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

DECIZIE

Nr. ……
Data: ……

Prin contestația nr. 355/22.03.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 17780/22.03.2024, formulată de ....., cu sediul social în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CIF RO ....., reprezentată legal prin Director General ....., împotriva adresei nr. 53549/18.03.2024, reprezentând rezultatul procedurii de atribuire și a raportului procedurii nr. 52688/15.03.2024, emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect ....., s-a solicitat:

„1. Anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 53549 din 18.03.2024 și a tuturor actelor subsecvente acesteia, inclusiv raportul procedurii nr. 52688 din 15.03.2024;

2. Constatarea ofertei câștigătoare, respectiv cea depusă de ..... drept neconformă și inacceptabilă;

3. Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa analizării ofertelor tehnice și finalizarea procedurii de achiziție publică cu respectarea dispozițiilor legale incidente în materie.”

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..... critică adresa nr. 53549/18.03.2024, reprezentând rezultatul procedurii de atribuire și raportul procedurii nr. 52688/15.03.2024, emise de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, ... precizează faptul că, prin adresa nr. 53549/18.03.2024, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, oferta

câștigătoare fiind cea prezentată de societatea ....., conform criteriului de atribuire *cel mai bun raport calitate-preț*.

Față de acest rezultat, contestatorul semnalează faptul că oferta depusă de ..... nu este conformă, întrucât nu îndeplinește integral cerințele caietului de sarcini și ale fișei de date, fiind astfel incidente prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 modificată și completată.

Astfel, menționând faptul că documentația de atribuire nu a fost contestată, devenind obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură, cât și pentru autoritatea contractantă, contestatorul este de părere că oferta ..... nu îndeplinește următoarele cerințe:

- cerința din fișa de date a achiziției III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale: Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: 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 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";
- cerințele din caietul de sarcini ce țin de respectarea normativelor în vigoare, respectiv cele prevăzute la pag. 3, punctul nr. 8, pag. 5, subcapitolul 5.2. *Monitorizarea activității realizate de prestator*, punctul nr. 9 și pag. 5, subcapitolul 6.1. *Aspecte generale*, și, astfel nu respectă prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, ale Ordinului nr. 132 din 15 decembrie 2021 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale, precum și prevederile art. 31 alin. (1) din Legea nr. 333 din 8 iulie 2003 și ale art. 3 pct. 21 din HG nr. 301 din 11 aprilie 2012.

Referitor la cerințele legislative privind proiectarea - licențiere MAI - supraveghere video, contestatorul arată că realizarea serviciilor de proiectare pentru obiectivul de investiții vizat, implică și proiectarea sistemelor de alarmare împotriva efracțiilor, sens în care se exprimă Legea nr. 333 din 8 iulie 2003, privind paza obiectivelor, bunurilor, valorilor și protecția persoanelor, iar lista societăților specializate în sisteme de alarmare licențiate până la data de 31.01.2024 se regăsește pe site-ul Poliției Române.

Însă, susține contestatorul, la o simplă interogare în această listă cu firmele autorizate ..... pentru proiectarea sistemelor de alarmare împotriva efracțiilor, se constată că societatea declarată câștigătoare nu deține o astfel de autorizație, nefiind astfel îndeplinită cerința din fișa de date și caietul de sarcini referitoare la faptul că proiectantul sistemului de supraveghere trebuie să fie autorizat .....

Față de acest aspect, contestatorul este de părere că, prin realizarea unei evaluări deficitare, fără respectarea cerințelor proprii din

documentația de atribuire și fără respectarea legislației invocate în cadrul aceleași documentații, autoritatea contractantă a încălcat cu bună știință principiile achizițiilor publice, respectiv principiul nediscriminării, al tratamentului egal, al transparenței și al asumării răspunderii.

De asemenea, precizează faptul că nimic nu împiedica ofertantul să subcontracteze serviciile de proiectare ce implică deținerea de ateste/autorizații, sau să se asocieze cu operator/operatori economici care dețin astfel de atestate/autorizații, relevante în acest sens fiind atât prevederile art. 53 din Legea nr. 98/2016, cât și prevederile art. 5 alin. (2) din Ordinul nr. 45/2016, emis de președintele .....

