



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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 1092/24.10.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 52185/25.10.2022, formulată de SC ... SRL, cu sediul în satul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de ... și convențional prin AVOCAT ..., împotriva rezultatului procedurii adoptat de către COMUNA ..., cu sediul în comuna ..., str. M..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect «*Achiziție servicii de elaborare Proiect tehnic, DTAC și Detalii de execuție aferent obiectivului de investiții "Înființare rețea distribuție gaze naturale în comuna ..., județul ..."*», Anunț de participare nr. .../29.08.2022, s-a solicitat:

1. Anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 10049/17.10.2022;

2. Anularea raportului procedurii nr. 10033/17.10.2022, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii, precum și a tuturor actelor subsecvente acestuia, în ceea ce privește respingerea ca inadmisibilă a ofertei SC ... SRL și declararea ca admisibilă și câștigătoare a procedurii de atribuire a ofertei depuse de către SC ... SRL;

3. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL și continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale aplicabile;

4. Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea prezentei contestații, în baza dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție voluntară în interes propriu și în interesul autorității contractante, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin AVOCAT ..., cu sediul profesional în ..., s-a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca fiind neîntemeiată și nefondată și menținerea ca fiind legale a comunicării rezultatului procedurii nr. 10049/17.10.2022 și a raportului procedurii nr.10033/17.10.2022.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL, împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca inadmisibilă, precum și declararea ofertei depuse de către SC ... SRL ca fiind câștigătoare a procedurii de atribuire, prin care se solicită adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus.

Contestatoarea arată că, prin adresa nr. 8783/12.09.2022, autoritatea contractantă i-a solicitat: *„menționați valoarea serviciilor de proiectare tehnică similare celor care fac obiectul prezentei proceduri, prestate în cadrul contractului nr. 1396, respectiv elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale, întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU. Retransmiteți DUAE revizuit”*.

Aceasta arată că, prin adresa nr. 201/12.09.2022, a răspuns complet și în termen solicitării autorității contractante, retransmițând acesteia un DUAE revizuit.

Autoritatea contractantă a revenit cu o nouă solicitare de clarificare (adresa nr. 8943/14.09.2022, cu termen de răspuns la data de

15.09.2022), prin care solicita: „să defalcați și detaliați valoarea fiecărei activități din respectivul contract în parte, așa cum au fost ele precizate mai sus”, adică detalierea, din punct de vedere valoric, a activităților care au făcut obiectul contractului nr. 1396/04.05.2020.

Contestatoarea face precizarea că acel contract cu nr. 1396/04.05.2020 denumit «*Servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale (aviz de principiu racordare gaze naturale), elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale, întocmire documentație în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU, întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesionării serviciului de distribuție gaze naturale, obținere autorizație de înființare sistem de distribuție gaze naturale pentru obiectivul de investiții "Înființare sistem de distribuție gaze naturale în comuna ..., cu satele aparținătoare ... și ..., județul ..."*» este unul dintre cele 5 contracte depuse în dovedirea experienței similare, și singurul despre care autoritatea contractantă a considerat ca nu îndeplinește cerința impusă, motiv pentru care oferta sa a fost respinsă.

Conform raportului procedurii nr. 10033/17.10.2022 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 10049/17.10.2022, comisia de evaluare a luat decizia de a respinge oferta SC ... SRL, întrucât răspunsul transmis prin adresa nr. 208/15.09.2022, la solicitarea de clarificare nr. 8943/14.09.2022 este neconcludent.

Contestatoarea subliniază că din același raport al procedurii rezultă că și ofertantul declarat castigator, SC ... SRL a indicat contracte vizând probarea cerinței referitoare la experiența similară asemănătoare sau identice ca obiect cu cele depuse de ea, astfel încât consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiul tratamentului egal, având abordări diferite cu privire la admisibilitatea celor două oferte.

De asemenea, susține că a mai constatat, din informațiile cu caracter public pe care le-a identificat, că operatorul economic SC ... SRL nu îndeplinește condițiile legale pentru a realiza activitățile ce fac obiectul viitorul contract.

Contestatoarea învederează că, în conformitate cu dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției publice, însă aceasta i-a transmis că permite acest acces în ziua de 25 octombrie 2022, adică la o dată ulterioară datei limită de depunere a prezentei contestații, situație față de care solicită Consiliului, în baza prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la documentele dosarului constituit pe rolul acestuia.

Aceasta consideră nelegale atât raportul procedurii nr. 10033/17.10.2022, cât și comunicarea rezultatului procedurii nr. 10049/17.10.2022, întrucât:

I. În ceea ce privește respingerea, ca nelegală, a ofertei sale, arată că prin fișa de date a achiziției, pct. III.1.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă a impus cerința că ofertanții: *„trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani au prestat servicii similare în valoare cumulată de minim 650.000,00 lei fără TVA, la nivelul unui contract sau maxim 5 contracte.*

Prin servicii similare se înțelege servicii de proiectare tehnică pentru rețele de distribuție a gazelor naturale”.

În ceea ce privește Contractul nr. 1396/04.05.2020, depus ca experiență similară, autoritatea contractantă a solicitat să se precizeze *„valoarea serviciilor de proiectare tehnică similare celor care fac obiectul prezentei proceduri, prestate în cadrul contractului nr. 1396, respectiv elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale, întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU”, respectiv să se defalce și detalieze „valoarea fiecărei activități din respectivul contract în parte (...).”*

Contestatoarea susține că a răspuns autorității contractante în sensul că activitățile care au făcut obiectul Contractului nr. 1396/04.05.2020 nu au fost defalcate de către beneficiarul acelor servicii, respectiv UAT comuna ..., respectiv că nu are posibilitatea de a prezenta valorile individuale ale fiecăreia dintre activități, în acel contract fiind stabilite doar două tranșe de plată.

Autoritatea contractantă a considerat răspunsul ca fiind neconcludent și a respins oferta SC ... SRL, apreciind că activitățile prestate în baza Contractului nr. 1396/04.05.2020 sunt servicii de consultanță și nu de proiectare, mai mult că nu se poate determina o pondere valorică a serviciilor similare prestate de către SC ... SRL.

În opinia petentei, autoritatea contractantă apreciază în mod nelegal în comunicarea rezultatului procedurii nr. 10049/17.10.2022 că respectivele servicii prestate anterior ar fi încadrabile în categoria serviciilor de consultanță și nu în categoria celor de proiectare, așa cum rezultă în mod expres chiar din Anexele 4, 5 și 6 ale H.G. nr. 907/2016 *privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice*, anexe invocate greșit de către autoritatea contractantă.

Aceasta arată că în legislația specifică domeniului gazelor naturale, respectiv în Ordinul ANRE nr. 132/2021 privind aprobarea

Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale, art. lit. n) este definită activitatea de proiectare din acest domeniu specific ca fiind:

„n) proiectare - ansamblul activităților desfășurate de către un operator economic autorizat, prin intermediul instalatorilor autorizați și al personalului calificat/necalicat sub coordonarea directă a instalatorilor autorizați, în vederea elaborării unui studiu de fezabilitate pentru inițierea procesului de atribuire a concesiunii serviciului public de distribuție a gazelor naturale, a unei documentații tehnice și/sau a unui proiect tehnic în domeniul gazelor naturale”.

Așadar, se poate constata ca activitățile desfășurate în baza contractului nr. 1396/04.05.2020 sunt activități similare obiectul viitorului contract de achiziție publică, acestea făcând parte din procesul de elaborare a unui studiu de fezabilitate.

Contestatoarea mai învederează Consiliului că, potrivit Regulamentului CPV, serviciile de „Pregătire de proiecte și proiectare, estimare a costurilor” cod CPV 71242000-6 utilizat de către UAT comuna ... pentru descrierea serviciilor achiziționate prin procedura de cumpărare directă publicată în SEAP sub nr. DA25553363 (pagina 4 a Anexei nr. 6) fac parte din aceeași diviziune, grupă și clasă cu „71241000-9 Studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize”.

De asemenea, arată că toate serviciile prestate în cadrul contractului nr. 1396/04.05.2020 fac parte din cadrul aceleiași documentații tehnico-economice pentru realizarea obiectivului de investiție *”Înființare sistem de distribuție gaze naturale în comuna ..., cu satele aparținătoare ... și ..., județul ...”* și nu pot fi defalcate sau detaliate distinct din punct de vedere valoric.

Față de toate aceste aspecte, consideră nelegală decizia de respingere a ofertei sale, pe motiv că nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificare, oferta sa fiind admisibilă.

II. În ceea ce privește declararea, în mod nelegal, a ofertei SC ... SRL ca fiind admisibilă și câștigătoare a procedurii de atribuire, din informațiile cu caracter public la care susține că a avut acces, contestatoarea arată că acest ofertant nu deține autorizație emisă de către ANRE pentru activitatea de proiectare instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune.

Aceasta arată că, potrivit pct. 2.5 din caietul de sarcini (pagina 4), este preconizată realizarea unei soluții de alimentare cu gaze naturale din conducta de transport gaze naturale cu diametrul de 10" (DN 250) înaltă presiune ...-...-..., iar potrivit anexei nr. 7 la caietul de sarcini,

reprezentând avizul emis de către ... sub nr. 35823/29.06.2020, autoritatea contractantă va avea de proiectat un racord în stația de înaltă presiune, ceea ce înseamnă necesitatea deținerii de către ofertanți a unei autorizații pentru activitatea de proiectare instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune.

În conformitate cu Ordinul ANRE nr. 132/2021, respectiv art. 1 alin. (3) și alin. (4):

„(3) Pentru desfășurarea de activități de proiectare, execuție sau exploatare a obiectivelor/sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale, operatorii economici trebuie să dețină autorizații în conformitate cu prevederile prezentului regulament.

(4) Autorizațiile prevăzute la alin. (2) sunt emise de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei, conform tabelului nr. 1.”

