

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

DECIZIE

Nr. 848/C1/728

Data: 20.04.2022

Prin contestația nr. 848/24.03.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 15467/24.03.2022, formulată de SC SRL, lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, cu sediul în, str., județul, având cod unic de înregistrare, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată de, împotriva rezultatului procedurii de atribuire transmis prin adresa nr. 13889/17.03.2022, emis de către SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, în cadrul procedurii de atribuire simplificată, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect: „Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Sală de educație fizică școlară – proiect pilot, Sat Pomezueu, comuna Pomezueu, Județul – V2 centrală combustibil lemn»”, cod CPV: 4500000-9, ... / 05.11.2021, s-a solicitat:

- Admiterea contestației;
- Anularea rezultatului procedurii, a adresei nr. 13889/17.03.2022 și a raportului procedurii de atribuire nr. 4595L/17.03.2022, în părțile în care oferta a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă și în cea conținând decizia de anulare a procedurii de atribuire;
- Obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea temeinică și legală a ofertei, cu respectarea regulilor documentației de atribuire și a legislației în materia achizițiilor publice;
- Obligarea autorității contractante ca, la evaluarea ofertelor, să ia în considerare doar ofertele depuse de către ofertanții cu calitate de „persoană care are interes în legătură cu procedura de atribuire”

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că a depus ofertă comună la procedură în cadrul asocierii SC SRL - SC SRL, elaborată cu respectarea tuturor regulilor impuse prin documentația de atribuire;

Menționează că prin intermediul adresei nr. 13889/17.03.2022 autoritatea contractantă a comunicat contestatorului decizia de respingere a ofertei, ca inacceptabilă și neconformă și de anulare a procedurii de atribuire.

În opinia contestatorului decizia autorității contractante de respingere a ofertei și anulare a procedurii de atribuire este netemeinică și nelegală.

Contestatorul susține că motivul pentru care oferta sa a fost respinsă este constituit de faptul că, în cadrul ofertei, nu ar fi prezentat autorizații speciale eliberate de IGSU, ISCIR și IGPR pentru următoarele activități:

- *„IGSU - termoprotecție cu vopsele termosfumante.*
- *IGSU - Instalarea și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră.*
- *IGSU - Proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural organizat.*
- *IGSU - Instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți.*
- *ISCIR- Montaj centrale termice.*

- *IGSU - proiectare sisteme și instalații pentru semnalizarea, alarmarea și alertarea în caz de incendiu.*
- *IGSU - instalare și întreținere sisteme și instalații pentru semnalizarea, alarmarea și alertarea în caz de incendiu.*
- *IGPR - pentru proiectare instalare, modificare sau întreținere a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției.*
- *Proiectare instalații pentru stingerea și/sau limitarea incendiilor”.*

Contestatorul susține că prin anunțul de participare și fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă nu a impus nicio cerință cu privire la deținerea de către ofertanți a vreunei autorizații speciale, sens în care citează conținutul fișei de date a achiziției pct. III.1.1) „*Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale*” din anunțul de participare simplificat nr./05.11.2021.

Contestatorul subliniază faptul că autoritatea contractantă a ales să nu impună, prin anunțul de participare, nicio cerință cu privire la prezentarea de autorizații speciale de natura celor eliberate de IGSU, ISCIR, IGPR, invocate ca motiv de respingere a ofertei.

Contestatorul arată că acest aspect este relevant chiar de către autoritatea contractantă care, în adresa de solicitare de clarificări nr. 2459L/23.02.2022, a inserat următoarea mențiune:

„Având în vedere reglementările legale în vigoare, enumerate la cap. 6 pagina 17-19 din caietul de sarcini, ofertanții trebuie să facă dovada modului de execuție a lucrărilor, respectiv deținerea autorizațiilor/ atestatelor necesare în acest sens.

Astfel, în baza acestor normative, vă solicităm să transmiteți autorizațiile neprezentate pentru efectuarea lucrărilor care fac parte din documentația de atribuire, și anume:

(N.B.: autorizațiile/atestatele trebuie să fie deținute de către asociat/subcontractant)”.

