

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 81/25.03.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15861/28.03.2022, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului de servicii având ca obiect „*Elaborare documentații tehnico-economice faza – Studiu de fezabilitate și Proiect tehnic privind investiția Modernizare DJ 609H Târgoviște – Babșa (cca. 2,5km)*”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 7321/24.03.2022,
- reevaluarea ofertei SC ... SRL, declarat câștigător, în conformitate cu documentația de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 17923/06.04.2022, SC ...SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional de C.Av. ... cu sediul în ..., în calitate de operator economic declarat câștigător al procedurii de atribuire antementionată, formulează cerere de intervenție voluntară principală, prin care solicită:

- respingerea contestației ca fiind inadmisibilă și nefondată,
- obligarea autorității contractante de a-i oferi posibilitatea de a-și remedia poziția și astfel, de a respecta obligația pretins încălcată într-un termen rezonabil.

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

Prin contestația nr. 81/25.03.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15861/28.03.2022, SC ...SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei

SC ...SRL ca fiind câștigătoarea procedurii, oferta sa clasându-se pe locul doi.

Contestatoarea menționează că în fișa de date a achiziției s-au precizat următoarele:

II.2.4. Descrierea achiziției publice

(natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele). Prin prezentul contract se vor presta următoarele servicii:

ETAPA A: Studiu de Fezabilitate

A.1.

- *Studiul de Fezabilitate (SF);*
- *Expertiza tehnică ;*
- *Studiul geotehnic;*
- *Studiul topografic - va fi prezentat cu viza OCPI Timiș;*
- *Elaborare documentații tehnice necesare obținere avize/acorduri/autorizații - la faza SF;*

A.2. Servicii privind obținerea terenului necesar lucrărilor de interes public județean:

- *Servicii și documentații topo-cadastrale obținere teren (exproprii),*
- *Rapoarte evaluator ANEVAR (evaluare bunuri expropriate).*

ETAPA B - Proiect Tehnic:

- *Elaborare documentații tehnice necesare obținere avize/acorduri/autorizații - la faza PT;*
- *Proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor (Documentația tehnică - D.T. pentru autorizarea executării lucrărilor de construire - D.T.A.C.);*
- *Elaborare Proiect Tehnic și detalii de execuție;*
- *Servicii de asistență tehnică din partea proiectantului pe parcursul execuției lucrărilor.*

Prestatorul va elabora documentațiile conform conținutului cadru prevăzut de anexele la HG nr. 907/2016 (ținând cont de prevederile Legii 50/1991). Documentațiile tehnice vor respecta toate condiționările impuse prin avize și acorduri. Prestatorul va elabora documentațiile necesare pentru obținerea Certificatului de Urbanism și a tuturor avizelor și acordurilor prevăzute în Certificatul de Urbanism. Prestatorul va depune la entitățile în cauză documentațiile necesare în vederea obținerii avizelor/acordurilor prevăzute în C.U.; Activitățile aferente prezentei documentații, vor fi realizate în conformitate cu prevederile temei de proiectare și a legislației în vigoare.

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

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

1. Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să

reiasă că operatorul economic (ofertant/ofertant asociat), este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

2. Prin Tema proiectare Targoviste_Babsa-semnata, s-au precizat următoarele:

3.4. STUDIU TOPOGRAFIC

Documentația topografică va fi elaborată de către o persoană fizică/juridică autorizată OCPI/ANCPL. Se vor amplasa borne de reper. Studiul topografic se va prezenta în forma avizată de OCPI Timiș.

Oferta depusă de ofertantul declarat câștigător SC ... SRL, în ceea ce privește propunerea tehnică depusă nu îndeplinește cerințele minime din documentația de atribuire, nu poate realiza în mod legal părți ale contractului, respectiv Studiul topografic - va fi prezentat cu viza OCPI Timiș, Servicii și documentații topo- cadastrale obținere teren (exproprii).

Din documentația de atribuire rezultă faptul că activitatea de elaborare Studiul topografic va fi prezentat cu viza OCPI Timiș și Servicii și documentații topo-cadastrale obținere teren (exproprii) face parte din obiectul contractului de achiziție publică și cade în sarcina ofertantului/ofertanților.

Conform prevederilor Ordinului 107/2010:

- art. 1 alin. (3) „Calitatea de persoană autorizată se obține prin emiterea de către Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară, identificată în continuare prin abrevierea ANCPI, sau de către oficiile de cadastru și publicitate imobiliară, identificate în continuare prin abrevierea OCPI, a certificatului de autorizare, act ce dovedește competența tehnică și însușirea reglementărilor legale în vigoare a persoanelor fizice și juridice care pot să realizeze și să verifice lucrări de specialitate”

- Art. 23, alin. (1) Persoanele fizice autorizate au următoarele drepturi: (...)

c) să perceapă onorarii pentru activitățile de specialitate desfășurate;(...)

f) să participe la licitații

- Art. 24 alin. (3) „Persoanele fizice autorizate nu pot executa lucrări de specialitate pe seama și în numele persoanei juridice neautorizate, cu excepția persoanelor fizice autorizate în categoria E, care pot executa lucrări specializate pentru unitatea administrativ teritorială angajatoare - primăria/consiliul local, unde sunt angajate”.

Art. 24 alin. (6) „Persoanele fizice autorizate pot realiza lucrările de specialitate prevăzute de prezentul regulament în calitate de angajat la o instituție publică, la o persoană juridică autorizată și/sau independent în formele prevăzute de lege”

- Art. 37 alin. (1) „*Persoanele juridice autorizate au următoarele drepturi: a) să participe la licitații conform prevederilor legale: (...)*”

Din economia dispozițiilor legale enunțate mai sus, rezultă că:

- persoana fizică autorizată nu poate avea calitatea de angajat decât în cazul prevăzut la art. 24 alin. (6) din Regulament, respectiv poate fi angajată în cadrul unei instituții publice, or poate fi angajată în cadrul unei persoane juridice care, de asemenea, este autorizată de ANCPI.

- în afara situațiilor în care persoana fizică autorizată poate avea, în temeiul legii, calitatea de angajat, rezultă că aceasta își desfășoară activitatea în mod independent, încheind contracte de prestări servicii în nume propriu, și chiar având dreptul să participe la licitații, așa cum se prevede expres la art.23 alin. (1) lit. f) din Regulament.

Din documentația de atribuire rezultă că, pentru realizarea serviciilor de proiectare, în ceea ce privește studiul topografic și obținerea avizului Oficiul de Cadastru și Publicitate Imobiliară, persoanele (fizice sau juridice) care îl vor realiza trebuie să fie autorizate de Agenția Națională de Cadastru și Publicitate Imobiliară.

În aceste condiții, pentru stabilirea caracterului admisibil al unei oferte, autoritatea contractantă trebuia să se asigure că operatorii economici care au depus ofertă la prezenta procedură pot executa în bune condiții contractul, respectiv trebuia să verifice dacă operatorii economici participanți sau subcontractanți ai acestora sunt autorizați ANCPI.

În speță, în mod greșit, comisia de evaluare nu a verificat dacă operatorii economici care au depus ofertă în prezenta procedură, pot realiza, în condiții de legalitate, documentațiile topografice (Studiul topografic - va fi prezentat cu viza OCPI Timiș și Servicii și documentații topo-cadastrale obținere teren (exproprii). Conform site-ului ANCPI, operatorul economic a cărui ofertă s-a clasat pe primul loc, inclusiv subcontractanții declarați ai acestuia, nu sunt autorizați.

Se impune ca, încă de la momentul depunerii ofertei sale, operatorul economic să fie în măsură să probeze că poate realiza o astfel de documentație în condițiile legii. Desemnarea ofertelor câștigătoare se face doar dintre ofertele admisibile. Oferta depusă de SC ...SRL trebuia declarată neconformă și pentru că societatea nu poate realiza studiul topografic vizat OCPI.

Chiar dacă, în cadrul ofertei, SC ...SRL ar fi nominalizat inginer topograf autorizat ANCPI, forma de colaborare cu acesta pentru realizarea documentațiilor topografice și obținerea vizei OCPI, nu poate fi printr-un contract de muncă, ofertanții nefiind autorizați, numai printr-un contract de subcontractare (activitatea de realizare a documentațiilor topografice (Extras de plan cadastral de carte funciară și Planul de situație), inclusiv obținerea vizei OCPI, este o activitate care face parte din obiectul contractului de achiziție publică, iar cel care o realizează răspunde în fața contractantului, fiind incidente prevederile art. 3 alin.