Astfel, contestatorul susține că, în situația dată, serviciile de proiectare nu vor putea fi executate de ....., deoarece nu a fost declarat personalul atestat pentru proiectarea sistemelor și instalațiilor de utilizare gaze naturale și a sistemelor de supraveghere video.

Conform contestatorului, autoritatea contractantă a omis să completeze aceste date în cadrul raportului procedurii, realizând o evaluare deficitară, prin eludarea flagrantă a cerințelor stabilite în fișa de date și caietul de sarcini privitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților și verificarea acestora în sensul deținerii de autorizații/atestații/licențe, corespunzătoare pentru prestarea tuturor serviciilor impuse de obiectul contractului.

Astfel, date fiind cele expuse anterior și raportat la definiția dată de legiuitor subcontractantului, ... menționează că persoanele care vor îndeplini activitățile privind proiectarea sistemelor de supraveghere video trebuie să dețină calitatea de subcontractanți în prezenta procedură, având în vedere că vor executa părți semnificative din contract, iar ..... nu deține atestate/autorizații /licențe pentru proiectarea acestor servicii.

Având în vedere faptul că ofertantul justifică îndeplinirea criteriului privind capacitatea de exercitare a activității profesionale prin contracte de prestări servicii sau prin persoane fizice fără o anumită legătură contractuală, entități terțe față de ofertant, contestatorul apreciază că resursele acestora nu se pot cumula cu ale ofertantului, întrucât nu au fost declarați ca subcontractanți, în acord cu prevederile legale în materia achizițiilor publice.

În atare situație, susține contestatorul, în lipsa unei subcontractări legale a activităților, pentru care ofertantul declarat câștigător nu dispune de capacitate de exercitare profesională, acesta nu poate realiza, în mod legal, părți din contract, având în vedere că nu dispune de autorizare/licențe/atestate în nume propriu, în condițiile legii.

Potrivit contestatorului, autoritatea contractantă trebuia să se asigure că ofertantul declarat câștigător este în măsură să presteze serviciile de proiectare care fac obiectul contractului și că deține autorizările/licențierile/atestatele, cu atât mai mult cu cât a precizat explicit în fișa de date la punctul III.1.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale:* Informaţii şi formalităţi necesare pentru evaluarea respectării

cerințelor menționate: 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 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.

Astfel, ... consideră că abordarea superficială a autorității contractante în evaluarea ofertelor, contravine prevederilor legale în materia achizițiilor publice dar și intereselor sale proprii.

Totodată, contestatorul semnalează faptul că nedeclararea operatorilor economici care execută părți semnificative din contractul de achiziției publică îi conferă avantaje nelegale ofertantului declarat câștigător în detrimentul celorlalți ofertanți participanți la procedură care respectă legislația.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul invocă decizii ale CNSC pronunțate în spețe similare.

Față de toate argumentele mai sus expuse, ... solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a apreciat în mod eronat că oferta depusă de ..... este admisibilă, desemnând-o câștigătoare a prezentei proceduri.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016, ale HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 10/1995.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin **punctul de vedere** comunicat prin adresa nr. 84165/29.03.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 19357/29.03.2024, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca nefondată, și menținerea raportului procedurii, precum și a tuturor documentelor anterioare ce au stat la baza întocmirii acestuia.

După ce, în prealabil, prezintă un istoric al procedurii în cauză, împotriva criticii aduse de contestator, autoritatea contractantă se apără arătând că, prin comisia de evaluare, a evaluat propunerile tehnice ale tuturor ofertanților din cadrul procedurii, cu respectarea dispozițiilor legale în vigoare.

Referitor la precizarea contestatarului ce vizează neîndeplinirea de către ..... a cerințelor privitoare la documentația de atribuire, autoritatea contractantă susține faptul că acesta îndeplinește cerințele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale așa cum a fost ea solicitată prin documentație, fapt ce poate fi verificat în oferta prezentată de acesta (pag. 47-58) și în înscrisurile cuprinse în procesul verbal de analiză a propunerilor tehnice nr. 18725/30.01.2024.