Contestatorul precizează că nu era impusă în mod explicit o cerință de prezentare de autorizații speciale în caietul de sarcini, susținând că această cerință a fost introdusă de autoritatea contractantă pe timpul evaluării ofertelor.

Susține că efectele clauzei nescrise sunt prevăzute în dreptul comun, invocând în susținerea sa jurisprudența Curților de Apel din România.

Contestatorul afirmă că a precizat autorității contractante că execuția lucrărilor prin operatori economici deținători ai autorizațiilor speciale invocate, se va efectua în ipoteza reglementată de art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia, lucrările supuse autorizărilor

speciale nefiind de natură a produce vreo modificare substanțială a contractului.

Din punctul de vedere al contestatorului, în acord cu principiul transparenței, autoritatea contractantă ar fi trebuit să indice clar obligația de deținere și prezentare a anumitor autorizări/atestări, nefiind posibil ca această obligație să fie dedusă.

Conform contestatorului, criteriile de calificare nu trebuie exprimate în termeni generali și nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, de către o autoritate contractantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure ofertanților o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Contestatorul menționează că deși a prezentat autorității contractante și autorizațiile speciale deținute de ei sau de colaboratorii lui, care urmau a fi incluși în derularea lucrărilor în ipoteza reglementată de art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a respins oferta în mod netemeinic și a anulat procedura de atribuire în mod nejustificat, motivul invocat de autoritatea contractantă nefiind circumscris niciunuia dintre cele reglementate de Legea nr. 98/2016.

Contestatorul concluzionează prin reiterarea solicitării de admitere a contestației așa cum a fost formulată.

Invocă în drept dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr.98/2016 și HG nr. 395/2016.

În probațiune, contestatorul depune anexat contestației, în xerocopie:

- actul atacat - adresa nr. 13889/17.03.2022;
- dovada comunicării prezentei autorității contractante;
- dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 41.909 lei, conform art. 61 ind. 1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.'

Prin adresa nr. 898/28.03.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 16780/31.03.2022 SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207953073/1, tranzacția: 1191072708/2010446651 din data de 28.03.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala, în valoare de 41.909,00 lei.

Prin adresa nr. 17402/06.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 17974/06.04.2022, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere la contestație solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă face o scurtă prezentare a tuturor ofertanților.

În ceea ce privește oferta prezentată de Asocieria SC SRL – SC SRL, autoritatea menționează că a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin (3) lit.(a) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, răspunsul la solicitările de clarificări fiind considerat neconcludent iar oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Autoritatea precizează că, prin contestația formulată, contestatorul susține că în mod greșit comisia de evaluare a hotărât respingerea ofertei sale pentru neprezentarea autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții, având în vedere faptul că acestea nu au fost solicitate prin documentația de atribuire.

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

Menționează că în cadrul documentației de atribuire privind obiectivul de investiții: Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: „Sală de educație fizică școlară - proiect pilot, Sat Pomezueu, comuna Pomezueu, județul” - V2 centrală combustibil lemn, autoritatea a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a realiza în mod legal obiectivul de investiții.

Autoritatea susține că pentru prezenta procedură, obligația deținerii autorizațiilor necesare realizării lucrărilor este prevăzută la art. III1.9) din Fișă de date, coroborat cu Capitolul 6 din Caietul de sarcini, prin care

autoritatea contractantă a dorit să sublinieze necesitatea ca ofertanții să prezinte dovada posibilității de a realiza în condiții de legalitate obiectivul de investiții, cu respectarea tuturor reglementărilor în materia construcțiilor.

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

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

Conform autorității, rezultă că atâta vreme cât pentru executarea lucrărilor în mod legal sunt necesare anumite autorizații, operatorii economici și autoritățile contractante nu se pot prevala de lipsa menționării cerințelor în documentația de atribuire, pentru a nu respecta prevederile legislative. Legalitatea executării lucrărilor presupune inclusiv deținerea tuturor autorizărilor/atestatelor solicitate de lege.

