

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2352/07.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47389/08.09.2021, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Lucrări de reparații la acoperiș și trotuare SJAN și 10 PP ale IPJ Botoșani*”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii de atribuire nr. 68339/01.09.2021 în părțile privind declararea admisibilității ofertelor depuse de SC ... - lot 1, SC ... SRL - lot 2 și SC ... lot 3 și, respectiv, a declarării ofertelor câștigătoare, precum și a tuturor actelor administrative premergătoare și subsecvente incidente rezultatului procedurii, ca netemeinice și nelegale.
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire și la finalizarea legală a acesteia, prin reevaluarea ofertelor depuse de către SC ..., cu respectarea regulilor impuse prin documentația de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și la stabilirea în consecință a rezultatului procedurii.

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

Prin contestația nr. 2352/07.09.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 47389/08.09.2021, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertelor sale, aferente celor trei loturi, ca admisibile dar necâștigătoare.

Contestatoarea menționează că potrivit raportului procedurii - pct. 3.1.5. „Aplicarea criteriului de atribuire și stabilirea clasamentului ofertanților”, oferta sa s-a clasat pe locul al II-lea în clasamentul ofertelor

admisibile la fiecare lot în parte, locul I și câștigătoare, conform pct. 5 al aceluiași raport, fiind desemnate ofertele depuse de către SC ...

Prin anunțul de participare și fișa de date din cadrul documentației de atribuire a fost impusă următoarea cerință obligatorie:

- pct. III.1.1.b) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale” al fișei de date a achiziției: „Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedescă o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență că este legal constituit și că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile fac obiectul contractului”.

- pct. III.1.3.1) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” al fișei de date a achiziției: „Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat, operatorul economic va demonstra capacitatea tehnică și profesională care îi permite realizarea lucrărilor ce fac obiectul Contractului / Contractelor de execuție lucrări”.

Prin intermediul caietelor de sarcini a fost precizată execuția unor categorii de lucrări care necesită autorizări și atestări specifice, sens în care sunt exemplificate cu următoarele mențiuni ale respectivelor documente, astfel:

- cap. 3 „*Situație propusă*”,

Lucrările stabilite a fi executate conform listelor de cantități anexate la prezentul caiet de sarcini, sunt:

- *Desfacerea învelitorii existente;*
- *Desfacerea jgheburilor și a burlanelor;*

(...)

• *Ignifugarea și protecția insecto-fungicidă totală a materialului lemnos al șarpantei (căpriori, pane, contrafise, popi, astereala etc, (...));*

Din părțile redată ale documentației de atribuire, rezultă că, pentru a dovedi că dețin „capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”, ofertanții, pe lângă forma de înregistrare conținând obiectul de activitate specific tipologiei contractului - lucrări civile - cod CAEN 4120 - trebuiau să prezinte atestatele și autorizările/atestatele specifice necesare execuției lucrărilor de:

- lucrări de ignifugare;

După cum rezultă din raportul procedurii, ofertanții declarați câștigători, SC ... 3, operatori economici neatestați IGSU, au participat la procedură cu oferte individuale (ofertanți unici), neavând subcontractanți declarați atestați conform OMAI nr 87/2010 cu modificările și completările ulterioare.

Potrivit art. 1 alin. (1) și alin. (2) lit. a)-d) din Metodologia de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor aprobată prin Ordinul ministrului administrației și internelor nr. 87/2010, execuția lucrărilor în domeniul apărării împotriva incendiilor se execută doar de către persoane autorizate, fiind expres reglementată rigoarea conform căreia:

„Fac obiectul autorizării potrivit prezentei metodologii următoarele lucrări: a) proiectarea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;

b) instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;

c) proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;

d) instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră"

e) termoprotecție cu vopsele termosfumante;

f) termoprotecție cu produse de torcretare;

g) ignifugarea materialelor combustibile".

După cum rezultă din informațiile publice afișate pe site-ul <https://www.igsu.ro/Resources/biblioteca/Prevenire/QMAI-87-2010.pdf>, niciunul dintre operatorii economici declarați câștigători în cadrul procedurii nu se regăsește în *„Lista cu persoanele autorizate în conformitate cu OMAI nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare, pentru efectuarea lucrărilor de ignifugare a materialelor combustibile, la data de 21 august 2021"*.