În cauză, autoritatea contractantă ține să precizeze că, în cadrul documentației de atribuire, nu au fost solicitate autorizații/atestate/ certificări dintre cele la care face trimitere contestatorul, dar, cu toate acestea, ... a prezentat în cadrul propunerii tehnice (pag. 47-58) următoarele autorizații:

- autorizație ..... seria A, nr. 8600/29.11.2018 prin care se atestă calitatea societății de proiectant al sistemelor și instalațiilor de semnalizare alarmare și alertare în caz de incendiu;

- autorizație ..... Seria A, nr. 8604/29.11.2018 pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;

- autorizație ..... Seria A, nr. 8593/29.11.2018 pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural - organizat;

- atestat ..... nr. 16521/12.10.2020 - de tip B - pentru proiectare și execuție de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, branșamente aeriene și subterane, la tensiune nominala de 0,4kV;

- autorizație ....., nr. 19621/28.09.2020 pentru proiectarea sistemelor de distribuție a gazelor naturale, a sistemelor de distribuție închise, precum și a instalațiilor aferente activității de producere/ stocare biogaz/biometan ce funcționează în regim de medie, redusă și joasă presiune, tip PDSB (cu valabilitate până la data de 27.09.2025);

- autorizație ....., nr. 19622/28.09.2020 pentru proiectarea instalații de utilizare a gazelor naturale având regim de medie, redusă și joasă presiune, tip PDIB (cu valabilitate până la data de 27.09.2025).

Față de critica contestatorului referitoare la faptul că ..... nu a făcut dovada că are capacitatea profesională de a executa contractul respectiv nu deține autorizație ..... pentru proiectare, și nici nu a declarat subcontractanți, autoritatea contractantă menționează că obligația deținerii unor atestate/autorizații necesare operatorilor economici pentru desfășurarea activităților ce fac obiectul contractului de achiziție publică este condiționată de existența unor informații la nivelul strategiei de contractare care să evidențieze relația directă cu obiectul principal al contractului.

Or, dat fiind faptul că în documentația de atribuire nu au fost solicitate cerințe privind capacitatea de exercitare a activității profesionale (deținerea de autorizații/atestate), autoritatea contractantă consideră că nu poate obliga un operator economic să facă dovada deținerii acestora și nu poate respinge o ofertă pe motivul nedeținerii unei autorizații/atestat de către operatorul economic sau subcontractanții săi, daca acestea nu au fost solicitate drept criterii de calificare.

Astfel, în opinia achizitorului, în mod eronat contestatorul susține faptul că *„este necesar ca ofertantul să facă dovada că este licențiat pentru proiectarea sistemelor de alarmare împotriva efracției"* întrucât, acestea nu au fost documente solicitate prin documentația de atribuire, iar evaluarea unei oferte în modul pretins ar duce la încălcarea principiului transparenței - art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, susține autoritatea contractantă, responsabilitatea realizării contractului în condiții de legalitate aparține în totalitate operatorului economic desemnat câștigător al procedurii de atribuire.

Obligația deținerii autorizațiilor a căror lipsă este reclamată, trebuie analizată, potrivit achizitorului, prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire, ori, în speța de față, printre rigorile documentației *NU* există o astfel de solicitare.

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că verificarea ofertelor s-a derulat cu respectarea prevederilor legale, iar ..... a dovedit accesul la specialiștii necesari și obligatorii în conformitate cu cerințele din fișa de date și cu cele din caietul de sarcini.

Având în vedere argumentele expuse mai sus, prin raportare la aspectele contestate de ....., autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că susține legalitatea declarării ofertei ..... ca fiind admisibilă și consideră neîntemeiată contestația depusă.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

..... a constituit cauțiunea în cuantum de ..... lei prin recipisa de consemnare nr. ...../1 din data de 25.03.2024, eliberată de CEC Bank – Sucursala ....., fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 872/28.03.2024.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect ....., prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de ..... lei, fără TVA.