(1) litera yy) din Legea nr. 98/2016. Activitățile care fac obiectul unui contract de achiziție publică pot fi îndeplinite de subcontractanți, nu de furnizori (aceștia pot presta servicii numai pentru activități care nu fac parte din obiectul contractului de achiziție publică). Așadar, activitatea de întocmire a studiului topografic nu poate fi realizată decât de subcontractanți, declarați la momentul depunerii ofertei, dar SC ... SRL nu a declarat niciun subcontractant autorizat la ofertare.

Conform art. 3 alin. (1) din Legea 98/2016, litera yy, noțiunea de subcontractant are următorul înțeles: *"subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop;"*

Conform aceluiași articol, prin furnizor se înțelege: *w) furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant;*

Din economia celor două texte de lege mai sus enunțate, rezultă faptul că activitățile care fac obiectul unui contract de achiziție publică pot fi îndeplinite de subcontractanți și în niciun caz de furnizori (aceștia pot presta servicii numai pentru activități care nu fac parte din obiectul contractului de achiziție publică), în speță activitatea de întocmire a documentațiilor topografice (Extras de plan cadastral de carte funciară și Planul de situație) și obținerea vizei OCPI, nu poate fi realizată de furnizori (în baza unor contracte de colaborare), numai de subcontractanți, declarați la momentul depunerii ofertelor, pentru care comisia de evaluare poate verifica documentul DUAE.

Prin nedeclararea tuturor subcontractorilor la momentul depunerii ofertelor, nu se respectă cerințele documentației de atribuire, iar prin stabilirea ca admisibile a „ofertelor criticate”, se încalcă principiul tratamentului egal, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității contractante și au declarat toți subcontractorii la momentul depunerii ofertelor.

Mai mult, referitor la capacitatea tehnică și/sau profesională, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care intenționează să le subcontracteze și datele de recunoaștere ale subcontractanților, după cum impune și art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În speță, subcontractanții declarați ai ofertantului clasat pe primul loc, nu sunt nici ei autorizați ANCPPI.

În aceste condiții, pentru stabilirea caracterului admisibil al unei oferte, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că oferta depusă de un operator economic este conformă cu toate cerințele impuse prin documentația de atribuire.

În susținerea cauzei sale, contestatoarea invocă decizia Consiliului nr. ..., care este relevantă nu doar prin prisma dispozitivului său, ci și a considerentelor reproduse mai jos, față de dispozițiile art. 431 alin. (2) C. proc. civ. (*„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*) și ale art. 435 alin. (2) C. proc. civ. (*„Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară”*).

Autoritatea contractantă a formulat punctul de vedere nr. 7962/30.03.2022, înregistrat la Consiliu sub nr. 16447/30.03.2022, prin care solicită respingerea contestației SC ... SRL ca fiind nefondată, iar ulterior a fost transmis în copie, dosarul achiziției, fiind înregistrat la Consiliu sub nr. 17208/04.04.2022.

Raportat la întreaga procedură de achiziție publică, la modul de derulare a ședințelor de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă precizează faptul că, comisia de evaluare și-a îndeplinit atribuțiile conform legislației în vigoare, respectiv a verificat îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți, a verificat conformitatea propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, propunerile financiare prezentate și încadrarea în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică și a verificat încadrarea acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege.

Comisia de evaluare a analizat propunerea tehnică a ofertantului SC ... SRL, fapte consemnate în următoarele documente:

- PV ședința evaluare nr. 2 - analiza conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, conf. Anexa nr. 3 la Ordinul Președintelui ANAP nr.1170/18.08.2021 înregistrat cu nr.5.806/09.03.2022;

- PV ședința evaluare nr. 3 - finalizare analiza conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, conf. Anexa nr.3 la Ordinul Președintelui ANAP nr. 1170/18.08.2021 înregistrat cu nr. 6.273/15.03.2022;

Referitor la criticile privind neîndeplinirea cerințelor documentației de atribuire cu privire la realizarea STUDIULUI TOPOGRAFIC din contestație, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt nejustificate, așa cum rezultă din analiza propunerii tehnice depuse de către ofertantul declarat câștigător, consemnate în procesele verbale de a analiza.

Această activitate este realizată de către dl. ..., pentru care în cadrul ofertei sunt prezentate:

- contractul individual de muncă încheiat sub numărul 34/07.10.2019, din care rezultă că acesta este angajat pe perioadă nedeterminată începând cu data de 08.10.2019, având funcția de inginer topograf.
- diploma inginer diplomat în profilul geodezie, specializarea cadastru;
- diploma master - infrastructura pentru transporturi;

- Certificat de autorizare seria RO-B-F, nr. 1776/29.04.2015 din care rezultă că este autorizat să realizeze și să verifice lucrări de specialitate din domeniile cadastrului, geodeziei și cartografiei în categoria D.

Comisia de evaluare a interogată site-ul: ancpi.ro/lista-autorizati/ , unde dl. ... figurează activ, categoria D, serie autorizație RO-B-F NR. 1776.

Mai mult decât atât, o speță idetică cu aceasta pentru un alt obiectiv de investiții, a fost analizată și dezbătută de către membrii comisiei CJUE, astfel:

De la început, trebuie menționat faptul că, în baza articolului 58 alineatul (I) din directiva privind achizițiile publice, la elaborarea criteriilor de selecție/calificare, autoritatea contractantă *„limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta ”*

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

Astfel, autoritatea contractantă nu este obligată să acopere toate cerințele legale care decurg din dreptul național sau european legate de executarea unui anumit contract. De fapt, impunând autorității contractante să își asume o astfel de sarcină ar fi prea împovărător și nerealist. În cadrul celorlalte limitări prevăzute de directiva privind achizițiile publice, este lăsată la latitudinea autorității contractante să decidă care, dacă există, cerințe legale care decurg din legislația națională și europeană pe care le consideră cele mai relevante să le includă între cerințele de participare.

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

Acest lucru este cu atât mai mult evident în ceea ce privește cazul de față, în care, cerința unei autorizații decurge din dispozițiile unor legi speciale și se referă la activități de importanță minoră în contract.

În plus, în caz contrar, aplicarea articolului 172 alin (1) litera a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (care se aplică criteriilor de calificare și selecție) s-ar extinde la cerințe care nu sunt menționate în caietul de sarcini dar prevăzute în alte reglementări aplicabile activității oferite, având o astfel de extindere un impact profund asupra ofertanților, autorității contractante și desfășurării procedurii de achiziție. Acest lucru se datorează faptului că, într-un astfel de caz, autoritatea

contractantă ar trebui să verifice conformitatea entităților pe ale căror calități ofertantul dorește să se bazeze cu acele criterii, precum și existența motivelor de excludere cu privire la astfel de entități. Având în vedere că cerințele aplicabile în cauză pot fi foarte minore și numeroase, o astfel de abordare ar avea ca rezultat o sarcină disproporționată pentru ofertant și autoritatea contractantă și ar fi, în rezultatul final, în contradicție directă cu obiectivul de deschidere a contractelor publice către cea mai largă concurență posibilă și, în special, să permită întreprinderilor mici și mijlocii să aibă acces la procedurile de achiziții publice.

Explicațiile întemeiate, făcute în paragraful anterior, confirmă: criteriile/cerințele prevăzute în legislația aplicabilă dar nu și în documentele licitației nu constituie criterii de calificare/selecție în sensul legislației privind achizițiile publice. Rezultă că, dacă o dispoziție de drept național, ca în speță, nu este inclusă de autoritatea contractantă precum criteriu de calificare/elecție, atunci operatorii economici nu pot fi excluși pe baza nerespectării acestei dispoziții în faza de selecție.

Problema excluderii dintr-o procedură de licitație datorită neîndeplinirii cerințelor necesare pentru exercitarea activității profesionale sau a capacității tehnice și profesionale, adică a criteriilor de calificare/selecție, astfel cum sunt definite de legislația privind achizițiile publice, se pune, așadar, numai atunci când aceste cerințe sunt stabilite ca criterii de calificare/selecție de către autoritatea contractantă. Deși această situație nu apare în cazul de față, așa cum s-a menționat mai sus.