Tabelul nr. 1 (extras) prevede ca tipuri de autorizații pentru activitatea de proiectare următoarele:

Activitate	Tipul obiectivului/sistemului/instalației	Tipul autorizației
Proiectare	Conducte de alimentare din amonte	PPI
	Instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale	
	Instalații de gaze naturale lichefiate	
	Sisteme de transport ale gazelor naturale	
	Sisteme de distribuție a gazelor naturale, sisteme de distribuție închise, precum instalații aferente activității de producere/stocare biogaz/biometan ce funcționează în regim de înaltă presiune	PT
	Instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune	
	Sisteme de distribuție a gazelor naturale, sisteme de distribuție închise, precum și instalații aferente activității de producere/stocare biogaz/biometan ce funcționează în regim de medie, redusă și joasă presiune	PDSB
	Instalații de utilizare a gazelor naturale având regimul de medie, redusă și joasă presiune	PDIB
	Instalații de GNL	PGNL

Așadar, pentru a putea presta activitățile ce fac obiectul viitorului contract de achiziție ofertanții trebuiau să dețină o autorizație emisă de către ANRE de tip PT.

Din informațiile prezentate pe site-ul ANRE rezultă că ofertantul SC ... SRL deține autorizații pentru proiectare de tip PDSB și PDIB, dar nu și autorizație de tip PT, astfel că acest operator economic nu oferă în mod licit pe piață serviciile de proiectare ce fac obiectul procedurii de atribuire, nefiind îndeplinite condițiile stipulate de art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016.

Cu titlu exemplificativ, contestatoarea invocă Decizia CNSC nr. ... din 02.02.2022, precum și deciziile de practică invocate în cuprinsul acesteia.

Față de toate aceste considerente, solicită Consiliului să dispună anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 10049/17.10.2022, a raportului procedurii nr. 10033/17.10.2022, anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii, precum și a tuturor actelor subsecvente raportului, în ceea ce privește respingerea ca inadmisibilă a ofertei SC ... SRL și de declarare admisibilă și câștigătoare a procedurii a ofertei depuse de SC ... SRL, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL și continuarea procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale aplicabile.

Totodată, solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Cu adresa datată la emitent 28.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 53056/31.10.2022, COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis punctul său de vedere față de contestația formulată de SC ... SRL, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că în cadrul etapei de evaluare a calificării ofertanților, prin adresa nr. 8783/12.09.2022, i-a solicitat clarificări ofertantului SC ... SRL, cu privire la următoarele aspecte:

1. Referitor la contractul nr. 1396/04.05.2020, prezentat ca dovadă a îndeplinirii cerinței privind capacitatea tehnică și profesională (experiența similară), având în vedere că în cadrul contractului sunt cuprinse mai multe categorii de servicii, respectiv servicii de elaborare studiu de soluții și servicii de întocmire documentație și asistență tehnică

În vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale, s-a solicitat precizarea valorii serviciilor de proiectare tehnică similare celor care fac obiectul prezentei proceduri, respectiv elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale, întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU.

Răspunsul transmis cu privire la această solicitare a fost: „Referitor la valoarea serviciilor de proiectare tehnică similare celor care fac obiectul prezentei proceduri, prestate în cadrul contractului nr. 1396, respectiv elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale, întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU, venim cu următoarea clarificare privind valoarea contractului de 130.000,00 lei:

elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale reprezintă 104.000,00 lei (80%);

- *întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU reprezintă 26.000,00 lei (20%).*

Anexăm formularul DUAЕ revizuit. »

Autoritatea contractantă arată că în urma analizării răspunsului la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare l-a considerat ca fiind neconcludent, astfel că prin adresa nr. 8943/14.09.2022 s-au solicitat noi clarificări privind valoarea serviciilor de proiectare tehnică similare celor care fac obiectul prezentei proceduri, prestate în cadrul contractului nr. 1396.

Astfel s-au solicitat clarificări ofertantului SC ... SRL cu privire la următoarele aspecte:

1. Referitor la contractul nr. 1396/04.05.2020 - servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale (aviz de principiu racordare gaze naturale), elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale, întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU, întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale, obținere autorizație de înființare sistem de distribuție gaze naturale pentru obiectivul de investiții „Înființare sistem de distribuție gaze naturale în comuna ..., cu satele aparținătoare ... și ..., județul ...”, prezentat ca dovadă a îndeplinirii cerinței privind capacitatea tehnică și profesională (experiență similară) și având în vedere că în cadrul contractului sunt cuprinse mai multe categorii de servicii, respectiv servicii de elaborare studiu de soluții, elaborare SF, întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU și

servicii de întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale, vă rugăm să clarificați următorul aspect:

Întrucât răspunsul prezentat la clarificarea nr. 8783/12.09.2022 nu este concludent, în sensul în care în detalierea prezentată nu sunt cuprinse toate activitățile descrise în titulatura contractului, respectiv:

- servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale;*
- elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale;*
- întocmire documentații în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform cu;*
- întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale;*

acestea fiind precizate și în achiziția DA25553363/04.05.2020 dintre UAT comuna ... și SC ... SRL, vă rugăm să defalcați și detaliați valoarea fiecărei activități din respectivul contract în parte, așa cum au fost ele precizate mai sus. Retransmiteți DUAE revizuit.

În răspunsul transmis s-au adus următoarele clarificări:

„(...) Conform definiției studiului de fezabilitate din HG 907/2016 „Secțiunea a 3-a Studiul de fezabilitate Articolul 7, (1) Studiul de fezabilitate este documentația tehnico-economică prin care proiectantul, fără a se limita la datele și informațiile cuprinse în nota conceptuală și în tema de proiectare după caz, în studiul de prefezabilitate, analizează, fundamentează și propune minimum două scenarii/opțiuni tehnico economice diferite, recomandând, justificat și documentat, scenariul/opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiții.

(2) Scenariul/Opțiunea tehnico economic(ă) optim(ă), recomandat(ă) potrivit alin. (1), cuprinde:

- a) soluția tehnică;*
- b) principalii indicatori tehnico economici aferenți obiectivului de investiții;*
- c) certificatul de urbanism, avizele conforme pentru asigurarea utilităților, precum și avize, acorduri studii specifice, după caz, în funcție de specificul obiectivului de investiții;*

d) *strategia de implementare, exploatare/operare și de întreținere a investiției",*

serviciile prestate în cadrul contractul nr. 1396/04.05.2020 (...) respectiv:

„Servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale;

Elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale; Întocmire documentație în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU; Întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale, fac parte integrantă din elaborarea studiului de fezabilitate. Drept urmare, valoarea de 130.000 lei a achiziției DA25553363/04.05.2020 între UAT comuna ... și SC ... SRL nu este defalcată pe etape. Deoarece la momentul achiziției defalcarea nu a fost o cerință a respectivului contract, nu vă putem oferi o defalcare a acestuia în prezent. Obiectul contractului fiind elaborarea completă a studiului de fezabilitate (cu toate etapele aferente).

Atașam prezentei clarificări o captură din catalogul de achiziții de pe platforma SICAP și formularul DUAE revizuit.»

În urma evaluării răspunsului la solicitarea de clarificări transmis de SC ... SRL, comisia de evaluare a concluzionat că respectivul contract nr. 1396/04.05.2020 nu poate fi luat în considerare ca o justificare a demonstrării experienței similare, deoarece acesta include prestarea unor servicii care nu fac obiectul prezentei proceduri, în sensul de servicii similare prin care se înțeleg servicii de proiectare tehnică pentru rețele de distribuție a gazelor naturale (printre serviciile menționate în titulatură fiind servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale; întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale) și care nu au putut fi defalcate din punct de vedere valoric de către ofertant conform cerinței: *„Operatorii economici trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani au prestat servicii similare în valoare cumulată de minim 650.000,00 lei, fără TVA, la nivelul unui contract sau maxim 5 contracte”.*

În conformitate cu prevederile HG nr. 907/2016, prestarea serviciilor menționate de acesta sunt servicii de consultanță, rezultatul acestor servicii nefăcând parte din categoriile de servicii de proiectare conform conținutului-cadru prezentat în anexele 4, 5 și 6 din HG nr. 907/2016.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că răspunsul ofertantului este neconcludent, fapt care conduce la imposibilitatea luării în

considerare a contractului nr. 1396/04.05.2020 sau a unei părți relevante din acesta, întrucât nu se poate determina o pondere valorică a serviciilor similare relevante prestate de ofertant.

Având în vedere că valoarea totală a contractelor prezentate de ofertant ca experiență similară totaliza 650.000,00 lei, iar comisia nu a putut lua în considerare contractul nr. 1396/04.05.2020 sau a unei părți relevante din acesta, valoarea experienței similare relevante prezentate de ofertant este de 520.000,00 lei, constituită din contractele 5661/04.12.2022 - 130.000,00 lei; 8350/14.01.2022 - 130.000,00 lei; 6938/19.10.2020 - 130.000,00 lei; 8540/22.10.2020 - 130.000,00 lei, astfel că nu se respectă cerința privind experiența similară minimă obligatorie din caietul de sarcini al prezentei proceduri, oferta prezentată de SC ... SRL fiind inacceptabilă.

2. Pe fondul contestației, autoritatea contractantă solicită respingerea acesteia pentru următoarele argumente:

➤ În ceea ce privește criticile aduse de contestatoare referitoare la respingerea nelegală a ofertei sale, autoritatea contractantă precizează că potrivit prevederilor Ordinului ANRE nr. 132/2021 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale, art. 2 lit. n) proiectare - *ansamblul activităților desfășurate de către un operator economic autorizat, prin intermediul instalatorilor autorizați și al personalului calificat/nec calificat sub coordonarea directă a instalatorilor autorizați, în vederea elaborării unui studiu de fezabilitate pentru inițierea procesului de atribuire a concesiunii serviciului public de distribuție a gazelor naturale, a unei documentații tehnice și/sau a unui proiect tehnic în domeniul gazelor naturale, care definește că în cadrul unui obiectiv de investiții, proiectarea este ansamblul activităților desfășurate de către un operator economic autorizat în vederea elaborării unui studiu de fezabilitate pentru inițierea procesului de atribuire a concesiunii serviciului public de distribuție a gazelor naturale, a unei documentații tehnice și/sau a unui proiect tehnic în domeniul gazelor naturale*, ori în cazul contractului prezentat de contestator nr. 1396/04.05.2020 sunt prevăzute și servicii care au legătură cu procesul ulterior activităților de proiectare, în speță, *„întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesionării serviciului de distribuție gaze naturale”*, servicii care nu fac parte din categoria proiectării așa cum sunt ele definite de lege.