Autoritatea precizează că pentru a desfășura în mod legal activitățile din cadrul contractului, este necesar să se dețină o autorizație eliberată în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de document în cuprinsul documentației de atribuire.

Susține că o eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării lucrărilor nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită de actele normative în domeniul construcțiilor, invocând în susținere jurisprudența CNSC precum și Curților de Apel din România.

Autoritatea precizează că atât operatorii economici, cât și autoritățile contractante nu se pot prevala de lipsa menționării cerințelor autorizării potrivit legii în documentația de atribuire și să execute lucrările sau să accepte executarea în mod ilicit.

Autoritatea menționează că a hotărât pentru realizarea în condiții de legalitate a obiectivului de investiții că este necesar ca ofertantul câștigător să dețină o serie de autorizații:

- Atestat ANRE de tip B „proiectare și executare de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/ construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0.4 kV;
- Autorizație ISCIR privind instalarea, montarea, reparare, întreținere și verificări tehnice în utilizare la aparate consumatoare de combustibil având $P_{max} \leq 400$ kW Cazane de apă caldă având $P_{max} \leq 400$ kW;
- Autorizație IGSU - termoprotecție cu vopsele termosfumante, lucrare: Termoprotecția confecției metalice - suprastructură sală sport, prevedere legală cuprinsă în HG nr. 307/2006.

Analizând oferta depusă de Asocieria SC SRL – SC SRL, autoritatea precizează că a constatat că nu deține niciuna dintre autorizațiile necesare implementării obiectivului de investiții, motiv pentru care în mod temeinic și legal a hotărât să o respingă ca fiind inacceptabilă și neconformă invocând prevederile art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Autoritatea menționează că dacă pentru o parte dintre lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică pentru care s-a depus oferta, ofertantul știa că nu o poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acestuia îi revenea obligația să declare partea din lucrare ce urmează a fi executată de societatea care va avea această calitate.

Precizează că subcontractanții care nu sunt declarați inițial în ofertă și pentru care nu s-a completat DUAЕ, nu pot fi cooptați ulterior, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, invocând în susținere art. 124

alin. (1) din Normele metodologice probate prin HG nr. 395/2016, art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, precizând că o oferta rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata menționată în documentația de atribuire.

În concluzie, autoritatea apreciază oferta prezentată de Asociera SC SRL – SC SRL ca fiind inacceptabilă și neconformă invocând în susținere art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, susținând că nu respectă cerințele caietului de sarcini, motivat de faptul că nu îndeplinește prevederea referitoare la deținerea autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și invocă în drept dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și Legea nr. 101/2016.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect Proiectare și Execuție lucrări pentru obiectivul: „Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: « Sală de educație fizică școlară – proiect pilor, Sat Pomezueu, comuna Pomezueu, Județul – V2 centrală combustibil lemn»”, cod CPV: 4500000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr./05.11.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 2.095.444,70 lei, fără TVA.

Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Contestatorul SC SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta ca fiind inacceptabilă și neconformă, iar procedura de atribuire a fost anulată, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 13889/17.03.2022 (vol. 1/4 al dosarului cauzei), în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece respectivul ofertant nu ar fi răspuns concludent la solicitarea de clarificări transmisă prin adresa nr. 2459L/23.02.2022 (pag. 184, vol. 3/4 al dosarului cauzei) cu privire la îndeplinirea anumitor cerințe solicitate prin caietul de sarcini, aspectele aferente fiind detaliate în respectiva adresă de comunicare, motiv pentru care Consiliul va soluționa contestația analizând criticile formulate în acest sens de către contestator, luând în considerare atât prevederile documentației de atribuire cât și legislația aplicabilă.

Procedând la analizarea motivelor care au stat la baza deciziei de respingere, Consiliul reține, cu privire la criticile formulate de contestator, că, la **secțiunea III.1.9 - Legislația aplicabilă** din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[.../00001] FisaDate_ DF1128186.pdf” intitulate generic „Fișa de date”, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

a) Legea privind achizițiile nr. 98/2016;

b) Legea 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 nr 101/2016;

c) www.anap.gov.ro

d) HG nr. 395/2016;

e) Alte acte normative conform caietului de sarcini.