În ceea ce privește posibilitatea de a exclude un ofertant care nu a desemnat un subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii care decurg din dreptul național, este deosebit de relevant să se constate modul în care Curtea a tratat chestiuni similare în cauze anterioare:

- Primul tip de cauze tratate de Curte, exemplificat de cazul C-27/15 Pizzo, se referă la obligații care nu decurg direct din documentația de licitație sau din legislația națională în vigoare, ci din interpretarea dispozițiilor naționale general aplicabile. Potrivit Curții, ar contraveni principiului egalității de tratament și obligației de transparență dacă un operator economic ar fi exclus dintr-o procedură de achiziție ca urmare a nerespectării de către operatorul economic a unei obligații neprevăzute în mod expres în documentația de licitație, fără a avea posibilitatea de a-și remedia poziția și de a respecta această obligație într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.

- Al doilea tip de situații se referă la obligații care sunt impuse în mod expres de dreptul național în vigoare, așa cum a fost cazul în cazul C-309/18 Lavorgna. Spre deosebire de situația din Pizzo, în cazul Lavorgna, Curtea a decis că aceste principii - principiul egalității de tratament și transparenței- *„nu pot să se opună, în principiu, excluderii*

unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații impuse expres, sub sancțiunea excluderii, prin documentele aferente acestei proceduri sau prin dispozițiile dreptului național în vigoare". Astfel, numai în cazul în care obligațiile au fost impuse în mod clar în documentele aferente procedurii de achiziție sau în dreptul național sub sancțiunea excluderii operatorului economic, autoritatea contractantă poate refuza rectificări ale omisiunilor acestor obligații. Luând împreună argumentele din Pizzo și Lavorgna, chiar dacă un operator economic nu și-a respectat o obligație care nu decurge în mod expres din documentele de licitație ci dintr-o dispoziție de drept național, operatorul economic trebuie să aibă posibilitatea de a-și regulariza poziția pe baza articolul 56 alineatul (3) din directiva privind achizițiile publice, cu excepția cazului în care „această condiție și această posibilitate de excludere sunt prevăzute cu claritate în reglementarea națională privind procedurile de achiziții publice la care s-a făcut trimitere explicită în conținutul acestora".

- În plus, în hotărârea din cazul Lavorgno, Curtea prevede de fapt că, ținând seama de principiul proporționalității, autoritatea contractantă poate oferi ofertantului posibilitatea de a-și regulariza poziția în temeiul articolului 56 alineatul (3) din directivă .

Cu toate acestea, în speță, nici cerința relevantă, nici posibilitatea excluderii nu au fost prevăzute în mod clar în documentele licitației sau în legislația națională privind achizițiile publice; cerința decurge din legislația națională de specialitate referitoare la obiectul contractului. Astfel, în conformitate cu principiul proporționalității, în astfel de circumstanțe nu este posibil să se excludă operatorul economic pentru că nu a desemnat un subcontractant în scopul demonstrării respectării cerinței menționate. Acest lucru este cu atât mai mult relevant ținând cont de faptul că ofertantul a depus pentru acoperirea cerinței următoarele:

- contractul individual de muncă încheiat sub numărul 34/07.10.2019, din care rezultă că acesta este angajat pe perioadă nedeterminată începând cu data de 08.10.2019, având funcția de inginer topograf.

- diploma inginer diplomat în profilul geodezie, specializarea cadastru;

- diploma master - infrastructura pentru transporturi;

- Certificat de autorizare seria RO-B-F, nr. 1776/29.04.2015 din care rezultă că este autorizat să realizeze și să verifice lucrări de specialitate din domeniile cadastrului, geodeziei și cartografiei în categoria D.

Ținând cont de faptul că, persoana nominalizată pentru prestarea serviciilor topografice, este angajată cu contract de muncă, la SC ... SRL nu se impune subcontractarea acestor servicii, iar cele contestate cu

privire la subcontractarea/nesubcontractarea acestor servicii, rămâne fără obiect.

Având în vedere cele anterior menționate, comisia de evaluare consideră îndeplinită cerința minimă impusă prin documentația de atribuire postată în SEAP.

Prin adresa nr. 96/31.03.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 16957/31.03.2022, SC ... SRL formulează „completare la contestație” față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, în care menționează că aceasta din urmă, a reținut în mod eronat și nelegal că activitatea STUDIU TOPOGRAFIC se va realiza de către dl Bogdan Nicolae, autorizat categoria D.

În conformitate cu Ordinul nr. 107/2010, ce reglementează realizarea și verificarea lucrărilor de specialitate în domeniul cadastrului, al geodeziei și al cartografiei pe teritoriul României, art. 24 alin. (3) „Persoanele fizice autorizate nu pot executa lucrări de specialitate pe seama și în numele persoanei juridice neautorizate, cu excepția persoanelor fizice autorizate în categoria E, care pot executa lucrări specializate pentru unitatea administrativ teritorială angajatoare - primăria/consiliul local, unde sunt angajate”.

Pe de altă parte, o persoană juridică care are ca angajat o persoană fizică autorizată ANCPI, obligatoriu trebuie să fie la rândul ei autorizată de ANCPI, aceasta (persoana juridică autorizată) având dreptul să participe la licitații, așa cum prevede expres art. 37 alin. (1) lit. a), coroborat cu art. 24 alin. (3) din Regulament. Ori, situația ofertei din speța de față este aceea în care ofertantul nu este autorizat ANCPI și nici nu a nominalizat un subcontractant pentru prestarea acestor servicii, parte a obiectului contractului, constând în lucrări de specialitate. Doar în adresa de justificare a prețului, ofertantul câștigător menționează un expert topograf, fără a preciza dacă este autorizat ANCPI.

Oferta depusă de SC ... SRL trebuia declarată neconformă, pentru că nu îndeplinește cerințe de participare adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice, adică din punct de vedere legal, acesta nu poate întocmi Studiul topografic - va fi prezentat cu viza OCPI Timiș, Servicii și documentații topo-cadastrale obținere teren (exproprii), activități esențiale în cadrul contractului și fără de care nu se poate realiza însuși obiectul contractului, acestea stând la baza tuturor documentațiilor tehnice de proiectare, activități pe care autoritatea contractantă în mod eronat le cataloghează ca și activități de importanță minoră în cadrul contractului.

În susținerea faptului că cerințe privind STUDIU TOPOGRAFIC - Documentația topografică va fi elaborată de către o persoană fizică/juridică autorizată OCPI/ANCPL, au fost prevăzute în documentele licitației, Tema proiectare Targoviște_Babsa-semnat.pdf, pag 6, și constituie criterii de calificare/selecție în sensul legislației privind

achizițiile publice, potrivit Declarației de participare la procedură, declarație întocmită de autoritatea contractantă, ofertanții participanți au prezentat subcontractanți autorizați OCPI/ANCPL, după cum urmează:

-Ofertant ... SRL - subcontractant ... SRL -serie autorizație RO- B-J, Nr. 1550

-Ofertant ... SRL - subcontractant ... SRL - serie autorizație RO-B-J Nr. 1563

-Ofertant ... SRL- subcontractant SRL - serie autorizație RO-B-J Nr. 1967.

În procedura de atribuire, prevederile caietului de sarcini (tema de proiectare) nu au fost contestate de către ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au dobândit forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta oferta în conformitate cu cerințele stabilite în documentația de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea propunerilor tehnice prin raportare la cerințele expres stabilite în caietul de sarcini (tema de proiectare).

Autoritatea contractantă nu poate ignora cerințele legale pentru desfășurarea activităților menționate în caietul de sarcini (tema de proiectare), iar serviciile din caietul de sarcini (tema de proiectare), de la pct 3.A Studiu Topografic, nu se pot executa în lipsa acestei autorizații.

În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției [punctul III.1.1.a)], se reține că, în prezenta procedură, ofertanții aveau obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși, care nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. În cazul în care operatorul economic intenționa să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ-ul ofertantului trebuia să includă și informațiile solicitate cu privire la subcontractant și să fie însoțit de acordul de subcontractare, iar subcontractanții aveau obligația de a prezenta propriul DUAЕ.

Conform raportului procedurii nr. 7321 din 24.03.2022 ofertantul contestat, la data limită de depunere a ofertelor, nu a declarat că va subcontracta activitatea din caietul de sarcini (tema de proiectare), de la pct. 3, așa cum acest aspect nu rezultă din niciun document depus de ofertantul în discuție la data limită de depunere a ofertelor. Prin urmare, neputând fi acceptat la procedură un operator economic care nu poate presta, în mod licit, serviciile care formează obiectul contractului, se impunea verificarea, de către autoritatea contractantă, în temeiul art. 134 din H.G. nr. 395/2016, a modalității în care ofertantul desemnat câștigător va presta serviciile aflate în discuție.

Nu vor fi primite în soluționare apărările autorității contractante conform cărora realizarea studiului se poate face de către persoane fizice autorizate, deoarece posibilitatea legală de executare a contractului depinde de autorizarea persoanei juridice.