➤ În ceea ce privește critica referitoare la încadrarea de către UAT comuna ... a achiziției directe publicată în SEAP sub nr. DA25553363 sub codul CPV 71242000-6, care face parte din aceeași diviziune, grupă și

clasă cu 71241000-9 Studii de fezabilitate, servicii de consultanță, analize, decizia UAT Comuna ... nu constituie o dovadă a respectării cerințelor documentației de atribuire, sens în care a fost solicitată și clarificarea privitoare la defalcarea valorică a serviciilor contractului, pentru a se putea determina partea de contract relevantă pentru prezenta procedură.

Totodată, autoritatea contractantă face mențiunea că solicitarea prezentării valorii defalcate a serviciilor respectă, în totalitate, prevederile H.G. nr. 907/2016 art. 3 (1) *Nota conceptuală este documentația întocmită de beneficiarul investiției în scopul justificării necesității și oportunității realizării unui obiectiv de investiții, finanțat total sau parțial din fonduri publice. (2) Prin nota conceptuală se evidențiază datele preliminare necesare implementării obiectivului de investiții propus și se prezintă informații cu privire la estimarea suportabilității investiției publice*". Afirmația contestatorului că toate serviciile prestate în cadrul Contractului nr. 1396/04.05.2020 fac parte din cadrul aceleiași documentații tehnico-economice pentru realizarea obiectivului de investiție și nu pot fi defalcate sau detaliate distinct din punct de vedere valoric contravine, în totalitate, atât principiului transparenței precizat în Legea nr. 98/2016 art. 2 alin. (2) lit. d), precum și prevederilor H.G. nr. 907/2016, care prevăd clar estimarea pe faze a cheltuielilor unui obiectiv de investiții.

În susținerea deciziei de a declara oferta SC ... SRL inacceptabilă, aceasta menționează că oferta depusă de ofertant a fost declarată inacceptabilă, deoarece răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 8943/14.09.2022 este neconcludent.

Autoritatea contractantă reiterează că acest contract nr. 1396/04.05.2020 nu poate fi luat în considerare ca o justificare a demonstrării experienței similare, deoarece include prestarea unor servicii care nu fac obiectul prezentei proceduri în sensul de servicii similare, iar în conformitate cu prevederile HG nr. 907/2016, prestarea serviciilor menționate de acesta sunt servicii de consultanță, rezultatul acestor servicii nefăcând parte din categoriile de servicii de proiectare conform conținutului-cadru prezentat în anexele 4, 5 și 6 din HG 907/2016. Din acest motiv, comisia de evaluare a constatat că răspunsul ofertantului este neconcludent, fapt care conduce la imposibilitatea luării în considerare a contractului nr. 1396/04.05.2020, încheiat între Comuna ... și SC ... SRL sau a unei părți relevante din acesta, întrucât nu se poate determina o pondere valorică a serviciilor similare relevante prestate de ofertant.

În ceea ce privește critica ce vizează faptul că autoritatea contractantă nu a permis accesul la dosarul achiziției publice până la

data limită de depunere a prezentei contestații, iar criticile aduse ofertei SC ... SRL sunt bazate pe informațiile cu caracter public, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- Referitor la solicitarea de acces la dosarul achiziției publice, potrivit prevederilor Legii nr. 98/2016 art. 217 alin. (6), prin adresa înaintată duminică, 23 octombrie 2022, ora 14:38:52, prin mijloace electronice, contestatorul a solicitat accesul la dosarul achiziției publice pentru data de 24.10.2022, ora 10. Autoritatea contractantă susține că a confirmat primirea și, potrivit prevederilor legale, a comunicat în scris solicitantului data și ora la care se va face accesul la dosarul achiziției, înăuntrul termenului prevăzut de lege, însă până în prezent solicitantul nu s-a prezentat pentru consultarea dosarului achiziției publice.

- Referitor la critica privitoare la nedeținerea de către ofertantul SC ... SRL a unei autorizații emisă de către ANRE pentru activitatea de proiectare instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune, precizează că potrivit prevederilor caietului de sarcini Cap.2.5 - *Cadrul general al sectorului în care autoritatea contractantă își desfășoară activitatea Alimentarea cu gaze naturale a satelor ..., ..., ... și ... se va realiza din conducta de transport gaze naturale 010" – DN 250 mm ... - ... - ... care traversează teritoriul administrativ al comunei ... la distanța de ~2.7 km nord față de satul ..., conform avizului favorabil nr. 42693/1247/30.07.2020. În acest caz se va realiza un racord 04" în lungime de ~25 m care va face legătura dintre conducta de transport gaze naturale 010" ... - ... - ... și SRM ... proiectată pentru un debit de 3200 Nmc/h. SRM ... proiectată se va amplasa pe un teren aflat în proprietatea primăriei ... și administrat de către Parohia Accesul la SRM se va face din drumul comunal DC 11. Pentru racordarea la conducta de transport gaze naturale 010" ... - ... - ..., câștigătorul licitației serviciului de distribuție gaze naturale va solicita la ... SA avizul tehnic de racordare. Potrivit Legii nr. 123 din 10 iulie 2012 a energiei electrice și a gazelor naturale, art. 148 alin. (2), racordarea la conductele de alimentare din amonte și la sistemul de transport este permisă următoarelor categorii de solicitanți:*

a) *titularilor contractelor de concesiune a serviciului public de distribuție a gazelor naturale, în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale ce le revin în această calitate;*

a¹) *unităților administrativ-teritoriale sau serviciilor specializate ale acestora carora le-au fost delegate atribuțiile concesiunii serviciului public de distribuție a gazelor naturale» sarcina solicitării avizului tehnic de racordare revine unui operator al sistemului de distribuție licențiat potrivit prevederilor legale, care are obligația întocmirii schiței cu soluția*

tehnică de racordare la sistemul de transport, potrivit prevederilor Regulamentului din 23 februarie 2022 privind racordarea la sistemul de transport al gazelor naturale, aprobat prin ORDIN nr. 8 din 23 februarie 2022 pentru aprobarea Regulamentului privind racordarea la sistemul de transport al gazelor naturale, art. 4, alin. 1, lit. c, pct. ii).

Astfel, având în vedere că în cadrul prezentului obiectiv de investiții lucrările care presupun instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune fac parte strict din lucrările aferente racordării și, potrivit prevederilor menționate mai sus, proiectarea respectivelor lucrări cade în sarcina operatorului sistemului de distribuție în cadrul procesului de obținere a avizului tehnic de racordare, activitățile de proiectare cuprinse în prezentul contract fac referire strict la instalații de distribuție a gazelor naturale de medie presiune.

Totodată, autoritatea contractantă face precizarea că SC ... SRL a îndeplinit toate cerințele precizate în documentația de atribuire, acesta prezentând toate documentele solicitate în cadrul procedurii.

Complementar celor prezentate mai sus, arată că a răspuns tuturor solicitărilor de clarificări din partea potențialilor ofertanți, inclusiv clarificărilor societății contestatoare, clarificări care nu au conținut nicio referință la eventuale neclarități privitoare la autorizațiile necesare pentru prestarea serviciilor care fac obiectul contractului.

Așadar, consideră critica referitoare la nedeținerea unei autorizații privind proiectarea de instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune de către ofertantul câștigător ca fiind nefondată, întrucât deținerea acestei autorizații nu a fost o cerință a documentației de atribuire.

Având în vedere toate acestea, autoritatea contractantă respinge criticile formulate de contestatoare ca fiind nefondate și solicită observarea legalității demersului său.

Prin cererea de intervenție, SC ... SRL solicită admiterea în principiu a acesteia și respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată, precum și menținerea, ca fiind legale, a actelor contestate.

1. Raportat la prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 32 alin. (1) lit. d) din C.proc.civ., intervenienta invocă excepția lipsei de interes legitim a contestatoarei de a contesta oferta declarată câștigătoare și de a solicita anularea raportului procedurii nr. 10033/17.10.2022 și a actelor subsecvente, cu referire la declararea ofertei SC ... SRL ca fiind câștigătoare, având în vedere că oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă, raportat la dispozițiile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 în etapa de verificare a îndeplinirii

condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate și, pe cale de consecință, nu a fost evaluată de autoritatea contractantă sub aspectul propunerii tehnice și financiare.

Aceasta arată că contestatoarea are deschisă calea să conteste procedura de evaluare a condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate care a fost prealabilă analizei propunerilor tehnice și financiare ale ofertanților, neavând posibilitatea procedurală să conteste rezultatul verificărilor propunerii tehnice ale altui ofertant, în situația în care contestatoarea nu a parcurs în cadrul procedurii etapa de verificare a propunerii sale tehnice.

Intervenienta arată că numai în situația în care oferta contestatoarei era declarată admisibilă și era analizată în cadrul procedurii de verificare a propunerilor tehnice ar fi avut interes legitim să conteste rezultatul evaluărilor propunerilor tehnice.

Invocând prevederile art. 2 alin. (1), art. 8 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea 101/2016, aceasta învederează că nașterea dreptului la contestare și interesul unui asemenea demers impun îndeplinirea în mod cumulativ a condițiilor prevăzute în textele de lege citate. Astfel, interesul legitim pe care îl poate apăra contestatoarea în cererea sa este strict legat de condițiile sale de participare și a cerințelor minim asociate, verificate de autoritatea contractantă când a declarat oferta inacceptabilă. Prin urmare, contestatoarea nu are deschisă calea și nu justifică interes practic pentru a contesta evaluarea ofertei câștigătoare.