Totodată, conform cerințelor din caietul de sarcini, secțiunea 1 – Cerințele Beneficiarului, **cap. 6 – Legislația, Standarde și Reglementări tehnice aplicabile**, **„Antreprenorul trebuie să respecte** pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. **Antreprenorul trebuie să se asigure că orice contracte, subcontracte, instrucțiuni de utilizare, aprobări, etc. care urmează să fie încheiate sau emise în timpul perioadei de execuție și cea de notificare a defectelor, trebuie să fie în**

conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții (cu modificările și completările ulterioare).

Proiectarea și executia lucrarilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare.

Proiectul se va realiza având în vedere principalele NORMATIVE și STANDARDE în vigoare cum ar fi:
(...)

Aceasta listă nu este limitativă, **în procesul de proiectare se vor respecta normele și normativele tehnice și legislația în vigoare**, avizele și acordurile autorităților competente la momentul întocmirii proiectului în funcție de soluțiile tehnice propuse.”

O analiză atentă a acestor cerințe indică în mod clar faptul că operatorii economici **NU** trebuiau ca, **în calitate de ofertanți**, să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrieri, prin care să facă dovada deținerii, **în timpul derulării procedurii**, a autorizațiilor/atestatelor invocate de către autoritatea contractantă (emise de IGSU, IGPR, ISCIR etc.), aceste cerințe (de la **cap. 6 – Legislația, Standarde și Reglementări tehnice aplicabile sus precizat**) fiind în schimb **în sarcina antreprenorului, respectiv a ofertantului desemnat câștigător devenit contractant** care, pe parcursul derulării contractului principal în discuție, avea posibilitatea, în îndeplinirea acestora, să contracteze/să subcontracteze la rândul său, în vederea executării respectivului contract principal.

Pe cale de consecință, având în vedere aceste cerințe exprese, sus precizate, ale autorității contractante, raportate la anumite obligații ale

antreprenorului, NU ale ofertantului, este evident că respectiva autoritate și-a asumat astfel riscurile aferente neprezentării/nedeținerii de către **contractant (antreprenor)** a unor autorizații/atestare necesare, în condițiile legii, în vederea implementării contractului principal în speță.

Pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a transmis către contestatorul SC SRL adresa nr. 2459L/23.02.2022 (pag. 184, vol. 3/4 al dosarului cauzei), prin care i-a solicitat acestuia următoarele clarificări:

*„a) Având în vedere reglementările în vigoare, **enumerate la cap. 6 pagina 17-19 din caietul de sarcini, ofertanții** trebuie să facă dovada modului de execuție a lucrărilor, respectiv deținerea autorizațiilor/ atestarelor necesare în acest sens.*

Astfel, în baza acestor normative, vă solicităm să transmiteți autorizațiile neprezentate pentru efectuarea lucrărilor care fac parte din documentația de atribuire, și anume:

*(N.B.: **autorizațiile/atestarele trebuie să fie deține de către asociat/subcontractant**)*

(...)”

Contestatorul SC SRL a răspuns la solicitarea de clarificări, prin adresa cu nr. 595/25.02.2022 (pag. 1, vol. 3/4 al dosarului cauzei), precizând că „(...) societatea noastră nu datorează, la etapa de evaluare a ofertelor, prezentarea de autorizații speciale de natura celor solicitate de dvs., pretinderea acestora fiind excesivă și chiar abuzivă față de legislația în materia achizițiilor publice în vigoare și regulile documentației de atribuire.

(...)

Totuși, fiindcă execuția lucrărilor este supusă autorizațiilor specifice, atașat prezentăm autorizația IGSU pentru Instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingerea incendiilor, (...), deținută de SC SRL și contracte de prestări servicii/colaborare, încheiate cu societăți care dețin autorizații speciale de natura celor menționate în solicitare, (...) care vor executa aceste părți din lucrare, în cazul în care oferta noastră va fi declarată câștigătoare”.