Contrar opiniei autorității contractante particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 17923/06.04.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic declarat câștigător al procedurii de atribuire antemenționată, formulează cerere de intervenție voluntară principală, prin care solicită:

- respingerea contestației ca fiind inadmisibilă și nefondată,
- obligarea autorității contractante de a-i oferi posibilitatea de a-și remedia poziția și astfel, de a respecta obligația pretins încălcată într-un termen rezonabil.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 18287/07.04.2022, SC ... SRL formulează note scrise prin care detaliază motivele de anulare și de respingere ca inadmisibilă a contestației formulată de către SC ...SRL astfel:

1. Contestația formulată de către SC ... SRL a fost întemeiată pe prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016.

2. Art. 6 din Legea nr. 101/2016 a fost abrogat încă din data de 04.06.2018, prin art. IV, pct. 3 din OUG nr. 45/2018, astfel încât la data formulării contestației, acest articol nu mai producea niciun efect juridic și, prin urmare, nu poate reprezenta temei normativ al formulării unei contestații.

3. Inexistența temeiului de drept invocat în susținerea contestației determină încălcarea prevederilor art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

4. Contestatorul nu mai este în termen pentru a formula o nouă contestație. Astfel o nouă contestație ar fi inadmisibilă, conform art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 18471/08.04.2022, SC ... SRL formulează note scrise prin care detaliază motivele pentru care solicită respingerea ca nefondată a contestației formulată de către SC ... SRL.

Contrar a ceea ce susține contestatoarea, oferta SC ... SRL îndeplinește toate condițiile de legalitate din obiectul contractului care face obiect al procedurii de achiziție, anume documentațiile topografice.

În acest sens, intervenienta afirmă că autoarea contestației propune o interpretare eronată a legislației, precum și faptul că, chiar dacă s-ar accepta interpretarea propusă a contestatoarei, totuși, textele normative invocate în susținerea contestației trebuie înlăturate de la aplicare - în special art. 23 alin. (3) și art. 24 alin. (6) din Ordinul 107/2010 al ANCPI care stipulează, pe de o parte, *„Persoanele fizice autorizate nu pot executa lucrări de specialitate pe seama și în numele*

persoanei juridice neautorizate (...)", iar, pe de altă parte, că „Persoanele fizice autorizate pot realiza lucrări de specialitate prevăzute de prezentul regulament în calitate de angajat la o instituție publică, la o persoană juridică autorizată și/ sau independent în formele prevăzute de lege", pe care contestatorul le interpretează în sensul că (i) persoana fizică autorizată nu ar putea avea calitatea de angajat decât în cazul prevăzut la art. 24 alin. (6) din regulament, respectiv doar dacă este angajată în cadrul unei instituții publice, or în cadrul unei persoane juridice care să fie autorizată ANCPI și că (ii) în orice altă situație, persoana fizică autorizată nu și-ar putea exercita profesia decât într-o formă independentă.

1. Contestatoarea propune o interpretare eronată a legislației secundare, fapt care rezultă din următoarele:

1.1. Chiar și ulterior semnării contractului, SC ... SRL ar putea subcontracta părți din obiectul achiziției.

1.2. Inginerul topograf autorizat de ANCPI care este angajatul SC ... SRL depune lucrările sale la OCPI Timiș în calitate de independent, obligație pe care și-a asumat-o prin fișa postului contractului de muncă semnat cu SC ... SRL, ceea ce înseamnă că acesta respectă prevederile legislației secundare privind exercitarea profesiei sale.

Faptul derulării în mod legal a activității sale se confirmă și prin activitatea acestui profesionist care a mai întocmit multe asemenea documentații în aceeași calitate (de angajat în raport cu SC ... SRL, și independent în raport cu OCPI Timiș), astfel cum rezultă din istoricul practicii cu aceeași autoritate contractantă, istoric din care rezultă că SC ... SRL, a mai semnat și derulat în bune condiții asemenea contracte utilizând exact aceeași modalitate de ofertare (cu un inginer topograf angajat și nu subcontractant).

De asemenea, prin neadmiterea unei asemenea forme de desfășurare a activității sale profesionale (angajat, cât și, în același timp, în mod independent în raport cu OCPI Timiș), s-ar limita în mod nelegal dreptul la muncă al acestuia.

2. În subsidiar, chiar dacă interpretarea textelor normative din Ordinul nr. 107/2010 al ANCPI ar fi corectă, totuși aceste textele normative din legislația secundară invocate de contestatoare trebuie înlăturate de la aplicare, fapt care rezultă, în principal, din coroborarea dreptului aplicabil cu detaliile de fapt ale prezentei spețe:

2.1. În raport de dreptul aplicabil, sunt incidente următoarele prevederi legale: art. 2 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, art. 172 alin. (1) lit. a) din Legea 98/2016, articolul 58 alin. (1) teza a II-a din Directiva privind achizițiile publice care stipulează că *„Autoritățile contractante pot impune operatorilor economici doar criteriile menționate la alineatele (2), (3) și (4) drept cerințe de participare. Autoritățile contractante limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are*

capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta”, principiul de drept al U.E. privind securitatea juridică/stabilitatea raporturilor juridice, astfel cum a fost acesta conturat în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Principiul securității juridice (cunoscut și sub numele de principiul stabilității raporturilor juridice) este un principiu general de drept recunoscut atât la nivelul sistemelor juridice interne ale Statelor Membre ale U.E., cât și la nivelul dreptului Uniunii Europene, consacrat prin jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene (în continuare „CJUE”).

Astfel, CJUE a statuat că *„legislația comunitară trebuie să fie certă și aplicarea acesteia să fie previzibilă pentru persoanele cărora le este adresată. Această cerință de certitudine juridică trebuie să fie respectată cu atât mai strict în cazul normelor care pot genera consecințe financiare, astfel încât persoanele vizate să cunoască cu exactitate întinderea obligațiilor impuse asupra lor”*.

Tot în acest sens, CJUE s-a pronunțat și într-o altă cauză, susținând că *„principiul securității juridice impune ca în domeniile acoperite de dreptul comunitar, normele juridice ale statelor membre să fie formulate într-o manieră neechivocă care, pe de o parte, să permită persoanelor ce fac obiectul acestora să își cunoască drepturile și obligațiile în mod clar și precis, iar pe de altă parte, să ofere instanțelor naționale posibilitatea de a asigura respectarea acestora”*.

CJUE reia aceleași idei și în Hotărârea din 13 martie 1990, Franța/Comisia, 30/89, în care precizează că *„certitudinea și previzibilitatea unei reglementări comunitare constituie un imperativ care se impune cu o rigoare particulară mai ales atunci când o astfel de reglementare este susceptibilă de a produce efecte financiare”*.

De asemenea, principiul de drept al U.E. privind protecția încrederii legitime, astfel cum a fost acesta conturat în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Principiul general de drept al U.E. privind protecția încrederii legitime a particularilor s-a consacrat, de asemenea, pe calea jurisprudenței CJUE. Dintre numeroasele decizii pronunțate de CJUE, în care s-a dat relevanță principiului protecției încrederii legitime a particularilor, există cel puțin două care trebuie a fi avute în vedere în analiză de față.

Prima dintre acestea este Hotărârea din 12 iulie 1957, Algera contra Adunarea comună a CECO, 7/56 și 3 la 7/57, prin care CJUE a stabilit că principiul încrederii legitime are prioritate asupra interesului instituțiilor publice de a reveni asupra propriilor decizii, recomandând statelor membre să nu revoce actele administrative care au conferit

drepturi subiective persoanelor interesate, tocmai pentru a ocroti încrederea acestora în stabilitatea drepturilor dobândite.

În acest sens, prin Decizia sus menționată, CJUE a statuat că „(...) în acest caz, din moment ce dreptul individual este legitim, necesitatea de a păstra încrederea în stabilitatea situației astfel create prevalează asupra intereselor unei administrații care dorește să își inverseze decizia”.

A doua decizie relevantă pentru speța de față este Hotărârea din 14 Septembrie 2006, Elmeke NE/Ipourgos Ikonomikon, C-181/04 și C-183/04, prin care CJUE a consacrat obligația instanțelor naționale de a aplica principiul protecției încrederii legitime.

Jurisprudența CJUE conturată în cauza C-27/15 Pizzo și cauza C-309/18 Lavorgna, astfel cum au fost acestea invocate și dezvoltate în punctul de vedere al autorității contractante în prezentul litigiu.