2. În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de acces integral la dosarul de achiziție atașat la documentele dosarului constituit pe rolul Consiliului, în temeiul art. 19 alin. (1) teza a II-a și alin. (3) din Legea nr. 101/2016 solicită restricționarea accesului, pe motiv că ar încălca caracterul confidențial al propunerii tehnice a intervenientei și ar denatura concurența loială între ofertanți.

Pe cale de consecință, solicită respingerea cererii contestatoarei de a avea acces la dosarul de achiziție atașat la documentele dosarului constituit pe rolul Consiliului, deoarece cererea este lipsită de interes legitim, iar prin admiterea acesteia s-ar aduce atingere informațiilor confidențiale ale ofertei tehnice ale intervenientei.

Intervenienta apreciază ca fiind lipsită de interes solicitarea contestatoarei de a avea acces la dosarul achiziției, raportat la motivele invocate în contestație și la situația că i-a fost comunicat de către autoritatea contractantă raportul procedurii nr. 10033/17.10.2022, în care sunt detaliate și justificate motivele pentru care oferta

contestatoarei a fost declarată inacceptabilă, documentele care au stat la baza acestei decizii fiind la dispoziția contestatoarei.

Apreciează, de asemenea, ca fiind lipsită de interes solicitarea contestatoarei de acces la dosarul achiziției publice formulată în temeiul art. 19 alin. (1) teza 1 din Legea nr. 101/2016, în situația în care oferta contestatoarei nu a fost deklasată de ofertantul câștigător ca urmare a evaluării propunerii sale tehnice și financiare, ci a fost declarată inacceptabilă în etapa de verificare a condițiilor de calificare ale ofertanților, astfel încât contestatoarea nu justifică interes legitim de a avea acces la propunerea tehnică a ofertantului câștigător care conține informații declarate confidențiale.

Raportându-se la faptul că propunerea tehnică a contestatoarei nu a fost analizată/evaluată de autoritatea contractantă și nu a fost supusă comparării cu oferta intervenientei, solicitarea contestatoarei de a avea acces la documentația dosarului de achiziție care cuprinde oferta tehnică a SC ... SRL este considerată nejustificată și promovată cu rea-credință.

Intervenienta învederează că propunerea sa tehnică, cu toate anexele atașate, a fost declarată confidențială în cadrul procedurii de atribuire, conform art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, dat fiind că aceasta cuprinde informații protejate de dreptul său de proprietate intelectuală, precum și date cu caracter personal ale experților implicați în proiect, astfel cum rezultă din formularul nr. 8 din ofertă, coroborat cu formularul 13.

Raportat la dispozițiile art. 19 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016, intervenienta susține că a marcat și indicat oferta tehnică și anexele la oferta tehnică prezentate în cadrul procedurii ca reprezentând informații confidențiale generate de exercitiul dreptului de proprietate intelectuală, prin anexa nr. 8 și nr. 13 din dosarul ofertei sale.

Astfel, conform art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul la dosarul achiziției publice poate fi restricționat în măsura în care informații din cadrul propunerilor tehnice, propunerilor financiare și/sau fundamentările/justificările de preț/cost au fost declarate și probate conform art. 57 alin. (4) ca fiind confidențiale.

În virtutea art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, SC ... SRL a declarat că motivele pentru care informațiile menționate în oferta prezentată drept confidențiale sunt: metodologie proprie protejată de dreptul de proprietate intelectuală, plan de lucru propriu protejat de proprietate intelectuală, management propriu, date cu caracter personal ale experților, angajaților implicați în planul de lucru. Propunerea tehnică cu toate anexele sale cuprinde informații confidențiale referitoare la tehnologia de execuție, echipamente, planuri de lucru și management, astfel încât aceasta se află sub incidența dispozițiilor legale art. 57 alin.

(1) din Legea nr. 98/2016, iar dezvăluirea acestora ar putea prejudicia interesele societății, deoarece ar fi de natură să denatureze concurența.

În opinia intervenientei, susținerile contestatoarei sunt formulate în scopul de a utiliza informațiile din dosarul de achiziție referitoare la oferta sa într-o cale administrativă sau judiciară ulterioară, fie în cadrul procedurii de atribuire de față, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare, aceasta neputând invoca un interes real și legitim în formularea contestației, contestația fiind făcută în vederea accesului la oferta declarată câștigătoare.

Mai mult, apreciază că informațiile confidențiale referitoare la tehnologie, management, plan de lucru, experți prezentate de intervenientă în propunerea tehnică ar putea fi utilizate de contestatoare în propria activitate profesională, în dauna intereselor sale comerciale, astfel încât apreciază că nu este admisibil ca prin intermediul unei contestații depusă la Consiliu să se permită accesul autorului contestației la informațiile confidențiale ale ofertanților sub pretextul apărării principiului transparenței, în vederea utilizării acestora în interes personal.

În susținerea acestor argumente, arată că potrivit art. 113 alin. (2) din Regulamentul R. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului nr. 1605/2002 al Consiliului:

„(2) Autoritatea contractantă notifică tuturor candidaților sau ofertanților ale căror candidaturi sau oferte au fost respinse motivele pe care s-a întemeiat această decizie, precum și data la care expiră perioada de așteptare menționată la articolul 118 alineatul (2).

Autoritatea contractantă comunică tuturor ofertanților care îndeplinesc criteriile de excludere și de selecție, și care au depus o cerere scrisă, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei reținute, precum și numele ofertantului căruia îi este atribuit contractul.

Cu toate acestea, se impune a nu divulga anumite detalii în cazul în care dezvăluirea acestora ar împiedica aplicarea legii, ar contravine interesului public sau ar prejudicia interesele legitime de afaceri ale întreprinderilor publice sau private sau ar putea denatura concurența loială între întreprinderi”.

Această restricție prevăzută de art. 113 alin. (2) din Regulamentul financiar al Parlamentului European și al Consiliului este inerentă obiectivului urmărit prin normele Uniunii în materie de contracte de achiziții publice, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată.

Pentru a realiza acest obiectiv se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

Totodată, jurisprudența CEJ a stabilit existența unei prezumții generale potrivit căreia accesul la ofertele ofertanților aduce, în principiu, atingere protecției intereselor comerciale ale ofertanților.

Referitor la restricționarea accesului contestatoarei la oferta intervenientei din dosarul de achiziție, aceasta din urmă prezintă ca fiind relevantă Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza Varec, C450/06, prin care s-au stabilit următoarele:

„34 Obiectivul principal al normelor comunitare în materie de contracte de achiziții publice constă în deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 ianuarie 2005, Stadt Halle și RPL Lochau, C- 26/03, Rec., p. I- 1, punctul 44).

35 Pentru a realiza acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare.

36 În plus, atât prin natura acestora, cât și potrivit sistemului reglementării comunitare în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Aceștia din urmă trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi.

37 Pentru aceste motive, articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36 prevede că autoritățile contractante au obligația de a respecta caracterul confidențial al tuturor informațiilor puse la dispoziție de acești furnizori.

38 În cadrul specific al comunicării către un candidat sau un ofertant respins a motivelor respingerii candidaturii sau a ofertei acestuia, precum și în cel al publicării anunțului de atribuire a unui contract, articolul 7 alineatul (1) și articolul 9 alineatul (3) din respectiva directivă recunosc autorităților contractante posibilitatea de a nu comunica anumite informații, în cazul în care divulgarea acestora ar

aduce atingere intereselor comerciale legitime ale întreprinderilor publice sau private sau ar aduce atingere concurenței loiale dintre furnizori”.

Drept urmare, intervenienta solicită Consiliului să respingă solicitarea contestatoarei de a avea acces la dosarul de achiziție publică și, pe cale de consecință, să admită cererea intervenientei de a restricționa accesul contestatoarei la propunerea sa tehnică și anexele la propunerea tehnică, raportat la prevederile art. 19 alin. (1) teza a II-a coroborat cu art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că prin acest acces s-ar aduce atingere protecției informațiilor confidențiale ale SC ... SRL prezentate în propunerea tehnică a ofertei sale și a anexelor la propunerea tehnică, informații ce intră sub incidența art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

3. Referitor la criticile referitoare la respingerea ofertei SC ... SRL prin declararea acesteia ca fiind inacceptabilă, intervenienta solicită respingerea acestora ca nefondate și neîntemeiate.

Astfel, consideră că în mod legitim a fost declarată de către autoritatea contractantă oferta SC ... SRL ca fiind inacceptabilă în cadrul etapei de verificare a îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, având în vedere că societatea contestatoare nu a dovedit respectarea cerinței privind experiența similară minimă obligatorie indicată în caietul de sarcini al procedurii.

Conform raportului procedurii nr. 10033/17.10.2022, contestatoarea nu a făcut dovada experienței similare minimă necesară de 3 ani prin maxim 5 contracte având obiect similar celui ce face obiectul procedurii de atribuire în sumă de 650.000 lei, oferind informații concludente doar cu privire la contractele 5661/2022; 8350/2022, 6938/2020, 8540/2020 în sumă totală de 520.000 lei.

4. În ceea ce privește criticile din contestație referitoare la nedeținerea de către SC ... SRL a unei autorizații emisă de către ANRE pentru activitatea de proiectare instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune, intervenienta solicită respingerea acestora, având în vedere că cu un astfel de aviz nu a fost solicitat în documentația de atribuire a ofertanților.

