



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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1493/19.08.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41429/19.08.2022, formulată de către ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., cu sediul în sat ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire organizată de către ... S.A., cu sediul social în ... și punct de lucru în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect *Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistența tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID-fără canalizare pentru obiectivul de investiții-„Sala de sport școlară-...”, Str. Pieții, nr. 9, Comuna ..., județul ...*, se solicită:

1. anularea deciziei prin care oferta asocierii ... S.R.L. a fost respinsă din procedura de atribuire;

2. anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior menționate precum și a celor subsecvente acestei decizii, inclusiv a Raportului procedurii de atribuire nr. 15747L/12.08.2022 precum și a actelor pregătitoare sau subsecvente acestuia;

3. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale de la verificarea admisibilității acesteia.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L., critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă.

Prin adresa nr. 1493/19.08.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 41429/19.08.2022, ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., în calitate de ofertant în procedura de atribuire, în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, formulează *contestație* împotriva rezultatului procedurii simplificate pentru atribuirea contractului de *Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistența tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID- fără canalizare pentru obiectivul de investiții- „Sala de sport școlară- ..., Str. Pieții, nr. 9, Comuna ..., județul ...”,* rezultat comunicat de către autoritatea contractantă prin Raportul procedurii nr. 15747L/12.08.2022, prin care solicită Consiliului să dispună următoarele măsuri de remediere:

1. anularea deciziei prin care oferta asocierii ... S.R.L. a fost respinsă din procedura de atribuire;

2. anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior menționate precum și a celor subsecvente acestei decizii, inclusiv a Raportului procedurii de atribuire nr. 15747L/12.08.2022 precum și a actelor pregătitoare sau subsecvente acestuia;

3. obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale de la verificarea admisibilității acesteia,

având în vedere următoarele motive:

În fapt, ...S.A. a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de *Proiectare - fază adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID-fără canalizare pentru obiectivul de investiții-„Sala de sport școlară-..., Str. Pieții, nr. 9, Comuna ..., județul ...”,* fiind publicat în acest sens anunțul de participare în SEAP cu nr. SCN1096722/09.11.2021.

În cadrul acestei proceduri, asocieria ... S.R.L. a depus o ofertă care s-a raportat la informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, interpretate în conformitate cu dispozițiile legale relevante.

Admisibilitatea ofertei:

Contestatoarea consideră că decizia de respingere a ofertei se întemeiază pe o pretinsă nerespectare a cerințelor caietului de sarcini și pe un așa-zis răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări.

Cu titlu prealabil, ... S.R.L. solicită să se constate atât insuficienta motivare a rezultatului procedurii de atribuire cât și eronata invocare a dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 care reglementează neconformitatea ofertei pentru nerespectarea cerințelor caietului de sarcini. Astfel, nu se menționează în mod concret care sunt cerințele caietului de sarcini care nu ar fi fost îndeplinite. Potrivit prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 „(2) în cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1) autoritatea contractanta are obligația de a cuprinde: (...)

b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”

Ori, contestatoarea susține că simpla mențiune a dispozițiilor legale, fără demonstrarea incidenței concrete în speță, nu reprezintă în mod evident un motiv concret de respingere a ofertei sale, nefiind specificat conform legii, în ce constă efectiv nerespectarea cerințelor caietului de

sarcini, motiv de respingere a ofertei prevăzut de art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează că aceste prevederi ale art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 reprezintă transpunerea în legislația națională a exigenței incluse în Directiva 2014/24/UE care impune autorităților contractante obligația informării operatorilor economici cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, în special în legătură cu decizia de respingere a unei oferte care trebuie motivată în mod corespunzător. Aceasta informare este necesară inclusiv din perspectiva exercitării unei căi de atac efective, operatorul economic vizat de o decizie de respingere fiind îndreptățit să cunoască motivele precise ale acestei respingeri pe care să o poată eventual contesta în deplină cunoștință de cauză. Astfel cum a reținut și Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) în Cauza C-406/08 *Uniplex* „Numai după ce a fost informat despre motivele pentru care a fost respins la procedura de atribuire a unui contract, candidatul sau ofertantul vizat are posibilitatea să își formeze o convingere clara în legătură cu existența unei eventuale încălcări a dispozițiilor aplicabile și cu oportunitatea formulării unei acțiuni”.

... S.R.L. precizează că atât jurisprudența națională cât și jurisprudența CJUE au statuat faptul că orice decizie administrativă trebuie motivată și din prisma posibilității persoanei sau a societății de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară și arbitrariul autorităților publice.

Sub aspectul motivării actului administrativ, instanțele europene au reținut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte într-o manieră clară raționamentul urmat de instituția care a adoptat măsura atacată, astfel încât să permită instanțelor efectuarea revizuirii actului, insuficiența motivării sau nemotivarea atrăgând nulitatea.

În același sens, în Cauza C-509/1993 a CJUE s-a reținut că o detaliere a motivelor este necesară și atunci când instituția emitentă dispune de o largă putere de apreciere, întrucât motivarea conferă actului transparență, putându-se verifica în acest fel dacă actul este corect fundamentat.

Analizând cu atenție conținutul raportului procedurii, contestatoarea susține că nu reiese cu suficientă claritate care sunt cerințele caietului de sarcini a căror pretinsă neîndeplinire să fie de natură a determina neconformitatea ofertei sale.

Aceasta consideră că autoritatea contractantă se limitează la invocarea unor texte legale, omițând să precizeze în mod clar, complet și precis de ce a considerat că prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 ar fi incidente în speță, raportat la conținutul ofertei sale.

Contestatoarea afirmă că, în realitate, se omite faptul că autorizații de tip I.G.S.U. sau I.S.C.I.R. nu a fost solicitate deloc prin documentația de atribuire, nefiind indicate în cuprinsul caietului de sarcini.

Aceasta susține că motivele invocate de către autoritatea contractantă și care vizează un pretins caracter inacceptabil al ofertei asocierii se bazează pe ignorarea nepermisă a jurisprudenței obligatorii a CJUE conform căreia o ofertă nu poate fi respinsă pentru nerespectarea unor cerințe care nu au fost prevăzute în mod expres în cadrul documentației de atribuire. În cuprinsul raportului procedurii de atribuire

se invocă cerințe inexistente precum deținerea unor autorizări specifice, fiind astfel interpretată în mod extensiv documentația de atribuire. Prin această modalitate de acțiune, autoritatea contractantă nesocotește, în mod voit, caracterul obligatoriu al documentației de atribuire care se întemeiază pe necesitatea respectării principiului transparenței.