Ulterior verificării răspunsului anterior menționat, transmis de contestator, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a hotărât respingerea ofertei acestuia ca fiind inacceptabilă și neconformă, și anularea procedurii de atribuire, motivat de faptul că respectivul ofertant nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări coroborat cu faptul că

deținătorii autorizațiilor prezentate nu se regăsesc ca subcontractanți/asociați în declarația DUAЕ.

Verificând, la rândul său, răspunsul contestatorului, în corelare cu formularea solicitării de clarificări aferentă și cu cerințele exprese din caietul de sarcini, sus citate, Consiliul reține că, în solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă nu și-a respectat propriile cerințe exprese din cadrul **cap. 6 – Legislația, Standarde și Reglementări tehnice aplicabile** al caietului de sarcini, care impun obligații în sarcina **antreprenorului** și **NU** obligații în sarcina ofertantului/ofertantului asociat/subcontractantului în corelare cu completarea DUAЕ.

Astfel, raportat la cele mai sus menționate, Consiliul constată caracterul nefondat al deciziei autorității contractante de a respinge oferta contestatorului pe motivul lipsei autorizațiilor/atestatelor invocate, deoarece autoritatea contractantă **nu a solicitat prin anunțul de participare simplificat** depunerea acestor documente de către ofertanți/ ofertanți asociați/subcontractanți.

Consiliul reține că, prin natura lor, autorizațiile/atestatele în discuție (*emise de IGSU, IGPR, ISCIR etc.*) reprezintă înregistrări de natura celor prevăzute la art. 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit căruia „În procedurile de atribuire a contractelor **de achiziție publică de servicii, în cazul în care este necesar** ca operatorii economici **să dețină o autorizație specială** sau să fie membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, autoritatea contractantă **are dreptul de a solicita** acestora **să demonstreze că dețin o astfel de autorizație** sau că sunt membri ai unei astfel de organizații” coroborat cu art. 172 alin. (1) lit. a) din același

act normativ, potrivit căruia: „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile privind capacitatea referitoare la: (...) **capacitatea de exercitare a activității profesionale**”.

De asemenea, Consiliul reține drept relevante în soluționare prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora „**Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare**”, prevederile art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 care stabilesc faptul că **locul în care trebuie menționate criteriile de calificare** impuse de către autoritatea contractantă **este anunțul de participare/simplificat**/de concurs iar, potrivit alin. (6) al aceleiași norme juridice: „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Mai mult, prevederile art. 51 din HG nr. 395/2016, reglementează în mod clar că, în vederea îndeplinirii, **în calitate de ofertant/ofertant asociat/candidat/subcontractant**, a unor criterii de calificare legate de anumite autorizații specifice, acestea trebuie **solicitate expres** în documentația de atribuire.

Mai precis, „Art. 51 - (1) **În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice**, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

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

Or, câtă vreme autoritatea contractantă nu a impus prin anunțul de participare simplificat vreo cerință de calificare privind prezentarea unor anume autorizații/atestare, în vederea executării contractului de

„Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: Sală de educație fizică școlară – proiect pilot” rezultă că operatorii economici nu aveau obligația demonstrării deținerii acestor autorizații/atestare iar autoritatea contractată nu avea obligația verificării acestui aspect și pe cale de consecință nici temei legal de respingere a ofertelor, în lipsa acestor documente.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (*art. 123 din HG nr. 395/2016*), cât și pentru autoritatea contractantă, **aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu cât și prevederile propriei documentații de atribuire**, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: *„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)”* iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că *„astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta*

hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit” și a precizat că **„această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”**.

În Cauza Enterprised Focused Solutions SRL (C-278/14) Curtea a declarat că „normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat**”.

Relevante sunt și considerentele 53 și 54 din Cauza

Medipac-Kazantzidis AE vs. Venizeleio-Pananeio (C-6/05) „ (53)

(...) principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) În plus, acest principiu și această **obligație interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă**

întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”.