Potrivit prevederilor caietului de sarcini, Cap.2.5 Cadrul general al sectorului în care autoritatea contractantă își desfășoară, precizat mai sus, câștigătorul licitației serviciului de distribuție gaze naturale va solicita la ... SA avizul tehnic de racordare. De asemenea, potrivit art. 148 alin. (2) din Legea 123/2012 a energiei electrice și a gazelor naturale, racordarea la conductele de alimentare din amonte și la sistemul de transport este permisă următoarelor categorii de solicitanți:

a) titularilor contractelor de concesiune a serviciului public de distribuție a gazelor naturale, în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale ce le revin în această calitate;

a¹) unităților administrativ-teritoriale sau serviciilor specializate ale acestora cărora le-au fost delegate atribuțiile concesiunii serviciului public de distribuție a gazelor naturale. Sarcina solicitării avizului tehnic de racordare revine unui operator al sistemului de distribuție licențiat potrivit prevederilor legale, care are obligația întocmirii schiței cu soluția tehnică de racordare la sistemul de transport, potrivit prevederilor Regulamentului din 23 februarie 2022 privind racordarea la sistemul de transport al gazelor naturale, aprobat prin ORDIN nr. 8 din 23 februarie 2022 pentru aprobarea Regulamentului privind racordarea la sistemul de transport al gazelor naturale, art. 4, alin. 1, lit. c, pct. ii).

În cadrul obiectivului de investiții *Înființarea rețea distribuție gaze naturale în comuna ..., județul ...*, lucrările care presupun instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune fac parte strict din categoria celor aferente racordării și potrivit prevederilor menționate mai sus, proiectarea respectivelor lucrări cade în sarcina operatorului sistemului de distribuție în cadrul procesului de obținere a avizului tehnic de racordare.

Activitățile de proiectare cuprinse în contractul de achiziție ce face obiectul prezentei proceduri se referă la instalații de distribuție a gazelor naturale de medie presiune și, pe cale de consecință, consideră că SC ... SRL a îndeplinit toate cerințele din documentația de atribuire, aceasta prezentând toate documentele solicitate de autoritate contractantă în cadrul procedurii.

Față de toate motivele sus menționate, SC ... SRL solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată atât în interes propriu, cât și în interesul autorității contractante, admiterea cererii de restricționare a accesului contestatoarei la dosarul achiziției, admiterea excepției lipsei de interes a contestatoarei în promovarea contestației împotriva actelor de evaluare a ofertei intervenientei și de declarare a ofertei SC ... SRL ca fiind câștigătoare, respingerea în tot contestației SC ... SRL și menținerea, ca fiind legale, a comunicării rezultatului procedurii nr. 10049/17.10.2022 și a raportului procedurii nr.10033/17.10.2022, emise de Comuna ..., în calitate de autoritate contractantă.

Cu adresa nr. 1096/08.11.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 55005/09.11.2022, SC ... SRL a formulat concluzii scrise, prin intermediul cărora detaliază cu privire la criticile aduse actelor autorității contractante și, totodată răspunde cererii de intervenție formulată de

către SC ... SRL, precum și punctului de vedere comunicat de către autoritatea contractantă, după cum urmează:

1. În ceea ce privește excepția lipsei de interes în formularea contestației, invocată prin cererea de intervenție, motivat de faptul că această ofertă a fost declarată inacceptabilă în etapa de verificare a îndeplinirii cerințelor de calificare, contestatoarea solicită respingerea acestei excepții ca nefondată, pentru următoarele considerente:

1.1. SC ... SRL îndeplinește cerințele legii privind calitatea de persoană vătămată, respectiv prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) coroborate cu alin. (3) al aceluiași articol din Legea nr. 101/2016, în sensul că are un interes în legătură cu procedura de atribuire, interes expres manifestat prin depunerea ofertei, nu a fost exclusă în mod definitiv din această procedură, iar prejudiciul suferit, reprezentat de neatribuirea contractului este consecința directă a actelor autorității contractante, pe care le consideră nelegale.

1.2. SC ... SRL a contestat actele autorității contractante, atât în ceea ce privește decizia de respingere a ofertei sale, cât și cea referitoare la declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de intervenienta SC ... SRL, pentru motivele dezvoltate în contestație.

Contestarea doar a deciziei de respingere a ofertei sale, în condițiile în care oferta intervenientei este, în opinia sa, este inadmisibilă și ar trebui reevaluată de către autoritatea contractantă, nu este o condiție impusă de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice.

În susținere, invocă decizia Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C 131/16, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 19 februarie 2016, primită de Curte la 1 martie 2016, în procedura Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. din care citează câteva pasaje pe care le consideră relevante, respectiv:

„53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o

cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 24)."

Totodată, arată că CJUE statuează în dispozitivul acestei decizii astfel:

„2) Directiva 92/13/CE a Consiliului din 25 februarie 1992 privind coordonarea actelor cu putere de lege și actelor administrative referitoare la aplicarea normelor comunitare cu privire la procedurile de achiziții publice ale entităților care desfășoară activități în sectoarele apei, energiei, transporturilor și telecomunicațiilor, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66, poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice”.

Așadar, față de cele prezentate anterior, contestatoarea consideră că îndeplinește în totalitate cerințele impuse de prevederile legale în vigoare și este îndreptățită în a formula o contestație împotriva actelor autorității contractante pe care le consideră a fi nelegale, atât în ceea ce privește respingerea ofertei sale, cât și în ceea ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de către intervenientă, motiv pentru care solicită Consiliului respingerea, ca nefondată, a excepției lipsei interesului său în formularea contestației.

2. În ceea ce privește respingerea ofertei SC ... SRL, reiterează că autoritatea contractantă i-a respins oferta în mod nelegal, pe motiv că

nu a îndeplinit cerința din fișa de date a achiziției, pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Astfel, autoritatea contractantă nu a luat în calcul contractul nr. 1396/04.05.2020, depus de SC ... SRL în dovedirea îndeplinirii cerințelor de calificare privind experiența similară, considerând că acesta nu confirmă ducerea la îndeplinire a activității similare cu cele solicitate și că nu au fost defalcate valoric serviciile prestate în cadrul respectivului contract.

Contestatoarea subliniază că activitățile desfășurate în baza Contractului nr. 1396/04.05.2020 sunt activități similare obiectul viitorului contract de achiziție publică, aceste servicii făcând parte din procesul de elaborare a unui studiu de fezabilitate, la rândul său parte din cadrul aceleiași documentații tehnico-economice pentru realizarea obiectivului de investiție „Înființare sistem de distribuție gaze naturale în comuna ..., cu satele aparținătoare ... și ..., județul ...” și nu pot fi defalcate distinct din punct de vedere valoric, întrucât beneficiarul nu le-a avut prezentate ca activități separate în propria documentație.

Aceasta subliniază că autoritatea contractantă continuă să susțină, în punctul de vedere transmis Consiliului, fără a avea nici un fel de suport tehnic sau juridic, că „în cazul contractului prezentat de contestator ca dovada a experienței similare nr. 1396/04.05.2020 sunt prevăzute și servicii care au legătura cu procesul ulterior activităților de proiectare, în speță, «întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesionării serviciului de distribuție gaze naturale» servicii care nu fac parte din categoria proiectării așa cum sunt ele definite de lege”.

Autoritatea contractantă contrazice prevederile legale aplicabile în materie, respectiv lit. n) a art. 2 din Regulamentul pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale, aprobat prin Ordinul ANRE nr. 132/2021, care definește activitatea de proiectare ca fiind ansamblul activităților desfășurate de către un operator economic autorizat, prin intermediul instalatorilor autorizați și al personalului calificat/necalificat sub coordonarea directă a instalatorilor autorizați, în vederea elaborării unui studiu de fezabilitate pentru inițierea procesului de atribuire a concesiunii serviciului public de distribuție a gazelor naturale, a unei documentații tehnice și/sau a unui proiect tehnic în domeniul gazelor naturale.

Concluzionând, arată că nici autoritatea contractantă și nici SC ... SRL nu aduc argumente în sprijinul deciziei de respingere a ofertei SC ... SRL.

Pe de altă parte, subliniază că pentru ofertantul SC ... SRL autoritatea contractantă a luat în calcul contractele prezentate de acesta în dovedirea experienței similare, chiar dacă acestea au conținut și servicii de întocmire a unor documentații în vederea de obținere a unor avize/acorduri. În susținere, exemplifică din raportul procedurii, după cum urmează:

„Comisia consideră că ofertantul îndeplinește cerința privind experiența similară prin luarea în considerare a contractelor prezentate de SC ... SRL, însumând o valoare totală de 654.000,00 lei fără TVA, astfel:

1. Contract nr. 1900/21.12.2020 având ca obiect „Înființare rețea de distribuție gaze naturale în comuna ..., jud. T....” și având valoarea totală a contractului: 135.000,00 lei fără TVA, din care valoare luată în calcul: studiu de fezabilitate – 120.000,00 lei fără TVA; Documentații obținere avize/acorduri – faza SF – 7.000,00 lei fără TVA – 127.000,00 lei fără TVA”.

Având în vedere cele expuse anterior, contestatoarea precizează că își menține în totalitate criticile aduse prin contestație, cu privire la actele autorității contractante în privința respingerii nelegale a ofertei sale.

3. În ceea ce privește admisibilitatea ofertei depuse de către SC ... SRL, aceasta arată că a susținut și probat în contestație că ofertantul nu este autorizat de către ANRE (autorizație de tipul PT) pentru desfășurarea de activități de proiectare referitoare la „Sisteme de distribuție a gazelor naturale, sisteme de distribuție închise, precum și instalații aferente activității de producere/stocare biogaz/biometan ce funcționează în regim de înaltă presiune” și pentru „Instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune”.

În opinia petentei, autoritatea contractantă încearcă să creeze o confuzie între serviciile de proiectare ce vor face obiectul viitorului contract obiect al procedurii de achiziție și execuția lucrărilor de racordare a sistemului de distribuție a gazelor în comuna ..., județul ... cu rețeaua de gaze națională, argumentând contrar prevederilor caietului de sarcini (indicate în contestație).

Astfel, în speță nu este vorba despre procesul de obținere a avizului tehnic de racordare, atribuție ce cade în sarcina constructorului ce va realiza respectiva lucrare, ci despre proiectarea sistemului de distribuție de gaze.