Acest principiu este reliefat în mod sugestiv de CJUE în Cauza *Pippo Pizzo* (C-27/15) în care s-a reținut că *„obligatia de transparență care constituie corolarul principiilor egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta 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)”*.

De asemenea, contestatoarea arată că relevante din perspectiva necesității respectării principiului transparenței sunt și cunoscutele decizii CJUE pronunțate în cauzele *Universale Bau* sau *Succhi di Frutta/Comisia* conform cărora toți potențialii ofertanți trebuie să beneficieze de șanse egale pentru elaborarea ofertelor; toate condițiile de participare trebuie să fie formulate clar, precis și univoc astfel încât să permită oricăror operatori economici rezonabil informați și diligenți să le înțeleagă și să le interpreteze la fel.

Potrivit Hotărârii CJUE din 16 aprilie 2015, emisă în Cauza C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*: *„[...] autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat”*.

Relevantă este și Hotărârea CJUE pronunțată în Cauza C-6/05, *MedipackKazantzidis*, punctul 54, conform căreia principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată.

Contestatoarea subliniază că aceste hotărâri CJUE au fost invocate chiar de către C.N.S.C. într-o cauză similară în care s-a reținut în mod clar: *„Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertanta, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completa, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”*

Raportat la această jurisprudență obligatorie care consacră necesitatea unei stricte raportări a evaluării ofertelor la regulile exprese, clare și complete ale documentației de evaluare, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă își întemeiază toate afirmațiile pe cerințe care nu îndeplinesc condițiile legale necesare pentru a fi considerate criterii de calificare aplicabile ofertanților. Astfel, autorizațiile invocate de către autoritatea contractantă nu pot reprezenta cerințe de calificare a căror îndeplinire trebuie demonstrată la momentul depunerii ofertelor, ci eventuale cerințe legale de executare a contractului de achiziție publică.

Relevantă în sensul imposibilității de a impune în etapa de evaluare a ofertelor cerințe de calificare care nu au fost incluse în anunțul de participare pe considerentul că ar reprezenta obligații legale, este Decizia civilă nr. 375 din data de 21.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București care, citând jurisprudența CJUE, stabilește în mod clar următoarele aspecte: „(...) Curtea observa însă ca principiul transparenței care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauză.

Potrivit art. 18 alin. 1 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, "autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională".

(...) Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, "în temeiul art. 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 deir 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 anterior menționată, "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 totii ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul 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 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 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).

(...) Din examinarea fișei de date a achiziției, rezultă ca s-a impus, la punctul III.2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnică a ofertanților, deținerea autorizației de funizor feroviar și acordul tehnic feroviar emise de AFER valabile la data prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructuri, suprastructura, lucrări de artă, tuneluri, electrificare și energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviara și lucrări de construcții civile.

Conform acelorași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării. Astfel, prezentarea documentelor AFER pentru sudura nu a fost impusă drept cerința de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Carrera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui acord AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuiunile, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație, iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de oferta.

(...)A considera că cerința de calificare rezulta în mod implicit din fisa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică”.

Raportat la această interpretare elocventă a principiilor transparenței și tratamentului egal, contestatoarea apreciază că sunt în mod evident lipsite de efecte juridice argumentele invocate de achizitoare prin care încearcă să inducă necesitatea verificării deținerii unor autorizări specifice pentru activități reglementate.

Fără a diminua importanța respectării legislației aferente anumitor domenii de activitate prin care se impune executarea de lucrări de către operatori economici autorizați, contestatoarea subliniază că nu trebuie asimilate cerințele de executare a contractului cu cele care sunt specifice calificării în procedura de atribuire. În condițiile în care cerințele privind autorizările și agrementele specifice pentru activități reglementate nu sunt criterii de calificare, ci sunt cerințe legale aferente etapei de execuție a contractului de proiectare și execuție lucrări, nu are nicio relevanță dacă ofertantul a desemnat în etapa de ofertare subcontractanți care să dețină respectivele autorizări. Astfel, trebuie realizată o delimitare clară între entitățile pe a căror capacitate se bazează ofertantul pentru îndeplinirea cerințelor de calificare (în categoria cărora pot intra și subcontractanți care dețin autorizări solicitate expres prin anunțul de participare) și subcontractanții pe a căror capacitate nu se bazează ofertantul, astfel cum sunt în speță entitățile care vor executa activități de proiectare și execuție a unor lucrări precum cele de construcții feroviare/instalații speciale.

Contestatoarea susține că, în speță, este evident eronată aprecierea autorității contractante conform căreia operatorul economic ... S.R.L., care are exclusiv calitatea de furnizor al centralei termice, trebuia să fie declarat subcontractant. Acest operator economic se încadrează în mod indubitabil în categoria vizată de art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 care definește furnizorul ca fiind „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”. Raportat la această calitate de furnizor al unui echipament, care realizează operațiunea accesorie de montaj, este evident disproporționată aprecierea achizitoare în sensul necesității declarării acestui operator în calitate de subcontractant.

Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă ignoră astfel și posibilitatea legală de nominalizare a unui subcontractant inclusiv în etapa de derulare a contractului de achiziție publică. Obligația legală de declarare a subcontractanților în etapa ofertei este incidentă exclusiv în ipoteza în care subcontractanții dețin și calitatea de terți susținători, respectiv entități pe a căror capacitate se bazează ofertantul pentru îndeplinirea unor cerințe de calificare. Or, astfel cum contestatoarea a arătat, autorizațiile I.G.S.U. și I.S.C.I.R. nu reprezintă astfel de cerințe privind capacitatea, nefiind solicitate în mod clar, explicit și precis în anunțul de participare, astfel cum impun inclusiv prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016: „Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de proba corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.”

Referitor la dispozițiile art. 51 din H.G. nr. 395/2016 la care se face referire în motivarea respingerii ofertei, contestatoarea consideră că au fost invocate în mod eronat, acestea vizând exclusiv *situația în care autoritatea contractantă solicita în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, ipoteza care nu este îndeplinită în speță.*

În concluzie, contestatoarea apreciază că, nefiind solicitată expres demonstrarea în etapa de ofertare a deținerii autorizațiilor pe care le invocă autoritatea contractantă, evaluarea ofertei nu trebuie să vizeze demonstrarea îndeplinirii unor cerințe care vizează exclusiv derularea contractului iar nu capacitatea ofertanților, fiind contrară principiului transparenței verificarea ofertei din această perspectivă.