Prin urmare, respectivii ofertanți nu dețin *„capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului"* constituite de *„Ignifugarea și protecția insecto-fungicidă totală a materialului lemnos al șarpantei"*.

Întrucât, sub aspectele prezentate, ofertele declarate câștigătoare, depuse de către ... și respectiv ... nu îndeplinesc cerința pct. III.1.1.b) *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale"* al fișei de date a achiziției - *„Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească (...) și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului precum și cerința pct III.1.3.1) „Capacitatea tehnică și/sau profesională"* al fișei de date a achiziției: *„Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat operatorul economic va demonstra capacitatea tehnică și profesională care îi permite realizarea lucrărilor ce fac obiectul Contractului / Contractelor de execuție lucrări"*, în niciuna dintre ipotezele reglementate de art. 51 din HG nr. 395/2016, contestatoarea solicită a se constata că respectivele oferte se află sub incidența dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, fiind declarate astfel, în mod greșit, admisibile și câștigătoare.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 68410/09.09.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 47858/10.09.2021 cu privire la contestația formulată de către SC ...SRL, iar ulterior, cu adresa de înaintare nr. 68445/13.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 48475/15.09.2021, a depus în copie dosarul achiziției, necesar soluționării cauzei.

Autoritatea contractantă consideră că motivele contestației formulate de către SC ... SRL sunt neîntemeiate și nefondate, și solicită respingerea acestora pe următoarele considerente:

Operatorul economic contestatar interpretează în mod eronat și nepermis dispozițiile legale privind *„capacitatea tehnică și profesională” prin raportare la cerința din cadrul documentației de atribuire care a impus obligația ca „operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească precum și faptul că au capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului”, de asemenea faptul că „operatorul economic va demonstra capacitatea tehnică și profesională care îi permite realizarea lucrărilor ce fac obiectul contractului”.*

Interpretarea eronată este dată de faptul că raportat la lucrarea prevăzută a fi executată respectiv *„ignifugarea și protecția insecto-fungică totală a materialului lemnos al șarpantei (căpriori, pane. contrafișe, popi, astereală etc.)”* operatorul economic contestatar apreciază că pentru a dovedi *„capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”,* ofertanții trebuiau să prezinte atestatele și autorizările/atestatele specifice necesare execuției lucrărilor de ignifugare.

Ori este cât se poate de eronată această interpretare, atât timp cât dispozițiile legale în materie prevăd următoarele:

Art. 178 din Legea 98/2016 *„(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.”

Mai mult, potrivit art. 181 din Legea nr. 98/2016 *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”.*

Ori, existența unui atestat sau autorizare necesare pentru execuția unei anumite lucrări nu poate reprezenta o cerință care s-ar circumscrie capacității tehnice și profesionale.

Mai mult, toți ofertanții câștigători au ofertat ignifugarea și protecția insecto-fungicidă totală a materialului lemnos al șarpantei, aceasta activitate fiind prevăzută în caietul de sarcini ca și lucrare stabilită a fi executată, documentația de atribuire neinstituind nicio cerință pentru ofertanți în sensul de a prezenta atestate sau autorizări pentru realizarea acestei lucrări.

Față de motivul indicat de contestator, cum că, astfel cum rezultă din raportul procedurii, ofertanții declarați câștigători sunt operatori economici neatestați IGSU (faptul că nu sunt atestați rezultă din verificările efectuate de contestator pe site-ul de IGSU) și au participat la procedura de achiziție neavând subcontractanți declarați conform OMAI 87/2010, este de asemenea neîntemeiat, atât timp cât contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică în condițiile Legii nr. 98/2016, art. 219.

Pe de altă parte, contractantul are și dreptul de a achiziționa serviciul de ignifugare de la o societate autorizată atât timp cât această lucrare a fost ofertată în cantitățile de lucrări, urmând ca, dacă este cazul, în conformitate cu prevederile punctului 4 din caietul de sarcini „4. *Activități solicitate pe perioada de execuție a lucrărilor de reparații:*

Pe parcursul executării lucrărilor sus menționate, antreprenorul declarat câștigător va lua toate măsurile pentru respectarea în totalitate a cerințelor legislației în vigoare privind calitatea în domeniul construcțiilor:

- *Legea nr. 10/1995 - privind calitatea în construcții, cu completările și modificările ulterioare;*

- *HG nr. 766/1997 privind aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții.*

Totodată, antreprenorul are următoarele obligații:

- *Asigurarea forței de muncă calificată pentru execuția lucrărilor contractate;*

- *Asigurarea condițiilor și echipamentelor de protecție, privind securitatea și sănătatea în muncă a personalului lucrător;*

- *Asigurarea calității lucrărilor și materialelor puse în operă;*

- *Asigurarea garanției pentru lucrările executate și pentru materialele puse în operă;*

- *Înaintarea către beneficiar, la finalizarea lucrărilor, a tuturor documentelor de atestare a calității materialelor puse în opera și a lucrărilor executate;*

- *Preluarea tuturor deșeurilor rezultate pe parcursul executării lucrărilor și predarea acestora către centrele de colectare selectivă*, pe cheltuiala executantului;*

- *Asigurarea curățeniei în podul clădirii și în curtea imobilului;*

- *Asigură permanent supravegherea lucrărilor prin șef de lucrări;*

- *Menține pe toată durata de execuție a lucrărilor legătura cu reprezentanții beneficiarului, raportând săptămânal sau oricând la solicitarea acestuia, stadiul fizic al lucrărilor;*
- *Va respecta întocmai prevederile prezentului caiet de sarcini, precum și teremenele de execuție asumate prin contract;*
- *Va sta la dispoziția beneficiarului pentru orice fel de verificări și explicații în legătură cu lucrările executate sau în curs de execuție;*
- *Antreprenorul va preleva probe din materialul lemnos după procesul de ignifugare, în prezența beneficiarului, care ulterior vor fi trimise pentru analiză pe propria cheltuială, la un laborator acreditat în acest sens. Rezultatele încercărilor vor fi înaintate beneficiarului la recepția la terminarea lucrărilor, odată cu celelate documente mai sus solicitate."*

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă apreciază că a respectat prevederile legale din domeniul achiziției publice, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată iar pe cale de consecință, menținerea rezultatul procedurii de atribuire comunicat prin intermediul platformei SEAP la data de 01.09.2021 și a raportului procedurii de atribuire cu nr. 68339/01.09.2021.

Prin adresa nr. 1379/15.09.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 48651/15.09.2021, SC ... SRL formulează răspuns la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, în care menționează că prin întregul conținut al întâmpinării formulate, autoritatea contractantă încearcă să nege cerința propriei documentații de atribuire.

Prin urmare, contrar celor susținute de autoritatea contractantă, aceasta a impus prin documentația de atribuire rigoarea ca ofertanții să dovedească că au capacitatea profesională de a realiza „activitățile care fac obiectul contractului”.

Astfel că, în situația în care fac obiect al contractului, execuția lucrărilor de:

- *Ignifugarea și protecția insecto-fungicidă totală a materialului lemnos al șarpantei (căpriori, pane, contrafișe, popi, astereala etc...), ofertanții erau obligați la a constitui dovada că au capacitatea profesională de a realiza respectivele lucrări a căror execuție, prin legile care guvernează domeniile specifice și normativele tehnice aplicabile, poate fi realizată doar de către operatori economici a căror calificare este atestată/autorizată de către instituțiile legal abilitate.*

Pe lângă faptul că cerința formulată a rămas definitivă și obligatorie, atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta este perfect legală după cum rezultă și din documentul intitulat „Lista de Verificare pentru Contractele de Lucrări Proiectare și Execuție” publică pe site-ul ANAP <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2018/10/LV-Lucrari-Proiectare-si-Executie-publicare-site-ANAP.pdf>. În care, la nr. crt. 110, se specifică expres ca punct de verificare pentru regularitate: „Cerințe privind deținerea unor autorizații

specifice, necesare derulării contractului - Dacă se utilizează, orice autorizație specifică solicitată de la operatorii economici este corelată cu obiectul contractului și relevantă în raport cu acesta, iar reglementările ce impun solicitarea deținerii unei autorizații specifice sunt menționate", ca bază legală fiind indicate art. 173(2) și art. 172(5)- din Legea nr. 98/2016.

Chiar și dacă nu s-ar fi formulat o cerință expresă în respectivul sens, întrucât legislația specifică domeniilor supuse autorizării specifice nu permite execuția respectivelor tipuri de lucrări fără autorizație specifică, respectivele lucrări era evident că nu puteau fi executate de către ofertantul declarat câștigător, în componența în care acesta a depus oferta, posibilitatea de introducere de noi subcontractanți în contract - după semnarea acestuia - fiind de neacceptat, în condițiile în care, prin oferta depusă și acordurile de subcontractare prezentate, valoarea lucrărilor a fost acoperită în procent de 100%, o posibilitate de natura celei invocate de autoritatea contractantă fiind o evidentă modificare a ofertei.