Potrivit documentului „Declarație de participare", publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 12 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 52688/15.03.2024 în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, ofertele respinse și motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și desemnarea ofertei depuse de ....., câștigătoare a procedurii.

Împotriva acestui rezultat, ..., a căruia ofertă s-a clasat pe locul 2, a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că, în fapt, contestatorul consideră că se impunea respingerea ofertei desemnate câștigătoare, în esență, deoarece aceasta nu ar satisface cerința fișei de date privind capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, respectiv cerințele caietului de sarcini ce țin de respectarea normativelor în vigoare.

Față de pretențiile contestatorului, autoritatea contractantă se apără, arătând că la nivelul documentației de atribuire nu a fost stabilită

obligația prezentării, în ofertă, a vreunei autorizații/atestate/certificări de tipul celor la care se face trimitere prin contestație.

În soluționare, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, nu a fost prevăzută obligația demonstrării deținerii vreunei autorizații/atestat/ certificat de tipul celor indicate de contestator. De altfel, Consiliul nu identifică o cerință expresă a documentației prin care autoritatea contractantă să fi prevăzut obligația prezentării în ofertele depuse a unor astfel de atestate/certificări/autorizări ale operatorului economic. Nici contestatorul nu indică o cerință expresă în acest sens, ci face trimiteri la secțiuni ale caietului de sarcini în care este indicată obligația generală a *prestatorului* de a respecta legislația în vigoare.

Raportat la natura diferendului dedus judecății, prezintă relevanță dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire., dar și a prevederile art. 75 din același act normativ, respectiv Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informaţiile şi cerinţele prevăzute în documentaţia de atribuire, însoţită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informaţii privind îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie stabilite de autoritatea contractantă, preluate și la nivelul art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, în soluționare, nu pot fi scăpate din vedere nici dispozițiile art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, în conformitate cu care comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. Nu în ultimul rând se reține că, în baza art. 127 alin. (1) lit. b) și lit. f) din H.G. nr. 395/2016, comisia de evaluare are atribuția de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, dar și de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

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

În acest context, se reține că, prin specificul lor, autorizațiile/atestatele/certificările indicate de contestator reprezintă înscrisuri de natura celor prevăzute la art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia: „(...) în cazul în care este necesar ca operatorii economici să dețină o autorizație specială sau să fie membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că dețin o astfel de autorizație sau că sunt membri ai unei astfel de

organizați*i*" coroborat cu art. 172 alin. (1) lit. a) din același act normativ, potrivit căruia: „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la: (...) capacitatea de exercitare a activității profesionale".

Din analiza acestor prevederi legale, se poate concluziona că o autoritate contractantă are dreptul de a solicita demonstrarea deținerii autorizațiilor/atestatelor/certificărilor necesare prestării serviciilor/ lucrărilor supuse achiziției, însă nu și obligația formulării unor astfel de cerințe.

Rezultă, așadar, că, în condițiile în care autoritatea contractantă a considerat că nu este necesară verificarea deținerii autorizațiilor/ atestatelor la care contestatorul face trimitere și a ales să nu formuleze nicio cerință de calificare în acest sens, aceasta nu mai poate reveni asupra deciziei sale, în etapa de evaluare a ofertelor, în sensul verificării unor cerințe de calificare care nu se regăsesc în anunțul de participare.

De asemenea, relevante în soluționare sunt și prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora „Criteriile privind capacitatea şi cerinţele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunţul de participare", dar și cele ale art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care stabilesc faptul că locul în care trebuie menționate criteriile de calificare impuse de către autoritatea contractantă este anunțul de participare/simplificat/de concurs, coroborate cu cele ale alin. (6) al aceleiași norme juridice, conform cu care: „Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise".

Prin urmare, se constată că legiuitorul sancționează situația în care cerințele subsumate criteriilor de calificare sunt solicitate exclusiv prin caietul de sarcini, acestea fiind considerate clauze nescrise.