Totodată, aceasta consideră că, inclusiv în ipoteza în care autorizările I.G.S.U. și I.S.C.I.R. invocate de către ... S.A. s-ar fi regăsit în cuprinsul caietului de sarcini, acestea ar fi reprezentat clauze nescrise. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 30 alin. (4) și (6) din anexa la H.G. nr. 395/2016, criteriile de calificare care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare simplificat sunt clauze nescrise. Însă, astfel cum a arătat anterior, autorizațiile respective nu au fost indicate în nicio componentă a documentației de atribuire, nefiind astfel opozabile ofertanților și neputând să fie utilizate cu titlu de criterii de evaluare a ofertelor.

În acest context, contestatoarea susține că este evident nelegală decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă și neconformă a ofertei prezentate de asocierea ...

Aceasta solicită Consiliului să constate inclusiv încălcarea de către ... S.A. a jurisprudenței constante a C.N.S.C. și a Curții de apel București în cauze similare aferente unor proceduri de atribuire organizate de către aceeași autoritate contractantă: Decizia Consiliului nr. 1261/C4/1085/21.06.2022 rămasă definitivă prin Decizia Curții de apel București nr. 2026/28.07.2022 (atașată).

Față de considerentele prezentate anterior, care confirmă eronata apreciere a comisiei de evaluare în respingerea ofertei sale ca fiind inadmisibilă, contestatoarea reiterează solicitarea de dispunere a măsurilor de remediere constând în anularea actelor nelegale contestate și în obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale de la verificarea admisibilității, cu respectarea dispozițiilor legale și a regulilor din documentația de atribuire.

Totodată, societatea contestatoare solicită, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la dosarul achiziției publice aflat pe rolul Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, în vederea studierii acestuia și efectuării de copii de pe documentele necesare.

Prin adresa nr. 47097/26.08.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 42725/26.08.2022, ... S.A. formulează *punct de vedere* la contestația nr. 1493/19.08.2022, depusă de către asocierea ... , împotriva deciziei emise

de comisia de evaluare, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

... S.A. precizează că, în calitate de autoritate contractantă, a transmis spre publicare în SEAP anunțul de participare simplificat nr. SCN1096722/09.11.2021 pentru procedura de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect *Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID-fără canalizare pentru obiectivul de investiții: „Sală de sport școlară- ..., Str. Pieții, nr. 9, comuna ..., județul ...”*.

La procedura în cauză au participat zece ofertanți, respectiv: ... S.R.L.; asocierea ...; asocierea ...; asocierea ...; asocierea ...; asocierea ...; asocierea ...; asocierea ... și asocierea ...

Oferta declarată câștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire, respectiv *„cel mai bun raport calitate preț”* este cea prezentată de asocierea ...

Oferta prezentată de asocierea ... a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016, întrucât clarificările/completările transmise nu sunt concludente, iar oferta depusă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv pentru orice activitate care face obiectul contractului de achiziție publică, îndeplinită de un alt operator economic, diferit de ofertant, acesta trebuie să aibă statutul unui subcontractant.

Împotriva deciziei comisiei de evaluare, asocierea ... a formulat contestație, solicitând următoarele:

1. *Anularea deciziei prin care oferta Asocierii ... S.R.L. a fost respinsă din procedura de atribuire;*

2. *Anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior-menționate precum și a celor subsecvente acestei decizii, inclusiv a Raportului procedurii de atribuire 15747L/12.08.2022 precum și actelor pregătitoare sau subsecvente acestuia;*

3. *Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei noastre de la verificarea admisibilității acesteia.*

Față de cele solicitate, în raport de motivele invocate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată pentru următoarele motive:

Referitor la criticile privind respingerea în mod eronat, nelegal și netemeinic a ofertei prezentate de asocierea ... S.R.L., cu privire la nedeținerea tuturor autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții, prin contestația formulată, asocierea ... S.R.L. susține că în mod greșit comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei sale pentru neprezentarea autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții, având în vedere faptul că acestea nu au fost solicitate prin documentația de atribuire.

Cu privire la această critică, autoritatea contractantă menționează faptul că esențial pentru dezlegarea problemei litigioase deduse judecății este aspectul potrivit căruia nu pot fi eludate dispozițiile imperative ale legii într-o procedură de achiziții publice, atât de către comisia de evaluare, cât și de către ofertanți.

În cadrul documentației de atribuire privind obiectivul de investiții *Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID-fără canalizare pentru obiectivul de investiții: „Sală de sport școlară- ..., Str. Pieții, nr. 9, comuna ..., județul ...”* autoritatea a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a realiza în mod legal obiectivul de investiții.

Achizitoarea precizează că pentru prezenta procedură, obligația deținerii autorizațiilor necesare realizării lucrărilor este prevăzută la art. III1.9) din Fișa de date, coroborat cu Capitolul 6 din caietul de sarcini, potrivit căruia *„Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. (...) Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare (...) în procesul de proiectare se vor respecta normele și normativele tehnice și legislația în vigoare, avizele și acordurile autorităților competente la momentul întocmirii proiectului în funcție de soluțiile tehnice propuse.”*

Prin această formulare, autoritatea contractantă afirmă că a dorit să sublinieze necesitatea ca ofertanții să prezinte dovada posibilității de a realiza în condiții de legalitate obiectivul de investiții, cu respectarea tuturor reglementărilor legale în domeniul construcțiilor.

Aceasta adaugă că nu prezintă importanță dacă cerința privind autorizațiile a fost formulată ca un criteriu distinct în cadrul documentației de atribuire, deoarece obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări nu constituie un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurare ce rezultă din dispozițiile legislației în domeniul construcțiilor.

Mai mult, achizitoarea arată că însăși definiția termenului de *„operator economic”*, prevăzută în legislația în materia achizițiilor publice, cuprinde cerința prestării activității în mod licit, iar împrejurarea că prin documentația de atribuire nu s-a solicitat în mod expres prezentarea tuturor autorizațiilor nu exonerează comisia de evaluare de obligația de a cerceta dacă ofertantul căruia intenționează să îi atribuiască contractul deține autorizațiile și poate realiza activitățile ce fac obiectul acestuia.