Devine relevantă proporția foarte mică a lucrărilor topografice din obiectul întregului contract. Anume, din cadrul celor două etape de execuție a contractului, lucrările topo-cadastrale sunt parte doar din prima etapă, etapă în care sunt incluse multe alte componente: studiu de fezabilitate, expertiza tehnică, studiu geotehnic, elaborarea documentației tehnice necesare obținere avize/ acorduri/ autorizații - la faza SF; raport evaluator ANEVAR.

Devine relevantă categoria profesională cea mai înaltă a inginerului topograf angajat de SC ... SRL în proiectul achiziției, sens în care se arată că acesta are categoria profesională D, o categorie care îl califică profesional nu doar să facă toate lucrările topo-cadastrale posibile, ci inclusiv îi oferă competența de verificator al lucrărilor efectuate de alți profesioniști în domeniu.

Intervenienta susține că a mai semnat și derulat în bune condiții asemenea contracte utilizând exact aceeași modalitate de ofertare (cu un inginer topograf angajat și nu subcontractant).

În sensul dovedirii celor afirmate, intervenienta invocă șapte asemenea proiecte, pe care le și anexează:

- Contract având ca obiect „*MODERNIZARE DJ 585 LIMITĂ JUD. CARAS SEVERIN - VISAG, km 36+200 - 38+540, L = 2,34 km*”, referitor la care atașează recomandarea din partea beneficiarului (anexa 1), procesul-verbal de recepție aferent respectivei lucrări emis de OCPI Timiș (anexa 2), precum și planul topografic aferent având viza OCPI Timiș (anexa 3).

- Contract având ca obiect „*Modernizare DJ 693C Biled (DN6) - Iecea Mare (DJ 693A)*”, referitor la care atașează recomandarea din partea beneficiarului (anexa 4), procesul-verbal de recepție aferent respectivei lucrări emis de OCPI Timiș (anexa 5), precum și planul topografic aferent având viza OCPI Timiș (anexa 6).

- Contract având ca obiect „*MODERNIZARE DJ 609 OHABA ROMÂNĂ - LIMITĂ JUD.ARAD*”, referitor la care atașează recomandarea

din partea beneficiarului (anexa 7), procesul-verbal de recepție aferent respectivei lucrări emis de OCPI Timiș (anexa 8), precum și planul topografic aferent având viza OCPI Timiș (anexa 9).

- Contract având ca obiect „*Modernizare DJ 593C Sag (DJ593) Sânmihaiu Român (DJ591A)*”, referitor la care atașează recomandarea din partea beneficiarului (anexa 10), procesul-verbal de recepție aferent respectivei lucrări emis de OCPI Timiș (anexa 11), precum și planul topografic aferent având viza OCPI Timiș (anexa 12).

- Contract având ca obiect „*AMENAJARE INTERSECȚIE DJ595C CU DN 58B, LA BIRDA*”, referitor la care atașează recomandarea din partea beneficiarului (anexa 13), procesul-verbal de recepție aferent respectivei lucrări emis de OCPI Timiș (anexa 14), precum și planul topografic aferent având viza OCPI Timiș (anexa 15).

- Contract având ca obiect „*AMENAJARE INTERSECȚIE DJ 692A CU DC 46, ÎN DUDESTII NOI*”, referitor la care atașează recomandarea din partea beneficiarului (anexa 16), procesul-verbal de recepție aferent respectivei lucrări emis de OCPI Timiș (anexa 17), precum și planul topografic aferent având viza OCPI Timiș (anexa 18).

- Contract având ca obiect „*AMENAJARE INTERSECȚIE DJ 591C CU 59A, ÎN SĂCĂLAZ*”, referitor la care atașează recomandarea din partea beneficiarului (anexa 19), procesul-verbal de recepție aferent respectivei lucrări emis de OCPI Timiș (anexa 20), precum și planul topografic aferent având viza OCPI Timiș (anexa 21).

Având în vedere cele precizate anterior, intervenienta formulează următoarele concluzii: admiterea contestației ar însemna, de facto:

- (i) încălcarea scopului Legii nr. 98/2016, astfel cum este acesta consacrat în art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, sens în care o autoritate publică ar putea fi pusă în situația de a achiziționa bunuri/servicii/ lucrări în condiții de neeficiență economică și socială, având în vedere că prețul ofertat de contestator în cadrul achiziției este mult mai mare decât cel ofertat de SC ... SRL.

- (ii) încălcarea principiilor Legii nr. 98/2016, sens în care, având în vedere, pe de o parte, istoricul practicii SC ... SRL cu aceeași autoritate contractantă, istoric care i-a format încrederea legitimă în legalitatea unei astfel de modalități de ofertare, dar și proporția mică a lucrărilor topografice care reprezintă parte din contract, cât și categoria profesională cea mai înaltă a inginerului topograf angajat de SC ...SRL, aceasta ar fi supusă unui tratament discriminator și neegal, netransparent și neproportional.

- (iii) încălcarea libertății autorității contractante de a stabili criteriile de atribuire pe care le dorește.

- (iv) încălcarea principiilor de drept ale U.E. privind securitatea juridică/stabilitatea raporturilor juridice și cel al protecției încrederii legitime.

- (v) încălcarea jurisprudenței CJUE în materie, astfel cum este aceasta conturată în cauza C-27/15 Pizzo și cauza C-309/18 Lavorgna.

II. În subsidiar, în situația admitterii contestației și dispunerii reanalizării ofertelor de către Consiliu, contestatoarea solicită să i se ofere posibilitatea de a-și remedia oferta și, astfel, de a putea respecta obligația pretins încălcată într-un termen rezonabil.

Temeiul de drept al acestei solicitări îl constituie atât art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cât și jurisprudența în materie a Curții de Justiție a Uniunii Europene, după cum urmează.

- Jurisprudența în materie a Curții de Justiție a Uniunii Europene:

(i) În cauza C-27/15 Pizzo, CJUE a stabilit faptul că ar contraveni principiului egalității de tratament și obligației de transparență dacă un operator economic ar fi exclus dintr-o procedură de achiziție ca urmare a nerespectării de către operatorul economic a unei obligații neprevăzute în mod expres în documentația de licitație, fără a avea posibilitatea de a-și remedia poziția și de a respecta această obligație într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.

(ii) În cauza C-309/18 Lavorgna, CJUE a mai stabilit că, ținând seama de principiul proporționalității, autoritatea contractantă poate oferi ofertantului posibilitatea de a-și regulariza poziția în temeiul art. 56 alin. (3) din Directiva achizițiilor.

- Autoritatea contractantă, în reanalizarea situației/ ofertelor depuse, ar trebui să îi solicite clarificări/ completări suplimentare contestatoarei referitoare la modalitatea în care aceasta va executa partea referitoare la lucrările topo-cadastrale din contractul a cărei procedură de achiziție se face, în temeiul art. 92 alin. (7) și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

- Ad absurdum, în cazul respingerii acestei cereri subsidiare, s-ar ajunge în situația în care:

(i) S-ar încălca principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții, astfel cum sunt acestea reglementate în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

(ii) S-ar încălca scopul Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în sensul că s-ar atribui contractul unui ofertant cu o ofertă mult mai mare decât cea dată de contestatoare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului de servicii având ca obiect *„Elaborare documentații tehnico-economice faza – Studiu de fezabilitate și Proiect tehnic privind investiția Modernizare DJ 609H Târgoviște – Babșa (cca.2,5km)”*. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1038031/26.12.2021, valoarea estimată a procedurii de achiziție fiind de 260.000 lei.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 5 oferte, iar în urma evaluării lor în baza Raportului procedurii nr. 7321/24.03.2022, oferta SC ... SRL a fost declarată câștigătoare a procedurii, oferta contestatoarei clasându-se pe locul al doilea.

În urma rezultatului astfel stabilit, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei câștigătoare, motivat de faptul că ofertantul câștigător nu are capacitatea de a realiza serviciile supuse procedurii, deoarece nu a prezentat în documentația de atribuire, în calitate de subcontractant, persoana fizică autorizată OCPI/ANCPI care să realizeze studiul topografic cu viza OCPI Timiș.

În susținerea argumentelor sale, contestatoarea invocă prevederi ale documentației de atribuire și ale legislației aferente în domeniul cadastrului și publicității imobiliare, care nu vor fi preluate în motivare, fiind citate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea depune practică CNSC și a instanțelor naționale, în baza căreia își susține temeinicia cererii.

