarea întocmai a legii sau dimpotrivă. Principiul bunei administrări, care guvernează și procedurile de atribuire a contractelor publice, este incompatibil cu un asemenea dezinteres al unei structuri a statului, sens în care compania achizitoare trebuia să recurgă la 138 din normele metodologice ale legii achizițiilor sectoriale, interpellând corespunzător asocierea.

Raportat la cerința caietului de sarcini, dublată de obligația expresă asumată de SRL - SAU (Spania), entitatea avea obligația de a solicita asocierii clarificări asupra capacității membrilor acesteia de a efectua servicii arheologice „de către o instituție de specialitate a Ministerului Culturii sau de experți arheologi atestați de M.C.”, precum și servicii de prevenire a incendiilor. Prin prevederile redată din caietul de sarcini, secundate de cele legale, organizatoarele a atenționat asupra obligației ofertantului câștigător de a efectua, direct sau indirect, toate activitățile necesare obținerii avizelor conform dispozițiilor legale în vigoare.

Nu putem valida argumentul indiferenței entității achizitoare, sub pretextul că revine antreprenorului sarcina ca, pentru acele activități pe care le-ar încredința altora, să verifice, anterior încheierii acordurilor cu aceștia, a deținerilor autorizațiilor în cauză. Înainte de a se discuta despre antreprenor trebuie discutat despre ofertant, iar un ofertant care nu dovedește că acoperă toate cerințele documentației de atribuire nu are vocație de antreprenor, respectiv oferta lui este inadmisibilă. Același principiu al legalității împiedică autoritățile/entitățile contractante să atribuie orice contract unui ofertant care nu dispune de toate capacitățile legale necesare, pe baza speranței că ulterior, în etape de execuție, antreprenorul „se va descurca cumva”, nefiind problema autorității/entității investitoare.

Separat, de cele raționate, nu este exclus ca asocierea să dispună, încă de la momentul ofertării, de personalul autorizat pentru toate categoriile de lucrări, context în care subcontractarea era de prisos. Acest aspect nu poate fi stabilit decât în urma unei corespondențe de clarificare.

În baza art. 130 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către entitatea contractantă și asumată de ofertant. Acest caracter obligatoriu îl împiedică pe ofertant să intervină asupra

conținutului ofertei, cu unele excepții limitativ-stabilite de lege (*quod non*), iar pe baza conținutului obligatoriu al ofertei se realizează evaluarea acesteia. Cu alte cuvinte, în evaluarea ofertei, intenția de subcontractare ulterioară atribuirii contractului nu dovedește conformitatea ofertei, ci dimpotrivă, axiomă care ne separă ireconciliabil de următoarele considerente ale majorității, deschizând larg ușa arbitrariului în determinarea configurației certe a ofertei și evaluarea conformității acesteia (subcontractarea și subcontractantul nu pot rămâne necunoscute la data ofertării):

Mai mult, în situația în care ofertantul ar decide să subcontracteze, dar la momentul depunerii ofertei nu poate nominaliza subcontractantul, legea achizițiilor sectoriale îl obligă pe cel dintâi ca, după semnarea contractului, să indice numele subcontractantului [*Art. 233. - (1) Entitatea contractantă solicită contractantului, cel mai târziu la momentul începerii executării contractului, să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai subcontractanților săi implicați în executarea contractului sectorial, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv.*

(2) Contractantul are obligația de a notifica entității contractante orice modificări ale informațiilor prevăzute la alin. (1) pe durata contractului sectorial.

(3) Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului sectorial, cu condiția ca schimbarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului sectorial, în condițiile art. 235-241.”].

De asemenea, același articol permite ca, pe parcursul derulării contractului, executantul să poată apela la subcontractanți inexistenți în ofertă [*Art. 234 alin. (5) „Atunci când înlocuirea sau introducerea unor noi subcontractanți are loc după atribuirea contractului, aceștia transmit certificatele și alte documente necesare pentru verificarea existenței unor situații de excludere și a resurselor/capabilităților corespunzător părții lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.”].*

Deci, pentru aceste activități, ofertantul nu avea obligația să declare subcontractanți.

Acestea sunt argumentele pe care am găsit de cuviință a le formula în prezenta opinie separată, în acord cu art. 27 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 426 alin. (2) C. proc. civ.

PREȘEDINTE,