În sensul aspectelor menționate anterior, autoritatea contractantă apreciază că atâta vreme cât pentru executarea lucrărilor în mod legal sunt necesare anumite autorizații, operatorii economici și autoritățile contractante nu se pot prevala de lipsa menționării cerințelor în documentația de atribuire, pentru a nu respecta prevederile legislative. Legalitatea executării lucrărilor presupune inclusiv deținerea tuturor autorizărilor/atestatelor solicitate de legile incidente (de exemplu, *Atestatul ANRE de tip B „proiectare și executare de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0.4 kV”*-necesar în baza prevederilor H.G. nr. 33/2007, Legii nr. 160/2012, Legii nr. 123/2012, Ordinului nr. 45/2016 și Ordinului nr. 11/2013, cu modificările și completările ulterioare; *Autorizația ISCIR privind instalarea, montarea, repararea, întreținerea și verificările tehnice în utilizare la aparate consumatoare de combustibil având $P_{max} < 400$ kW* Cazane de

apă caldă având $P_{max} \leq 400 \text{ kW}$, necesare în baza prevederilor Legii nr. 64/2008, cu modificările și completările ulterioare; Autorizație IGSU – termoprotecție cu vopsele termosupramante, lucrare: Termoprotecția confecției metalice - suprastructura sala sport, prevedere legală cuprinsă în H.G. nr. 307/2006).

Astfel, achizițarea consideră că, pentru a desfășura în mod legal activitățile din cadrul contractului, este necesar să se dețină un atestat/autorizație eliberat/ă în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de document în cuprinsul documentației de atribuire. O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării lucrărilor nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită de actele normative în domeniul construcțiilor.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Iași, în dosarul nr. 511/45/2021, reținând că *„Neincluderea cerințelor prevăzute de lege pentru autorizarea desfășurării unei activități în documentația de atribuire a unui contract de achiziție publică nu are semnificația faptului că respectarea dispozițiilor legale privind autorizarea este lăsată la alegerea autorității contractante ori a ofertanților. Fiind prevăzută în lege, nu este necesar ca obligația referitoare la deținerea unei autorizații în vederea executării de lucrări să fie menționată în documentația de atribuire, fiind evident că desfășurarea egală a unei astfel de activități nu se poate efectua fără deținerea autorizației obținute în condițiile legii”*.

În aceste condiții, atât operatorii economici, cât și autoritățile contractante nu se pot prevala de lipsa menționării cerințelor autorizării potrivit legii în documentația de atribuire și să execute lucrările sau să accepte executarea lucrărilor în mod ilicit. De asemenea, nu se poate reține nici argumentul privind posibilitatea subcontractării lucrărilor unor operatori economici autorizați sau a obținerii autorizației ulterior datei limită pentru depunerea ofertelor.

În considerarea aspectelor menționate anterior, autoritatea contractantă consideră că, în mod corect, comisia de evaluare a identificat următoarele autorizații necesare a fi deținute de către ofertantul câștigător pentru realizarea în condiții de legalitate a obiectivului de investiții:

- Autorizație IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;
- Autorizație IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;
- Autorizație IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;
- Autorizație IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;
- Autorizație ISCIR pentru montare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$;
- Licență de funcționare IGPR proiectare, instalare, modificare sau întreținere a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției;
- Atestatul ANRE de tip Bp pentru proiectare instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0,4 kv;

- Atestatul ANRE de tip Be pentru executare de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0,4 kv.

Analizând oferta depusă de asocieria ... S.R.L., achizitoarea susține că, în mod corect, comisia de evaluare a constatat că aceasta nu deține următoarele autorizații :

- Autorizație ISCIR pentru montare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$;

- Autorizația IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor.

Astfel, aceasta arată că, în mod temeinic și legal, comisia de evaluare a respins oferta asocierii contestatoare ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul cu prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, pentru neprezentarea acestor înscrisuri, motivat de faptul că acestea sunt necesare pentru realizarea în condiții de legalitate a obiectivului de investiții.

Aceasta afirmă că aceeași interpretare s-a realizat și prin Decizia C.N.S.C. nr. 574/C7/446 din 09.04.2020, precum și prin Hotărârile Curții de Apel București nr. 3298/08.09.2017 și nr. 64/12.04.2019, dar și prin Hotărârea Curții de Apel Cluj nr. 3935/12.10.2017.

De asemenea, achizitoarea remarcă faptul că în același sens este și practica C.N.S.C., care s-a pronunțat prin următoarele decizii: nr. 2865/C10/3036/07.11.2018, nr. 2836/C5/3036/02.11.2018, nr. 2762/C9/3053/24.10.2018, nr. 484/C7/233/23.02.2018, nr. 516/C8/28.02.2018, nr. 1868/C7/2063/24.10.2019, nr. 2316/C9/2571/23.12.2019, nr. 1902/C10/2064/29.10.2019, nr. 1919/C5/1983/1484/31.10.2019, nr. 2140/C2/2320 din 27.07.2018, nr. 2474/C7/2569/2649/13.09.2018, nr. 2468/C5/2521/12.09.2018, nr. 2316/C9/2571 din 23.12.2019, nr. 484/C7/233/23.03.2018, nr. 516/C8/219/28.02.2018, nr. 1987/C9/2130/07.11.2019 și nr. 1919/C5/1983/1984/31.10.2019.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă menționează că, în cazul desfășurării unor proceduri de achiziție publică pentru obiective similare, a înregistrat de mai multe contestații având ca obiect necesitatea prezentării autorizațiilor în etapa de evaluare a ofertelor, motiv pentru care, pe această cale exemplifică următoarea jurisprudență:

- Decizia nr. 326/C8/186 pronunțată în data de 14.02.2022 cu privire la obiectivul de investiții *Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: „Consolidare, Extindere, Supraetajare și Dotare Sediul Primăriei Arcani-Jud.Gorj”*, prin care C.N.S.C. s-a pronunțat în sensul obligativității prezentării autorizațiilor, reținând că „este lipsită de relevanță neincluderea unei cerințe în documentația de atribuire, atât timp cât aceasta este determinată de o reglementare legală specifică, iar în lipsa ei lucrările nu pot fi executate în mod legal”;

- Hotărârea nr. 2472/2021, pronunțată la data de 02.12.2021, cu privire la obiectivul de investiții: *Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: „Construire bazin de înot didactic în municipiul Gherla, str. Parcului, nr.35A, județul*

Cluj", prin care Curtea de Apel București a reținut necesitatea prezentării autorizațiilor în etapa de evaluare a lucrărilor, subliniind că „se impune ca autoritatea contractantă să reevalueze conformitatea propunerii tehnice cu privire la necesitatea prezentării autorizațiilor, astfel încât activitățile să respecte prevederile normativelor în vigoare”.