În cauza Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl (C-27/15)

considerentul 39 și 47, CJUE a statuat „(39) 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 le- a stabilit (a se vedea în special

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). (...) (47) 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.***

Cauza Cartiera dell’Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C-42/13) considerentul 44: „Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în

formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică **formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini**, astfel încât, **în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză** (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di

Frutta, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111)."

Din jurisprudența comunitară invocată anterior rezultă că autoritatea contractantă nu poate introduce mascat cerințe de calificare și selecție în cadrul caietului de sarcini sau a altor înscrisuri elaborate în cadrul procedurii motivat de faptul că potrivit art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 **„Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/ simplificat/de concurs”**.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, cerințele documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Din analiza prevederilor 173 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul reține că autoritatea contractantă are **dreptul de a solicita** demonstrarea deținerii autorizațiilor necesare prestării serviciilor, **însă nu și obligația** formulării unor astfel de cerințe; rezultă așadar că în condițiile în care autoritatea contractantă a considerat că nu este necesară verificarea deținerii autorizațiilor/atestatelor în discuție (*emise de IGSU, IGPR, ISCIR etc.*) și a ales să nu formuleze nicio cerință de calificare în acest sens, aceasta nu mai poate reveni asupra deciziei sale, în etapa de evaluare a ofertelor în sensul verificării unor cerințe de calificare care nu se regăsesc în anunțul de participare simplificat.

Raționamentul anterior se regăsește și în Hotărârea nr. 523/07.03.2022 pronunțată de Curtea de Apel Craiova în dosarul nr. 290/54/2022.

Mai mult, în ceea ce privește exercitarea unei constrângeri în îndeplinirea unor condiții legate de executarea contractului, încă din timpul derulării procedurii, așa cum a procedat autoritatea contractantă în cazul de față, **CJUE** a reținut, în cauza **C-295/20**, că:

*„În plus, în temeiul articolului 58 din Directiva 2014/24, un ofertant este obligat, pentru a putea fi admis să participe la o procedură de atribuire a unui contract, să demonstreze că îndeplinește, la momentul depunerii ofertei sale, criteriile calitative de selecție enumerate la articolul 58 alineatul (1) primul paragraf literele (a)-(c) din această directivă. **În schimb, el poate aștepta să i se atribuie contractul pentru a face dovada că îndeplinește condițiile de executare a contractului.** Astfel, 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 alineatul (1) din directiva menționată.***

(...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera a noua) declară:

(...)

2) *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***".

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți cu prevederile documentației de atribuire, de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini precum și stabilirea ofertelor admisibile, astfel cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b), f) și k) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că, prin formalismul excesiv de care a dat dovadă în evaluarea ofertei contestatorului, autoritatea contractantă a respins în mod eronat oferta acestuia, încălcându-și propria documentația de atribuire și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării proprii sale propuneri tehnice sunt fondate, urmând să fie admise.

În ceea ce privește jurisprudența invocată atât de către contestator cât și de autoritatea contractantă, Consiliul subliniază faptul că trimiterile la practica judiciară sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Potrivit Legii nr. 101/2016, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care statuează independența completului de soluționare a contestațiilor, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Raționamentul anterior se regăsește și în considerentele Deciziei nr. 2/19.01.2015 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție - Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în care s-a reținut faptul că *„Ab initio, Înalta Curte observă că în sistemul de drept românesc jurisprudența nu constituie izvor de drept, instanțele judecătorești nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior de alte instanțe. Hotărârile judecătorești au aplicabilitate numai la speță, efectele lor neputând fi extinse la cauze similare cu care instanțele au fost învestite*".

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA, va anula în parte raportul procedurii, în ceea ce privește oferta contestatorului și decizia de anulare a procedurii precum și actele subsecvente, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 13889/17.03.2022 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA, anulează în parte raportul procedurii, în ceea ce privește oferta contestatorului și decizia de anulare a procedurii precum și actele subsecvente inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 13889/17.03.2022, și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SRL cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor

legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

PREȘEDINTE

Consilier de soluționare

.....

.....

Redactat practica deciziei

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincispreze) pagini