

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

DECIZIE

Nr. 568/C1/111

Data: 16.03.2022

Prin contestația nr. 2/14.01.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2433/17.01.2022, formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SRL, cu sediul în, str. Gheorghe Barițiu nr. 4, bloc 15, scara A, ap. 2, jud., înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii emis de către autoritatea contractantă, cu sediul în, str. Victor Babeș, nr. 2, județul, în cadrul procedurii simplificate organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Reabilitare și modernizare subsol Pavilion Central”, cod CPV: 45453000-7, s-a solicitat:

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anularea în parte a procesului verbal de adjudecare oferte nr. 445 din 10.01.2022 în partea care vizează oferta sa, precum și a oricăror acte subsecvente, ca netemeinice și nelegale;

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei sale de la etapa analizării propunerii tehnice.

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

Contestatorul precizează că în urma finalizării procesului de evaluare a documentelor de calificare și propunerilor tehnice, autoritatea contractantă i-a comunicat procesul verbal de adjudecare oferte nr. 445 din 10.01.2022, din care rezultă faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

Cu privire la acest aspect susține că oferta sa a fost declarată inacceptabilă cu încălcarea dispozițiilor legale.

Contestatorul arată că potrivit documentației de atribuire (care după publicare devine obligatorie atât pentru ofertanți cât și pentru autoritatea contractantă) criteriile de calificare stabilite de autoritatea contractantă au fost:

- Motive de excludere - Fișa de date - Secțiunea III - III1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului: au fost solicitate Declarațiile privind neîncadrarea în art. 164, 165, 167 și cele prevăzute de art. 58-63 din Legea nr. 98/2016;

- Capacitatea candidatului/ofertantului - Fișa de date - Secțiunea III - III 1.1b.) Capacitatea de exercitare a activității profesionale: Certificat constatator emis de ORC de pe lângă Tribunalul teritorial;

- Fișa de date - Secțiunea III - III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională: Lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani.

De asemenea arată că conform documentației de atribuire criteriul de atribuire ales de autoritatea contractantă conform fișei de date, secțiunea II.2.5 Criterii de atribuire – cel mai bun raport calitate preț:

- componenta tehnică - calificarea și experiența profesională a managerului de proiect desemnat pentru executarea lucrărilor cu specific: construcții/instalații - renovări clădiri, diplomă nivel: curs calificare, nivel liceal, post-liceal, universitar + experiență în domeniu;

- componenta tehnică - Lucrări similare executate: (prezentare de contracte similare);

- componenta tehnică - Termenul de execuție: Termen limită - maxim 120 zile calendaristice.

Așa cum rezultă din procesul verbal de adjudecare oferte nr. 445 din 10.01.2022 emis de", ..., oferta sa a fost declarată inacceptabilă conform art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016. De asemenea, susține că se invocă prevederile art. 193 alin. (2) și (3) pe care le redă în continuare.

Contestatorul precizează că, în cadrul documentației de atribuire, pentru lucrările la care se face referire în procesul verbal de adjudecare nu s-au prevăzut cerințe de calificare și selecție. În aceste condiții, nu înțelege la ce criteriu se referă comisia de evaluare prin invocarea alin. (2) al art. 193 – „(2) În cazul în care ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități”.

Cu privire la acest aspect susține că oferta prezentată de el îndeplinește toate criteriile de calificare și selecție impuse de autoritate și nu poate fi declarată inacceptabilă în baza unor criterii care nu se regăsesc în documentație.

De asemenea, face precizarea că, pe baza aceluiași criteriu inexistent în cadrul documentației de atribuire, 3 (trei) din cele 4 (patru) oferte depuse au fost declarate inacceptabile și își pune întrebarea dacă este o simplă coincidență.

Contestatorul susține că dacă s-ar fi dorit verificarea autorizațiilor la care se face referire în cadrul procesului verbal de adjudecare oferte, autoritatea contractantă avea posibilitatea, conform Instrucțiunii ANAP - Fișa de date a achiziției - versiunea decembrie 2016, să solicite prezentarea acestora la nivelul caietului de sarcini.