Revenind la prezenta procedură, achizițoarea învederează Consiliului faptul că ofertanții, personal sau prin subcontractanți (care au menționat în acordurile de subcontractare că execută sau proiectează lucrările pentru care dețin autorizații), au obligația de a deține toate autorizațiile prevăzute de lege pentru realizarea obiectului contractului, atât pentru a se încadra în definiția *operatorului economic* (care poate executa lucrările numai într-o manieră licită), dar și pentru a respecta prevederile documentației de atribuire.

Totodată, în contextul celor sesizate de contestatoare, autoritatea contractantă precizează că modalitatea de respectare a cerințelor caietului de sarcini, în integralitate, precum și posibilitatea de realizare a obiectivului de investiții trebuie demonstrată și, implicit, verificată prin intermediul propunerii tehnice depuse de ofertant, aceasta din urmă putând fi doar clarificată cu informații formale sau de confirmare, potrivit prevederilor art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Astfel, ... S.A. apreciază că, dacă pentru o parte dintre lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică pentru care s-a depus oferta, ofertantul știa că nu o poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acestuia îi revenea obligația să declare partea din lucrare ce urmează a fi executată de societatea care va avea această calitate. Subcontractanții care nu sunt declarați inițial în ofertă și pentru care nu s-a completat DUAЕ, nu pot fi cooptați ulterior, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, astfel cum se statuează în mod clar la art. 124 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare: „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant”. Cu alte cuvinte, aceasta consideră că o oferta rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata menționată în documentația de atribuire. Obligația de a depune informațiile cu privire la subcontractanți are ca temei legal art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, pentru ipoteza în care ofertantul își prefigurează subcontractarea.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că, în mod temeinic și legal, comisia de evaluare a hotărât să respingă oferta prezentată de asocierea ... S.R.L. ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5), coroborate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, deoarece aceasta nu respectă cerințele caietului de sarcini, motivat de faptul că nu îndeplinește prevederea referitoare la deținerea autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții.

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

În drept, ... S.A. invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale H.G. nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 42727/26.08.2022, Consiliul a dat curs solicitării societății contestatoare de a studia dosarul aflat pe rolul C.N.S.C. Delegatul

SCPA CEPARU ȘI IRIMIA a fost prezent la sediul Consiliului la data stabilită, respectiv 30.08.2022.

Totodată, prin adresa antemenționată, Consiliul a stabilit data 31.08.2022 ca termen pentru transmiterea eventualelor concluzii scrise. Până la momentul emiterii prezentei decizii, ... S.R.L. nu a formulat concluzii scrise.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... S.A. a inițiat o procedură simplificată organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect *Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistența tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID-fără canalizare pentru obiectivul de investiții- „Sala de sport școlara- ..., Str. Pieții, nr. 9, Comuna ..., județul ...”,* prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. SCN1096722/09.11.2021.

În cuprinsul anunțului de publicitate și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”, iar valoarea estimată a contractului de achiziție publică este de 6.556.706,06 lei fără TVA.

Luând la cunoștință despre rezultatul procedurii de atribuire ... S.R.L. a formulat contestația în analiză.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... S.R.L. a transmis recipisa de consemnare cu nr. 208340079/1 din 23.08.2022, în sumă de 88.000,00 lei, eliberată de CEC Bank, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 2055/2022.

Astfel, Consiliul constată că ... S.R.L. a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care, pe de-o parte, autoritatea contractantă ... S.A. a evaluat oferta depusă de către ... S.R.L., contestatorul susținând că oferta sa trebuia declarată admisibilă, motivele fiind expuse pe larg în considerentele deciziei iar, pe de altă parte, vizează conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, ... S.R.L. susținând că, în conținutul acesteia, nu se menționează în mod concret care sunt cerințele caietului de sarcini care nu ar fi fost îndeplinite, iar simpla mențiune a dispozițiilor legale, fără demonstrarea incidenței concrete în speță, nu reprezintă un motiv concret de respingere a ofertei sale, nefiind specificat conform legii, în ce constă efectiv nerespectarea cerințelor caietului de sarcini, motiv de respingere a ofertei prevăzut de art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Consiliul are în vedere că, vizavi de conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, susținerile contestatorului sunt neîntemeiate, constatându-se că achizitoarea l-a informat succint cu privire la motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei.

Însă, aspectul legat de neconformitatea ofertei prin raportare la o anumită cerință expresă din documentația de atribuire, este considerat de

către Consiliu ca fiind întemeiat, în motivare urmând a fi analizată această susținere a ... S.R.L.

Astfel, Consiliul reține că vizavi de motivul de neconformitate reținut de achizitoare, susținerile contestatorului se bazează, *în esență*, pe argumentul conform căruia, nefiind impusă prin documentația de atribuire prezentarea vreunei autorizații I.G.S.U. și I.S.C.I.R. (*indiferent de calitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire, în speță ... S.R.L., în calitate de furnizor al centralei termice*), neprezentarea la momentul depunerii ofertei nu putea să constituie un motiv pe care comisia de evaluare să îl aibă în vedere la momentul evaluării ofertei, aspectul invocat de autoritatea contractantă, în decizia sa, vizând demonstrarea îndeplinirii unor cerințe exclusiv ce țineau de derularea contractului, iar nu de capacitatea ofertanților, fiind contrară principiului transparenței verificarea ofertei din această perspectivă.

Diferendul dintre părți constă în următoarele:

- în ceea ce privește cerințele privind capacitatea tehnică, documentația de atribuire se completează/nu se completează, de drept, cu prevederile legislației specifice unui anumit domeniu;

- este obligatorie/nu este obligatorie declararea unor subcontractanți, încă de la momentul depunerii ofertei, pentru fiecare dintre activitățile pentru care este necesară autorizație, sub sancțiunea respingerii ofertei.

Analizând aspectele în divergență prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice, ținând seama de documentele aflate la dosarul cauzei, inclusiv de cele din dosarul achiziției publice, de susținerile contestatorului, precum și de punctul de vedere asupra contestației, conform art. 18 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată temeinicia criticilor aduse de către contestatorul ... S.R.L., motiv pentru care dispune admiterea contestației și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de către ... S.R.L.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul nu va relua susținerile părților având în vedere că acestea se regăsesc în considerentele deciziei, ci va puncta doar faptul că, raportat la motivele invocate de contestator vizavi de admisibilitatea ofertei sale, datorată aspectelor detaliate de către ... S.R.L. în contestație, ce vizează conținutul documentației de atribuire, în care nu s-au prevăzut cerințe privind prezentarea autorizațiilor I.G.S.U. și I.S.C.I.R., decizia de respingere a ofertei în cauză a fost neîntemeiată, prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice și îndeosebi a prevederilor documentației de atribuire, impunându-se reevaluarea acesteia.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că, în evaluarea ofertelor, prin raportare la propriile cerințe impuse prin documentația de atribuire-fișa de date a achiziției și caietul de sarcini (părți componente ale documentației de atribuire care, prin necontestare, au devenit obligatorii), achizitoarea a avut în vedere caracterul obligatoriu și definitiv al documentației de atribuire și s-a raportat la acesta în considerarea prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 iar atribuirea contractului s-a efectuat prin aplicarea corectă a prevederilor documentației de atribuire.