Consiliul reține că speța supusă discuției este cea mai disputată și cea mai inconsistentă în practica ultimilor ani, profesioniștii în domeniul achizițiilor publice din România negăsind calea de urmat unitară într-o chestiune atât de des întâlnită. Din acest motiv, mulți operatori economici clasați pe poziții inferioare în clasament profită de caracterul antagonic al practicii, reușind să devină câștigători împotriva unor ofertanți cu oferte admisibile, cu prețuri mai mici. Practic, exploatând această inconsecvență a practicii, descoperă în documentație orice posibile activități aferente contractului care ar necesita o aprobare, autorizație, un curs de specializare etc, pentru ca ulterior să invoce obligativitatea legală a prezentării în ofertă a documentelor respective, chiar dacă autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea lor, susținând, cum este și în speța de față, că documentația de atribuire se completează de drept cu prevederile legislației speciale. Mai mult, aceștia, similar cauzei de față, susțin că nenumirea unui subantreprenor în ofertă însărcinat cu realizarea acestor activități, de regulă, de o amploare nesemnificativă în economia contractului, reprezintă un motiv de respingere a ofertei.

Aceasta este, până la identitate, speța în analiza Consiliului, cele mai multe dintre deciziile Consiliului modificate de instanțele de control judiciar în perioada 2020-2022 având la bază interpretările diferite ale legislației naționale în materia achizițiilor publice, indiferent dacă sunt în sensul considerării ca valide a necesității prezentării în ofertă a unor certificări specifice în vederea demonstrării capacității de executare a obiectului contractului, chiar dacă acestea nu au fost solicitate expres la nivelul documentației de atribuire, sau dacă se apreciază ca validă conduita axată strict pe rigorile documentației de atribuire, respectiv stabilirea de către autoritatea contractantă expresis verbis a cerințelor

de calificare, necesitatea altor autorizații fiind lăsată în seama executantului/ prestatorului, în etapa realizării obiectului contractului. Deci, indiferent de soluția adoptată de Consiliu, soluțiile instanțelor au fost în ambele sensuri, existând, în egală măsură, decizii care au menținut deciziile Consiliului sau care le-au modificat, deși acestea au fost pronunțate în ambele sensuri.

La nivel instituțional această practică este monitorizată, constituind obiectul multor dezbateri, fără, însă, a se ajunge la adoptarea unei soluții de unificare a practicii. Aceeași temă este abordată și în seminariile de formare profesională pentru magistrați, mai cu seamă în cadrul programului Norway Grants, derulat de Consiliul Superior al Magistraturii. Cu toate acestea, practica nu își găsește, încă, făgașul stabil, iar apariția unor notificări interpretative ale Agenției Naționale a Achizițiilor Publice și noile modificări legislative referitoare la noțiunile de subcontractant/ furnizor nu au reușit să unifice practica, ci dimpotrivă, au îndepărtat-o și mai mult de interpretările Curții de Justiție a Uniunii Europene și de prevederile exprese ale Directivei 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI și chiar ale legislației naționale care prevede expres, cu caracter de principiu, că autoritatea contractantă are obligația de a aduce la cunoștința operatorilor economici toate informațiile necesare elaborării ofertei și că ofertele pot fi respinse doar pentru motivele prevăzute de legislația achizițiilor publice și de documentația de atribuire.

Orice alte considerații referitoare la calitatea de profesioniști care trebuie să cunoască reglementările domeniului sunt simple speculații, fără suport normativ în legislația achizițiilor publice.

În acest sens, Consiliul are în vedere următoarele:

-dispozițiile art. 172 din Legea nr. 98/2016, ce transpune art. 58 alin. (1) și art. 63 alin. 1 paragraful 1 din Directiva 24/2014/UE a Parlamentului și a Consiliului, care stabilește următoarele:

Art. 172. - (1) Autoritatea contractantă **are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de capacitate** referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la [alin. \(1\)](#).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de

participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

-dispozițiile 178 din Legea nr. 98/2016, ce transpune art. 58 alin. (4) și art. 63 alin. 1 paragraful 1 din Directiva 24/2014/UE a Parlamentului și a Consiliului, care stabilește următoarele:

Art. 178. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.

(3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora”.

Pe o speță identică cu cea aflată în litigiu, Consiliul a sesizat Curtea de Justiție a Uniunii Europene în procedura întrebărilor preliminare, având în vedere că în cauza C-353/18, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut calitatea de instanță națională în sensul art. 267 din TFUE a CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR.

Cauza este pe rolul Curții, pozițiile exprimate de statele membre și de Comisia Europeană fiind în sensul că documentația de atribuire nu se completează de drept cu obligații ce provin din legi speciale.

În acest sens, în documentul intitulat Observații scrise transmis de Comisia Europeană, Curții de Justiție a Uniunii Europene, în data de 23.11.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 11093/02.03.2022, atașat de complet la acest dosar, acest organism precizează următoarele:

-în baza articolului 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, la elaborarea criteriilor de selecție, autoritatea contractantă „limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta”.

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

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

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

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

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

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

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

-În plus, faptul că anumite cerințe sunt incluse în documentele achiziției ca criterii de selecție are o importanță profundă pentru desfășurarea procedurii de achiziție și pentru poziția ofertanților: în conformitate cu articolul 56 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, un contract nu poate fi atribuit unui ofertant care nu îndeplinește aceste criterii.

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

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

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

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

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

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

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

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

-ar trebui să se analizeze și dacă principiul transparenței afectează acest răspuns. Curtea a definit acest principiu ca implicând faptul că **„Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”(** C-27/15 Pizzo,

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

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

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

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

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

Deci:

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

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

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

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

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

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

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

-Prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească **dacă excluderea unui ofertant care nu a desemnat un subcontractant pentru a demonstra respectarea unor criterii care au fost stabilite în legi speciale și neincluse în documentele achiziției ar încălca articolul 63 din directiva privind achizițiile publice și principiul proporționalității, având în vedere că ofertantul a ales o altă formă contractuală de implicare în contract a specialiștilor sau a depus o declarație de disponibilitate din partea acestora.** În legătură cu această chestiune, instanța de trimitere întreabă, de asemenea, dacă ofertantul are dreptul de a-și determina organizarea și relațiile contractuale în cadrul grupului și dacă ofertantul poate implica în contract anumiți prestatori/furnizori în condițiile în care prestatorul nu este una dintre entitățile pe a cărei capacitate ofertantul intenționează să se bazeze pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor relevante.

- articolul 63 alineatul (1) din directivă se referă la dreptul ofertanților de a se baza pe capacitățile altor entități în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor de selecție. Cu toate acestea, astfel cum rezultă din răspunsul propus de Comisie la a doua întrebare, criteriile/cerințele care decurg din legi speciale și care nu sunt enumerate în caietul de sarcini nu pot fi considerate criterii de selecție în sensul articolului 58 din directivă. Rezultă că, dacă la a doua întrebare se răspunde așa cum a sugerat Comisia, scenariul descris în a treia întrebare nu poate apărea. Cu alte cuvinte, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a cerut respectarea criteriilor care decurg din legile speciale între criteriile de selecție și ținând cont de faptul că criteriile de selecție nu pot fi completate automat cu dispoziții de drept intern, după cum se explică în răspunsul la a doua întrebare, nu se pot exclude ofertanții în baza articolului 63 din directivă, așa cum se sugerează în a treia întrebare.

- în plus, în caz contrar, aplicarea articolului 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice (care se aplică criteriilor de selecție) s-ar extinde la cerințe care nu sunt menționate în caietul de sarcini dar prevăzute în alte reglementări aplicabile activității oferțate, având o astfel de extindere un impact profund asupra ofertanților, autorității contractante și desfășurării procedurii de achiziție. Acest lucru se datorează faptului că, într-un astfel de caz, autoritatea contractantă ar trebui să verifice conformitatea entităților pe ale căror calități ofertantul dorește să se bazeze cu acele criterii, precum și existența motivelor de excludere cu privire la astfel de entități (în conformitate cu articolul 63 alineatul (1) al doilea paragraf). **Având în vedere că cerințele aplicabile în cauză pot fi foarte minore și numeroase, o astfel de abordare ar avea ca rezultat o sarcină disproporționată pentru ofertant și autoritatea contractantă și ar fi, în rezultatul final, în**

contradicție directă cu obiectivul de deschidere a contractelor publice către cea mai largă concurență posibilă și, în special, să permită întreprinderilor mici și mijlocii să aibă acces la procedurile de achiziții publice.