Se reține că, între cerințele de calificare/factorii de selecție din anunțul de participare și specificațiile tehnice din caietul de sarcini există diferențe din punct de vedere al transparenței, motivat de faptul că, în cazul primei categorii, informațiile sunt disponibile direct în anunțul de participare, în cadrul unor capitole bine definite și standardizate din SEAP, iar, în cazul caietului de sarcini sau al modelelor de formulare, cerințele se pot regăsi oriunde în multitudinea de fișiere prin care autoritatea contractantă și-a descris necesitatea.

Diferența de transparență este cu atât mai mult vizibilă în cazul procedurilor de atribuire publicate în JOUE, deoarece, în această situație, formularul de propunere tehnică nu este atașat anunțului din JOUE, ci este disponibil prin accesarea separată/distinctă din SEAP.

Concluzionând, Consiliul apreciază că, atât timp cât autoritatea contractantă nu a impus prin anunțul de participare vreo cerință de calificare în sensul reclamat de contestator, operatorii economici nu aveau obligația demonstrării deținerii vrunui înscris de tipul celui invocat

prin contestație, iar autoritatea contractată nu avea obligația verificării acestui aspect și, pe cale de consecință, nici temei legal de respingere a ofertelor, din acest considerent.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul reține ca relevantă și jurisprudența CJUE, obligatorie pentru statele comunitare, care 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 şi alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum şi jurisprudența acolo citată).

În cauza C-42/13, CJUE a reținut că:

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

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

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

Elocvente în soluționare sunt reținute și considerentele regăsite în Hotărârea din 26 ianuarie 2023, ... împotriva ....., C-403/21, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare, formulată în temeiul articolului 267 privind Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene, de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, conform cărora:

61 În exercitarea acestei largi puteri de apreciere, **autoritatea contractantă poate decide să includă**, **printre criteriile de selecție menționate întrun anunț de participare sau întrun caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități** care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

62 **Invers, autoritatea contractantă poate utiliza deopotrivă această largă putere de apreciere pentru a considera că nu este necesar ca aceste obligații să figureze printre criteriile de selecție.** O atare alegere sar putea explica în special prin faptul că obligațiile respective nu au o importanță semnificativă sau prin caracterul eventual al realizării activităților cărora li se aplică obligațiile în cauză. Autoritatea contractantă ar

putea prefera de asemenea să menţioneze aceleaşi obligaţii în cadrul condiţiilor de executare a contractului pentru a nu impune respectarea acestora decât ofertantului câştigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 7 septembrie 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C927/19, EU:C:2021:700, punctele 88 şi 89).

67 Prin intermediul celei de a doua întrebări, **instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă principiile proporționalității și transparenței** garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 **trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.**

68 Astfel cum reiese din răspunsul dat la prima întrebare, **pentru a nu lipsi de substanță larga putere de apreciere de care dispune autoritatea contractantă** pentru a stabili criteriile de selecție pe care intenționează să le impună operatorilor economici drept condiții de participare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții, **obligațiile rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de un contract de achiziții publice care urmează să fie atribuit nu se pot adăuga de drept în calitate de criterii de selecție la criteriile menționate expres în documentele acestui contract**.

69 Prin urmare, este necesar să se răspundă la a doua întrebare că **principiile proporționalității și transparenței** garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că **se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.**

Așadar, obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele documentației, întemeindu-se pe motive legate de cerințe care nu se regăsesc în aceasta, drept care, cum nu se poate reține că ofertanții aveau vreo obligație în sensul invocat de contestator, sub aspectul dezbătut, pretențiile acestuia apar nefondate.

Cu toate acestea, Consiliul reamintește faptul că această soluție are în vedere exclusiv modul în care oferta desemnată câștigătoare răspunde cerințelor solicitate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, față de care sunt analizate criticile contestatorului, iar nu obligația de prestare a serviciilor în condiții de legalitate.

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

rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectivul contract).

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

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ....., în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ....., în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

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