Astfel, în soluționare, Consiliul reține că, în esență, ... S.R.L. subliniază faptul că achizițoarea, prin comisia de evaluare a ofertelor, cu ocazia analizării ofertei sale, în mod eronat a apreciat că societatea sa nu a prezentat, pentru ... S.R.L., în calitate de furnizor al centralei termice, autorizațiile menționate anterior în considerente, în conformitate cu prevederile legale și dispozițiile documentației de atribuire, fiind evidente încălcarea flagrantă la nivelul autorității contractante a prevederilor legale și principiilor ce guvernează domeniul achizițiilor publice.

Așa cum a fost anterior reținut, aspectul reclamat vizează faptul că societatea sa nu era obligată să prezinte documentele subliniate mai sus, în condițiile în care această obligație nu a fost impusă prin documentația de atribuire.

Argumentele aduse de achizițoare în replică la cele reclamate vizează faptul că, în mod contrar alegațiilor contestatorului, în cadrul documentației de atribuire privind obiectivul de investiții *„Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID-fără canalizare pentru obiectivul de investiții: „Sală de sport școlară- ..., Str. Pieții, nr. 9, comuna ..., județul ...”* s-a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a realiza în mod legal obiectivul de investiții.

Achizițoarea precizează că pentru prezenta procedură, obligația deținerii autorizațiilor necesare realizării lucrărilor este prevăzută la art. III1.9) din Fișa de date, coroborat cu Capitolul 6 din caietul de sarcini, potrivit căruia *„Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. (...) Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare (...) în procesul de proiectare se vor respecta normele și normativele tehnice și legislația în vigoare, avizele și acordurile autorităților competente la momentul întocmirii proiectului în funcție de soluțiile tehnice propuse”* fiind necesar ca ofertanții să prezinte dovada posibilității de a realiza în condiții de legalitate obiectivul de investiții, cu respectarea tuturor reglementărilor legale în domeniul construcțiilor și nefiind important dacă cerința privind autorizațiile a fost formulată ca un criteriu distinct în cadrul documentației de atribuire, deoarece obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări nu constituie un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurare ce rezultă din dispozițiile legislației în domeniul construcțiilor.

Referitor la susținerile contestatorului vizavi de aspectele reținute anterior, Consiliul constată temeinicia acestora, în stabilirea acestei finalități, analizând conținutul documentației de atribuire, constatându-se că niciunde în cadrul acesteia nu este prevăzută obligația ofertanților de a deține respectivele autorizații menționate de către ... S.R.L., din lecturarea documentației de atribuire, în referire la momentul depunerii ofertelor neregăsindu-se vreo cerință privind depunerea acestor autorizații, obligația deținerii anumitor autorizații fiind analizată prin prisma solicitărilor **exprese** de la nivelul documentației de atribuire. Ori, în speță, printre rigorile documentației de atribuire nu există o astfel de solicitare.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2), lit. b) din normele metodologice stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

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

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

Consiliul reține ca fiind deosebit de relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene 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 cărui 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 cărui 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).

De asemenea, Consiliul reține că, potrivit jurisprudenței constante a CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea

însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

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).

Astfel, deținerea autorizațiilor la care face referire achizițtoarea în decizia de respingere a ofertei depusă de către ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., **nu** a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principiului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

Pentru a putea fi opozabilă ofertanților în cadrul unei proceduri de atribuire, fiind vorba de o cerință din categoria celor care țin de capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv o cerință de calificare, era necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiul transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens, sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 - Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

- art. 154 - Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire

la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire,

- art. 181 - Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, lato sensu, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare și, în subsidiar, normele legale. Dacă documentația de atribuire intră în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că, unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

În consecință, în raport de cele prezentate, criticile ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., se dovedesc a fi întemeiate.

Astfel, Consiliul reține că practica nouă a instanțelor judecătorești tinde să se alinieze în sensul interpretării legislației spre dezideratul promovării concurenței și al proporționalității, și nu în sensul restricționării artificiale a competiției prin interpretări secvențiale ale legislației.

Consiliul reține că atât practica la nivelul său, cât și practica instanțelor de judecată este una neunitară în ceea ce privește aspectul deținerii autorizațiilor.

Practica recentă la care completul achiesează, este în sensul că, așa cum a fost anterior reținut, din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele. Cu alte cuvinte lipsa autorizațiilor reclamată trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire. Ori, în speță, printre rigorile documentației **nu există o astfel de solicitare**.

În concluzie, nefiind solicitată expres demonstrarea în etapa de ofertare a deținerii autorizațiilor pe care le invocă autoritatea contractantă, evaluarea ofertei nu trebuie să vizeze demonstrarea îndeplinirii unor cerințe care vizează exclusiv derularea contractului, iar nu capacitatea ofertanților, fiind contrară principiului transparenței verificarea ofertei din această perspectivă.

Această abordare (vizavi de faptul că la capitolul aferent cerințelor de exercitare a activității profesionale nu există solicitate astfel de autorizații, iar caietul de sarcini nu face referire la obligativitatea indicării în această etapă a specialiștilor respectivi, drept subcontractanți subcontractanți) se regăsește și în practica judecătorească recentă, respectiv Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București (în calea de atac extraordinară a revizuirii), Decizia civilă nr. 319/17.02.2021, pronunțată de

Curtea de Apel București, Decizia nr. 384/15.03.2021, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, Decizia civilă nr. 351/19.03.2021, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Decizia civilă nr. 2019/11.11.2020, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia civilă nr. 2502/21.12.2020, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia nr. 1071/18.12.2020, pronunțată de Curtea de Apel Galați, Decizia nr. 682/01.10.2019, pronunțată de Curtea de Apel București.

Prezintă relevanță și jurisprudența invocată de contestator, respectiv Decizia Consiliului nr. 1261/C4/1085/21.06.2022 rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel București nr. 2026/28.07.2022, autoritatea contractantă fiind tot ... S.A. potrivit căreia instanța de judecată a statuat următoarele:

„Examinând legalitatea deciziei contestate, prin prisma criticilor formulate și a dispozițiilor legale incidente, Curtea reține:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții care se realizează pe baza proiectului tip - „Construire Cresa medie”: „Construire și dotare Cresa str. Mihai Viteazu, nr. 73A, Municipiul Caracal, județul Olt”.