Contestatoarea consideră că, în realitate, autoritatea contractantă a omis să impună prin documentația de atribuire cerințe referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, așa cum acestea sunt

prevăzute de dispozițiile art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, fapt recunoscut și de SC ... SRL în cererea sa de intervenție, respectiv:

„Solicităm să respingeți criticile din contestația promovată de Societatea ... S.R.L referitoare la nedeținerea de către Societatea ... SRL a unei autorizații emisă de către ANRE pentru activitatea de proiectare instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune, având în vedere faptul că un astfel de aviz nu a fost solicitat în documentația de atribuire a ofertanților”.

Contestatoarea învederează că atât autoritatea contractantă, cât și intervenienta, au apărări identice în ceea ce privește procesul de obținere a avizului tehnic de racordare, care nu are legătură cu prestarea serviciilor de proiectare, obiect al prezentei achiziții, în încercarea de a acoperi imposibilitatea ofertantului SC ... SRL de a oferi în mod licit pe piață serviciile de proiectare, conform dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, învederează că autoritatea contractantă arată în punctul de vedere transmis Consiliului că „Activitățile de proiectare cuprinse în prezentul contract fac referire strict la instalații de distribuție a gazelor naturale de medie presiune”, cu toate că în propriul caiet de sarcini, aceasta menționează: „Pentru alimentarea cu gaze naturale a satelor ..., ..., ... și ... din comuna ..., județul ... se vor realiza următoarele:

„- un SRM în construcție modulate având capacitatea de $Q=3200$ Nmc/h. Acest SRM se va împrejmu pe o suprafață de 10x20mp pentru a evita pătrunderea persoanelor neautorizate în interior. SRM-ul va fi dotat cu instalație de paratrăsnet. Pentru a asigura accesul la incinta SRM se va realiza un drum de acces din drumul comunal DC 11 existent în zonă. SRM-ul va face trecerea de la regimul de înaltă presiune la regimul de medie presiune realizată conform normelor NTPEE/2018 și avizelor obținute”

și

„Cuplarea în conducta de transport gaze naturale $\Phi 10$ „...-...-... se va realiza sub presiune, prin intermediul unui robinet de oțel Dn100Pn64 montat în cămin de beton”.

Contestatoarea susține că acestea sunt doar câteva exemple din multitudinea de prevederi din documentația de atribuire care fac trimitere la prestarea de servicii de proiectare pentru care este obligatorie autorizarea ANRE, condiție neîndeplinită de către intervenienta SC ... SRL.

Față de aceste toate considerente, solicită adoptarea măsurilor de remediere solicitate prin contestație și precizate în partea de început a prezentei decizii și, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, conform documentelor ce dovedesc achitarea acestora.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunilor corespunzătoare, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala ... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă prezentei proceduri, pentru lotul 10.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

În calitate de autoritate contractantă, COMUNA ... a inițiat procedura de atribuire simplificată a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect «Achiziție servicii de elaborare Proiect tehnic, DTAC și Detalii de execuție aferent obiectivului de investiții „Înființare rețea distribuție gaze naturale în comuna ..., județul ...”», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../29.08.2022, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 650.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, cu factorii de evaluare: prețul ofertei - pondere 40%, durata de predare a documentației tehnice (PT+DTAC+Detalii de execuție) - pondere 20%, experiența specifică a inginerului proiectant șef PGD - pondere 15%, experiența specifică a responsabilului de proiect/managerului de proiect - pondere 15% și experiența specifică a inginerului proiectant PGD - pondere 10%.

Conform procesului-verbal nr. 8781/12.09.2022 și a declarației de participare publicată în SEAP în data de 06.09.2022 au fost depuse 3 oferte, printre care și cele ale contestatoarei SC ... SRL și intervenientei SC ... SRL.

Potrivit raportului procedurii nr. 10033/17.10.2022, oferta depusă de SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, în etapa de evaluare a DUAЕ, întrucât răspunsul său la solicitările de clarificări cu privire la experiența similară nu a fost

concludent, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL, singura declarată admisibilă, cu un preț de 621.775 lei fără TVA.

Împotriva acestui rezultat SC ... SRL a formulat prezenta contestație, în care critică atât motivul de respingere a ofertei sale, cât și oferta declarată câștigătoare.

În cadrul acestei proceduri a depus cerere de intervenție SC ... SRL, câștigătoarea procedurii.

Având în vedere faptul că, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii în analiză, SC ... SRL are interesul a se păstra actele întocmite de autoritatea contractantă în forma lor actuală, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Pe fondul cauzei, Consiliul are în vedere în soluționare prevederile documentației de atribuire care au stat la baza respingerii ofertei contestatoare și anume:

„III.1.3) Capacitatea tehnică și profesională:

1.) Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat.

Operatorii economici trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani au prestat servicii similare în valoare cumulată de minim 650.000,00 lei fără TVA, la nivelul unui contract sau maxim 5 contracte.

*Prin servicii similare se înțeleg **servicii de proiectare tehnică pentru rețele de distribuție a gazelor naturale.** (...)*

Potrivit prevederilor art. 193 din Legea 98/2016, autoritatea contractantă acceptă în cadrul ofertelor DUAЕ (Documentul Unic de Achiziție European), în locul documentelor solicitate în vederea demonstrării cerințelor de calificare, inclusiv a capacității de exercitare, ca dovadă preliminară.

***Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate de ofertantul clasat pe primul loc** (inclusiv de ofertantul asociat, terțul susținător și subcontractant, după caz), la solicitarea autorității contractante, conform art. 196 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 66 din HG 395/2016. (...)*

Autoritatea contractantă solicită informații referitoare la principalele servicii prestate în ultimii 3 ani de la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor în cuantum de 650.000,00 lei fără TVA la nivelul

unui contract sau a maxim 5 contracte, pentru a se asigura că ofertantul principal/asociații, a/au prestat în trecut servicii de natura celor care fac obiectul prezentei proceduri.

(...)

În conformitate cu prevederile art. 179 lit. b) din Legea 98/2016 pentru dovedirea experienței profesionale și a îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă solicită informații privind:

- lista principalelor serviciilor prestate (elaborare Proiect tehnic, DTAC și detalii de execuție), în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani de la data depunerii ofertelor la prezenta procedură, din care să rezulte că au fost prestate și duse la bun sfârșit, servicii similare în conformitate cu art. 179 lit. b) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Prin servicii similare se înțelege: servicii de proiectare tehnică pentru rețele de distribuție a gazelor naturale.

Conform art. 9 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, serviciile de proiectare duse la bun sfârșit vor fi considerate următoarele:

a) servicii recepționate parțial, cu condiția ca specificul contractului/activităților ce reprezintă experiența similară să permită elaborarea unui livrabil care să poată fi utilizat de beneficiar ca rezultat independent;

b) servicii recepționate la sfârșitul prestării;

Documentele justificative care demonstrează îndeplinirea cerinței privind experiența similară pot fi:

- contracte de prestări servicii de proiectare,
- certificări de bună prestare a serviciilor,
- proces-verbal de predare-primire a documentelor.

Din documentele justificative prezentate de ofertant trebuie să reiasă următoarele informații: beneficiarul, titlul proiectului, perioada de elaborare a proiectului (data semnării contractului, data procesului-verbal de predare-primire documentație), perioada asistenței tehnice din partea proiectantului (data începerii lucrărilor, data procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor), recomandări din partea beneficiarilor.”

Totodată, potrivit definiției de la art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016: „s) DUAЕ - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia

Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”.

Cu incidență în cauză mai sunt și următoarele norme legale:

- art. 193 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

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

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

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

- art. 132. - (1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ.

(2) Comisia de evaluare are obligația solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare **ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.”**

Conform acestor norme legale, transpuse și în documentația de atribuire și anunțul de participare, evaluarea DUAЕ constă în acceptarea declarației pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție.

În această etapă de evaluare, autoritatea contractantă face o verificare sumară a celor declarate în DUAЕ, prezumând ca fiind adevărate cele precizate în DUAЕ.

Verificarea celor declarate în DUAЕ se face pe bază de documente probatorii în ultima etapă de verificare înainte de încheierea raportului procedurii și doar pentru ofertanta clasată pe locul I după evaluarea tehnică și financiară.

Consiliul constată că evaluarea DUAЕ efectuată de autoritatea contractantă depășește limitele din normele legale citate mai sus și transpuse în documentația de atribuire.

Totodată Consiliul reține că această evaluare nu se încadrează din punct de vedere legal și al documentației de atribuire nici cu evaluarea documentelor depuse în susținerea DUAЕ, care trebuie să se facă doar în cazul ofertelor clasate pe primul loc în clasamentul intermediar după evaluarea tehnică și evaluarea financiară.

Însă acest proces de evaluare nu suferă doar de vicii de procedură, ci și de erori de fond.

Astfel, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea vreunui document referitor la contractul de experiență similară în cauză, ci doar menționarea valorii serviciilor de proiectare tehnică similare prestate în cadrul contractului nr. 1396 (clarificare nr. 8783/12.09.2022) și defalcarea și detalierea fiecărei activități din respectivul contract în parte (clarificare nr. 8943/14.09.2022).

Deși contestatoarea a răspuns la ambele solicitări, precizând inițial (adresa nr. 201/12.09.2022) următoarele valori: elaborare studiu de fezabilitate - 104.000 lei și întocmire documentație în vederea obținerii avizelor - 26.000 lei (total 130.000 lei), și ulterior (adresa nr. 208/15.09.2022) că respectivul contract nu a fost defalcat pe etape, obiectivul contractului fiind elaborarea completă a studiului de fezabilitate (cu toate etapele aferente), totuși, autoritatea contractantă nu a ținut seama de aceste răspunsuri ale contestatoarei și nu a luat în considerare acest contract ca experiență similară, pe considerentul că din denumirea contractului reiese că pe lângă activitățile de proiectare indicate de contestatoare, aceasta a mai prestat în cadrul aceluiași contract și servicii de consultanță.