-Explicațiile întemeiate pe articolul 63 din directiva privind achizițiile publice, făcute în paragraful anterior, confirmă așadar concluzia la care a ajuns Comisia ca răspuns la prima și a doua întrebare preliminară: criteriile/cerințele prevăzute în legislația aplicabilă dar nu și în documentele licitației nu constituie criterii de selecție în sensul directivei privind achizițiile publice. **Rezultă că, dacă o dispoziție de drept național, ca în speță, nu este inclusă de autoritatea contractantă precum criteriu de selecție, atunci operatorii economici nu pot fi excluși pe baza nerespectării acestei dispoziții în faza de selecție.**

-Problema excluderii dintr-o procedură de licitație datorită neîndeplinirii cerințelor necesare pentru exercitarea activității profesionale sau a capacității tehnice și profesionale, adică a criteriilor de selecție, astfel cum sunt definite la articolul 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, se pune, așadar, numai atunci când aceste cerințe sunt stabilite ca criterii de selecție de către autoritatea contractantă.

-În ceea ce privește posibilitatea de a exclude un ofertant care nu a desemnat un subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii care decurg din dreptul național, este deosebit de relevant să se constate modul în care Curtea a tratat chestiuni similare în cauze anterioare.

-Primul tip de cauze tratate de Curte, exemplificat de cazul C-27/15 Pizzo, se referă la obligații care nu decurg direct din documentația de licitație sau din legislația națională în vigoare, ci din interpretarea dispozițiilor naționale general aplicabile. Potrivit Curții, ar contraveni principiului egalității de tratament și obligației de transparență dacă un operator economic ar fi exclus dintr-o procedură de achiziție ca urmare a nerespectării de către operatorul economic a unei obligații neprevăzute în mod expres în documentația de licitație, iară a avea posibilitatea de a-și remedia poziția și de a respecta această obligație într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.

- Al doilea tip de situații se referă la obligații care sunt impuse în mod expres de dreptul național în vigoare, așa cum a fost în cazul C-309/18 Lavorgna. Spre deosebire de situația din Pizzo, în cazul Lavorgna, Curtea a decis că aceste principii - principiul egalității de tratament și transparenței- „nu pot să se opună, în principiu, excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații impuse expres, sub sancțiunea excluderii, prin documentele aferente acestei proceduri sau prin dispozițiile dreptului național în

vigoare". Astfel, numai în cazul în care obligațiile au fost impuse în mod clar în documentele aferente procedurii de achiziție sau în dreptul național sub sancțiunea excluderii operatorului economic, autoritatea contractantă poate refuza rectificări ale omisiunilor acestor obligații în conformitate cu articolul 56 alineatul (3) din directiva privind achizițiile publice.

-Luând împreună argumentele din Pizzo și Lavorgna, chiar dacă un operator economic nu și-a respectat o obligație care nu decurge în mod expres din documentele de licitație ci dintr-o dispoziție de drept național, operatorul economic trebuie să aibă posibilitatea de a-și regulariza poziția pe baza articolul 56 alineatul (3) din directiva privind achizițiile publice, cu excepția cazului în care „această condiție și această posibilitate de excludere **sunt prevăzute cu claritate în reglementarea națională privind procedurile de achiziții publice la care s-a făcut trimitere explicită în conținutul acestora**”.

- în hotărârea din cazul Lavorgna, Curtea prevede de fapt că, ținând seama de principiul proporționalității, autoritatea contractantă poate oferi ofertantului posibilitatea de a-și regulariza poziția în temeiul articolului 56 alineatul (3) din directivă.

-în ceea ce privește problema dreptului operatorului economic de a-și determina organizarea și relațiile contractuale, această problemă a fost deja tratată de Curte, printre altele și în hotărârea Pizzo. În timp ce cazul a tratat regimul în temeiul Directivei predecesoare 2004/18/CE, același raționament se aplică și în ceea ce privește directiva privind achizițiile publice.

-Articolul 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice prevede în mod expres că „**un operator economic poate (...) să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea**” în ceea ce privește criteriile prevăzute la articolul 58 alineatul (4) din directivă.

-Curtea a considerat că dreptul Uniunii nu impune ca, pentru a fi calificat ca operator economic calificat pentru licitație, o **persoană care dorește să încheie un contract cu o autoritate contractantă trebuie să fie capabilă să execute contractul direct, folosind resurse proprii**. În plus, la fel ca și în ceea ce privește articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, în discuție în hotărârea Pizzo, articolul 63 din directivă nu prevede nicio interdicție de principiu în ceea ce privește recurgerea de către un ofertant la capacitățile altor entități în plus față de cele proprii pentru a îndeplini criteriile stabilite de autoritatea contractantă. Și, după cum a subliniat Curtea de Justiție în hotărârea Pizzo, **singura condiție impusă pentru exercitarea dreptului operatorului de a se baza pe capacitățile altor entități este ca acesta să furnizeze autorității contractante o dovadă că acesta (ofertantul) va avea la dispoziție resursele necesare executării contractului**, în baza articolului 63 alineatul (1)

din directivă, **„prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens” constituie o dovadă suficientă.**

-în plus, din cele de mai sus rezultă, de asemenea, că, chiar și în cazul în care o cerință de a respecta o anumită dispoziție națională ar fi fost formulată în mod expres de către autoritatea contractantă sau atunci când această dispoziție națională ar completa automat criteriile de selecție, o declarație de disponibilitate, menționată de instanța de trimitere ar fi suficientă.

-Din acest motiv, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract, adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității.

-în timp ce, după cum s-a menționat mai sus, cerințele în discuție în prezenta cauză (adică cele prevăzute de legi speciale, dar care nu sunt enumerate printre criteriile de selecție din documentele de achiziție) nu trebuie considerate criterii de selecție în sensul articolului 63, concluzia din paragraful precedent este totuși utilă pentru examinarea prezentei cauze. Având în vedere că o excludere a unui ofertant pentru nedesemnarea subcontractanților pe ale căror capacități intenționează să se bazeze în ceea ce privește criteriile de selecție clar definite în documentul de achiziție în etapa de selecție nu ar fi posibilă, a fortiori, o excludere efectuată în această etapă pentru nedesemnarea unui subcontractant care să respecte criteriile/cerințele neincluse printre criteriile de selecție stabilite în documentele de licitație ar fi incompatibilă cu directiva privind achizițiile publice și cu principiul proporționalității”.

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.

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă o astfel de cerință de calificare, a veni în acest moment, așa cum solicită

contestatoarea, să includă o astfel de cerință, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind profund nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime.

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizare de la OCPI, ANCPI, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unei dovezi de autorizare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, 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.

În 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**”.

În 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 proceduride atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, în ceea ce privește articolul 2 din Directiva 2004/18, Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, C599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența citată).

Or, acest obiectiv nu ar fi atins dacă autoritatea contractantă ar putea să deroge de la condițiile pe care ea însăși lea stabilit. **Astfel, acesteia îi este interzis să modifice criteriile de atribuire în cursul procedurii de atribuire. Principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență au, în acest sens, același efect în ceea ce privește specificațiile tehnice.**

Prin urmare, 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 (Hotărârea Medipac – Kazantzidis, C6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

În consecință, autoritatea contractantă nu poate recurge, după publicarea unui anunț de participare, la o modificare a specificației tehnice referitoare la un element al unui contract, cu încălcarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și a obligației de transparență. În această privință, este lipsit de relevanță dacă elementul la care se referă această specificație mai este sau nu mai este în fabricație sau disponibil pe piață.

Trebuie, în consecință, să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18 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, 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.

„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) și că 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).

De asemenea, considerentele expuse în cauza Pippo Pizzo arată că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

De asemenea, Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, stabilește 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.

Prin intermediul jurisprudenței sale, Curtea de Justiție a consacrat obligația administrațiilor și a instanțelor naționale de a aplica pe deplin dreptul Uniunii în cadrul sferei lor de competență și de a proteja drepturile conferite de acesta cetățenilor (**aplicarea directă a dreptului Uniunii**), fără a aplica însă orice dispoziție contrară din dreptul național, fie aceasta anterioară sau ulterioară normei Uniunii (**supremația dreptului Uniunii asupra dreptului național**). De asemenea, Codul de procedură civilă stabilește această regulă la art. 4.

Prin urmare, odată invocată practica respectivă, ea trebuie să fie luată în considerare de instanțele naționale.