Oferta prezentată de societatea GRUP PRIMACONS SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă în baza prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece răspunsul la solicitările de clarificări a fost neconcludent și oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului, de sarcini, în sensul ca ofertantul nu a prezentat autorizațiile necesare realizării obiectivului de investiții, astfel cum acestea au fost solicitate prin caietul de sarcini.

În concret, s-a solicitat intimății prezentarea autorizațiilor "necesar a fi deținute de aceștia (prin lider sau asociat/i sau a subcontractanților declarați), pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor (atestat ANRE de tip Bp; atestat ANRE de tip Be; Autorizație IGSU; Autorizație ANRE destinată proiectării instalațiilor de utilizare a gazelor naturale:PDIB; Licență IGPR)".

Verificând răspunsul transmis de contestator, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a hotărât respingerea ofertei acestuia ca fiind inacceptabilă și neconformă, motivat de faptul că respectivul contestator nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări coroborat cu faptul că deținătorii autorizațiilor prezentate nu se regăsesc ca subcontractanți/asociați în declarația DUAE.

Verificând, la rândul său, răspunsul contestatorului raportat la modalitatea de formulare a solicitării de clarificări aferente și cu cerințele exprese din caietul de sarcini, sus citate, Consiliul a apreciat că autoritatea contractantă nu și-a respectat propriile cerințe exprese în discuție, care impun obligații în sarcina antreprenorului și nu obligații în sarcina ofertantului/ofertantului asociat/subcontractantului/terțului susținător în corelare cu completarea DUAE.

A concluzionat că, de vreme ce autoritatea contractantă nu a solicitat prin anunțul de participare simplificat depunerea acestor documente de către ofertanți/ofertanți asociați/subcontractanți/terți susținători, deci nu a impus vreo cerință de calificare privind prezentarea unor anume autorizații/atestare, autoritatea contractată nu avea temei legal de respingere a ofertelor, în lipsa acestor documente.

Soluția Consiliului este legală.

În primul rând, potrivit legislației în materia achizițiilor publice, solicitarea de cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională în documentația de atribuire este facultativă, iar nu obligatorie, aspect care rezultă în mod clar din cuprinsul prevederilor art. 172 alin. (2) lit. c) și ale art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Or, nicăieri în documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a impus participanților la procedură obligativitatea depunerii autorizațiilor la care face referire petenta, situație în care nici evaluarea ofertelor nu se putea realiza pe baza unor cerințe inexistente.

Ca atare, ofertantul câștigător nu putea fi sancționat pentru nedepunerea anumitor autorizații/certificări în cadrul ofertei, în condițiile în care acestea nu au fost solicitate expres prin documentația de atribuire.

Aceasta deoarece, 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 de a se raporta la una dintre cerințele expres prevăzute în documentație.

Așadar, cerința deținerii atestadelor/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 prezentarea unor asemenea documente.

Practica CJUE cu privire la cerințele de calificare și la respectarea principiilor fundamentale este constantă, astfel:

În *Enterprised Focused Solutions SRL (C-278/14)* Curtea a declarat că "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".

Cauza *Medipac-Kazantzidis AE vs. Venizeleio-Pananeio (C-6/05)* considerentele 53 și 54 "(53)(...) principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) în plus, acest principiu și această obligație interzic 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 și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte".

În același sens s-a statuat și în cauzele *C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos*, așa încât 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, în speță lipsa autorizațiilor necesare în execuția lucrărilor.

Mai mult, în caietul de sarcini autoritatea a inclus următoarele informații pentru participanții la procedura de atribuire: "Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare."

Contrar susținerilor petentei, cerința privind deținerea avizelor și acordurilor autorităților competente este o cerință ce ține de executarea contractului, iar nu una de calificare, iar lipsa dovezii îndeplinirii acestor cerințe la momentul depunerii ofertelor nu ar putea constitui în niciun caz un motiv valabil pentru respingerea ofertei.

Deși corectă afirmația petentei, în sensul că deținerea autorizațiilor este impusă de dispoziții legale speciale, totuși lipsa deținerii acestei autorizații nu poate constitui o situație de excludere a unui operator economic, în contextul în care aceasta nu a fost stabilită prin documentația de atribuire drept cerință de calificare.

Soluția este susținută de o bogată jurisprudență CJUE, la care Consiliul a făcut deja trimitere, așa încât argumentele petentei, bazate pe practica CNSC și a instanțelor de judecată, sunt lipsite de relevanță, cu atât mai mult cu cât respectiva practica judiciară este relativă la pricinile soluționate anterior, și nu constituie izvor de drept și nici nu poate obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Deși cerința se referă la autorizații pentru exercitarea anumitor activități, iar cunoașterea existenței și conținutului unor astfel de cerințe ar trebui să fie destul de clară pentru potențialii ofertanți, este de competența autorității contractante să stabilească criteriile referitoare la capacitatea tehnică, adică să 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. Așa încât, încorporarea "automată" a criteriilor care decurg din legislația aplicabilă, care însă nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, este în contradicție cu însăși rațiunea criteriilor calitative de selecție, și anume de a permite autorității contractante de a aprecia că ofertanții vor fi în măsură să execute contractul în cauză.

Cu toate acestea, în speță, autoritatea contractantă nu a solicitat dovedirea deținerii acestor autorizații/licențe ca și cerință de selecție, fiind lăsată în sarcina ofertantului câștigător pentru stadiul executării.

Așa încât, ipoteza existenței unor obligații legale a căror îndeplinire trebuie dovedită de ofertanți dincolo de prevederile documentației de atribuire nu poate fi primită în raport de practică CJUE mai sus evocată.

Prin urmare, cerința referitoare la prezentarea autorizațiilor indicate de petentă, nefiind o cerință a documentației de atribuire, nu poate constitui motiv de respingere a ofertelor.

În plus, caietul de sarcini prevede: "Ofertanții vor depune autorizațiile/atestările/licențele în timpul execuției contractului."

Nici argumentul potrivit căruia "nu pot fi eludate dispozițiile imperative ale legii într-o procedură de achiziții publice" nu se confirmă, în condițiile în care nici Consiliul, și nici instanța, nu neagă necesitatea deținerii acestor autorizații la momentul implementării obiectivului de investiții, ci doar că dovada deținerii acestora nu se impune la momentul evaluării ofertelor, așa încât nu poate constitui motiv de excludere a ofertantului.