În sensul arătat sunt și dispozițiile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, care sunt exprese și imperative, la modul că, în situația în care oferta este prezentată de către un ofertant „care nu are calificările necesare (...)”, aceasta este una inadmisibilă, în consecință, nu putea fi declarată câștigătoare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea contractului având ca obiect „Lucrări de reparații la acoperiș și trotuare SJAN și 10 PP ale IPJ Botoșani”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 1.105.942,02 lei, procedura fiind organizată pe 3 loturi.

Consiliul reține că pentru toate 3 loturile au fost depuse câte trei oferte, ofertele contestatoarei situându-se pe locul al doilea, câștigătoare fiind SC Împotriva acestui rezultat a formulat contestația de față SC ... SRL, criticând rezultatul procedurii, solicitând declararea ca inadmisibile a ofertelor clasate pe locul 1.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în valoare de 1.011 lei, prin recipisa de consemnare nr. 207508901/1/14.09.2021, emisă de CEC Bank, Unitatea Dorohoi.

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

Pe fondul contestației, Consiliul reține că societatea contestatoare se arată nemulțumită de evaluarea realizată de autoritatea contractantă, arătând că aceasta trebuia să respingă cele 3 oferte clasate pe primul loc la cele 3 loturi ca inacceptabile.

Consiliul reține că prevederile documentației de atribuire se citesc și se interpretează strict prin referire la conținutul lor, și nu extensiv.

Astfel, în condițiile în care în documentația de atribuire nu s-a prevăzut expres o cerință de calificare referitoare la autorizarea specifică pentru realizarea operațiunilor de ignifugare, înseamnă că un astfel de operator urmează a se stabili în etapa execuției contractului. Dispozițiile legale introduse prin OG nr. 3/2021 stabilesc că:

yy) subcontractant/subantreprenor - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi;"

3. La articolul 55, [alineatul \(2\)](#) se modifică și va avea următorul cuprins:

" (2) Subcontractanții propuși în ofertă sau **implicați/declarați ulterior semnării contractului** trebuie să respecte aceleași obligații ca ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 alin. (1)."

Totodată, dispozițiile art. 178 din Legea nr. 98/2016 stabilesc că „(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."

Mai mult, potrivit art. 181 din Legea nr. 98/2016 „Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”.

Având în vedere că existența unui atestat sau autorizare necesare pentru execuția unei anumite lucrări nu a fost solicitată expres în documentația de atribuire, Consiliul reține că autoritatea contractantă a realizat o evaluare corectă a ofertelor. Astfel, dispozițiile art. 178 din Legea nr. 98/2016 stabilesc că autoritatea contractantă are un drept de apreciere în stabilirea cerințelor de calificare, aprecierea respectivă realizându-se cu respectarea principiului proporționalității, solicitând doar criterii 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.

În acest sens, Consiliul reține următoarele argumente din Decizia nr. 319/17.02.2021, pronunțată de Curtea de Apel București: „În speță, fiind organizată o procedură de atribuire simplificată, potrivit art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a fost limitată în stabilirea criteriilor de calificare și selecție, la solicitarea de cerințe privind motivele de excludere, capacitatea de exercitare a activității profesionale și experiența similară, neputând stabili cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională. Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic ofertant reprezintă criterii de calificare și selecție, de natură să demonstreze că ofertantul are capacitatea tehnică și profesională de a executa contractul de achiziție publică ce se dorește a fi atribuit (art. 163, art. 172 alin. (1) lit. c) și art. 178 din Legea nr. 98/2016).

Astfel, Curtea apreciază că autoritatea contractantă a impus, în privința activității de expertizare tehnică, o veritabilă cerință de calificare, care nu poate fi solicitată în cadrul unei proceduri simplificate, dat fiind că **singurul criteriu care poate fi solicitat în această procedură, în privința capacității tehnice și profesionale, este cel referitor la experiența similară**, iar nu și la personalul nominalizat de ofertant.