Astfel, având în vedere considerentele expuse pe larg mai sus, Consiliul nu va lua în considerare alegațiile contestatoarei referitoare la existența unei pretinse obligații implicite ale operatorului câștigător de a declara un subcontractant calificat în domeniul OCPI /ANCPI, mai cu seamă că și Instrucțiunea ANAP Nr. 1/2017 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, stabilește că nu se introduc astfel de cerințe în documentația de

atribuire, respectiv că: „(4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea/entitatea contractantă nu va stabili criterii de calificare și selecție, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective)”.

În baza acestei prevederi, orice documentație care cuprinde astfel de cerințe de calificare (Exemple: responsabil tehnic cu execuția (RTE) în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată; expert/expert tehnic în domeniul protejării monumentelor istorice în conformitate cu Ordinul ministrului culturii și patrimoniului național nr. 2.495/2010 pentru aprobarea Normelor metodologice privind atestarea specialiștilor, experților și verficatorilor tehnici în domeniul protejării monumentelor istorice; contabil autorizat/expert contabil în conformitate cu legislația incidentă în domeniul contabilității și fiscalității; verficator de proiecte, diriginte de șantier în conformitate cu legislația incidentă în domeniul construcțiilor; personal ce necesită atestări profesionale de la autorități competente - cum ar fi, dar fără a se limita la, AFER/ISCIR/ANRE/ANEVAR/**ANCPI**/CECAR/CAFR/MCPN etc) și care ajunge la verificarea ex ante, este cenzurată de ANAP, motivat de faptul că „Cerința este restrictivă/limitativă, prin faptul că nu se dă posibilitatea ofertanților de a prezenta astfel de autorizații la data semnării contractului și/sau la momentul implicării expertului în activitățile desfășurate în cadrul contractului”. Prin urmare, practica ANAP bazată pe instrucțiunea citată nu poate fi interpretată ulterior, în etapa evaluării ofertelor, în sens diametral opus, respectiv că, deși există o interdicție de a formula astfel de cerințe, ofertantul este respins pentru neincluderea în documentație a unor astfel de experți. Această interpretare transformă sistemul de achiziții publice din România într-unul aleatoriu, instabil, care nu oferă posibilitatea realizării investițiilor de care avem atâta nevoie, încălcându-se în mod grav legislația națională, europeană și practica CJUE.

Consiliul mai reține relevanța în cauză a apărărilor intervenientei care demonstrează că a realizat și dus la bun sfârșit șapte asemenea proiecte, pe care le și anexează, respectiv Contracte având ca obiect proiectare „*MODERNIZARE DJ 585 LIMITĂ JUD. CARAS SEVERIN - VISAG, km 36+200 - 38+540, L = 2,34 km*”, „*Modernizare DJ 693C Biled (DN6) - Iecea Mare (DJ 693A)*”, „*MODERNIZARE DJ 609 OHABA*

ROMÂNĂ - LIMITĂ JUD.ARAD", „Modernizare DJ 593C Sag (DJ593) Sânmihaiu Român (DJ591A)", „AMENAJARE INTERSECȚIE DJ595C CU DN 58B, LA BIRDA", „AMENAJARE INTERSECȚIE DJ 692A CU DC 46, ÎN DUDESTII NOI", „AMENAJARE INTERSECȚIE DJ 591C CU 59A, ÎN SĂCĂLAZ", la care atașează recomandări din partea beneficiarilor, procese-verbale de recepție aferente respectivei lucrări, emise de OCPI Timiș, precum și planurile topografice aferente având viza OCPI Timiș.

Prin urmare, contrar susținerii contestatoarei, ofertanta câștigătoare a dovedit capacitatea sa tehnică, deși nu s-au solicitat dovezi în cadrul documentației de atribuire, în acest sens.

Consiliul mai reține că în baza instrucțiunii ANAP citată mai sus, în condițiile în care, pentru realizarea contractului, sunt necesari astfel de experți, autoritatea contractantă va solicita în documentație ca în propunerea tehnică **să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora** (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, **fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective**). Deci, conform instrucțiunii, dacă intenționează să externalizeze respectivele servicii, cel mult, operatorul trebuie să ofere această informație, și nu să nominalizeze pe prestatorul respectiv sau să subcontracteze această activitate la momentul depunerii ofertelor. Prin urmare, nu există niciun motiv pentru care autoritatea contractantă ar respinge pe ofertanta câștigătoare, în condițiile în care:

- nu există vreo obligație de a prezenta un astfel de expert prevăzută în documentația de atribuire;

- documentația de atribuire nu cuprinde cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională cum sunt cele invocate;

- ofertantul a declarat expres în ofertă, conform instrucțiunii ANAP, „*va furniza o documentație topografică elaborată de către o persoană fizică/juridică autorizată OCPI /ANCPI, va face investigații detaliate ale amplasamentului lucrărilor și va realiza studii topografice detaliate încă de la faza de Studiu de Fezabilitate. În vederea unei analize corespunșătoare, va impune o îndesire a de ridicare topografică. Se vor amplasa borne de reper. Va realiza studiile topografice detaliate în baza sistemului STEREO 70 pentru planimetrie și în sistem Marea Neagră 75 pentru altimetrie, vizate de OCPI, pentru amplasamentul lucrărilor. Studiul Topografic se va prezenta în forma avizată de OCPI Timiș*”, explicații suficiente și relevante prin prisma instrucțiunii ANAP.

Mai mult, Consiliul reține că ofertanta câștigătoare a nominalizat un astfel de specialist, care, chiar dacă este salariatul său, va realiza documentația în calitate de persoană fizică autorizată, neexistând vreo interdicție în acest sens, subcontractarea serviciului respectiv realizându-

se atunci când va fi necesar, pe perioada în care va fi necesar, neexistând vreo interdicție legală în acest sens. Interpretarea realizată de contestatoare a prevederilor art. 23 și 24 din Ordinul nr. 107/2010 al OCPI prin raportare la situația de fapt expusă, este vădit eronată, deoarece persoana fizică autorizată nu va presta serviciile în baza contractului de muncă prin care este angajat, ci în baza unui contract ce va fi semnat atunci când va fi nevoie. Nicio dispoziție legală nu interzice ca o persoană să aibă atât calitatea de salariat, cât și cea de persoană fizică autorizată, în baza unor convenții diferite. Pe de altă parte, și invocarea art. 24 alin. „(3) **Persoanele fizice autorizate nu pot executa lucrări de specialitate pe seama și în numele persoanei juridice neautorizate**, cu excepția persoanelor fizice autorizate în categoria E, care pot executa lucrări de specialitate pentru unitatea administrativ-teritorială angajatoare - primăria/consiliul local -, unde sunt angajate” în acest context este eronată, deoarece din ofertă nu rezultă, așa cum susține contestatoarea, că specialistul nominalizat va face lucrările pe seama firmei neautorizate, ci ca persoană autorizată, iar depunerea documentelor respective de acces la specialistul respectiv, se circumscrie dispozițiilor instrucțiunii ANAP. Pe de altă parte, din documentațiile realizate de ofertantul respectiv în alte proceduri rezultă că planurile cadastrale sunt realizate de inginerul ..., cu certificatul de autorizare aferent, ca persoană fizică autorizată, iar recepția de către OCPI Timiș, realizată prin procesele verbale depuse la dosar, are ca executant pe expertul autorizat ..., și nu pe SC SRL. Dacă societatea contestatoare consideră că această persoană desfășoară activitatea de expert cadastrist categoria D în condiții nelegale, are posibilitatea să se adreseze organelor competente, deocamdată, în fața Consiliului, nu s-au dovedit astfel de alegații, documentele fiind unele valide. Mai mult decât atât, este de reținut că aceeași autoritate contractantă cu cea din prezenta procedură este beneficiar al acestor servicii, deci aceasta cunoaște, *proprio sensibus*, dacă operatorul respectiv are sau nu are capacitatea de a presta serviciile. Dimpotrivă, din documentele depuse rezultă că operatorul va avea, cu certitudine, acces la specialistul respectiv în calitate de persoană fizică autorizată, mai cu seamă că acesta are și calitatea de salariat la ofertantul câștigător. Deci, nu se poate pune în discuție incapacitatea operatorului de a realiza serviciile a căror atribuire se urmărește.

Nu în ultimul rând, Consiliul reține că serviciile a căror atribuire se urmărește sunt unele lipsite de complexitate, calificate ca atare de autoritatea contractantă în strategia de contractare, motiv pentru care aceasta, respectând principiul proporționalității menționat la art. 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, autoritatea nu a solicitat cerințe de calificare referitoare la personalul implicat în realizarea serviciilor, în deplin acord cu interpretarea ANAP.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL

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

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 34 (treizeci și patru) pagini.