În concluzie, autorizațiile invocate de petentă nu trebuiau prezentate în etapa de evaluare a ofertelor, fiind atribuția ofertantului desemnat câștigător să desfășoare activitatea în conformitate cu normele legale aplicabile în domeniu, așa încât corect a fost admisă critica.

În raport de aceste argumente, inclusiv solicitarea de clarificări, prin se impune prezentarea autorizațiilor necesar a fi deținute de aceștia (prin lider sau asociat/i sau a subcontractanților declarați), pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor (atestat ANRE de tip Bp; atestat ANRE de tip Be; Autorizație IGSU; Autorizație ANRE destinată proiectării instalațiilor de utilizare a gazelor naturale:PDIB; Licență IGPR), este nelegală.

Mai întâi, pentru că, așa cum s-a arătat, aceste autorizații nu trebuiau prezentate în etapa de evaluare a ofertelor;

Apoi, pentru că în mod greșit se apreciază că această activitate poate fi realizată doar de către lider sau asociat/i sau subcontractanți declarați:

În realitate, intimata pleacă de la o premisă eronată, considerând că activitatea este parte a contractului.

Deși este real că realizarea unei părți din contract poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin sub contractare, în cazul în care terța companie nu acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

Relevante sunt dispozițiile art.51 din Lege: (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională prezentarea unor autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul de achiziție publică care urmează să fie atribuit, cerința prevăzută la alin. (1) se consideră îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

Reiese, deci, foarte clar că numai în situația în care prezentarea unor autorizații specifice este stabilită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională, cerința se consideră îndeplinită doar dacă operatorii economici demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate sau dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată.

Or, nu aceasta este situația speței, caz în care contestatoarea putea apela, în perioada executării contractului, la serviciile unui furnizor.

Prestarea unor servicii care nu fac parte din obiectul contractului, ci sunt activități auxiliare/conexe acestora, necesare în derularea contractului pentru respectarea prevederilor legale incidente (este vorba de legislația privind proiectarea și executarea instalațiilor electrice; Instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor; proiectarea instalațiilor de utilizare a gazelor naturale și cea de proiectare a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției) nu face obiect al prezentei proceduri pentru a fi obligatorie subcontractarea acestor servicii, fiind suficientă prestarea acestor servicii pe baza unui contract de prestării servicii.

Așa încât, corect a reținut Consiliul că evaluarea ofertei contestatoarea s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor legale și a documentației de atribuire.

De altfel, jurisprudența CNSC și a instanțelor, este constantă în sensul că deși este la latitudinea operatorilor economici de a declara o companie care prestează servicii pe un contract de achiziție drept subcontractor sau furnizor, această posibilitate

este legată în mod direct, și deci limitată, de specificațiile tehnice ale caietului de sarcini. În cazul în care terța companie nu acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

Ca atare, afirmația petentei, în sensul că exista obligația de a declara respectiva societate ca fiind subcontractant, este neîntemeiată, în condițiile în care aceasta din urmă are doar calitatea de furnizor de servicii, fiind corect invalidată de Consiliu.

În lumina celor expuse, constatând legalitatea și temeinicia deciziei contestate, Curtea urmează să respingă plângerea formulată de autoritatea contractantă, ca nefondată.”

Având în vedere toate argumentele prezentate, Consiliul stabilește că susținerea achizitoarei potrivit căreia „*nu prezintă importanță dacă cerința privind autorizațiile a fost formulată ca un criteriu distinct în cadrul documentației de atribuire, deoarece obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări nu constituie un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurare ce rezultă din dispozițiile legislației în domeniul construcțiilor*” reprezintă, în fapt, o invocare a propriei culpe legată de modul de întocmire a documentației de atribuire (manieră ce nu poate fi acceptată).

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

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizări de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unei dovezi de autorizare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, ci dimpotrivă, așa cum s-a arătat, în conținutul documentației de atribuire se referă la obligația antreprenorului, atunci nu există obligația depunerii de dovezi în acest moment, ci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor, așa cum justificat apreciază Comisia Europeană în documentul menționat și CJUE în numeroase spețe, respectiv:

- cauza C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos CJUE menționează expres 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**”.

- 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:

„În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).”

În deplin acord cu cele enunțate de Comisia Europeană și cu cele statuate de CJUE în cauzele C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos

Apsaugos departamentas prie Aplinkos Ministerijos, Cauza C-27/15 Pipo Pizzo, Cauza C-278/14- SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia, Cauza C-42/13 Cartiera dell'Adda, Cauza C-6/05 Medipac - Kazantzidis, C-309/18 Lavorgna SRL, Consiliul reține 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, 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.

În raport de cele anterior reținute, Consiliul achiesează la cele reținute de contestator vizavi de faptul că autorizațiile la care achizițarea a făcut referire nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, criticile sub acest aspect fiind fondate.

Într-o atare situație, se are în vedere faptul că activitatea comisiei de evaluare, în ceea ce privește verificarea ofertei analizată anterior în cauză, nu s-a derulat cu respectarea prevederilor art. 123 și următoarele din HG nr. 395/2016, criticile aduse de contestator în referire la evaluarea efectuată de achizițoare fiind întemeiate, impunându-se reevaluarea ofertei prin raportare strictă la prevederile din documentația de atribuire.

În consecință, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestația formulată de către ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., în contradictoriu cu ... S.A.

Anulează procesul-verbal nr. 5589L/28.03.2022, procesul-verbal nr. 10742L/31.05.2022, procesul-verbal nr. 11080/07.06.2022, în partea ce vizează oferta depusă de ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., precum și toate actele subsecvente acestora, inclusiv adresa nr. 44025/12.08.2022, privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă ... S.A. la reevaluarea ofertei depusă de către ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L. prin raportare strictă la conținutul documentației de atribuire, la emiterea unor noi procese-verbale de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., cu sediul în..., în contradictoriu cu ... S.A., cu sediul social în ... punct de lucru în ...

Anulează procesul-verbal nr. 5589L/28.03.2022, procesul-verbal nr. 10742L/31.05.2022, procesul-verbal nr. 11080/07.06.2022, în partea ce

vizează oferta depusă de ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L., precum și toate actele subsecvente acestora, inclusiv adresa nr. 44025/12.08.2022, privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă ... S.A. la reevaluarea ofertei depusă de către ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L. prin raportare strictă la conținutul documentației de atribuire, la emiterea unor noi procese-verbale de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...