Prin urmare, dacă legea limitează posibilitatea autorității contractante de a stabili criterii de calificare și selecție în cadrul procedurilor simplificate, eliminând posibilitatea acesteia de stabilire a cerințelor de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională – în speță, calitatea de angajat al liderului, altui membru al asocierii sau al unui subcontractant al ofertantului pe care oricare dintre profesioniști ar trebui să o aibă –acestea nu pot fi impuse nici în mod implicit sub forma unor cerințe tehnice prevăzute direct și exclusiv în caietul de sarcini. (...)

Or, prin anunțul de participare nu au fost impuse cerințe de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, respectiv nu a fost impusă nicio cerință privind dovedirea faptului că expertul tehnic atestat, nominalizat pentru prestarea serviciului de expertizare tehnică, ar trebui să fie angajat în cadrul asocierii, subcontractanților sau terțului susținător”.

Situația este aceeași și în cazul de speță. Astfel, operatorii economici clasați pe primul loc la cele 3 loturi au posibilitatea implicării ulterioare, la momentul tehnologic oportun, a unor subcontractanți de specialitate, nenominalizarea lor la acest moment nefiind un motiv de respingere a ofertei. Prezintă o relevanță deosebită voința legiuitorului care, sesizând practica neunitară pe acest aspect (extinderea obligativității prezentării unor avize nesolicitate în documentația de atribuire) a intervenit expres și a reluat prevederea referitoare la numirea/implicarea ulterioară a unor subcontractanți în lucrare, menționând expres că articolul 55, [alineatul \(2\)](#) se modifică și va avea următorul cuprins: „Subcontractanții propuși în ofertă sau implicați/declarați ulterior semnării contractului trebuie să respecte aceleași obligații ca ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 51 alin. (1)”.

Astfel, legiuitorul OG nr. 3/2021 a pus semnul egalității între ofertanții numiți în ofertă și cei numiți/implicați ulterior, aspect care conduce la concluzia unei părți a practicii că în faza depunerii ofertelor, este obligatorie numirea doar a celor subcontractanți pe ale căror capacități se bazează operatorul respectiv, și nu orice prestator oricât de mic, situație care ar îngreuna participarea la procedură și ar reduce concurența între operatorii economici, scumpind, implicit, ofertele.

În acest sens, sunt relevante următoarele cauze:

-cauza C27/15, Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl,

„Curtea a statuat de asemenea 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 9 februarie 2006, La Cascina și alții, C226/04 și C228/04, EU:C:2006:94, punctul 32).

În plus, rezultă din anexa VII A, privind informațiile care trebuie incluse în anunțurile de participare la achizițiile publice, la Directiva 2004/18, în partea sa referitoare la „Anunțul de participare”, punctul 17, că „[criteriile de selecție privind situația personală a operatorilor economici care pot atrage după sine excluderea acestora din urmă] din procedura de atribuire a contractului în cauză trebuie să fie enunțate în anunțul de participare.

Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647,

punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43).

Reiese din dosarul prezentat Curții că documentele referitoare la procedura de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal **nu prevedeau în mod expres obligația ofertanților, sub sancțiunea excluderii din această procedură, de a achita o contribuție către AVCP.**

După cum subliniază instanța de trimitere, existența acestei obligații s-ar deduce din interpretarea extensivă a Legii nr. 266/2005 efectuată de AVCP și din jurisprudența administrativă națională. Instanța precizează că AVCP consideră că lipsa plății contribuției determină excluderea ofertantului din procedura de atribuire cu caracter public, indiferent de tipul de contract care face obiectul cererii de ofertă. Această instanță arată de asemenea, că reiese din jurisprudența administrativă națională că o întreprindere poate fi exclusă de la o procedură de cerere de ofertă publică dacă nu face dovada că îndeplinește o condiție care nu este impusă în mod expres de reglementarea cererii de ofertă, în cazul în care caracterul necesar al acestei condiții decurge din „mecanismul de acoperire automată a lacunelor actelor administrative”.

Or, astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit. Această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură.

Astfel, trebuie arătat că, deși articolul 27 alineatul (1) din Directiva 2004/18 nu impune ca în caietele de sarcini să se specifice în detaliu toate obligațiile privind fiscalitatea, protecția mediului, dispozițiile privind protecția și condițiile de muncă care sunt în vigoare în statul membru, aceste obligații, contrar contribuției în discuție în cauza principală, nu ar determina în mod automat excluderea de la procedură la nivelul admisibilității ofertei.