Este drept, contractul în cauză are o denumire lungă și insuficient de clară: «Servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale (aviz de principiu racordare gaze naturale), elaborarea studiului de fezabilitate pentru înființare sistem de distribuție gaze naturale, întocmire documentație în vederea obținerii avizelor/acordurilor conform CU, întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesionării serviciului de distribuție gaze naturale, obținere autorizație de înființare sistem de distribuție gaze naturale pentru obiectivul de investiții "Înființare sistem de distribuție gaze naturale în comuna ..., cu satele aparținătoare ... și ..., județul ..."».

Fără a ține seama de răspunsurile contestatoarei cu privire la cele două solicitări de clarificări, autoritatea contractantă a considerat că din denumirea contractului reiese că în cadrul aceluiași contract, pe lângă

serviciile de proiectare au fost prestate și alte două servicii, respectiv „servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale” și „întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale”, despre care afirmă că sunt servicii de consultanță.

Ori, potrivit art. 1.266 din Codul civil:

„(1) Contractele se interpretează după voința concordantă a părților, **iar nu după sensul literal al termenilor.**

(2) La stabilirea voinței concordante se va ține seama, între altele, de scopul contractului, de negocierile purtate de părți, de practicile statornicite între acestea și de comportamentul lor ulterior încheierii contractului.”

Ori, autoritatea contractantă a defalcat activitățile din contract în activități de proiectare și activități de consultanță doar în baza titlului contractului, fără a solicita depunerea contractului respectiv pentru a verifica obiectul acestui contract.

Consiliul nu poate reține argumentul autorității contractante, potrivit căruia din anexele 4, 5 și 6 la HG nr. 907/2016 reiese că „servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale” și „întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesiunii serviciului de distribuție gaze naturale” reprezintă servicii de consultanță și nu servicii de proiectare.

În primul rând, autoritatea contractantă nu precizează articolele din cadrul Anexelor 4, 5 și 6 la HG nr. 907/2016 în baza cărora a făcut această afirmație. De asemenea, nu motivează în niciun fel cum a ajuns la această concluzie.

Mai mult, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 7 alin. (1) din HG nr. 907/2016: „(1) Studiul de fezabilitate este documentația tehnico-economică prin care proiectantul, fără a se limita la datele și informațiile cuprinse în nota conceptuală și în tema de proiectare și, după caz, în studiul de prefezabilitate, **analizează, fundamentează și propune minimum două scenarii/opțiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat și documentat, scenariul/opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiții.**

Ori, „servicii de elaborare studiu de soluții privind racordarea la sistemul de transport sau în sistemul de distribuție gaze naturale”

reprezintă tocmai această parte a studiului de fezabilitate, prin care autorul acestui studiu „analizează, fundamentează și propune minimum două scenarii/opțiuni tehnico-economice diferite, recomandând, justificat și documentat, scenariul/opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă) pentru realizarea obiectivului de investiții”.

Totodată potrivit Anexei 4 Studiu de fezabilitate - conținut-cadru din HG nr. 907/2016, Pieseile scrise conțin:

„3) Identificarea, propunerea și prezentarea a minimum două scenarii/opțiuni tehnico-economice pentru realizarea obiectivului de investiții (...)

4. Analiza fiecărui/fiecărei scenariu/opțiuni tehnico-economic(e) propus(e) (...)

5. Scenariul/Opțiunea tehnico-economic(ă) optim(ă), recomandat(ă)”, adică exact aceea parte a studiului de fezabilitate pe care autoritatea contractantă a considerat-o ca fiind servicii de consultanță și nu de proiectare.

Ori, întocmirea studiului de fezabilitate reprezintă parte a proiectării, așa cum acesta este definită și la art. 2 alin. (1) lit. n) din Ordinul ANRE nr. 132/2021:

„n) proiectare - ansamblul activităților desfășurate de către un operator economic autorizat, prin intermediul instalatorilor autorizați și al personalului calificat/necalicat sub coordonarea directă a instalatorilor autorizați, în vederea elaborării unui studiu de fezabilitate pentru inițierea procesului de atribuire a concesiunii serviciului public de distribuție a gazelor naturale, a unei documentații tehnice și/sau a unui proiect tehnic în domeniul gazelor naturale.”

Prin urmare, elaborarea unei documentații tehnice și/sau a unui proiect tehnic în domeniul gazelor naturale reprezintă parte a proiectării, deci și serviciile respective reprezintă servicii de proiectare și nu de consultanță.

Urmează ca, dacă în urma reevaluării care va fi dispusă de Consiliu, oferta depusă de SC ... SRL se va clasa pe locul 1 în clasamentul intermediar după evaluarea DUAЕ, propunerii tehnice și celei financiare, autoritatea contractantă să facă verificări, pe baza documentelor prevăzute în documentația de atribuire, cu privire la prestarea serviciilor de „întocmire documentație și asistență tehnică în vederea concesionării serviciului de distribuție gaze naturale” în cadrul contractului nr. 1396/04.05.2020 și încadrarea acestora în categoria serviciilor de consultanță și nu de proiectare.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va admite critica contestatoarei și va dispune reevaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele de mai sus.

În continuare, Consiliul va analiza critica din contestație referitoare la oferta declarată câștigătoare, depusă de SC ... SRL

Consiliul va analiza mai întâi excepția lipsei de interes a contestatoarei, a cărei ofertă a fost respinsă, de a formula critici cu privire la oferta declarată câștigătoare.

În ceea ce privește interesul, se observă că dispozițiile relevante ale Legii nr. 101/2016, sunt:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispune în sensul că „Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, unde se arată că „în sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

- (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire;

- și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”;

- art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, unde se prevede că: „(3) în sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.

Or, în cazul de față, chiar dacă Consiliul ar fi reținut legalitatea respingerii ofertei contestatoarei, această respingere nu este definitivă, contestatoarea având dreptul să introducă o cale de atac împotriva deciziei Consiliului.

De asemenea, există hotărârea pronunțată de CJUE în cauza C-100/12 Fastweb (2 ofertanți), potrivit căreia:

„Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că, dacă, în cadrul unei proceduri privind o cale de atac, adjudecatarul, care a obținut contractul și a formulat o cale de atac incidentă, ridică o excepție de inadmisibilitate întemeiată pe lipsa calității procesuale active a ofertantului care a formulat această cale de atac pentru motivul că oferta pe care acesta din urmă o prezentase ar fi trebuit să fie înlăturată de autoritatea contractantă din cauza neconformității sale cu specificațiile tehnice definite de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, dispoziția menționată se opune ca această cale de atac să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate menționate fără o pronunțare cu privire la conformitatea cu respectivele specificații tehnice atât a ofertei adjudecatarului, care a obținut contractul, cât și a celei a ofertantului care a formulat calea de atac principală.”

Curtea reține că acțiunea incidentă a adjudecatarului nu poate conduce la respingerea căii de atac a unui ofertant în ipoteza în care legalitatea ofertei fiecăruia dintre operatori este pusă în discuție în cadrul aceleiași proceduri și pentru motive de aceeași natură. Astfel, într-o asemenea situație, fiecare dintre concurenți poate invoca un interes legitim care să însemne excluderea ofertei celorlalți, ceea ce poate să conducă la constatarea imposibilității pentru autoritatea contractantă de a efectua selecția unei oferte legale.

Prin urmare, Consiliul va respinge această excepție, cu atât mai mult cu cât, anterior analizei acestei excepții, a admis contestația cu privire la reevaluarea ofertei contestatoarei.

Pe fond, contestatoarea susține că pentru a presta activitățile acestui contract, care cuprind și activitatea de proiectare instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune, ofertanții trebuie să dețină o autorizație emisă de ANRE de tip PT, iar SC ... SRL nu deține o astfel de autorizație.

Atât autoritatea contractantă, cât și intervenienta susțin că o astfel de autorizare nu a fost solicitată prin documentația de atribuire.

Consiliul reține că, potrivit documentației de atribuire, pentru proiectantul șef rețele de gaze și pentru proiectantul rețele de gaze s-a

solicitat deținerea de atestat de tip PGD pentru sistem de distribuția gazelor naturale.

Totodată Consiliul a constatat că nu s-au solicitat deținerea altor atestate/autorizații pentru distribuția gazelor și în consecință, nici deținerea autorizației ANRE de tip PT, invocată de contestatoare.

Practic, diferendul dintre părți constă dacă, în ceea ce privește cerințele privind capacitatea tehnică, documentația de atribuire se completează/nu se completează, de drept, cu prevederile legislației specifice unui anumit domeniu;

Chestiunea respectivă a fost amplu tratată în practica CJUE, și, cu toate acestea, considerentele acestor spețe sunt interpretate trunchiat și partizan la nivelul practicii naționale, fără a ține seama de întregul context al spețelor respective.

În ceea ce privește legislația națională, 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 criterii 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

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 și că nu este obligatorie desemnarea unui subcontractant de la momentul depunerii ofertelor.

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. **În 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 că „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 poată 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 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 (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, 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 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, sau să aprecieze că nu a fost nominalizat un subcontractant pentru activități de mică anvergură, dar importante în economia contractului, la momentul depunerii ofertei.

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă astfel de cerințe de calificare, a veni în acest moment să includă o astfel de cerință, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind 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 anumite autorizări, 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 contractului, așa cum justificat apreciază

Comisia Europeană în documentul menționat și CJUE în numeroase spețe, respectiv:

- cauza C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, în care CJUE menționează expres că „Articolul 70 din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din această directivă trebuie interpretat în sensul că **se opune ca oferta unui ofertant să fie respinsă pentru simplul motiv că acesta nu face dovada, la momentul depunerii ofertei sale, că îndeplinește o condiție de executare a contractului în discuție**”.

- cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

„În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, 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, dar 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, care 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 la nivelul documentației de atribuire, ofertantul este respins ulterior pentru neincluderea în ofertă a unor astfel de experți. Această interpretare ar transforma sistemul de achiziții publice din România într-unul aleatoriu, instabil, care n-ar oferi posibilitatea realizării investițiilor de care avem atâta nevoie, încălcându-se în mod grav legislația națională, europeană și practica CJUE.