Cu privire la acest aspect arată că comisia de evaluare, prin adresa de clarificări nr. 22731/28.12.2021 a solicitat: „Având în vedere că, conform proiectului tehnic, la reabilitarea subsolului pavilionului central se are în vedere montarea unui sistem de detectare, semnalizare și alarmare în caz de incendiu precum și montarea unui sistem de stingere a incendiilor cu hidranți, vă rugăm să ne puneți la dispoziție documente din care să reiasă că dețineți toate autorizațiile legale în vederea executării lucrărilor oferite”.

Prin răspunsul pe care l-a încărcat în sistem cu nr. 1/04.01.2022, contestatorul susține că a prezentat comisiei modalitatea de execuție a lucrărilor respective precum și autorizațiile solicitate.

În acest sens, evidențiază faptul că a depus toate diligențele pentru încărcarea în SEAP a unei oferte complete, prezentând comisiei de evaluare toate formularele prevăzute în documentația de atribuire, astfel că oferta prezentată, din punct de vedere tehnic, este conformă și admisibilă.

Pentru toate aceste considerente, solicită Consiliului admiterea contestației și, pe cale de consecință, să dispună:

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anularea în parte a procesului verbal de adjudecare oferte nr. 445 din 10.01.2022 în partea care vizează oferta sa, precum și a oricăror acte subsecvente, ca netemeinice și nelegale;

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor necesare restabilirii legalității prin reevaluarea ofertei sale de la etapa analizării propunerii tehnice.

În drept, își întemeiază prezenta contestație pe dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) și ale art. 10 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și pe toate dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 4541/27.01.2022, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207783727/1, tranzacția: 1168423791/ 1982949098 din data de 21.01.2022, emisă de CEC Bank – Unitatea, în valoare de 40.734,34 lei.

Prin corespondența înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 9851/24.02.2022, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie fără punct de vedere cu privire la contestația formulată de către SC SRL.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Reabilitare și modernizare subsol Pavilion Central”, cod CPV: 45453000-7, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1097348/18.11.2021, conform căruia valoarea estimată este 2.036.717,00 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

Analizând obiectul contestației formulate, se reține că acesta îl constituie procesul - verbal de adjudecare oferte pentru lucrarea: „*Reabilitare și modernizare subsol pavilion central*” **nr. 445/10.01.2022**, conform căruia oferta asocierii SC SRL – SC a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu ar avea capacitate de exercitare a lucrărilor ce constituie obiectul prezentei, respectiv nu a prezentat **Autorizație IGSU** pentru activitatea de: „*instalare și întreținere sisteme de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu precum și montarea unui sistem de stingere a incendiilor cu hidranți*”, Consiliul îl va analiza în cele ce urmează prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Având în vedere criticile din contestația formulată de SC SRL, Consiliul reține că în cuprinsul anunțului de participare simplificat, la secțiunea destinată expres cerințelor de calificare privind Capacitatea de exercitare a activității profesionale respectiv la punctul „**III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale**”, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare:

„Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă ca operatorul economic este legal constituit, ca nu se afla în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. Atenție! în cazul în care oferta este depusă de o asocierie, fiecare asociat va prezenta documentele menționate pentru partea din contract pe care o îndeplinește. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, respectiv certificat constatator emis de ONRC sau în cazul ofertanților străini, documente echivalente emise în țara de

rezidență, urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de ofertantul clasat pe locul 1 (...).

Certificat constatator emis de ORC de pe lângă Tribunalul teritorial în original sau copie certificată pentru conform cu originalul cu semnătură și ștampila din care să rezulte obiectul de activitate al operatorului economic a codului CAEN corespunzător Autorizației de funcționare în original sau copie certificată pentru conform cu originalul. Ofertantul clasat pe primul loc va depune la solicitarea autorității contractante documentele în original sau copie legalizată .

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței :se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, respectiv Certificat constatator emis de ONRC din care sa reiasă că ofertantul are în domeniul de activitate, activitățile ce fac obiectul prezentului contract sau în cazul ofertanților străini, documente echivalente emise în țara de rezidență, din care să reiasă că ofertantul are în domeniul de activitate activitățile ce fac obiectul prezentului contract, urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Informațiile din certificatul constatator trebuie să fie reale/valide la data prezentării acestuia”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale:

- art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016 în forma în vigoare la data inițierii procedurii: *„Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;*

- art. 31 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:*

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit”;

- art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 în forma în vigoare la data inițierii procedurii: *„Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, care constă într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.”;

- art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 în forma în vigoare la data inițierii procedurii: *„Înainte de atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ (...).”*

Din interpretarea normelor juridice anterior citate, Consiliul va reține că scopul criteriilor de calificare este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care ar trebui să reflecte posibilitatea concretă a

acestui de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare și nu de a restricționa participarea la procedură prin impunerea unor cerințe pe care doar anumiți operatori economici le pot îndeplini.