Articolul 27 menționat nu poate fi interpretat în sensul că ar permite autorităților contractante să deroge de la obligația strictă de a respecta criteriile pe care ele însele le-au stabilit, ținând seama de principiul egalității de tratament și de obligația de transparență, care constituie corolarul acestuia, care se aplică acestor autorități în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

Or, în cauza principală, pretinsa obligație de plată a unei contribuții către AVCP poate fi identificată numai prin interacțiunea dintre Legea privind bugetul pe anul 2006, practica decizională a AVCP, precum și practica jurisprudențială a instanțelor administrative italiene în aplicarea și în interpretarea Legii nr. 266/2005.

Astfel cum arată, în esență, avocatul general la punctul 65 din concluzii, o condiție de care depinde dreptul de a participa la o procedură de achiziții publice care ar decurge din interpretarea dreptului național și a practicii unei autorități precum cea în discuție în litigiul principal iar afecta în special pe ofertanții stabiliți în alte state membre, întrucât nivelul lor de cunoaștere a dreptului național și a interpretării acestuia, precum și a practicii autorităților naționale nu poate fi comparat cu cel al ofertanților naționali.

În ceea ce privește argumentul întemeiat pe faptul că CRGT furnizase deja anterior serviciile care făceau obiectul cererii de ofertă și, în consecință, putea cunoaște existența contribuției în discuție în litigiul principal, este

suficient să se constate că principiul egalității de tratament și obligația de transparență, care constituie corolarul acestuia, ar fi vădit încălcate în cazul în care un astfel de operator ar fi supus unor criterii care nu sunt stabilite prin cererea de ofertă și care nu ar fi aplicabile unor operatori noi.

Pe de altă parte, din decizia de trimitere reiese că această condiție de plată a unei contribuții nu este însoțită de o posibilitate de regularizare.

Potrivit punctului 46 din Hotărârea Curții din 6 noiembrie 2014, *Cartiera dell'Adda* (C42/13, EU:C:2014:2345), autoritatea contractantă nu poate să admită rectificări ale omisiunilor care, potrivit dispozițiilor exprese ale documentelor achiziției, trebuie să conducă la excluderea ofertei. Curtea a subliniat la punctul 48 din acea hotărâre că obligația în discuție era clar impusă în documentele referitoare la acea achiziție sub sancțiunea excluderii.

Or, în ipoteza în care, precum în cauza principală, o condiție de participare la procedura de atribuire a contractului, sub sancțiunea excluderii de la aceasta, nu este prevăzută în mod expres de documentele contractului și în care această condiție nu poate fi identificată decât printr-o interpretare jurisprudențială a dreptului național, **autoritatea contractantă poate acorda ofertantului exclus un termen suficient pentru a remedia omisiunea.**

Având în vedere ansamblul acestor considerații, trebuie să se răspundă la a doua întrebare că **principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun 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 care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate.** În aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului **de a permite operatorului economic să își remedieze situația și să îndeplinească obligația menționată într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.**

Articolele 47 și 48 de 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 trebuie interpretate în sensul că nu se opun unei legislații naționale care autorizează un operator economic să se prevaleze de capacitățile uneia sau mai multor entități terțe cu scopul de a îndeplini cerințele minime de participare la o procedură de cerere de ofertă pe care acest operator nu le îndeplinește decât în parte.

Principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun 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 care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către

autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate. În aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului de a permite operatorului economic să își remedieze situația și să îndeplinească obligația menționată întrun termen stabilit de autoritatea contractantă.

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

„În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre trebuie să li se recunoască o anumită marjă de apreciere în scopul adoptării unor măsuri destinate să garanteze respectarea acestor principii, care sunt obligatorii pentru autoritățile contractante în cadrul oricărei proceduride atribuire a unui contract de achiziții publice (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).

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

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

Prin urmare, principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac – Kazantzidis, C6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

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

Trebuie, în consecință, să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18 nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale tratatului, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea

contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.

*(...) 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).

- jurisprudența CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, - **unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit** (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016).

Prin urmare, practica europeană a stabilit că toate cerințele ce ar conduce la excluderea unui operator trebuie prevăzute transparent în documentația de atribuire. În condițiile în care o obligație rezultă în mod clar din legislație și din practica națională, autoritatea trebuie să îi ofere operatorului posibilitatea de a-și corecta oferta, și nu a-l respinge de drept.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

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

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

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.