Tot în sensul practicii ANAP este și decizia nr. 1531/2017 pronunțată într-o speță de ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, aceasta făcând distincție clară între obligația ofertanților „să dețină” personal de specialitate la data depunerii ofertelor și „să dispună” de personal de specialitate, la data îndeplinirii contractului, prima variantă fiind considerate restrictivă:

„În motivarea recursului formulat, ministerul recurent a susținut, în esență, următoarele critici:

- în mod eronat s-a reținut că, prin **solicitarea ca ofertanții să „dețină” personal de specialitate, la data depunerii ofertelor, iar nu „să dispună” de personal de specialitate, la data îndeplinirii contractului, nu au fost respectate prevederile art. 188 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 și, prin aceasta, au fost încălcate prevederile art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006;**

- nu s-a urmărit în niciun moment încălcarea prevederii de la alin. (2) lit. c) a art. 188 din O.U.G. nr. 34/2006, ci s-a solicitat în mod legal îndeplinirea de către ofertanți a unei cerințe minime în ceea ce privește personalul operatorilor economici;

- instanța de fond a reținut în mod eronat că ministerul recurent a încălcat principiul tratamentului egal și al proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, respectiv a art. 2 din Directiva 2004/18/CEE a Parlamentului European și a Consiliului;

- totodată, în cauză, nu a fost respectat principiul proporționalității și al gravității neregulii, a unor criterii adecvate la stabilirea reducerii procentuale.

În concluzie, ministerul recurent a solicitat admiterea recursului astfel cum a fost formulat, casarea în tot a sentinței recurate și admiterea cererii de chemare în judecată astfel cum a fost formulată.

(...)potrivit prevederilor art. 188 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii:

„(2) În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

c) informații referitoare la personalul/organismul tehnic de specialitate de care dispune sau al cărui angajament de participare a fost obținut de către candidat/ofertant, în special pentru asigurarea controlului calității”.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă că personalul nu trebuie, în mod necesar, să fie angajat al ofertantului sau al unuia dintre membrii asocierii, în baza vreunui contract de muncă, de colaborare, etc., la data depunerii ofertei, ci aceștia trebuie să prezinte la momentul depunerii ofertelor doar o declarație de disponibilitate.

Or, prin impunerea condiției ca ofertanții să dețină, iar nu să dispună la data îndeplinirii contractului de personal de specialitate, nu au fost respectate prevederile art. 188 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, ceea ce reprezintă o încălcare a prevederilor art. 178 alin. (2) potrivit cărora:

„(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.

Astfel, prin impunerea unor criterii de calificare restrictive, autoritatea contractantă a adus încălcări principiilor tratamentului egal și proporționalității prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, care sunt/reprezintă transpunerea dispozițiilor art. 2 din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului.

Totodată, a mai rezultat că, potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x din 28 ianuarie 2013 comisia de evaluare a hotărât solicitarea de clarificări ofertanților. Astfel, prin Adresa nr. 98 din 29 ianuarie 2013 comisia de evaluare a solicitat ofertanților „specificarea unor perioade (ce pot fi susținute cu documente care pot fi prezentate ulterior), care, însumate, să asigure existența unei experiențe specifice de cel puțin 3 ani în achiziții publice pentru persoana propusă ca expert achiziții publice.”

Cu Adresa nr. 100 din 01 februarie 2013 S.C. B. S.R.L. a răspuns următoarele:

„Perioadele în care persoana propusă de S.C. B. S.R.L. ca expert achiziții publice a deținut atribuții de expert achiziții publice în cadrul contractelor încheiate de S.C. B. S.R.L. cu Autorități Contractante sau beneficiari privați sunt între 19.02.2010 - 24.12.2012"... "De asemenea, în perioada 2004-2005 expertul a lucrat în cadrul Ministerului Integrării Europene, fiind repartizat în cadrul Ministerul Finanțelor Publice, - OPCP, Serviciul licitații, având atribuții în cadrul comisiilor de licitații, perioada respectivă putând fi asimilată ca experiență în achizițiile publice.”

Potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x/06.02.2013, oferta a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, întrucât „perioada de activitate în calitate de consilier de integrare nu poate fi considerată ca experiență specifică achizițiilor publice” și „deși atestatul de expert achiziții publice a fost eliberat la data de 19.09.2009, nu rezultă că expertul propus a început o activitate specifică relevantă din acel moment.”

Astfel, comisia de evaluare nu a mai solicitat clarificări cu privire la perioada lucrată în cadrul MFP, care să detalieze activitatea desfășurată și a respins oferta depusă S.C. B. S.R.L. ca fiind inacceptabilă. Beneficiarul a considerat că abia după absolvirea cursurilor de formare, persoana respectivă are experiența necesară desfășurării activității în cauză și prin urmare, a considerat că certificatul CNFPA trebuia să acopere întreaga perioadă de 3 ani, solicitată pentru experiența specifică.

Totuși, potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x din 28.01.2013 comisia de evaluare a considerat acceptabile ofertele depuse de S.C. C. S.R.L. - Certificat emis la data de 18.04.2011, S.C. D. S.R.L. - Certificat emis la data de 08.03.2010, S.C. A. S.R.L. - Certificat emis la data de 21.02.2011 și S.C. E. S.R.L. - Certificat emis la data de 09.2008, rezultând că în cazul primelor trei oferte, niciunul dintre certificatele menționate nu a fost eliberat cu cel puțin 3 ani înainte de data depunerii ofertelor.

Astfel, instanța de fond a reținut că autoritatea contractantă, prin modul în care a procedat, a încălcat/nu a respectat principiul tratamentului egal reglementat la art. 2 alin. (2) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data respectivă, neregulă care a atras o reducere procentuală de 10% din Contractul de servicii din 25.03.2013, în final rămânând o singură reducere procentuală de 10%, ca urmare a aplicării prevederilor art. 4 din Anexa - Normă metodologică, aprobată prin H.G. nr. 875/2011.

Astfel fiind, instanța de recurs a reținut că este neîntemeiată și critica autorității recurente cu privire la nerespectarea de către instanța de fond, în ceea ce privește individualizarea măsurii, a principiului proporționalității în stabilirea reducerii procentuale, care a fost limitată la 10%, deși în cauză a fost vorba de două abateri/nereguli comise”.

Consiliul reține, în concluzie, că documentația de atribuire nu cuprinde prevederi exprese la deținerea unei autorizații emise de ANRE pentru activitatea de proiectare instalații de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de înaltă presiune.

Consiliul are în vedere și considerentele deciziei nr. 1650/22.06.2022 a Curții de Apel București, pronunțată în dosarul nr. 3963/2/2022, unde instanța a reținut următoarele:

„Curtea reține că este greșită susținerea petentelor referitoare la obligația intimei D.. de a declara subcontractanții care urmau să execute anumite părți din lucrarea contractată și care ar fi deținut atestatele și autorizațiile legale necesare.

Astfel, Curtea, în acord cu Consiliul, constată că ofertantul D... a răspuns la solicitarea de clarificări, arătând că la momentul execuției lucrărilor, va apela la alți operatori economici cu care, în mod obișnuit, desfășoară activități similare, în baza unor contracte de prestări servicii.

Curtea observă, de asemenea, că prin acest răspuns, ofertantul D... a vrut să arate că are acces la personal calificat din surse externe.

Contrar susținerilor petentelor, Curtea reține că documentația de atribuire nu prevede în sarcina ofertanților obligația de a prezenta autorizațiile și atestatele indicate mai sus și nici să desemneze subcontractanți.

Astfel, conform art. 63 alin. (1) din Directiva 24/2014, precum și a practicii constante a CJUE, excluderea din procedură a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională ce decurg din legi speciale, dar care a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contractul de achiziție, cum ar fi contractul de prestări-servicii, este greșită.

În ceea ce privește respectarea principiilor egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, Curtea are în vedere că tocmai pentru a nu fi încălcate aceste principii, este interzis autorității contractante de a modifica criteriile în cursul procedurii de atribuire, fiind nelegal ca un ofertant care respectă cerințele prevăzute în documentația de atribuire să fie exclus (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05)".

Pentru toate aceste motive, Consiliul va respinge, ca nefondată, critica din contestație referitoare la oferta declarată câștigătoare.

Prin urmare, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ..., anulează raportul procedurii nr. 10033/17.10.2022 și actele subsecvente cu privire la evaluarea ofertei depusă de SC ... SRL și dispune reevaluarea acesteia în conformitate cu considerentele de mai sus.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, celelalte critici din contestația depusă de SC ... SRL.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, având în vedere soluția pronunțată, în temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, Consiliul o va admite, în parte, respectiv cu privire la oferta sa.

Referitor la solicitarea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de judecată, Consiliul reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Totodată, potrivit prevederilor art. 453 din Codul de Procedură Civilă: „(1) Partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. (2) Când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată. Dacă este cazul, judecătorii vor putea dispune compensarea cheltuielilor de judecată.”

De asemenea, potrivit art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă: „Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său.”

Cheltuielile reclamate reprezintă „redactare contestație, concluzii scrise, asistență juridică prezentare” în cadrul procedurii SCN ..., în cuantum de lei facturate cu factura seria FR nr. ... și achitate cu ordinul de plată nr. ..., emis de

Având în vedere că această contestație a fost admisă, în parte, Consiliul va admite, în parte, și petitul privind obligarea autorității contractante la plata către contestatoare a cheltuielilor de judecată, acestea fiind reduse la 1500 lei, în temeiul art. 451 alin. (2) și art. 453 din Codul de Procedură Civilă, ținând seama și de complexitatea redusă a cauzei.

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

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ..., anulează raportul procedurii nr. 10033/17.10.2022 și actele subsecvente cu privire la evaluarea ofertei depusă de SC ... SRL și dispune reevaluarea acesteia în conformitate cu considerentele prezentei decizii.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, celelalte critici din contestația depusă de SC ... SRL.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, admite, în parte, cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, respectiv cu privire la oferta sa.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SC ... SRL a sumei de 1500 lei, reprezentând cheltuieli de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, 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.

Redactată în 5 exemplare, conține 48 (patruzeci și opt) pagini.