Consiliul reține că, prin anunțul de participare, autoritatea contractantă a precizat atât care este cerința de calificare impusă respectiv *„operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească (...) capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului (...)”* cât și modalitatea concretă în care dorește demonstrarea capacității profesionale, respectiv prin depunerea de *„(...) Certificat constatator emis de ONRC (...) din care să rezulte obiectul de activitate al operatorului economic a codului CAEN corespunzător autorizației de funcționare în original sau copie certificată pentru conform cu originalul”*.

Raportat la cele mai sus menționate, Consiliul constată caracterul nefondat al deciziei autorității contractante de a respinge oferta contestatorului pe motivul lipsei autorizației IGSU deoarece autoritatea contractantă **nu a solicitat prin anunțul de participare simplificat depunerea acestui document.**

Consiliul reține că, prin natura ei, autorizația IGSU reprezintă un înscris de natura celor prevăzute la art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia ***„(...) în cazul în care este necesar ca operatorii economici să dețină o autorizație specială sau să fie***

membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, autoritatea contractantă **are dreptul de a solicita** acestora **să demonstreze că dețin o astfel de autorizație** sau că sunt membri ai unei astfel de organizații” coroborat cu art. 172 alin. (1) lit. a) din același act normativ, potrivit căruia: „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la: (...) capacitatea de exercitare a activității profesionale”.

De asemenea, Consiliul reține drept relevante în soluționare prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016 potrivit căroră „**Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare**”, prevederile art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care stabilesc faptul că **locul în care trebuie menționate criteriile de calificare** impuse de către autoritatea contractantă **este anunțul de participare/simplificat**/de concurs iar, potrivit alin. (6) al aceleiași norme juridice: „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Ori, câtă vreme autoritatea contractantă nu a impus prin anunțul de participare simplificat vreo cerință de calificare privind prezentarea unei autorizații emis de IGSU, în vederea execuției lucrării „*instalare și întreținere sisteme de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu precum și montarea unui sistem de stingere a incendiilor cu hidranți*”, rezultă că operatorii economici nu aveau obligația demonstrării deținerii acestui înscris iar autoritatea contractată nu avea obligația verificării acestui aspect și pe cale de consecință nici temei legal de respingere a ofertelor, în lipsa acestei autorizații.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

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

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

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și

implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire nu au fost impuse participanților anumite cerințe exprese, aparține autorității contractante.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, 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 (a se vedea în special 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)”

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s- a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le- a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Din analiza prevederilor 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că autoritatea contractantă are **dreptul de a solicita** demonstrarea deținerii autorizațiilor necesare prestării serviciilor, **însă nu și obligația** formulării unor astfel de cerințe; rezultă așadar că în condițiile în care autoritatea contractantă a considerat că nu este necesară verificarea deținerii autorizației emis de IGSU și a ales să nu formuleze nicio cerință de calificare în acest sens, aceasta nu mai poate reveni asupra deciziei sale, în etapa de evaluare a ofertelor în sensul verificării unor cerințe de calificare care nu se regăsesc în anunțul de participare.

Raționamentul anterior se regăsește și în Hotărârea nr. 523/07.03.2022 pronunțată de Curtea de Apel Craiova în dosarul nr. 290/54/2022.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți cu prevederile documentației de atribuire precum și stabilirea ofertelor admisibile așa cum este prevăzut la art.

127 alin. (1) lit. b) și k) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării proprii sale oferte sunt întemeiate, urmând să fie admise.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, va anula în parte procesul verbal nr. 445/ 10.01.2022, în ceea ce privește oferta contestatorului precum și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, anulează în parte procesul verbal nr. 445/10.01.2022, în ceea ce privește oferta

contestatorului precum și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare

PREȘEDINTE

Consilier de soluționare

.....

.....

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini