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: 06.07.2023

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 30046/07.06.2023, formulată de către societatea ..., cu sediul în ..., înregistrată la O.R.C. sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de administrator Cristina-Mădălina Șelaru, împotriva adresei nr. ... privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 88216/24.05.2022, documente emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Reabilitare strada Decebal, ...”*, cod CPV 45233223-8 Lucrări de reînnoire a îmbrăcămintei șoselelor (Rev.2), (anunț de participare .../17.11.2021), s-a solicitat admiterea contestației, respectiv:

- anularea documentului intitulat comunicare rezultat în urma deciziei Curții de Apel Iași nr. ... nr. ..., având în vedere caracterul netemeinic și lipsit de fundament legal al măsurii de respingere a ofertei contestatoarei ca inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) coroborat cu art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016;

- pentru aceleași considerente, ... solicită anularea raportului procedurii nr. 88216/24.05.2023, în ceea ce privește modalitatea eronată și nelegală de evaluare a ofertei sale;

- obligarea comisiei de evaluare la reevaluarea ofertei contestatoarei în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile în materie și cerințele documentației de atribuire și continuarea procedurii de atribuire pentru încheierea contractului având ca obiect „Contract de achiziție publică: Reabilitare strada Decebal, ...”, de la etapa anterioară excluderii nelegale a ofertei contestatoarei;

- obligarea comisiei de evaluare la finalizarea procedurii de atribuire pentru încheierea contractului având ca obiect „Contract de achiziție publică: Reabilitare strada Decebal, ...” prin desemnarea unui câștigător, raportat la conținutul documentației de atribuire, ofertele depuse și legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice (inclusiv jurisprudența CJUE);

- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

Prin cererea de intervenție accesorie nr. 5942/15.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32455/16.06.2022, formulată de către ..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ..., și convențional prin ..., cu sediul în municipiul București, b-dul Primăverii nr. 57, parter, sectorul 1, adresă indicată și pentru comunicarea actelor de procedură, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de către SC ..., ca nefondată, desemnarea ofertei ..., ca fiind câștigătoare, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor generate de „soluționarea prezentului dosar” – onorariu de avocat.

Totodată, s-a invocat excepția tardivității formulării contestației.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 30046/07.06.2023, ..., în ceea ce privește interesul său în promovarea contestației, invocă și redă art. 2 și art. 3 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, subliniind că interesul său este născut de la data luării la cunoștință de anunțul de participare și a documentației de atribuire aferente procedurii proiectare și execuție lucrări aferente contractului având ca obiect „Contract de achiziție publică: «reabilitare strada Decebal, ...»”, și anume de la data publicării de către autoritatea contractantă a acestor documente. În acest sens, susține că interesul societății sale este lezat prin modalitatea nelegală în care autoritatea contractantă a înțeles să excludă oferta sa, ca inacceptabilă, cu încălcarea dispozițiilor legale aplicabile în materie.

De asemenea, ... precizează că interesul societății sale este actual (există în momentul formulării contestației) în condițiile în care societatea sa a prezentat o ofertă admisibilă și este interesată de participarea în cadrul acestei proceduri.

În continuare, contestatoarea citează din conținutul adresei nr. ..., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, subliniind caracterul fals al invocării de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 51 din HG nr. 395/2016, precum și inexistenta solicitării deținerii autorizației ANRE prin documentația de atribuire.

Contestatoarea arată că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă, și în subsidiar normele legale.

Ori, reținerea Curții de Apel Iași, potrivit căreia *„este necesară îndeplinirea acestei condiții indiferent dacă a fost menționată sau nu în documentația de atribuire (...)”,* este extrem de importantă prin prisma considerentelor și dispozițiilor Hotărârii din 26 ianuarie 2023 pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-403/21, prin care s-a statuat inclusiv asupra cerințelor care nu sunt solicitate în cuprinsul unei documentații de atribuire și modalitatea distinctă de demonstrare a acestora.

Societatea ... menționează că în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției nu există cerința de calificare pentru ofertanți pe care o clamează achizitoarea .... Este subînțeles că aceasta din urmă nu își poate întemeia decizia de respingere a unei oferte pe lipsa încheierii unui contract de subcontractare, in detrimentul celui de prestări servicii, atâta timp cât este vorba de documente de calificare care nu au fost cerute ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație (condiție impusă de Hotărârea CJUE în cauza C-403/21) .

Cu toate acestea, precizează că în cadrul propunerii tehnice și-a asumat răspunderea pentru execuția acestui tip de lucrări de către o societate autorizată ANRE, respectiv ..., în calitate de prestator-furnizor, astfel cum acesta este definit de art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016, fiind vădit nelegală interpretarea autorității contractante potrivit căreia nedeclararea acesteia ca și subcontractant este suficientă pentru a atrage caracterul inacceptabil al ofertei sale.

În acest sens, arată că dovezile privind deținerea autorizației ANRE au fost prezentate de societatea sa cu ocazia răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 164.501/26.10.2022, prin care a demonstrat faptul că societatea sa deține încă din anul 2020 un contract de colaborare cu acest prestator având ca obiect *„Lucrări instalații de gaze”,* contract valabil până la data de 31.12.2022 conform actului adițional nr. 02/07.01.2022.

II. În ceea ce privește interpretarea eronată a deciziei Curții de Apel Iași nr. ... de către comisia de evaluare, respectiv cu privire la demonstrarea deținerii de către ... a autorizației ANRE aferent lucrărilor din domeniul gazelor naturale, prin intermediul prestatorului contractat în anul 2020, contestatoarea Cu privire la această autorizație, ... consideră că sunt relevante următoarele rețineri din cuprinsul Deciziei Curții de Apel Iași nr. ...:

„întrucât lucrările de aducere la cota a răsuflătorilor de gaz, menționate în documentația de atribuire, necesită existența unei autorizații ANRE din perspectiva dispozițiilor legale mai sus enunțate, și observând că niciuna dintre părți nu a susținut deținerea de către ... a unei astfel de autorizații, nici CNSC nefăcând vreo precizare în acest sens în considerentele deciziei contestate prin prezenta plângere, Curtea apreciază că se impune anularea raportului rezultatului procedurii de

atribuire nr. 130.920/21.07.2022 pentru a putea fi reevaluate ofertele din acest punct de vedere”.

În opinia sa, este evident faptul că instanța de control judiciar nu a statuat, în nici un fel, cu privire la deținerea (sau nu) a acestei autorizații necesare pe parcursul implementării contractului de execuție, ci exclusiv cu privire la necesitatea re-evaluării ofertantului ... în acest sens, precizînd că în respectarea acestei decizii, comisia de evaluare a avut deplină libertate în a re-evalua și analiza modalitatea de deținere de către societatea sa a acestei autorizații (personal sau de către o altă entitate), însă cu respectarea legislației aplicabile în materie și, nu în ultimul rând, a Hotărârii emise de CJUE la data de 26.01.2023 cu referire exact la acest subiect.

... subliniază că această hotărâre de interpretare este obligatorie pentru toate instanțele naționale din cadrul UE, și vizează în mod explicit interdicția de excludere a unui ofertant care a înțeles să încheie un contract de prestări servicii în detrimentul celui de subcontractare, în cazul certificărilor/autorizațiilor nespecificate în documentația de atribuire; dispoziția instanței de apel are în mod cert autoritate de lucru judecat cu privire la clarificarea modalității de deținere a acestei autorizații, însă această autoritate de lucru judecat nu operează (și nu confirmă) cu privire la modalitatea nelegală de interpretare de către comisia de evaluare a dispozițiilor legale în materie.

Astfel, contestatoarea opinează că în urma primirii răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 164.501/26.10.2022 și a documentelor-anexă, autoritatea contractantă trebuia să constate legalitatea modalității de deținere a autorizației în discuție, și nu să se cantoneze într-o interpretare perimată și contrazisă atât de instanțele naționale, cât mai ales de CJUE.

III. În ceea ce privește clarificarea de către C.J.U.E. în mod clar, definitiv și obligatoriu pentru toate instanțele europene a lipsei obligativității declarării subcontractanților, în cazul cerințelor/criteriilor nespecificate în documentația de atribuire, ... arată următoarele:

Poziția exprimată în Hotărârea Curții din 26 ianuarie 2023, cauza C-403/21, SC NV Construct SRL împotriva Județului Timiș, cu participarea SC Proiect - Construct Regiunea Transilvania SRL este în sensul că documentația de atribuire nu se completează de drept cu obligații ce provin din legi speciale. Așadar, este real că în cadrul activităților din contract și pe parcursul implementării acestuia sunt și documente ce necesită anumite autorizări/certificări/avize, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea expresă a unor astfel de dovezi la momentul depunerii ofertelor (în cadrul fișei de date a achiziției/ anunțului de participare), nefiind un criteriu de calificare, atunci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor.

În plus, ... subliniază că a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă 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 2014/24 (Hotărârea din 8 iulie 2021, Sanresa, C-295/20, EU:C:202i:556, punctul 62).

IV. În cele ce urmează contestatoarea prezintă aspecte cu privire la caracterul nelegal și netemeinic al excluderii ca inacceptabile a ofertei sale, inclusiv prin prisma jurisprudenței exprimate la nivel național, susținând că excluderea din cadrul procedurii a ofertei sale este făcută în mod nelegal și cu încălcarea flagrantă a Hotărârii Curții mai sus invocate.

Ori, cu toate că a demonstrat comisiei de evaluare că deține capacitatea tehnică pentru a executa lucrările care fac obiectul contractului în condițiile prevăzute în documentația de atribuire și legislația în vigoare, dând dovadă de un formalism exagerat și cu încălcarea prevederilor în materia achizițiilor care reglementează existența clauzelor nescrise în conținutul caietului de sarcini, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii autoritatea contractantă a informat-o cu privire la faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu deține autorizație emisă de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE) destinată execuției lucrărilor asupra instalației de gaz.

Referitor la acest aspect, contestatoarea invocă și redă dispozițiilor art. 30 alin. (4) și alin. (6) din HG nr. 395/2016:

În raport de motivele care au stat la baza respingerii ofertei sale, ... subliniază că prin fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit la cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale:

„Cerința nr. 1.

Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Modalitate de îndeplinire: Prezentare DUAE în conformitate cu prev. art. 193 alin. (1) din Legea 98/2016.

Certificatul ONRC/documentele echivalente emise în țara de rezidență, trebuie să fie prezentate doar la solicitarea autorității contractante, de către ofertantul aflat pe primul loc în clasament; informațiile cuprinse în certificatul constatator trebuie să fie reale/actuale la momentul prezentării.

Persoanele juridice străine, vor prezenta documente echivalente, emise în conformitate cu legislația aplicabilă în țara de rezidență".

Stabilirea criteriilor de calificare se realizează cu respectarea principiului proporționalității, criteriile trebuind să aibă legătură concretă cu obiectul contractului care urmează să fie atribuit, fără a se crea premisele utilizării acestora ca mijloc de restricționare a concurenței. În acest sens, autoritatea contractantă are obligația să justifice alegerea criteriilor de calificare și, după caz, a criteriilor de selecție în cadrul strategiei de contractare, evidențiind modul de aplicare a principiului proporționalității, inclusiv prin demonstrarea relevanței cerințelor minime și a criteriilor stabilite în raport cu natura, complexitatea și dimensiunea obiectului contractului.

Un alt aspect subliniat de ... este că prin art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, s-a urmărit evitarea unor practici incorecte ale unor autorități contractante care să aducă atingere principiului transparenței procedurii, prin inserarea unor criterii de calificare și criterii de selecție în cadrul caietului de sarcini, fără ca acestea să poată fi regăsite în fișa de date/anunțul de participare. Astfel, anunțul de participare, ca parte distinctă a documentației de atribuire, trebuie să cuprindă toate criteriile de calificare și selecție pe care autoritatea contractantă dorește să le aplice în cadrul respectivei proceduri de atribuire.

Drept urmare, contestatoarea subliniază că dacă respectivele autorizații nu au fost solicitate nici prin anunț, ca și criterii privind capacitatea, și nici în caietul de sarcini, necesitatea lor reieșind doar implicit din anumite prevederi ale caietului de sarcini pentru etapa de execuție a lucrărilor, acestea nu se pot solicita în etapa de evaluare. O ofertă nu poate fi respinsă pentru motive care nu se regăsesc explicit în documentația de atribuire. (Decizia CNSC BO202L348).

În plus, ... precizează că în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, nu este necesară autorizarea și prezentarea autorizațiilor la momentul depunerii ofertelor, ci acestea trebuie avute în vedere în etapa de execuție propriu-zisă.

De asemenea, ... precizează 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:20i2:i9i, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

Totodată, contestatoarea învederează că 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 MedipacKazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

În plus, ... menționează că în cazuistica internă în materia achizițiilor publice, instanțele de contencios administrativ au statuat:

- Decizia nr. 658/R din 13 februarie 2013 (lipsa de acuratețe a criteriilor de calificare nu poate determina sancționarea operatorului

economic care s-a conformat enunțului criteriilor), Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;

- Deciziile civile nr. 2211 din 21 mai 2013 („*nici Consiliul și nici instanța nu au abilitarea legală să adauge la cerințele de calificare impuse de autoritate, chiar dacă ar aprecia că, pentru buna derulare a contractului, autoritatea ar fi trebuit să impună cerințe suplimentare*”), nr. 3552 din 16 iunie 2016 („*Consiliul nu are posibilitatea de a identifica alte motive de respingere a ofertei contestatoarei, în afara celor stabilite de comisia de evaluare, întrucât s-ar substitui acestei comisii*"), nr. 3868 din 5 iulie 2016 („*astfel cum ofertantului îi este interzis să își modifice oferta prin completări sau lămuriri aduse ulterior, nici autoritatea contractantă nu poate modifica sau adăuga la documentația de atribuire*”), nr. 4565 din 6 octombrie 2016 („*în condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus, prin documentația de atribuire, nicio cerință în ceea ce privește obligativitatea certificării pentru prestarea serviciilor, invocarea neconformității unei oferte din perspectiva unor cerințe care nu se regăsesc în documentație, fără ca aceasta din urmă să fi fost contestată, din perspectiva respectivei omisiuni, în termenul prescris de lege pentru aceasta, apare ca vădit neîntemeiată*”) și nr. 1029 din 7 martie 2017 („*Curtea observă că prevederile obiectului contractului din fișa de date a achiziției nu face nicio referire la monumente istorice. Susținerile autorității contractante, potrivit cărora «este de notorietate că obiectivul de investiții [...] este un monument istoric» nu au nicio relevanță în condițiile în care întocmirea unei oferte se face prin raportare la cerințele exprese din documentația de atribuire. Curtea apreciază nejustificată solicitarea autorității în sensul că certificatul ISO 9001 ar trebui să conțină activitatea de proiectare monumente istorice, în condițiile în care obiectul contractului, astfel cum a fost definit de autoritate pentru partea de proiectare, nu definește distinct activitatea de proiectare monumente istorice. Dacă autoritatea urmărea ca respectivul certificat să definească expres activitatea de proiectare monumente istorice ar fi avut obligația de a face expres această precizare în cadrul capitolului privind modul de îndeplinire a cerinței din fișa de date)*";

- Sentința civilă nr. 153/CA din 28 septembrie 2015 („*petenta susține că oferta era inacceptabilă, atât timp cât ofertantul nu a făcut dovada autorizării activității conform Legii nr. 359/2004, însă această cerință nu a fost cuprinsă în fișa de date, iar autoritatea nu avea posibilitatea de a analiza condiții a căror îndeplinire nu a fost solicitată la inițierea procedurii de achiziție. În caz contrar ar fi fost o analiză abuzivă, care ar fi vătămat toți participanții la procedură, ceea ce legislația achizițiilor publice nu permite ...*”).

Prin adresa nr. BA241/07.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 30663/08.06.2023, societatea ... a transmis în original recipisa de

consemnare nr. ... din 06.06.2023, pentru suma de 526.720 lei, document emis de CEC Bank – Sucursala Vaslui.

Prin punctul de vedere nr. 93317/12.06.2023, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 31486/12.06.2023, cu referire la contestația SC ..., ... învederează următoarele:

I. În ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Având în vedere faptul că, prin Decizia Curții de Apel Iași nr. ... din data de 04.10.2022, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 159791/13.10.2022 privind soluționarea plângerii formulate de către SC ... s-a decis obligarea autorității contractante ... la reevaluarea ofertelor depuse de ... și ... din perspectiva deținerii autorizației ANRE de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz, au fost solicitate clarificări privind autorizația ANRE pentru lucrările asupra instalațiilor de gaz de la ofertanții din cadrul procedurii ... și ..., conform hotărârii pronunțate de Curtea de Apel Iași.

În aceeași ordine de idei, ... menționează că în urma analizării documentelor prezentate de cei doi ofertanți la solicitările de clarificări privind autorizația ANRE pentru lucrările asupra instalațiilor de gaz, conform hotărârii pronunțate de Curtea de Apel Iași comisia de evaluare a constatat următoarele:

- ... - ... (subcontractant): Deține Autorizație emisă de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE) nr. 19613/28.09.2020, destinată execuției lucrărilor asupra instalației de gaz conform Deciziei pronunțată definitivă nr. ... din data de 04.10.2022, emisă de Curtea de Apel Iași.
- ... (ofertant) - ... (terț) - ... (subcontractant): Nu deține autorizație emisă de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE.) destinată execuției lucrărilor asupra instalației de gaz conform Deciziei pronunțată definitivă nr. ... din data de 04.10.2022, emisă de Curtea de Apel Iași. Acesta a prezentat autorizație pentru un operator economic, neparticipant la procedură si nedeclarat în DUAE, respectiv ... societate care deține autorizația ANRE. pentru instalații de gaze cu care are încheiat un contract de colaborare.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că în urma analizei documentelor prezentate, comisia de evaluare a constatat faptul că autorizația prezentată în răspunsul dat, este deținută de o persoană juridică ce nu a fost declarată de către ... (ofertant) - ... (terț) - ... (subcontractant) în cadrul formularului DUAE ca fiind asociat, terț susținător sau subcontractant, iar în conformitate cu prevederile art. 51 din HG 395/2016, cerința referitoare la autorizațiile/atestatele solicitate, se consideră îndeplinită dacă autorizațiile/atestatele sunt depuse de operatorul economic care participă la procedura de atribuire sau grupul

de operatori economici care participă în comun sau de subcontractanții acestora, declarați în DUAE.

Drept urmare, comisia de evaluare nu a luat în considerare autorizația prezentată, deoarece aceasta nu este deținută de grupul de operatori economici care participă în comun sau de subcontractanții acestora declarați inițial în DUAE, conform art. 51 din HG 395/2016.

Totodată, ... subliniază că din contractul de prestări servicii 05/06.01.2020 încheiat între ... și ... reiese că acesta va executa lucrările asupra instalațiilor de gaz cu un operator economic în baza unui contract de servicii. Ori, potrivit legislației în materia achizițiilor publice contractele de prestări servicii nu sunt definite și recunoscute, ci doar acordurile de subcontractare sau asociere (terț susținător) care trebuie declarate în formularul DUAE.

De asemenea, menționează că subcontractanții în cadrul procedurii de atribuire trebuie declarați în formularul DUAE. În acest sens ca practică judiciară, ... invocă Decizia nr. 187/03.08.2021 a MDLPA privind soluționarea unei contestații formulată de către UAT ... împotriva Notei de neconformitate nr. 18835.1/ 28.06.2021 din care reiese sancțiunea aplicată pentru nerespectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice unui contract de achiziție încheiat de autoritatea contractantă. Din această jurisprudență reiese clar faptul că spre deosebire de subcontractant - care este participant în procedura de atribuire și pentru care legislația prevede verificarea anumitor condiții specifice (conflictul de interese, capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși), furnizorul este un terț față de procedură. Spre deosebire de subcontractant, furnizorul doar pune la dispoziția contractantului principal sau chiar subcontractantului produse sau servicii, după caz, fără a interveni în desfășurarea unor etape din acel contract, nefiind astfel implicat direct în executarea contractului de achiziție publică.

Astfel, ... susține că în cazul în care aceste lucrări nu sunt executate de către ofertant, ci de către un alt operator economic, acesta din urma trebuie declarat ca subcontractant în oferta depusă și trebuie să respecte cerințele de calificare de la nivelul documentației de atribuire referitoare la subcontractanți. Ori, în situația în care o parte/părți din contract nu poate/nu pot fi îndeplinită/îndeplinite de ofertant (individual sau în asociere) și/sau ofertantul nu are capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea activităților aferente unei/unor părți din contract, acesta are dreptul să subcontracteze acea parte/acele părți din activitățile contractului de achiziție, având obligația de a cuprinde în oferta sa documentele și informațiile prevăzute de lege referitor la subcontractare (DUAE pentru subcontractant, acordul de subcontractare, informații privind partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinită de subcontractanți și valoarea acesteia, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante etc.).

În cele ce urmează, autoritatea contractantă invocă și redă prevederile art. 3 lit. w) și yy), concluzionând că subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractantul principal și autoritatea/entitatea contractantă, fiind implicat în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului. Totodată, spre deosebire de furnizor, subcontractantul e considerat participant în procedura de atribuire [art. 53 alin. (1) din Legea nr. 98/2016], fiindu-i aplicabile, pe cale de consecință, inclusiv dispozițiile legale ce reglementează conflictul de interese.

În opinia sa, având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în domeniul achizițiilor publice/achizițiilor sectoriale impune anumite obligații în sarcina candidatului/ofertantului cu privire la subcontractanți, obligații care nu există în cazul furnizorilor, respectiv:

- de a cuprinde în oferta sa documentele și informațiile prevăzute

de lege referitor la subcontractare (informații privind partea/părțile din contract care urmează să fie îndeplinită/e de subcontractanți și valoarea acesteia, DUAE pentru subcontractant, acordul de subcontractare, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante);

- de a transmite, la solicitarea autorității/entității contractante,

informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

... subliniază că demarcația dintre cele două calități este dată de următorul aspect: în cazul furnizorului, accentul cade pe punerea la dispoziție a produselor/serviciilor, acceptat fiind și că furnizorul le poate instala ori amplasa (ori prestează servicii către contractant, potrivit art. 3 lit. w) din Legea nr. 98/2016), pe când în cazul subcontractantului, acesta furnizează/prestează/execută în mod direct produse/servicii/lucrări, activități care sunt parte din obiectul contractului de achiziție publică.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că ... (care deține autorizația ANRE privind execuția lucrărilor asupra instalației de gaz) ar îndeplini activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractantul principal și autoritatea/entitatea contractantă, aceasta intervenind în desfășurarea unor etape din contract, astfel fiind implicată direct în executarea contractului de achiziție publică și, prin urmare nu poate fi considerat furnizor în cadrul contractului de achiziție publică în cauză, ci se află în situația subcontractării lucrărilor pentru instalația de gaz.

... arată că în cazul de față, ... (ofertant) - ... (terț) - ... (subcontractant) nu a prezentat DUAE completat pentru subcontractantul ce urmează să execute partea din contract privind lucrările asupra

instalației de gaz prevăzute în cadrul documentației de atribuire. Astfel, ținând seama de toate cele exprimate anterior, ... (ofertant) - ... (terț) - ... (subcontractant) nu a putut face dovada că este autorizat să efectueze lucrări asupra instalației de gaz, pentru care legislația în vigoare prevede autorizații în acest sens.

Având în vedere cele detaliate anterior, respectiv faptul că autorizațiile pentru efectuarea lucrărilor asupra instalației de gaz nu sunt deținute de grupul de operatori economici care participă în comun sau de subcontractanții acestora declarați inițial în DUAE, conform art. 51 din HG 395/2016, comisia de evaluare a declarat oferta depusă de ... (ofertant) - ... (terț) - ... (subcontractant) ca fiind inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG 395/2016 și o respinge în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG 395/2016 actualizată, respectiv art. 51 din HG 395/2016 actualizată:

II. În ceea ce privește critica contestatoarei referitoare la caracterul fals al invocării de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 51 din HG 395/2016, inexistența solicitării deținerii autorizației ANRE prin documentația de atribuire, precum și critica referitoare la interpretarea eronată a Deciziei Curții nr. ... de către comisia de evaluare, ... face următoarele precizări:

Potrivit Deciziei Curții de Apel Iași nr. ... din data de 04.10.2022 definitivă, privind soluționarea plângerii formulate de către ..., prin care s-a decis obligarea autorității contractante ... la reevaluarea ofertelor depuse de ... și ... din perspectiva deținerii autorizației ANRE de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz (pag. 11), se stipulează clar:

„Curtea consideră că, indiferent dacă, în cuprinsul documentației de atribuire, s-a menționat expres sau nu necesitatea îndeplinirii acestei condiții, ofertanții sun obligați să îndeplinească toate condițiile legale pentru desfășurarea activităților necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică.

Prin art. I alin. (I), (2) din Ordinul ANRE. 132/2021 pentru aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale se prevede că operatorii economici care desfășoară activități de proiectare, execuție și exploatare a conductelor de alimentare din amonte producției, instalațiilor tehnologice de suprafață aferente înmagazinării, obiectivelor/sistemelor aferente transportului și/sau distribuției de gaze naturale, instalațiilor aferente activității de producere/stocare de biogaz/biometan instalațiilor de gaze naturale lichefiate, instalațiilor de producere a hidrogenului, precum și instalațiilor de utilizare a gazelor naturale, au obligația solicitării acordării autorizației în domeniul gazelor, autorizația fiind actul administrativ individual emis de către ANRE prin care se acordă dreptul unui operator economic să desfășoare activități de proiectare, de execuție sau de exploatare pentru obiective/sisteme

din domeniul gazelor naturale, cu respectarea condițiilor de valabilitate asociate.

De asemenea, potrivit aceluiași act normativ art. 2 alin. (1) lit. i) prin «execuție» se înțelege 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 realizării/modificării unui/unei obiectiv/sistem/ instalații din domeniul gazelor naturale, asigurării/efectuării punerii în funcțiune, verificărilor/reviziilor unui/unei obiectiv/sistem/ instalații din domeniul gazelor naturale, cu respectarea proiectelor tehnice și a legislației conexe domeniului gazelor naturale.

Întrucât lucrările de aducere la cotă a răsuflătorilor de gaz, menționate în documentația de atribuire, necesită existența unei autorizații ANRE din perspectiva dispozițiilor legale mai sus enunțate, și observând că nici una dintre părți nu a susținut deținerea de către ... a unei astfel de autorizații, nici C.N.S.C. ne făcând vreo precizare în acest sens în considerentele deciziei contestate prin prezenta plângere, Curtea apreciază că se impune anularea Raportului rezultatului procedurii de atribuire nr. 130920/21.07.2022 pentru a putea fi reevaluate ofertele din acest punct de vedere".

Astfel, autoritatea contractantă opinează că nu se poate reține „Inexistența solicitării deținerii autorizației ANRE prin documentația de atribuire" și „caracterul fals al invocării de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 51 din HG 395/2016", deoarece autoritatea contractantă a pus în aplicare întocmai dispozițiile Deciziei nr. ... a Curții de Apel Iași, respectiv, a solicitat ofertanților prezentarea dovezilor privind autorizația ANRE de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz.

De asemenea, consideră că societatea ... nu a luat act de decizia Curții de Apel Iași, care prin Hotărârea Civilă nr. ..., definitivă a decis faptul că indiferent dacă, în cuprinsul documentației de atribuire, s-a menționat expres sau nu necesitatea îndeplinirii condițiilor privitoare la deținerea autorizației ANRE pentru lucrările de gaz, ofertanții sunt obligați să îndeplinească toate condițiile legale pentru desfășurarea activităților necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică.

Ori, faptul că ... critică inexistența solicitării deținerii autorizației ANRE prin documentația de atribuire, este nerelevant, această critică este supusă *„autorității de lucru judecat"*, care reprezintă un principiu ce guvernează activitatea de înfăptuire a justiției și în virtutea căruia un litigiu soluționat printr-o hotărâre judecătorească definitivă nu mai poate forma obiectul unui nou proces având același obiect, aceeași cauză și aceleași părți.

Autoritatea contractantă precizează că prin încheierea Ședinței Publice din 12 ianuarie 2023 aferentă Hotărârii civile nr. 25/CA/2023 emisă de Tribunalul Vaslui, se stipulează următoarele:

„Mai mult decât atât, nu poate accepta teza faptului că pârâta ar putea să introducă ulterior un alt subcontractant care să execute aceste lucrări de gaze, din perspectiva încălcării dispozițiilor art. 159 și ale art. 160 lit. a) din HG 395/2016, precum și ale art. 55, 221 alin. (7) lit. a) și c) din Legea 98/2016. Această abordare a pârâtei putându-se constitui într-o modificare substanțială a contractului. Chiar dacă dispozițiile art. 219 alin (5) din Legea 98/2016 prevăd posibilitatea includerii altor contractanți, aceste dispoziții trebuie aplicate prin raportare la art. 179 lit. k) și art. 193 din Legea 98/2016.

Din analiza sistematică a tuturor acestor dispoziții legale rezultă că verificarea îndeplinirii tuturor cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională a ofertanților se face la momentul depunerii ofertelor și în acest sens se completează și formularul DUAE (documentul unic de achiziție european) cu informațiile aferente situațiilor lor și în care sunt prezentați atât contractanții cât și susținătorii lor.

Prin urmare, îndeplinirea acestei capacități trebuia să fie făcută până la momentul depunerii ofertei.

Așa cum reiese din formularul DUAE și din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, pârâta ... a înțeles să-i nominalizeze pe SC ... ca terț și SC ... ca subcontractant. Prin urmare, pârâta nu se poate prevala la acest moment de un contract de colaborare încheiat cu SC ..., având în vedere că acesta nu are calitate de subcontractant sau terț și pentru care nu au fost depuse la momentul depunerii ofertei documentațiile pentru acest colaborator.”

Astfel, luând în considerare jurisprudența acestei cauze, autoritatea contractantă susține că a respectat întocmai prevederile legale în evaluarea documentelor prezentate de ..., respectiv dispozițiile art. 51 din HG 395/2016.

... mai arată că a respectat întocmai dispozițiile Deciziei nr. ... a Curții de Apel Iași, respectiv, a solicitat ofertanților prezentarea dovezilor privind autorizației ANRE de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz, a evaluat și a desemnat un câștigător care îndeplinește toate condițiile legale pentru desfășurarea activităților necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică, conform celor arătate mai sus.

În acord cu toate aspectele arătate mai sus, ... considerăm contestația depusă de ..., ca fiind neîntemeiată. Având în vedere cele arătate, autoritatea contractantă solicităm respingerea contestației formulată de către ..., pe care o consideră nelegală și netemeinică și, pe cale de consecință, menținerea raportului procedurii nr. 88216/24.05.2023 și a actelor subsecvente.

Referitor la plata cheltuielilor de judecată cerută de contestatoare ... solicită respingerea acestui capăt de cerere motivat de faptul că autoritatea contractantă prin documentele încheiate a pus în aplicare deciziile emise de Curtea de Apel Iași, iar litigiul intervenit nu se datorează culpei autorității contractante. În situația în care se constată justificată solicitarea privitoare la plata cheltuielilor de judecată, ... solicită cenzurarea acestora.

Prin cererea de intervenție accesorie nr. 5942/15.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32455/16.06.2022, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, ... a solicitat Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de către SC ..., ca nefondată, desemnarea ofertei ..., ca fiind câștigătoare, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor generate de „soluționarea prezentului dosar” – onorariu de avocat.

Totodată, s-a invocat excepția tardivității formulării contestației.

În susținerea excepției invocate, intervenienta arată că, având în vedere data înregistrării contestației ... la autoritatea contractantă (nr. 91719 din data de 06.06.2023), respectiv data înregistrării acesteia la CNSC astfel cum rezultă de pe portal (07.06.2023), în condițiile în care raportul procedurii nr. 88216/24.05.2023 a fost publicat în SEAP în data de 24.05.2023, iar termenul pentru formularea contestației, de 10 zile, se împlinea la data de 05.06.2023, ... invocă excepția tardivității contestației în temeiul art. 16 coroborat cu art. 5 și art. 8 din legea nr. 101/2016, termenul în care ... putea formula contestație fiind, raportat la aceste date, depășit.

În opinia sa, în măsura în care ... nu a trimis, indiferent prin ce mijloace (poștă, e-mail, fax, curier), contestația, către CNSC și către autoritatea contractantă, cel târziu la data de 05.06.2023, intervenienta arată faptul că formularea contestației este tardivă și solicită CNSC să admită excepția tardivității formulării contestației.

În cele ce urmează, ... prezintă pe larg istoricul procedurii, prezentând aspecte cu privire la admisibilitatea în principiu a cererii sale de intervenție.

În acest sens, ... invocă și redă dispozițiile art. 17 alin. (3) și (4), respectiv art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și dispozițiile art. 61 din Codul de Procedură Civilă, arătând că interesul său este determinat, legitim, născut, personal și actual.

De asemenea, subliniază calitatea sa de ofertant declarat câștigător, invocând art. 24 din Constituție, respectiv art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665/CEE.

În cele ce urmează, ... prezintă argumente privind netemeinicia contestației formulată de ...:

1. Intervenienta invocă excepția autorității și puterii de lucru judecat: respectiv încălcarea autorității și puterii de judecat a Deciziei

civile nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași și a Sentinței civile nr. ... a Tribunalului Vaslui:

În acest sens, ... consideră că întreaga contestație formulată de ... are la bază argumentul potrivit căruia deținerea autorizației ANRE de executare a lucrărilor de gaz nu ar fi reprezentat o condiție de evaluare din cadrul procedurii de atribuire (ci cel mult o condiție de executare a contractului de atribuit), întrucât documentația de atribuire nu ar fi prevăzut necesitatea deținerea acesteia, sens în care autoritatea contractantă nu ar fi trebui să respingă oferta sa ca inacceptabilă atât timp cât ... se prevalează de un contract/acord de colaborare încheiat cu ..., operator economic care deține autorizația ANRE solicitată pentru executarea lucrărilor de gaz, contractul încheiat de către contestatoare cu această societate fiind depus și invocat și în cadrul întâmpinării contestatoarei în cadrul dosarului ... de pe rolul Tribunalului Vaslui.

De asemenea, precizează că prin hotărârea CJUE din data de 07.09.2021 în cauza C-927/19 (Klaipedos regiono atliekij tvarkymo centras UAB, paragh. 89), Curtea a stabilit că respectarea unor condiții de executare a contractului nu trebuie apreciată la momentul atribuirii contractului, această jurisprudență a CJUE fiind preluată și în cauza C-403/21 invocată de către ... prin contestația formulată. Ori, această jurisprudență invocată de ... a CJUE, nu este însă aplicabilă și în speță, având în vedere că prin Decizia nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași, definitivă, și prin Sentința civilă nr. ... a Tribunalului Vaslui, de asemenea definitivă, instanțele de judecată au stabilit în mod definitiv și fără dubiu (chestiunea intrând în autoritatea și puterea de lucru judecat) că deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz prevăzute de documentația de atribuire reprezintă condiții de calificare și selecție, respectiv factori de evaluare în procedura de atribuire a contractului, iar nu o condiție de executare a contractului, motiv pentru care a și fost anulat Raportul rezultatului procedurii de atribuire nr. 130920/21.07.2022 și respectiv acordul contractual nr. 149821/15.09.2022 încheiat între ... și ..., ... și ....

Societatea ... susține că CNSC trebuie să țină cont și să respingă contestația ..., având în vedere că încearcă practic să modifice niște hotărâri judecătorești definitive prin care instanțele de judecată au stabilit deja, cu autoritate și putere de lucru judecat, că deținerea autorizației ANRE privind executarea lucrărilor de gaz în prezenta cauză reprezintă un criteriu de calificare și selecție, respectiv un factor de evaluare, pe care autoritatea nu l-a verificat și că ofertanții trebuie să facă această dovadă în procedura de atribuire a contractului de achiziție.

De asemenea, susține că, în măsura în care Consiliul ar accepta motivele contestației ..., s-ar încălca autoritatea și puterea de lucru judecat a unor hotărâri judecătorești definitive în cadrul cărora s-a reținut tocmai contrariul celor susținute de către ..., respectiv că deținerea autorizației ANRE de executare a lucrărilor de gaz reprezintă

condiții de calificare și selecție, respectiv factori de evaluare, de verificat de către autoritatea contractantă în etapa de atribuire a contractului de achiziție, iar nu doar condiții de executare a contractului.

În plus, ... subliniază că prin contestația formulată, ... reia apărări/susțineri din cadrul dosarului nr. ... de pe rolul Curții de Apel Iași finalizat prin Decizia civilă nr. .../04.10.2022 și din dosarul ... de pe rolul Tribunalului Vaslui, argumente precum cele referitoare la faptul că documentația de atribuire nu ar fi prevăzut necesitatea deținerii autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz și obligativitatea autorității contractante de a respecta propria documentație de atribuire din acest punct de vedere. Toate aceste aspecte au fost însă deja în mod definitiv tranșate prin Decizia civilă nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași, instanța de judecată reținând în mod definitiv faptul că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica în etapa de evaluare privind atribuirea contractului deținerea autorizațiilor ANRE prevăzute de lege pentru executarea lucrărilor de gaz, respectiv prin Sentința civilă nr. ... a Tribunalului Vaslui, rămasă definitivă, instanța de judecată a anulat Acordul contractual nr. 149821/15.09.2022 încheiat între ... și ..., ... și ..., cu aceeași motivare.

Astfel, intervenienta menționează că prin Decizia Curții de Apel Iași nr. .../04.10.2022 s-a dispus anularea raportului procedurii de atribuire nr. 130920/21.07.2022 ce o desemna pe ... câștigătoare, reținându-se că autoritatea contractantă nu a respectat obligația de verificare, în etapa evaluării din cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, a condiției deținerii de către ofertanți a autorizațiilor ANRE privind executarea lucrărilor de gaz, fiind anulat raportul rezultatului procedurii ce o desemna câștigătoare pe .... Prin urmare, instanța, în mod expres, a stabilit în sarcina autorității contractante obligația de a verifica îndeplinirea unei condiții de calificare și selecție, respectiv reevaluarea ofertanților în privința deținerii autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz. Acest aspect reiese *a fortiori,* deoarece în caz contrar, instanța nici nu ar fi prevăzut necesitatea reluării evaluării, ci ar fi respins plângerea ... cu argumentarea că dovada deținerii autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz ar fi putut fi realizată de aceasta și în etapa executării contractului, dacă instanța ar fi asumat, ca ..., că deținerea acesteia ar reprezenta o condiție de executare a contractului, iar nu o cerință de verificat în etapa de atribuire a contractului.

De asemenea, intervenienta arată că, prin Sentința civilă nr. ... a Tribunalului Vaslui, instanța a anulat, în mod definitiv, acordul contractual nr. 149821/15.09.2022 încheiat între ... și ofertantul ... cu terții/subcontractanții săi, reținând pentru anularea Acordului contractual incidența art. 58 alin. (2) lit. d) din legea 101/2016. Astfel, prin Sentința civilă nr. ... pronunțată de Tribunalul Vaslui, rămasă definitivă, instanța de judecată a reținut următoarele: *„(...) În raport de cazurile de nulitate*

invocate de reclamantă, instanța retine ca fiind aplicabil doar art. 58 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 101/2016”. Altfel spus, Tribunalul Vaslui a reținut în mod definitiv incidența dispozițiilor art. 58 alin. (2) lit. d) din legea 101/2016 dispunând anularea contractului de achiziție încheiat, considerând că a existat o nerespectare a criteriilor de calificare și selecție și/sau a factorilor de evaluare prevăzuți în cadrul anunțului de participare care au stat la baza declarării câștigătoare a ofertei ..., situație care a condus la alterarea rezultatului procedurii, fiind astfel fără niciun dubiu că nu poate fi reținută teoria contestatoarei referitoare la faptul că deținerea autorizației ANRE nu ar fi reprezentat o condiție de evaluare și selecție din cadrul procedurii de atribuire, ci doar cel mult o condiție de executare a contractului a cărei îndeplinire nu ar fi trebuit să fie verificată în cadrul procedurii de atribuire. Cu alte cuvinte, atât timp cât Curtea de Apel Iași a considerat, în mod definitiv, că evaluarea ofertanților din perspectiva deținerii autorizației ANRE de executare a lucrărilor de gaz trebuie efectuată de către autoritatea contractantă în etapa evaluării din cadrul procedurii de atribuire a contractului, iar Tribunalul Vaslui a anulat contractul de achiziție încheiat între autoritate și contestatoare exact din același motiv, considerând că nu poate fi păstrat contractul de achiziție în vigoare atât timp cât s-a dispus întoarcerea în etapa evaluării ofertelor și deci reevaluarea ofertelor din perspectiva îndeplinirii condiției deținerii autorizațiilor ANRE privind executarea lucrărilor de gaz, interpretarea ..., respinsă deja de către instanțele de judecată, în sensul că documentația de atribuire nu ar fi prevăzut deținerea acesteia și prin urmare, deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz ar fi cel mult o condiție de executare a contractului de achiziție, contravine și încalcă în mod flagrant autoritatea și puterea de lucru judecat a acestor hotărâri judecătorești definitive.

În opinia sa, nu există niciun dubiu că ambele instanțe, atât prin Decizia nr. .../04.10.2022, cât și prin Sentința nr. ..., au reținut obligativitatea întoarcerii în etapa evaluării ofertelor și desemnarea unui câștigător după efectuarea reevaluării din perspectiva deținerii autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz de către ofertanți, rezultând fără niciun dubiu că există autoritatea de lucru judecat (și cel puțin puterea de lucru judecat) a acestor hotărâri sub un aspect esențial al speței, respectiv faptul că obligația de verificare a îndeplinirii condiției privind deținerea autorizațiilor ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, reprezintă un criteriu de evaluare și selecție, un factor de evaluare, ce trebuia verificat de către autoritatea contractantă în procedura de atribuire a contractului, iar nu doar o condiție de executare a contractului (care nu ar face deci obiectul evaluării în etapa de atribuire a contractului), astfel cum susține ... prin contestația ce face obiectul prezentului dosar.

Intervenienta consideră că orice altă interpretare sugerată de ... prin contestația formulată, tinde la modificarea acestor hotărâri judecătorești definitive și astfel la încălcarea autorității și puterii de lucru judecat a acestora.

De altfel, față de pretinsa interpretare greșită a Deciziei nr. .../04.10.2022 de către autoritatea contractantă, pe care o invocă ... prin contestației, ... arată CNSC că aceasta susținere este falsă, deoarece, dacă instanțele de judecată ar fi considerat că deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz nu ar fi reprezentat o condiție de evaluare și selecție, ci cel mult o condiție de executare a contractului, atunci instanțele de judecată nici nu ar fi anulat raportul rezultatului procedurii prin care a fost desemnată câștigătoare ... și nici contractul de achiziție încheiat cu ..., atât timp cât deținerea autorizației ANRE de executare a lucrărilor de gaz nu ar fi reprezentat un factor de evaluare, un criteriu de calificare și selecție în atribuirea contractului de achiziție, ci doar o condiție de executare, astfel cum s-a apărat ... în aceste dosare. Prin urmare, orice speculație a contestatoarei care contravine acestor hotărâri judecătorești definitive trebuie respinse *ab initio* de către Consiliu.

Mai arată că susținerea contestatoarei, în sensul că documentația de atribuire nu ar fi prevăzut necesitatea deținerii autorizației ANRE, nu doar că a fost respinsă deja de către instanțele de judecată prin hotărâri judecătorești definitive, însă această susținere este, în același timp, și falsă, dar și tardivă, aspecte pe care le-a arătat deja în cadrul litigiilor purtate deja între părți și pe care le reiterează succint și în cadrul prezentului dosar. În opinia sa, dacă ... aprecia că prevederile documentației de atribuire nu erau clare, putea să înainteze autorității contractante o solicitare de clarificări privind documentația de atribuire, conform dispozițiilor art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sau, dacă aprecia că cerințele documentației de atribuire au fost incorect stabilite, putea să conteste documentația de atribuire, conform dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu respectarea termenului legal prevăzut. Ori, contestatoarea nu a făcut acest lucru, ci a invocat aceste aspecte în cadrul litigiului privind plângerea ... împotriva Deciziei CNSC nr. ..., argumente tardive și la momentul soluționării dosarului ... și în orice caz, respinse de către instanța de judecată prin Decizia nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași.

În al doilea rând, apărările ..., în sensul că documentația de atribuire sau prin anunțul de participare, nu ar fi prevăzut necesitatea deținerii autorizației ANRE de executare a lucrărilor de gaz, sau că dispozițiile caietului de sarcini ar fi fost neclare, sunt și false, având în vedere următoarele argumente:

- Anunțul de participare prevede în secțiunea III pct. 1.1. referitor la capacitatea profesională, faptul că modalitatea de îndeplinire a capacității profesionale se dovedește prin

depunerea formularului DUAE, de către ofertanți, ofertanții asociați, subcontractanții și terții susținători, la momentul depunerii ofertei cu respectarea dispozițiilor art. 193 alin. (1), (2) și (3) din Legea 98/2016.

- Prin urmare, raportat la dispozițiile alin. (1) din art. 193 din Legea nr. 98/2016, se observă faptul că prin depunerea formularului DUAE, se dovedește îndeplinirea criteriilor privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă, și îndeplinirea criteriilor de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile legii 98/2016, în condițiile în care autoritatea contractantă a solicitat prin caietul de sarcini deținerea autorizațiilor prevăzute de lege, respectiv, în cadrul paragrafului 4.1 „Execuția lucrărilor” (pagina 4) a Caietului de sarcini Reabilitare Strada Decebal, se precizează: *„Lucrările de construcții și instalații vor fi executate de personal calificat, cu experiență în execuția acestui gen de lucrări. Ofertantul trebuie să facă dovada că deține angajați în cadrul companiei/subcontractanți ca specialiști în categoriile de lucrări ce urmează a fi executate. Ofertantul trebuie să dețină atestările/autorizările necesare sau personal autorizat/atestat pentru a acoperi toate categoriile de lucrări din cadrul proiectului.”*.
- Așadar, nu se susține argumentul contestatoarei, în sensul că anunțul de participare nu ar fi prevăzut deținerea autorizațiilor ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, în condițiile în care anunțul de participare face trimitere la necesitatea dovedirii capacității profesionale în acord cu documentația de atribuire, iar documentația de atribuire prevedea necesitatea deținerii atestărilor/autorizărilor necesare și personal autorizat/atestat pentru a acoperi toate categoriile de lucrări din cadrul proiectului.

Societatea ... opinează că interpretarea pe care o încearcă contestatoarea, respinsă de altfel de către instanțele de judecată, în sensul că anunțul de participare ar fi trebuit să menționeze expres denumirea/tipul fiecărei autorizații pe care ar fi trebuit să o dețină ofertantul nu este în acord cu voința legiuitorului, sens în care este și jurisprudența instanțelor de judecată, cum ar fi sentința civilă nr. 882 din 27.05.2021 - Tribunalul Maramureș.

De asemenea, intervenienta subliniază că ... face îndelungi apărări cu privire la pretinsa neprevedere a necesității deținerii autorizațiilor respective prin documentația de atribuire, faptul că autoritatea trebuie să respecte ea însăși regulile pe care le impune, etc, însă toate aceste apărări nu au nicio relevanta în prezentul litigiu in contextul în care: (1) prin documentația de atribuire, inclusiv prin anunțul de participare, cu

referire la dispozițiile art. 193 din legea 98/2016 și documentația de atribuire, se prevedea necesitatea deținerii tuturor autorizațiilor necesare executării lucrărilor; (2) necesitatea deținerii tuturor autorizațiilor necesare executării lucrărilor prin documentația de atribuire a fost reținută și prin Decizia nr. .../0-1.10.2022 pronunțată de către Curtea de Apel Iași, stabilindu-se deci deja definitiv printr-o hotărâre judecătorească că ... trebuia să dovedească în privința ei sau a subcontractorilor/terților săi declarați, deținerea acestor autorizații; (3) De altfel, soluția Curții de Apel Iași prin Decizia nr. .../04.10.2022 este în acord cu întreaga jurisprudență în care se arară că deținerea autorizațiilor prevăzute de lege este necesară indiferent dacă se menționează sau nu explicit prin documentația de atribuire. În acest sens, intervenienta invocă decizii ale CNSC și ale instanțelor.

Ori, ... menționează, că așa cum recunoaște și ..., aceasta din urmă nu deține autorizația ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, precum niciunul dintre terții/subcontractanții săi declarați în formularul DUAE nu le dețin, respectiv ... sau .... Așadar, față de toate aceste argumente, rezultă fără niciun dubiu că în măsura în care Consiliul ar reține motivele contestației ..., s-ar încălca în mod grav autoritatea și puterea de lucru judecat a două hotărâri judecătorești definitive, respectiv a Deciziei nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași și a Sentinței civile nr. ... a Tribunalului Vaslui. Respectarea hotărârilor judecătorești definitive reprezintă o cerință irefragabilă a oricărei persoane, oricât de nemulțumită ar fi aceasta de soluția pronunțată. Aceste hotărâri judecătorești, fiind definitive, se bucură de autoritate de lucru judecat și de putere de lucru judecat, așa cum stabilesc art. 430 din Codul de Procedură Civilă și cele ale art. 431 din Codul de Procedură Civilă. Fiind hotărâri judecătorești definitive, acestea nu comportă limitări, re interpretări sau denaturări, sens în care, orice sugestie a ... referitoare la alte interpretări ale soluțiilor pronunțate în cauză nu se pot realiza la acest moment, astfel încât să se denatureze consecințele si efectelor lor.

În concluzie, solicită respingerea motivelor invocate de ..., ca existând autoritate de lucru judecat și cel puțin putere de lucru judecat a Deciziei civile nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași și a Sentinței civile nr. ... a Tribunalului Vaslui, având în vedere că instanțele de judecată s-au pronunțat deja asupra aspectelor pe care le antrenează contestația ..., stabilind în mod definitiv faptul că deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz reprezintă criteriu de calificare și selecție, respectiv factor de evaluare ce trebuia îndeplinit de către ofertanți la momentul depunerii ofertei, în cadrul procedurii de atribuire, prin persoana acestuia sau a asociaților/terților susținători/subcontractanților săi declarați în cadrul ofertei.

2. În cele ce urmează, ... prezintă aspecte cu privire la legalitatea și temeinicia respingerii ofertei ..., ca inacceptabilă de către autoritatea contractantă:

A. Referitor la pretinsa incidență a hotărârii CJUE din cauza C-403/21 SC NV CONSTRUCT SRL împotriva JUDEȚULUI TIMIȘ, intervenienta susține inaplicabilitatea acesteia la prezenta speță.

În acest sens, ... învederează următoarele:

- ... invocă hotărârea CJUE pronunțată în cauza C-403/21, în încercarea de a răsturna soluțiile pronunțate deja de două instanțe judecătorești prin hotărâri definitive. Însă, prin invocarea respectivei jurisprudențe CJUE, ... ignoră pe deplin contextul și situația de fapt ce au făcut obiectul respectivei sesizări la Curtea de Justiție a Uniunii Europene, tocmai pentru a crea aparența aplicabilității acesteia. Ori, în realitate, jurisprudența respectivă nu este aplicabilă prezentei spețe, având în vedere următoarele motive:

• În primul rând, respectiva hotărâre are în vedere ipoteza unor activități care ar fi susceptibilă să trebuiască a îi executată de către ofertant, dar a cărei executare nu este sigură; Altfel spus, ipoteza avută în vedere în cauza C-403/21 respectiva hotărâre are în vedere situația eventualității desfășurării unei anumite activități, ceea ce nu este cazul de față, ridicarea la cotă a răsuflătorilor de gaz pentru care s-a reținut în mod definitiv necesitatea deținerii autorizației ANRE nefiind o activitate susceptibilă (eventuală) a fi realizată, ci este impusă, în mod clar și expres prin documentația de atribuire:

- în cadrul documentației de licitație, în documentul intitulat „Memoriu tehnic pentru licitație strada Decebal”, la pagina 38 se precizează:
  „Lucrări conexe
  Au fost prevăzute următoarele lucrări: (...)
  o Ridicare la cotă capace gaze”
- în documentul „Liste de cantități pentru licitație strada Decebal”, la paginile 21-22 se regăsește devizul Obiect: Reabilitare strada Decebal, stadiu fizic Lucrări conexe — Aducere la cotă elemente existente, la pozițiile 15 și 16 identificând articolele:
  15) GD09A1 Răsuflătoare cu capac montată în lungul conductelor având Dn 1-2 țoli
  16) GD09A2 Răsuflătoare cu capac montată în lungul conductelor având Dn 1-2 țoli - demontare.

De asemenea, pentru a elimina orice îndoială cu privire la caracterul cert al necesității executării acestor lucrări și prevederea lor în documentația de atribuire, ... arată că în articolele 15 și 16 din documentația economică - Formular F3 - Lucrări conexe - aducere la cotă elemente existente - acestea sunt prevăzute în mod explicit, rezultând așadar fără niciun dubiu caracterul cert, iar nu eventual al necesității acestor lucrări și prevederea lor în documentația de atribuire. Astfel, orice încercare a contestatoarei de a susține contrariul, adică

pretinsul caracter eventual al acestor lucrări, trebuie *ab initio* respinse de către Consiliu.

Totodată, raportat la aceeași jurisprudență CJUE invocată prin contestație, nu se pune problema în prezenta speță, a lipsei de importanță semnificativă a executării respectivelor lucrări, astfel cum este menționat în jurisprudența invocată.

În fapt, intervenienta susține că nu poate fi vorba despre o lipsă de importanță a respectivelor lucrări, pe de o parte având în vedere prevederea expresă a acestora în cadrul documentației de atribuire, iar pe de altă parte, importanța acestora este afirmată și de către instanțele de judecată care au soluționat cauza. Astfel, atât prin Decizia nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași instanța a înțeles că deținerea autorizației ANRE de executare a lucrărilor de gaz este necesară, date fiind riscurile angrenate de lipsa acesteia, iar prin Sentința civilă nr.2 5/CA/25.01.2023 a Tribunalului Vaslui, instanța a constatat: *„(...) importanța lucrărilor ce urmează a fi efectuate cu privire la reabilitarea unei străzi importante din Mun. Vaslui, de interes general este ca lucrările să fie executate cu respectarea tuturor condițiilor legale și de către persoane care dețin autorizațiile necesare efectuării lor*". Așadar, având în vedere că aceste lucrări ce necesită autorizație ANRE pentru lucrări la instalațiile de gaz sunt lucrări prevăzute de documentația de atribuire, sunt lucrări certe a trebui realizate și nici nu sunt lucrări lipsite de importanță, rezultă fără niciun dubiu că nu este vorba de ipoteza descrisă prin hotărârea CJUE invocată de către contestatoare.

• În al doilea rând, ... subliniază că prin jurisprudența CJUE menționată, Curtea reține în mod clar că autoritatea contractantă poate decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare sau într-un caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

În acest sens, intervenienta reiterează că în cazul de față nu este vorba despre activități eventuale (ci sunt activități impuse a fi realizate prin documentația de atribuire) și că nu sunt lipsite de importanță. Cu toate acestea, prin hotărârea CJUE invocată, Curtea reține că și în cazul în care activitățile ar putea fi catalogate astfel (ca fiind eventuale și lipsite de importanță semnificativă), autoritatea contractantă are în continuare dreptul să prevadă prin anunțul de participare sau prin caietul de sarcini, necesitatea îndeplinirii unor condiții de evaluare rezultate din reglementări speciale, ceea ce este și cazul de față, deținerea autorizațiilor ANRE necesare pentru executarea lucrărilor impuse prin documentația de atribuire sunt prevăzute atât în caietul de sarcini, cât și în anunțul de participare:

- În caietul de sarcini, în cadrul paragrafului 4.1 „Execuția lucrărilor" (pagina 4) se precizează:

„Lucrările de construcții și instalații vor fi executate de personal calificat, cu experiență în execuția acestui gen de lucrări.

Ofertantul trebuie să facă dovada că deține angajați în cadrul companiei/subcontractanți ca specialiști în categoriile de lucrări ce urmează a fi executate.

Ofertantul trebuie să dețină atestările/autorizările necesare sau personal autorizat/ atestat pentru a acoperi toate categoriile de lucrări din cadrul proiectului.”;

- În anunțul de participare se prevede în secțiunea III pct. 1.1. referitor la capacitatea profesională, faptul că modalitatea de îndeplinire a capacității profesionale se dovedește prin depunerea formularului DUAE, de către ofertanți, ofertanții asociați, subcontractanții și terții susținători, la momentul depunerii ofertei, cu respectarea dispozițiilor art. 193 alin. (1), (2) și (3) din Legea 98/2016. Prin urmare, raportat la dispozițiile alin. (1) din art. 193, se observă faptul că prin depunerea formularului DUAE, se dovedește îndeplinirea criteriilor privind capacitatea și îndeplinirea criteriilor de selecție stabilite de autoritatea, iar autoritatea a solicitat prin documentația de atribuire executarea lucrărilor de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz și a prevăzut prin caietul de sarcini obligativitatea deținerii atestărilor/autorizărilor necesare sau personal autorizat/ atestat pentru a acoperi toate categoriile de lucrări din cadrul proiectului.

Așadar, argumentele ... nu se susțin nici din acest punct de vedere.

• În al treilea rând, ... susține că jurisprudența CJUE invocată de ... se referă la interdicția completării de drept a documentației de atribuire cu cerințe/criterii de calificare rezultate din reglementări speciale, ceea ce, nu este cazul în prezenta speță, documentația de atribuire, prin caietul de sarcini, prevăzând necesitatea deținerii autorizațiilor pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări, așadar neexistând o completare de drept, deținerea autorizațiilor fiind prevăzute prin documentația de atribuire.

• În al patrulea rând, cu referire la a 3-a întrebare preliminară, litera a) din hotărârea CJUE invocată de ..., hotărârea CJUE se referă la situația în care un ofertant, în ipoteza descrisă (existența unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției), ar putea fi exclus pentru că nu a încheiat un contract de subcontractare, ci un alt tip de contract sau o altă formă de colaborare cu operatorul economic pe a cărui capacități se bazează. În acest sens, intervenienta solicită CNSC să constate că nici această teză nu este aplicabilă prezentei spețe, oferta ... fiind respinsă și autoritatea contractantă neluând în calcul contractul încheiat de ... cu ..., nu pentru că aceștia și-ar fi intitulat convenția „Acord de colaborare” sau „contract de prestări

servicii” în loc de „contract de subcontractare”, ci pentru că acest operator economic nu a fost nominalizat prin documentația DUAE depusă odată cu oferta, respectiv nu a fost nominalizat ca fiind unul dintre operatorii economici pe a cărui capacitate se bazează ofertantul, având în vedere că partenerii declarați ai ... sunt în realitate subcontractantul ... și terțul susținător ..., niciunul dintre aceștia nefiind apt a îndeplini condiția deținerii autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz întrucât niciunul dintre aceștia nu o deține.

• În al cincilea rând, ... susține că CJUE nici nu s-a pronunțat asupra celei de-a 3-a întrebare preliminară litera b) adresată Curții, aceasta vizând dacă: *„un operator economic are dreptul de a-și stabili organizarea și relațiile contractuale în cadrul grupului și dacă poate de asemenea să solicite intervenția prestatorilor sau a furnizorilor într-un contract în cazul în care prestatorul în cauză nu face parte dintre entitățile pe a căror capacitate intenționează să se bazeze ofertantul pentru a demonstra respectarea criteriilor relevante.”* . Ori, din cuprinsul hotărârii, se observă că această întrebare a fost respinsă de către CJUE ca inadmisibilă.

Ori, raportat la datele speței de față, ... se prevalează (pentru demonstrarea deținerii autorizației ANRE) de acordul de colaborare/contractul încheiat cu ..., această societate, nefiind însă una dintre cele pe a cărei capacitate ... intenționa să se bazeze la momentul depunerii ofertelor, partenerii săi declarați în cadrul ofertei prin depunerea DUAE fiind terțul susținător ... și subcontractantul ..., niciunul dintre aceștia nedeținând autorizație ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz. Astfel, în niciun caz jurisprudența CJUE invocată de către ... nu s-ar putea interpreta în sensul că aceasta ar prevede posibilitatea ... de a se prevala de capacitățile unui alt operator economic nedeclarat în formularul DUAE și intervenit ulterior, în condițiile în care CJUE nici nu s-a pronunțat asupra acestui aspect, iar pe de altă parte, nu este vorba nici de ipoteza completării de drept a documentației de atribuire cu prevederi speciale, obligația deținerii autorizațiilor fiind prevăzută de documentația de atribuire.

Societatea ... susține că tot demersul contestatoarei de a susține că documentația de atribuire nu ar fi prevăzut necesitatea deținerii unei astfel e autorizații ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, cu încălcarea autorității și puterii de lucru judecat a celor două hotărâri judecătorești, reprezintă în realitate încercarea ... de a crea a aparență de aplicabilitate a hotărârii CJUE, fapt care, nu se susține.

Având în vedere toate aceste argumente, intervenienta concluzionează că jurisprudența CJUE invocată de către ..., pe baza căreia aceasta își întemeiază întreaga contestație, nu este în realitate relevantă cauzei, ipotezele avute în vedere prin respectiva hotărâre nefiind cele existente în prezenta cauză și astfel jurisprudența invocată

nu este aplicabilă. Față de aceste motive, ... solicită respingerea motivelor de contestație și sub acest aspect.

B. Referitor la acordul de colaborare încheiat de către ... cu ARTE A DELTA CONSTRUCT ARM SR, respectiv cu privire la legalitatea și temeinicia respingerii de către autoritatea contractantă a ofertei ... ca inacceptabilă, intervenienta precizează următoarele:

- Așa cum reiese în mod clar din raportul procedurii atacat nr. 88216/24.05.2023 și contrar susținerilor ..., autoritatea contractantă nu a respins oferta ... pentru că și-ar fi intitulat convenția „acord de colaborare" sau „contract de prestări servicii" în loc de „acord de subcontractare", ci față de faptul că acest operator economic (...) nu face parte dintre operatorii economici nominalizați prin ofertă, pe a cărui capacitate se bazează ofertantul, pentru care s-au depus formularele DUAE. Altfel spus, așa cum în mod corect s-a reținut prin raportul procedurii atacat, ... nu a fost nominalizat ca ofertant asociat, subcontractant sau terț susținător, nefiind depus nici documentul DUAE pentru acesta în conformitate cu dispozițiile art. 51 din HG 395/2016, deși, aparent, pe capacitatea acestuia se bazează la acest moment ... pentru îndeplinirea cerinței privind deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz.

În opinia sa, nu poate fi reținută apărarea contestatoarei în sensul că, deși nu deține autorizațiile ANRE, nici ea, nici subcontractanții și terții săi declarați, poate îndeplini condițiile de atribuire a contractului printr-o altă societate pe a cărei capacitate se bazează, în speță ..., fără declararea acesteia, în condițiile în care dovada îndeplinirii condițiilor de calificare și capacitatea tehnică trebuie să fie dovedite de ofertanți la momentul ofertării, nu ulterior, întrucât, în speță nu este vorba de prezența unei condiții de executare a contractului, aspect indiscutabil stabilit deja prin hotărârile judecătorești pronunțate în legătură cu care am invocat autoritatea și puterea de lucru judecat.

Așadar, așa cum se arată și în dispozițiile art. 193 din Legea nr. 198/2016 (dispoziții legale la care face trimitere directă anunțul de participare și fișa de date), formularul DUAE privind îndeplinirea capacităților profesionale se depune odată cu oferta, iar potrivit alin. (2) și alin. (3) din același articol „(2) *în cazul în care ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități, invocând, după caz, susținerea unui terț, DUAE, împreună cu angajamentul de susținere, trebuie să fie completat separat și de către terțul/terții susținător (i) pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul. DUAE prezentat de terțul/terții susținător (i) va include toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și informațiile de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță pentru susținerea acordată în cadrul procedurii de atribuire respective.*

(3) în cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacități se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacități ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a).”. Ori, ... a indicat drept subcontractant și terț, pe T... și ..., niciunul dintre aceștia nefiind autorizat ANRE pentru lucrări de gaz (... fiind autorizat doar pe partea de electricitate).

De asemenea, intervenienta precizează că Formularul DUAE și deci pretinsa îndeplinire a capacității profesionale de către subcontractanții și terți pe a căror capacitate a susținut ofertantul ... că se bazează, a fost depus pentru ... și ..., iar nu pentru .... Rezultă că la acest moment ... nu se poate prevala de contractul încheiat cu ..., având în vedere că acest operator economic nu a fost nominalizat în cadrul ofertei și nu s-a depus, la momentul ofertării, DUAE pentru acesta. Aplicând dispozițiile art. 51 din HG nr. 395/2016 situației de fapt, rezultă că ... nu putea să probeze îndeplinirea cerinței privind deținerea autorizației ANRE cu documente privind un alt operator economic, nedeclarat. În acest sens, ... face trimitere și la jurisprudența instanțelor de judecată ce au reținut neîndeplinirea unei condiții de calificare în condițiile în care membrii asocierii dețineau autorizația ANRE, însă nu au fost desemnați pentru partea de contract a cărei executare necesită deținerea acesteia: *„Ori, aplicând dispozițiile art. 51 din HG nr. 395/2016 situației de fapt ce rezultă din paragrafele ce preced, rezultă că asocierea câștigătoare nu putea să probeze îndeplinirea cerinței privind deținerea atestatului ANRE cu documente privind SC D. SRL și SC G. SA, societăți desemnate pentru partea de execuție, deși îndeplinirea cerinței trebuie probată în raport cu SC E. SRL și SC F. SRL, societăți desemnate pentru partea de proiectare*." (Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal - Decizia nr. 342/04.04.2019).

Astfel, intervenienta subliniază că prin solicitarea de clarificări adresată de către autoritatea contractantă în ce privește deținerea autorizației ANRE de executare a lucrărilor de gaz, adresată în urma Deciziei .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași, Consiliul trebuie să țină cont că este vorba de ipoteza prevăzută de art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care permite doar clarificări și completări formale sau de confirmare, neexistând dreptul ofertantului de a-și completa sau modifica oferta în cadrul clarificărilor în condițiile constatării lipsei autorizației ANRE. Ori, autorizația ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz privea

îndeplinirea unei cerințe de calificare/selecție, probând capacitatea profesională de a presta activitatea privind lucrărilor de gaz pentru operatorii desemnați prin ofertă să execute partea din contract pentru care era solicitată autorizația respectivă, drept care crearea posibilității favorabile contestatoarei de a depune autorizația ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz în cadrul clarificărilor, însoțit de explicații prin care ofertantul modifică de fapt oferta prin introducerea unui nou membru (asociat/terț/subcontractant), echivalează cu o modificare a ofertei în condiții preferențiale, care încalcă principiul tratamentului egal și dă naștere la arbitrariu.

Societatea ... consideră că ... știe foarte bine acest aspect, respectiv că la acest moment nu se poate prevala de contractul încheiat cu ..., deoarece nu a fost declarat ca asociat/subcontractant/terț susținător și nu a depus DUAE pentru acesta, motiv pentru care susține, cu încălcarea autorității și puterii de lucru judecat a hotărârilor judecătorești menționate, faptul că deținerea autorizației ANRE ar fi reprezentat o condiție de executare, iar nu o condiție de calificare și selecție. În același sens și cu același scop, așa cum a susținut și în litigiile deja finalizate, ... realizează o teorie halucinantă cu privire la faptul că operatorul economic ... ar fi doar un furnizor, iar nu un subcontractant sau terț susținător ce ar fi trebuit declarat la momentul depunerii ofertei. Ori, argumentul trebuie respins astfel cum de altfel l-a respins și Tribunalul Vaslui (aceste apărări au fost invocate în apărare de către ... și în litigiul finalizat cu Sentința civilă nr. ...).

Astfel, intervenienta solicită CNSC să constate că ... nu poate susține în același timp că se bazează pe capacitatea ... pentru că aceasta deține autorizațiile ANRE pentru gaz pe care nici ..., nici subcontractanții/terții săi declarați nu le dețin, dar în același timp nu se bazează pe capacitatea acestuia pentru că ar fi doar un furnizor. Faptul că ... sugerează în continuare că - ... este un furnizor (așa cum a invocat și în litigiile anterioare), reiese din susținerea acesteia din cadrul contestației: *„Cu toate acestea, în cadrul propunerii tehnice subscrisa ne-am asumat răspunderea pentru execuția acestui tip de lucrări de către o societate autorizată ANRE, respectiv ..., în calitate de prestator-furnizor astfel cum acesta este definit de art. 3 lit. w) din Legea 98/2016 (...)”*. Ori, ... se întreabă, ce furnizează în esență ..., în calitate de furnizor, dacă nu chiar autorizația ANRE pe care ofertantul ... nu o deține, în vederea îndeplinirii condițiilor privind capacitatea impuse prin documentația de atribuire și reținute de către instanță ca trebuind a fi îndeplinite și demonstrate în evaluarea ofertelor în cadrul procedurii de atribuire a contractului.

Intervenienta menționează că argumentul ... referitor la faptul că ... ar fi doar un furnizor nu se susține nici prin raportare la definiția furnizorului prevăzută la lit. w din art. 3 din legea 98/2016, respectiv: *„furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul,*

ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant". Ori, nu este clar ce produse sau servicii furnizează acest furnizor, dacă nu chiar autorizația care lipsește ofertantului și partenerilor săi declarați.

Așadar, susține că, în condițiile în care diferența dintre un furnizor și un subcontractant ar fi dată de faptul dacă respectivele activități pe care acesta ar trebui să le presteze fac sau nu parte din obiectul contractului de achiziție publică, nu este nicio îndoială că aducerea la cotă a răsuflătorilor de gaz pentru care este necesară deținerea autorizației ANRE sunt lucrări prevăzute expres de documentația de atribuire a fi desfășurate și deci nu sunt servicii adiacente (spre exemplu paza șantierului, așa cum este menționat ca exemplu și în jurisprudența citată).

Societatea ... concluzionează că îndeplinirea cerinței privind deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz trebuia demonstrată la momentul depunerii ofertelor, respectiv că nici ..., nici subcontractanții/terții susținători indicați în ofertă de către ... ca fiind cei pe a căror capacitate profesională se bazează, respectiv ... și ..., nu dețin autorizația ANRE de executare a lucrărilor de gaz, iar la acest moment ... nu se poate prevala de un alt subcontractant/terț susținător sau asociat care să dețină această autorizație, dar care nu a fost indicat ca atare prin oferta sa, sub pretextul că acesta ar fi un furnizor.

De asemenea, subliniază că pentru realizarea lucrărilor de instalații electrice (iluminat public stradal) ... a desemnat un subcontractant, pe ..., însă, în situația identică aferentă lucrărilor de gaz, ... lansează această teorie a existenței unui furnizor, astfel pe care Consiliul trebuie să-l constate și în consecință, să respingă aceste susțineri ale contestatoarei.

Pe de altă parte, cu privire la susținerea ... referitoare la posibilitatea introducerii de noi subcontractanți pe parcursul executării contractului de achiziție publică, intervenienta arată că această ipoteză trebuie exclusă încă de la început de vreme ce, astfel cum s-a stabilit în mod definitiv prin hotărârile judecătorești menționate, ne este vorba de ipoteza îndeplinirii unei condiții de executare, ci în ipoteza îndeplinirii unor condiții de calificare/selecție. Însă, chiar și dacă ar fi vorba de ipoteza introducerii unor noi subcontractanți în etapa de executare a contractului, intervenienta arată că în Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, în Secțiunea 1 - „Subcontractarea", din Capitolul IV „Executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru", se precizează:

„Art. 151 înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului poate interveni în următoarele situații:

a) înlocuirea sub contractanților nominalizați în ofertă și ale căror activități au fost indicate în ofertă ca fiind realizate de subcontractanți,

b) declararea unor noi subcontractanți ulterior semnării contractului de achiziție publică în condițiile în care lucrările/serviciile ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora,

c) renunțarea/retragerea sub contractanților din contractul de achiziție publică."

„Art. 159

în situația prevăzută la art. 151 lit. b), contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți pe durata executării contractului, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică în condițiile art. 221 din Lege."

„Art. 160

Situația prevăzută la art. 151 lit. b) nu reprezintă o modificare substanțială așa cum este aceasta definită la art. 221 din Lege, dacă se îndeplinesc următoarele condiții cumulative a) introducerea unui nou sub contractant nu are impact asupra îndeplinirii criteriilor de calificare/selecție sau în privința aplicării criteriului de atribuire raportat la momentul evaluării ofertelor;

b) introducerea unui nou subcontractant nu modifică prețul contractului dintre autoritatea contractantă și contractant;

c) introducerea unui nou subcontractant este strict necesară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică;

d) prin introducerea unui nou subcontractant nu este schimbat caracterul general al obiectului contractului de achiziție publică, fapt ce presupune că scopul contractului, precum și indicatorii principali ce caracterizează rezultatul respectivului contract rămân nemodificați.".

Ori, intervenienta arată că cerința indicată la lit. a) a art. 160 nu este îndeplinită în ce privește ..., întrucât nedeclararea inițială sau declararea ulterioară a unui subcontractant care să dețină autorizațiile necesare executării lucrărilor de aducere la cotă a răsuflătorilor de gaz are impact în ce privește îndeplinirea criteriilor de calificare, astfel cum s-a stabilit și prin hotărârile judecătorești definitive ale Curții de Apel Iași și respectiv Tribunalul Vaslui. De asemenea, art. 221 din Legea nr. 98/2016, Secțiunea 2 - „*Modificarea contractului de achiziție publică/acordului cadru*", din cadrul Capitolul V - „*Executarea contractului de achiziție publică/acordului cadru*" precizează:

„Art. 221

(7) în sensul alin. (1) lit. c), modificarea unui contract sau a unui acord cadru, pe durata sa, este considerată a fi substanțială doar atunci când prin această modificare contractul sau acordul-cadru prezintă caracteristici care diferă în mod substanțial de cele ale documentului inițial. Fără a aduce atingere prevederilor alin. (1), o modificare a unui contract de achiziție publică/acord-cadru, pe durata sa, este considerată modificare substanțială atunci când este îndeplinită cel puțin una dintre următoarele condiții:

a) modificarea introduce condiții care, dacă ar fi fost incluse în procedura de atribuire inițială, ar fi permis selecția altor candidați decât cei selectați inițial sau acceptarea unei alte oferte decât cea acceptată inițial sau ar fi atras și alți participanți la procedura de atribuire;

b) modificarea schimbă echilibrul economic al contractului de achiziție publică/acordului-cadru în favoarea contractantului într-un mod care nu a fost prevăzut în contractul de achiziție publică/acordul-cadru inițial;

c) modificarea extinde în mod considerabil obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru;

d) un nou contractant înlocuiește contractantul inițial, în alte cazuri decât cele prevăzute la alin. (1) lit. d).”

Astfel, raportat la prezenta speță și la dispozițiile legale citate, în ce privește susținerea ... referitoare la posibilitatea introducerii de noi subcontractanți/înlocuirii lor pe parcursul executării contractului, ... arată că introducerea/înlocuirea unui nou subcontractant pe parcursul implementării contractului este o modificare esențială a contractului, având în vedere că aceasta are impact asupra îndeplinirii criteriilor de calificare/selecție raportat la momentul evaluării ofertelor, aspect definitiv tranșat de către instanțele de judecată prin asumarea caracterului de condiție de calificare/selecție a necesității deținerii autorizației ANRE, iar nu doar a unei condiții de executare a contractului. Altfel spus, pentru a se putea prezuma introducerea/înlocuirea unui subcontractant, trebuie ca mai întâi ofertantul însuși, în etapa de atribuire a contractului, să fi îndeplinit condițiile de calificare/selecție prin nominalizarea și depunerea DUAE pentru toți operatorii economici pe a căror capacități ofertantul se baza pentru îndeplinirea respectivei condiții referitoare la capacitatea profesională. Ori, în cazul de față, operatorii economici inițial nominalizați nu îndeplineau cerințele de calificare și selecție, iar ... nu fusese nominalizat, nefiind depus DUAE pentru acesta.

De asemenea, intervenienta susține că acceptarea prezumtivă de introducere ulterioară de către ... a unui nou subcontractant/terț/asociat care să fie autorizat în condițiile legii pentru execuția lucrărilor la instalația de gaz, în concordanță cu reglementările tehnice specifice și legislația în vigoare, s-ar realiza cu încălcarea gravă a prevederilor art. 159 și 160 lit. a) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și ale art. 55, art. 221 alin. (7) lit. a) și c) din Legea nr. 98/2016, această abordare constituindu-se într-o modificare substanțiala a contractului de achiziție publică. Chiar dacă art. 219 alin. (5) din legea nr. 98/2016 prevede *„contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți pe durata executării contractului de achiziție publică, în condițiile art. 221”*, instanțele de judecată au stabilit deja în mod definitiv că deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz nu reprezintă condiții de executare, ci condiții de evaluat în procedura de atribuire a contractului de achiziție publică. Mai mult, ...

arată că acest text de lege trebuie interpretat și aplicat prin raportare la art. 179 lit. k) și art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, astfel că din analiza sistematică a tuturor acestor prevederi legale rezultă că dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională se face la momentul depunerii ofertei, iar intenția de subcontractare în acest scop trebuie să fie expres și explicit arătată în oferta depusă, astfel încât autoritatea contractantă să poată decide asupra admisibilității ofertei. Autorizația ANRE pentru lucrări de gaz trebuie deținuta de ofertanți, asociați, subcontractanți sau terți susținători declarați inițial în formularul DUAE prezentat la depunerea ofertei, iar în acest caz, subcontractantul ... și terțul susținător ..., nu dețin autorizațiile ANRE în privința lucrărilor de gaz. ... ne putând să se prevaleze la acest moment de contractul încheiat cu ....

În acest sens, ... solicită Consiliului să țină cont de jurisprudența constantă a Curții de Apel Iași, respectiv decizia ... din 13.09.2021, și decizia ... din 04.08.2021.

Intervenienta solicită Consiliului să constate faptul că ... nu se poate prevala la acest moment de un presupus contract încheiat cu ..., acest partener nefiind prezentat la momentul depunerii ofertei și nefiind nici un partener în legătură cu care ... a înțeles să subcontracteze ulterior dovedirii de către ... că îndeplinește el însuși criteriile de calificare.

Dovezile de comunicare a acestei cereri de intervenție către autoritatea contractantă și către contestatoare au fost transmise la dosarul cauzei în data de 16.06.2023, fiind înregistrate la C.N.S.C. sub nr. 32492/16.06.2022.

Prin adresele nr. ... și nr. ..., Consiliul a solicitat opinia autorității contractante și contestatoarei opinia cu privire la următoarele excepții:

- Tardivitatea;
- Autoritatea de lucru judecat.

Prin adresa nr. 6020/21.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 33637/22.06.2023, ... a depus la dosarul cauzei dovezile privind cheltuielile de judecată.

Prin adresa nr. 97306/23.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 33958/23.06.2023, autoritatea contractantă arată următoarele:

I. În ceea ce privește invocarea excepției tardivității, ... precizează că a publicat în SEAP comunicarea rezultatului procedurii către ..., în data de 24.05.2023, precizând în cadrul acestei comunicări termenul de depunere a contestației până pe data de 06.06.2023 inclusiv conform prevederilor art. 8 alin. (1) litera a) din Legea 101/2016.

Ori, având în vedere faptul că ultima zi din termenul de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, calculat din data de 25.05.2023 a coincis cu data de 05.06.2023 declarată liberă prin Codul Muncii, Titlul III - Timpul de muncă și timpul de odihnă, Cap. 2 - Repaosuri periodice, Secțiunea III - Sărbătorile legale, art. 139 alineat (1), autoritatea

contractantă a stabilit ca termenul de depunere a contestației să se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare, în conformitate cu prevederile art. 5 din Legea 101/2016 actualizată. Astfel, ultima zi de depunere a unei contestații devine 06.06.2023.

De asemenea, ... menționează faptul că a primit și înregistrat contestația depusă de ... cu nr. 91719/ 06.06.2023, în termenul legal. Astfel, considerăm că invocarea tardivității de către SC ... prin conținutul cererii de intervenție accesorie nr. 5942/15.06.2023, nu este susținută de prevederile legale mai sus menționate.

II. În ceea ce privește invocarea excepției autorității de lucru judecat, autoritatea contractantă reiterează cele susținute în punctul de vedere nr. 93317/12.06.2023, astfel:

Potrivit Deciziei Curții de Apel Iași nr. ... din data de 04.10.2022 definitivă, privind soluționarea plângerii formulate de către ... prin care s-a decis obligarea autorității contractante ... la reevaluarea ofertelor depuse de ... și ... din perspectiva deținerii autorizației A. N. R. E. de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz (pag. 11), se stipulează clar:

„Curtea consideră că, indiferent dacă, în cuprinsul documentației de atribuire, s-a menționat expres sau nu necesitatea îndeplinirii acestei condiții, ofertanții sunt obligați să îndeplinească toate condițiile legale pentru desfășurarea activităților necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică.”

Astfel, ... opinează că nu se poate reține „*inexistența solicitării deținerii autorizației A.N.R.E prin documentația de atribuire*”, deoarece a pus în aplicare întocmai dispozițiile Deciziei nr. ... a Curții de Apel Iași, respectiv, a solicitat ofertanților prezentarea dovezilor privind autorizația A.N.R.E. de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz.

În opinia sa, faptul că ... nu a luat act de decizia Curții de Apel Iași, care prin Hotărârea Civilă nr. ..., definitivă a decis faptul că indiferent dacă, în cuprinsul documentației de atribuire, s-a menționat expres sau nu necesitatea îndeplinirii condițiilor privitoare la deținerea autorizației ANRE pentru lucrările de gaz, ofertanții sunt obligați să îndeplinească toate condițiile legale pentru desfășurarea activităților necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică și care a rămas ca lucru deja judecat.

Astfel, asupra invocării de către ... a excepției „autorității de lucru judecat” ... susține că toate criticile aduse de contestatoare referitoare la existența autorizației ANRE prin documentația de atribuire, sunt nerelevante, acestea fiind supuse „autorității de lucru judecat” care reprezintă un principiu ce guvernează activitatea de înfăptuire a justiției și în virtutea căruia un litigiu soluționat printr-o hotărâre judecătorească definitivă nu mai poate forma obiectul unui nou proces având același obiect, aceeași cauză și aceleași părți.

Având în vedere cele arătate, autoritatea contractantă opinează faptul că invocarea excepției „autorității de lucru judecat” de către ... prin conținutul cererii de intervenție accesorie nr. 5942/15.06.2023, este întemeiată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 34035/23.06.2023, ... arată următoarele:

„Ca urmare a solicitării Consiliului nr. 33827/1542/C6/22.06.2023 în sensul prezentării Concluziilor scrise până în data de 23.06.2023 ora 14, vă solicităm respectuos prorogarea acestui termen până la data de 26.06.2023, având în vedere imposibilitatea apărătorului ales de a respecta acest termen de o zi.

(...)

În speranța soluționării favorabile acestei solicitări, precizăm că luni 26.06.2023 ora 09:00 documentele solicitate vor fi transmise onoratului Consiliu.”

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 34231/26.06.2023, ... a înaintat concluzii scrise, solicitând respingerea cererii de intervenție promovate de ..., în principal ca tardivă, iar în subsidiar, contestatoarea solicită respingerea excepțiilor invocate de către intervenienta ca netemeinice și lipsite de fundament legal.

I. Cu privire la tardivitatea cererii de intervenție promovate de ..., respectiv referitor la nerespectarea dispozițiilor art. 17 alin. (3) și (4) din legea nr. 101/2016, ... arată următoarele:

Contestatoarea invocă și redă art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016. Ori, având în vedere susținerea autorității contractante din cuprinsul documentului emis sub nr. 97.306/23.06.2023 (Răspunsul la cererea de intervenție ...) potrivit căreia aceasta ar fi înregistrat contestația ... la data de 06.06.2023, coroborat cu data transmiterii cererii de intervenție către ... (19.06.2023), rezultă depășirea de către intervenienta a termenului de 10 zile impus de textele de lege mai sus citate. Contestatoarea precizează că simpla înregistrare de către intervenienta (în registrul propriu de intrări/ieșiri) a datei de 15.06.2023 nu echivalează cu transmiterea acesteia la aceeași dată către toate părțile, motiv pentru care solicită CNSC să respingă ca tardivă cererea de intervenție promovată de către ....

II. Cu privire la caracterul lipsit de fundament legal al excepției tardivității invocate de către ... cu privire la contestația ...; respectiv referitor la respectarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 101/2016, ... învederează următoarele:

Excepția invocată de către ... nu se bazează pe altceva decât pe o încercare de a împiedica soluționarea unei contestații pertinente și temeinice, fiind de notorietate (la nivel național) faptul că data de 05.06.2023 a reprezentat a doua zi de Rusalii, zi declarată sărbătoare legală în care nu se lucrează, conform art. 139 alin. (1) Codul Muncii.

După cum, în mod corect a susținut și autoritatea contractantă în cuprinsul răspunsului sau față de excepția invocată de ..., cea de-a 10-a zi de la data comunicării rezultatului procedurii din 24.05.2023 a reprezentat o zi nelucrătoare (03.06.2023-sâmbătă), iar prima zi lucrătoare ulterioară acestei date (ținând cont că ziua de 05.06.2023 a fost de asemenea nelucrătoare) a fost data de 06.06.2023, mai exact data transmiterii prin recomandate cu confirmare de primire a contestației către CNSC și autoritatea contractantă.

În acest sens, ... face trimitere la Recipisele poștale seria CNPRW304 nr. 00019442/06.06.2023 (dovada transmitere contestație către CNSC) și respectiv CNPRW304 nr. 00019440/06.06.2023 (dovada transmitere contestație către autoritatea contractantă), fiind astfel dovedită respectarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu teza a II-a din art. 5 alin. (2) din același act normativ *„(...) Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare*”.

Ori, având în vedere aceste susțineri, ... solicită CNSC să dispună respingerea excepției tardivității contestației sale ca vădit tendențioasă și nelegală, fiind evidentă respectarea de către contestatoare a termenelor procedurale de promovare a acesteia.

III. Față de caracterul lipsit de fundament legal al invocării excepției autorității lucrului judecat cu privire la contestație ...; Respectiv cu privire la interpretarea eronată a dispozițiilor deciziei Curții de Apel Iași nr. .../04.10.2022, precum și ale hotărârii CJUE din 26.01.2023, pronunțate în cauza C-403/21, contestatoarea învederează următoarele:

Încă de la început ... consideră esențial a clarifica și distinge, în raport de cele 2 decizii mai sus menționate (și invocate trunchiat, eronat și intenționat distorsionat de către intervenienta și autoritatea contractantă în susținerile lor), cele 2 teze esențiale în ceea ce privește soluționarea prezentei cauze, asupra cărora operează (sau nu) autoritatea de lucru judecat a Deciziei nr. ... a Curții de Apel Iași:

1. Legalitatea completării de drept a documentelor achiziției cu criterii de calificare ce nu au fost prevăzute in cuprinsul acestora, însă rezultă din reglementări speciale;

2. Deținerea (sau nu) de către ofertantul ... a autorizației ANRE în discuție, și legalitatea excluderii din procedura de atribuire a contestatoarei pentru motivul că nu a desemnat un subcontractant, dar a precizat în ofertă că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără să fie însă legată de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.

Așadar, referitor strict la prima teză, ... confirmă, în mod clar și lipsit de echivoc susținerile autorității contractante și ale intervenientei în sensul existenței autorității lucrului judecat, limitat însă la aspectul

legalității completării criteriilor de calificare cu autorizația ANRE, ce nu a fost impusă prin documentație și rezultă din reglementări speciale.

În opinia sa, această interpretare eronată nu mai poate subzista la acest moment la nivelul instanțelor naționale (ulterior datei de 26.01.2023), deoarece ar intra în contradicție flagrantă cu pct. 2 al Hotărârii CJUE care clarifică și interpretează definitiv acest aspect controversat și tratat neunitar de-a lungul timpului de către Curțile de Apel din țară, în speță care formează obiectul prezentului dosar se impune prezentarea unei autorizații ANRE de către ofertanți, ca urmare a dispoziției (paragraf 2, pag. 12) din Decizia Curții de Apel Iași; mai departe însă, în ceea ce privește modalitatea de demonstrare a îndeplinirii acestui criteriu de calificare, situația este fundamental diferită, având în vedere că instanța de control judiciar (Curtea de Apel Iași) nu a constatat neîndeplinirea acestei cerințe/ inacceptabilitatea/ neconformitatea ofertei ..., ci a dispus exclusiv re-evaluarea ofertei ... în acest sens: *„întrucât lucrările de aducere la cota a răsuflătorilor de gaz, menționate în documentația de atribuire, necesită existența unei autorizații ANRE din perspectiva dispozițiilor legale mai sus enunțate, și observând ca niciuna dintre părți nu a susținut deținerea de către ... a unei astfel de autorizații, nici CNSC nefăcând vreo precizare în acest sens în considerentele deciziei contestate prin prezenta plângere, Curtea apreciază că se impune anularea raportului rezultatului procedurii de atribuire nr. 130.920/21.07.2022 pentru a putea fi reevaluate ofertele din acest punct de vedere*".

Contestatoarea arată că aceeași instanță subliniază în cuprinsul aceleiași decizii: *„(...) în lipsa individualizării actelor preliminare și subsecvente a căror anulare a solicitat-o petentul, instanța este în imposibilitate a efectua cercetări în această privință (deținerea de către ofertantul ... a autorizației ANRE) (...)"*

În susținerea argumentelor sale, societatea ... invocă decizii ale instanțelor.

De asemenea, ... arată că în urma analizării răspunsului autorității contractante la cererea de intervenție ... (adresa nr. 97.306/23.06.2023), a constatat o fractură în logica susținerilor ... în ceea ce privește întărirea/confirmarea aplicării *in integrum* a autorității de lucru judecat invocate de către intervenienta, având în vedere că pe de o parte se pretinde o autoritate de lucru judecat absolută a Deciziei nr. ... în ceea ce privește contestatoarea, însă, cu toate acestea, comisia de evaluare a avut nevoie de nu mai puțin 7 (șapte) luni pentru a pune în aplicare o simplă (pretinsa) formalitate.

Contestatoarea menționează că dacă într-adevăr ar fi fost vorba de o simpla punere în aplicare a unei decizii care tranșa cu titlu de autoritate de lucru judecat problema deținerii acestei autorizații de către ... în calitate de ofertant, aceasta ar fi fost extrem de simplă și rapidă, fără a mai necesita alte formalități; în realitate însă, modalitatea de îndeplinire

a cerinței autorizației ANRE de către ofertantul ... nu a fost soluționată cu titlu de lucru judecat prin Decizia ..., iar comisia de evaluare a fost obligată, în mod explicit la re-evaluarea efectivă a ofertei sale în acest sens.

Faptul că cele 7 luni (04.10.2022 - Decizia Curții de Apel Iași ... - 24.05.2023 - Comunicarea rezultatului) au fost necesare comisiei de evaluare nu pentru o re-evaluare efectivă, cu luarea în considerare a tuturor dispozițiilor legale aplicabile, naționale și europene, ci pentru o interpretare vădit eronată a unei sentințe clare nu face altceva decât să confirme caracterul temeinic și fondat al susținerilor ... din cuprinsul contestației și, totodată, caracterul lipsit de fundament legal al excepției autorității lucrului judecat invocate.

Societatea ... subliniază că instanța de control judiciar – Curtea de Apel Iași a fost investită de către contestatoarea ... inclusiv cu constatarea caracterului inacceptabil al ofertei ...; existența autorității lucrului judecat, în ceea ce privește inadmisibilitatea ofertei ... ar fi impus ca aceasta să rezulte, în mod explicit și lipsit de echivoc din cuprinsul Deciziei .... Ori, aceasta sentință respinge pe de o parte criticile cu privire la caracterul inacceptabil, neconform și neadecvat (pag. 11) al ofertei ... ca urmare a efectelor pozitive ale deciziilor CNSC anterioare, iar pe de altă parte, instanța obligă comisia la re-evaluarea ofertei ... fără a soluționa modalitatea de îndeplinire a cerinței autorizației ANRE motivat de *„(...) în lipsa individualizării actelor preliminare și subsecvente a căror anulare a solicitat-o petentul, instanța este în imposibilitatea efectua cercetări în această privință (...)*”.

De asemenea, menționează că această dispoziție clară și lipsită de echivoc a Curții duce efectiv în derizoriu inclusiv susținerile intervenientei ..., potrivit căreia aceste probleme ar fi fost „tranșate” prin Decizia Curții de Apel Iași nr. ....

Revenind la motivul excluderii ofertei sale din cadrul prezentei proceduri, ... arată că acesta a constat în esență în aceea că *„comisia de evaluare nu poate lua în considerare autorizația prezentată, deoarece aceasta nu este deținută de grupul de operatori economici care participă în comun sau de subcontractanții acestora declarați inițial în DUAE, conform art. 51 din HG 395/2016*”.

Contestatoarea reiterează că poziția exprimată în Hotărârea Curții din 26 Ianuarie 2023, cauza C-403/21, SC NV CONSTRUCT SRL împotriva Județului Timiș, cu participarea SC PROIECT - CONSTRUCT REGIUNEA TRANSILVANIA SRL - punct 3).

În continuare, raportat la exercițiile inadmisibile de interpretare ale Hotărârii CJUE din partea intervenientei, ... reiterează considerentele care au stat la baza soluționării întrebării nr. 3 lit. a) a cererii de decizie preliminară, citând art. 70 -75.

Contestatoarea apreciază că toate aceste reținere (în special textul punctului 73 mai sus citat) combat în mod clar și lipsit de echivoc toate

apărările ..., atât cele referitoare la obligativitatea declarării subcontractantului, cât și cele legate de obligativitatea completării DUAE cu datele prestatorilor de activități; într-o logică extrem de simplă, atâta timp cât legislația națională impune completarea DUAE doar pentru asociat/terț/subcontractant, iar Hotărârea CJUE a stabilit dreptul ofertanților de a opta (inclusiv în viitor) pentru alte forme de colaborare decât subcontractarea, este evidentă inexistenta obligației ... de a fi completat DUAE cu datele prestatorului de servicii.

Ori, dacă inclusiv prezentarea *in extenso* de către ... a jurisprudenței naționale anterioare cu privire la acest subiect este în acest moment irelevantă, fiind inutilă combaterea acestora cu alte decizii emise la nivel național atâta timp cât din 26.01.2023 există o Hotărâre C.J.U.E. obligatorie, ... înțelege să mai clarifice două aspecte aduse în discuție de către intervenienta, în aceeași încercare de a demonstra, în esență, pretinsa lipsa de efecte a Hotărârii pronunțate în cauza C-403/2021:

A) Caracterul fals al susținerii ... potrivit căreia cerința deținerii autorizației ANRE ar fi fost prevăzută în documentația inițială de atribuire

Astfel, contestatoarea menționează că în cuprinsul pag. 19 din cererea de intervenție, ... susține, în mod inadmisibil inaplicabilitatea Hotărârii CJUE, motivat de faptul că în cazul său nu ar fi vorba de o cerință rezultată din reglementările naționale, ci de o cerință expresa din cuprinsul caietului de sarcini. Ori, această susținere nu este motivată/dovedita în niciun fel, fiind invocată printr-un singur paragraf în cuprinsul căruia nu se indică partea din documentația de atribuire unde aceasta să fi fost solicitată ofertanților, ci doar lucrările prevăzute în caietul de sarcini care, conform reglementărilor naționale, prevăd deținerea unei autorizații în vederea executării acestora.

... subliniază că, în mod evident, autorizația ANRE în discuție nu a fost solicitată în mod expres prin documentația de atribuire, ci, astfel cum a reținut cu titlu de autoritate de lucru judecat Curtea de Apel Iași la pag. 11-12 a Deciziei ..., obligativitatea acesteia rezidă din art. 1 alin. (1), (2) ai ale art. 2 alin. (1) lit. i) ale Ordinului ANRE 132/2021 (reglementare națională), motiv pentru care răspunsul la întrebarea preliminară nr. 3 pct. a) din Hotărârea C.J.U.E. își găsește deplină aplicabilitate în speța de față. Mai mult, contestatoarea arată că formularea Curții în cuprinsul aceleiași decizii în sensul *„(...) indiferent dacă în cuprinsul documentației de atribuire s-a menționat expres sau nu necesitatea îndeplinirii acestei condiții (...)*” urmată de indicarea Ordinului ANRE 132/2021 confirmă de asemenea faptul că aceasta cerință nu a fost solicitată ofertanților, aceasta rezultând din reglementarea națională indicată.

B) Caracterul tendențios al susținerii potrivit căreia soluționarea celei de-a 3-a întrebări preliminare - litera b) a fost respinsă de CJUE ca inadmisibilă; irelevanța invocării acestui aspect, raportat la întrebarea preliminara nr. 3 – litera a)

Astfel, contestatoarea subliniază că în cuprinsul cererii de intervenție, ... susține următoarele:

„În al cincilea rând, CJUE nici nu s-a pronunțat asupra celei de-a 3-a întrebare preliminară litera b) adresata Curții, aceasta vizând dacă: «un operator economic are dreptul de a-și stabili organizarea și relațiile contractuale în cadrul grupului și dacă poate de asemenea să solicite intervenția prestatorilor sau a furnizorilor într-un contract în cazul în care prestatorul în cauză nu face parte dintre entitățile pe a căror capacitate intenționează să se bazeze ofertantul pentru a demonstra respectarea criteriilor relevante.» . Ori, din cuprinsul hotărârii, se observă că aceasta întrebare a fost respinsă de către CJUE ca inadmisibilă".

Pentru o înțelegere cât mai clară și exhaustivă a situației, ... înțelege să prezinte întocmai reținerile CJUE care au condus la respingerea acestei întrebări ca inadmisibilă, motivul constând în „decizia de trimitere nu conține o descriere suficientă a cadrului factual și normativ al litigiului principal pentru a permite Curții să răspundă în mod util la a treia întrebare litera b)", și nicidecum în eventuala inadmisibilitate a posibilității de a contracta furnizori sau prestatori, citând art. 76-81.

Contestatoarea subliniază că a ținut să clarifice acest aspect în scopul de a răspunde tuturor speculațiilor intervenientei, deși aceasta critică (chiar tendențioasa și cu citarea trunchiată a Hotărârii CJUE) este irelevantă în speța de față, prin raportare la modul de soluționare clar și lipsit de echivoc a întrebării preliminare nr. 3 litera a), potrivit căruia, *„articolul 63 alineatul (1) din directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să-i încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără să fie însă legat de aceasta din urma printr-o convenție de subcontractare*".

C. Lipsa de fundament legal a excepției autorității lucrului judecat, inclusiv prin prisma invocării sentinței civile nr. ... a Tribunalului Vaslui, pronunțată în cadrul dosarului nr. ...

- ... opinează că și de aceasta dată este vorba de susțineri distorsionate și total diferite față de reținerile clare și explicite ale Tribunalului Vaslui în cuprinsul deciziei menționate, fiind evident faptul că nici această instanță nu a tranșat problema în discuție, ci, în mod clar și repetat, a preluat dispozițiile Deciziei CA Iași nr. ... în sensul re-evaluării ofertei ... cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței ANRE, după cum urmează:

  - *„Cu privire la autorizația ANRE, în considerente, Curtea a reținut că referitor la faptul că ... nu deține o astfel de*

autorizație în vederea efectuării lucrărilor asupra instalațiilor de gaz... și observând că niciuna dintre părți nu a susținut deținerea de către ... a unei astfel de autorizații, nici CNSC nefăcând vreo precizare în acest sens în considerentele deciziei contestate, Curtea a apreciat că se impune anularea raportului... pentru a putea fi reevaluate ofertele din acest punct de vedere" (paragraf 1 și 2 pag. 28 Sentința Tribunal);

- *„Rezultă din considerentele Deciziei civile nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași că la întocmirea Raportului procedurii nr. .. nu a fost verificată una dintre condițiile legale pentru încheierea contractului, respectiv existența autorizației ANRE în vederea efectuării lucrărilor asupra instalațiilor de gaz*" (ultim paragraf pag. 28 sentință Tribunal);
- *„Menținerea de către instanță a unui contract de execuție lucrări cu privire la care este pusă sub semnul întrebării autorizația ANRE deținută de pârâtă în vederea efectuării lucrărilor asupra instalațiilor de gaz..*" (paragraf 5 pag. 29 sentința Tribunal).

Ori, faptul că Tribunalul Vaslui a apreciat cu privire la admisibilitatea cererii de anulare a contractului de lucrări, ca efect al pronunțării Deciziei Curții de Apel Iași nr. ... prin care s-a dispus re-evaluarea ofertei ..., nu echivalează cu stabilirea caracterului neconform/inacceptabil al ofertei ... sau cu tranșarea problemei în discuție (nefiind nici posibil, având în vedere că Tribunalul nu a fost investit cu astfel de cerere, și, mai mult, acest atribut aparținea exclusiv comisiei de evaluare, în baza efectul definitiv al Deciziei Curții de Apel Iași). În realitate, Tribunalul Iași a anulat contractul semnat, deoarece problema autorizației ANRE trebuia clarificată în urma deciziei Curții, iar temeiul de drept al admiterii cererii [art. 58 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 101/2016] a fost avut în vedere de către Tribunalul Vaslui nu pentru că acesta ar fi soluționat problema respectării/nerespectării criteriilor de calificare, ci pentru că problema ce trebuia clarificată viza întocmai aceste criterii, care neclarificate prin re-evaluare (în urma deciziei Curții de Apel Iași) ar fi condus la alterarea rezultatului procedurii.

Pentru toate aceste motive, raportat la excepția autorității de lucru judecat invocate de către intervenientă și susținută de către autoritatea contractantă, ... solicită CNSC să o respingă ca netemeinică și lipsită de fundament legal; Ori, este esențial de constatat faptul că nici CNSC, nici o altă instanță nu a soluționat cu privire la modalitatea de îndeplinire de către ... în calitate de ofertant a cerinței privind autorizația ANRE, iar admiterea excepției invocate de către ... ar echivala cu un refuz de a se tranșa această problemă pe fond, contestatoarea fiind astfel privată de posibilitățile legale de apărare.

Prin adresa nr. 6081/27.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 34610/27.06.2023, ... a înaintat concluzii scrise, arătând următoarele:

I. În ce privește excepția tardivității cererii de intervenție invocată de contestatoare, ... solicită CNSC să respingă excepția tardivității cererii de intervenție, ca neîntemeiată, având în vedere că aceasta a fost formulată în termen.

Astfel, ... arată că autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de ... la data de 07.06.2023, iar societatea sa a formulat și transmis cererea de intervenție, către CNSC, către autoritatea contractantă și către contestatoarea ..., la data de 15.06.2023, așadar în termenul legal prevăzut de dispozițiile art. 17 alin. (3) din legea 101/2016.

De altfel, la dosarul cauzei au fost transmise încă de la data de 16.06.2023, prin adresa nr. 5943, dovezile de comunicare ale cererii de intervenție către autoritatea contractantă și către ..., de unde reiese fără niciun dubiu că cererea de intervenție a fost transmisă, inclusiv către ..., la data de 15.06.2023.

... opinează că motivul invocat de către contestatoare, în sensul că aceasta a primit cererea de intervenție la data de 19.06.2023, nu are nicio relevanță în susținerea excepției tardivității. În măsura în care contestatoarea dorea să o primească și mai repede, aceasta putea indica prin contestație și o adresă de email în vederea comunicării actelor de procedură, în caz contrar, ... îndeplinindu-și obligațiile legale de transmitere la adresa sediului său astfel cum figurează la Oficiul Registrului Comerțului și cum a indicat prin contestația sa.

Pentru toate aceste motive, ... solicită respingerea excepției tardivității cererii de intervenție.

II. În ce privește apărările ... referitoare la autoritatea de lucru judecat, intervenienta arată următoarele:

În primul rând, Curtea de Apel Iași nu a dispus reevaluarea ofertei ..., ci reevaluarea tuturor ofertelor ce se mai aflau încă în competiție, deci și a ..., din perspectiva deținerii autorizațiilor ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, cu respectarea dispozițiilor art. 34 alin. (6) și (7) din legea 101/2016. Astfel, instanța de judecată (Curtea de Apel Iași) nu s-a pronunțat asupra îndeplinirii criteriului de calificare și selecție (în sensul dacă oferta ... deține sau nu autorizație ANRE) în primul rând pentru că acest atribut (de verificare și evaluare) este prin excelență prerogativa autorității contractante; în al doilea rând, ... nici nu s-a apărat în vreun fel în cadrul respectivului litigiu, nu s-a prevalat de vreo autorizație în cadrul respectivului dosar, sens în care instanța a și dispus realizarea verificărilor necesare de către autoritatea contractantă. Astfel, trebuie înțeles pasajul din cuprinsul hotărârii pe care îl citează contestatoarea, respectiv cel prin care Curtea arată că: *„niciuna dintre părți nu a susținut deținerea de către ... a unei astfel de autorizații, nici CNSC nefăcând vreo precizare în acest sens în considerentele deciziei contestate prin prezenta plângere (...)”*. Altfel spus, având în vedere că intervenienta a invocat în litigiul respectiv (și a

demonstrat cu extrase de pe website-ul ANRE) că societățile ce au format oferta ... nu dețin autorizație ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, sarcina probei în sens contrar revenea .... Ori, în condițiile în care aceasta nu a făcut dovada contrară (că le deține), instanța a dispus reevaluarea ofertelor de către autoritatea contractantă, motivat și de împrejurarea că prin Decizia Consiliului ce se atacă prin plângere nu se motivase absolut deloc relevant acest aspect (... reamintește că prin Decizia Consiliului nr. ... din 26.08.2022 nu se face nicio referire asupra problemei invocată în contestație- deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz).

De asemenea, intervenienta punctează faptul că ... rupe din context și oferă un înțeles propriu și altor pasaje din cadrul hotărârii Curții de Apel Iași care, în realitate, se refereau la cu totul alte aspecte. Spre exemplu, ..., cu o vădită rea-credință, susține că motivarea instanței, în sensul că *„(...) în lipsa individualizării actelor preliminare și subsecvente a căror anulare a solicitat-o petentul, instanța este în imposibilitate a efectua cercetări în această privință”*, s-ar referi la deținerea autorizației ANRE de către .... subliniază că în realitate, pasajul se referea la anularea contractului de achiziție publică încheiat între ... și ....

Astfel, ... arată că a comunicat instanței, ... și ... plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr. ... din 26.08.2022 la data de 09.09.2022, iar acordul contractual nr. 149821/15.09.2022 s-a încheiat în data de 15.09.2022, așadar după formularea plângerii ....

Așadar, nepronunțarea Curții de Apel se referea la anularea acordului contractual încheiat între ... și ..., având în vedere că, deși prin plângerea formulată ... a solicitat instanței de judecată, Curtea de Apel Iași, inclusiv anularea actelor subsecvente raportului procedurii nr. 130920/21.07.2022, instanța nu s-a pronunțat și sub acest aspect, fiind respinsă și cererea de lămurire formulată de către ... în cadrul respectivului dosar, dar și cererea de revizuire formulată de către .... Drept urmare, intervenienta subliniază că pasajul citat de către ... se referă la motivarea Curții de Apel Iași în privința nepronunțării sale asupra anulării acordului contractual nr. 149821/15.09.2022.

Față de nepronunțarea Curții de Apel Iași și asupra anulării acordului contractual nr. 149821/15.09.2022 ca act subsecvent raportului procedurii nr. 130920/21.07.2022 pe care Curtea de Apel Iași l-a anulat, ... arată că instanța, Curtea de Apel Iași, învestită cu soluționarea plângerii, în realitate nici nu s-ar fi putut pronunța asupra acestuia, având în vedere dispozițiile art. 34 alin. (3) din legea nr. 101/2016. Altfel spus, din dispozițiile legale mai sus invocate rezultă că instanța învestită cu soluționarea plângerii se putea pronunța în privința anulării contractului de achiziție publică în acord cu dispozițiile art. 58-61 din Legea nr. 101/2016 doar într-o singură situație, respectiv în situația în care contractul s-ar fi încheiat înainte de soluționarea contestației de către CNSC, ceea ce nu era și cazul de față; în restul situațiilor, acțiunea

de anulare a contractului întemeiată pe dispozițiile art. 58-61 din Legea nr. 101/2016 putea fi cerută doar pe cale separată, fiind de competența instanței prevăzută de art. 61 raportat la art. 58 din Legea nr. 101/2016, respectiv tribunalul.

Intervenienta opinează că acesta este motivul real pentru care Curtea de Apel Iași nu a soluționat prin Decizia .../04.10.2022 și capătul de cerere referitor la anularea acordului contractual încheiat între ... și ..., acesta fiind anulat pe cale separată, în cadrul dosarului nr. ... de pe rolul Tribunalului Vaslui, prin Sentința civilă nr. .... Deci, pasajul invocat de către ... prin contestație nu are nicio legătură cu nepronunțarea instanței asupra necesității deținerii autorizațiilor ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, ci se referea la imposibilitatea pronunțării instanței asupra solicitării ... de anulare a actelor subsecvente cu referire la contractul de achiziție publică ce s-a încheiat după ce ... a învestit instanța cu plângerea formulată.

În același sens, intervenienta subliniază că deși ... a fost parte în toate aceste litigii, pentru a induce în eroare Consiliu, face afirmații halucinante precum faptul că i-ar fi trebuit comisiei de evaluare 7 luni pentru a pune în aplicare Decizia nr. .../04.10.2023. În realitate, ... opinează că ... știe foarte bine că cele 7 luni reprezintă durata litigiului nr. ... de pe rolul Tribunalului Vaslui ce a avut ca obiectul anularea acordului contractual nr. 149821/ 15.09.2022 finalizat prin rămânerea definitivă a sentinței civile nr. ... a Tribunalului Vaslui, având în vedere că, astfel cum dispusese Curtea de Apel Iași, ofertanții trebuiau să se întoarcă în etapa evaluării din cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă neavând posibilitatea de a desemna un câștigător cât timp avea aparent un contract de achiziție încheiat, dar nu și un raport al rezultatului procedurii pentru că acesta fusese anulat. Astfel, sentința civilă nr. ... a Tribunalului Vaslui a rămas definitivă la data de 25.04.2023 prin Decizia Curții de Apel Iași nr. 252/25.04.2023, așadar în niciun caz nu se susține argumentul ....

Tocmai de aceea, intervenienta reiterează că se încalcă și autoritatea de lucru judecat a Deciziei .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași, dar și a Sentinței civile nr. ... a Tribunalului Vaslui, pentru că ambele instanțe au stabilit deja în mod definitiv că ... trebuie să demonstreze că oferta sa cuprinde și deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, acesta neputând să apeleze la un terț ne declarat.

... mai reiterează că nimic nu împiedica instanțele de judecată să decidă în favoarea ... dacă acestea ar fi luat în considerare argumentul ... referitor la faptul că acesta se poate prevala de contractul încheiat cu ... de vreme ce documentația de atribuire nu prevedea deținerea autorizației și deci ... ar fi putut face dovada deținerii autorizației și ulterior încheierii contractului de achiziție publică, deținerea autorizației fiind o condiție de executare, iar nu de calificare și selecție a ofertanților. Instanțele însă nu au reținut această apărare, nu

au reținut că deținerea autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz ar fi o condiție de executare a contractului, căci dacă ar fi reținut astfel, nici nu ar fi dispus reîntoarcerea în etapa evaluării ofertelor în cadrul procedurii de atribuire a contractului. În acest sens, ... SRL reiterează că ... s-a prevalat în cadrul litigiului ... de pe rolul Tribunalului Vaslui tocmai de contractul încheiat de aceasta și de .... Practic, apărarea sa din cadrul respectivului litigiu s-a referit la exact același argument pe care îl invocă și în cadrul prezentului dosar, respectiv că instanța (Tribunalul Vaslui) nu ar putea să anuleze acordul contractual de vreme ce ... a încheiat cu ... un acord de colaborare și deci îndeplinește condiția deținerii autorizației ANRE prin această societate, nedeclarată la momentul ofertării, fiind în esență vorba despre o condiție de executare a contractului (pe care, susținea ..., poate să o dovedească fără a fi necesară anularea contractului de achiziție publică). Or, intervenienta solicită CNSC să constate că aceste argumente au fost în mod definitiv respinse de către Tribunalul Vaslui, având în vedere că instanța nu a acceptat o astfel de apărare, fiind anulat acordul contractual.

Drept urmare, ... subliniază că aceste apărări ale ... nu sunt nici noi, nici întemeiate, ci ele au mai făcut deja obiectul judecății, instanța pronunțându-se în mod definitiv în sensul reîntoarcerii în etapa de atribuire a contractului, în etapa de evaluare a ofertelor, sens în care reiese fără niciun dubiu că instanțele de judecată în niciun moment nu s-a raportat la deținerea autorizației ANRE ca având statut de condiție de executare, ci drept condiție de calificare și selecție.

De asemenea, intervenienta menționează că, inclusiv în situația în care Consiliul ar înclina să dea crezare apărărilor ... în sensul că nu ar fi aplicabilă excepția autorității de lucru judecat, Consiliul nu poate oricum să treacă peste puterea de lucru judecat a celor 2 hotărâri judecătorești, respectiv a Deciziei nr. .../04.10.2022 a Curții de Apel Iași și sentința civilă nr. ... a Tribunalului Vaslui, ambele având consecințe directe asupra cauzei de față având în vedere că, niciuna dintre instanțe nu au acceptat ipoteza considerării deținerii autorizației ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz drept condiție de executare a contractului, ci a fost considerată condiție de calificare și selecție. Ori, a decide la acest moment, de către Consiliu, că deținerea autorizației ANRE ar reprezenta o condiție de executare a contractului și nu un criteriu de calificare și selecție, încalcă în mod vădit cele 2 hotărâri judecătorești care au stabilit deja în mod definitiv contrariul. Prin urmare, orice decizie a Consiliului la acest moment, care, cu prilejul judecării prezentei contestații, ar da câștig de cauza ... stabilind faptul că acesta se poate prevala de terți contractanți nedeclarați, vine să încalce puterea de lucru judecat a respectivelor hotărâri judecătorești, întrucât, dacă instanțele de judecată ar fi fost de acord cu teoria ... (în sensul că acest ofertant se poate prevala și de un alt operator economic terț, nedeclarat prin formularul DUAE), atunci, *ab initio*, nu ar fi avut niciun sens ca instanța Curtea de

Apel lași să dispună reevaluarea ofertelor și nici Tribunalul Vaslui anularea contractului de achiziție publică, de vreme ce, conform teoriei ..., acesta putea apela oricând (chiar și în timpul executării contractului de achiziție publică, după desemnarea câștigătorului) la un contractant pe a cărui competențe profesionale se bazează pentru a executa contractul de achiziție publică.

Așadar, chiar dacă Consiliul nu ar reține autoritatea de lucru judecat, acesta trebuie să rețină puterea de lucru judecat, iar puterea, prezumția de lucru judecat, impune consecvența în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat și statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre.

Înalta Curte a reținut că, în mod corect, instanța de apel a precizat că nu respinge acțiunea în baza autorității de lucru judecat, ci are obligația de a judeca în fond, însă soluția trebuie să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății, dând eficiență prezumției de lucru judecat, respectiv că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă. (Decizia nr. 1777 din 25 iunie 2015 pronunțată în recurs de Secția a II-a civilă a înaltei Curți de Casație și Justiție).

... subliniază că în jurisprudența CEDO conceptul de „securitate juridică” s-a afirmat ca principiu fundamental al drepturilor omului, cu referire specială la stabilitatea și irevocabilitatea drepturilor consacrate definitiv prin hotărâri judecătorești, cu titlu de lege, care nu mai pot face obiectul unor ingerințe legislative sau judiciare, fără a goli de conținut un alt principiu clasic al dreptului-autoritatea de lucru judecat și mai nou, efectul pozitiv al lucrului judecat.

În acest sens, intervenienta precizează că, Curtea a statuat, în mod constant asupra:

- calității legii și a jurisprudenței care trebuie să fie compatibilă cu preeminența dreptului, furnizând individului o protecție adecvată contra arbitrariului;
- cele două condiții calitative ale legii și ale jurisprudenței sunt accesibilitatea și previzibilitatea, accentuate de stabilitatea și unitatea de interpretare și de aplicare în jurisprudență.

- În plus, ... învederează că potrivit jurisprudenței CJUE în procedura trimiterii preliminare (art. 267 TFUE), principiul securității juridice presupune ca actele juridice să fie precise, aplicarea acestora previzibilă pentru justițiabili, astfel încât aceștia să poată cunoaște cu exactitate întinderea obligațiilor pe care aceste acte le impun (Ex.: Hotărârea în cauza C-144/14 din 09.07.2015, s.a.). Astfel, s-a reținut că *„Rolul major al dreptului pentru societate nu poate fi realizat dacă nu este siguranța necesară. Unul din mijloacele prin care este înlăturată nesiguranța dreptului și a jurisprudenței, constă în precizarea dreptului prin legi și norme scrise, clare și înțelese, texte cât mai puțin susceptibile de discuții și controverse, dar și prin soluții judiciare unitare*”. (Acad. prof. Andrei

Rădulescu - Președintele Academiei Române, Președintele ICCJ - 1923 – „Pandectele Române”).

Prin urmare, ... menționează că efectul puterii de lucru judecat se referă la faptul că cea de-a doua instanță (în cazul de față Consiliul fiind chiar al 3-lea organ jurisdicțional) este ținută de dezlegarea dată prin hotărârea definitivă anterioară, ca de „un act juridic (lucru judecat) pe care nu-l mai poate pune în discuție și nu-l mai poate tranșa diferit, acesta fiind punctul de pornire de la care își va putea dezvolta raționamentul juridic, raportat la circumstanțele concrete ale cauzei”.

... subliniază că inclusiv ... afirmă existența autorității de lucru judecat a celor 2 hotărâri judecătorești, astfel încât contestatoarea nu poate afirma în același timp că acestea au autoritate de lucru judecat și nu au (sub aspectele care nu îi convin contestatoarei). Ori, autoritatea și puterea de lucru judecat trebuie văzute sub toate aspectele, inclusiv asupra consecințelor antrenate. Raționamentul ... se fracturează atunci când afirmă că este vorba despre îndeplinirea unor condiții de calificare și selecție, însă că acesta poate proba îndeplinirea lor ca atunci când este vorba despre condiții de executare a contractului, respectiv prin intermediul unui contractant nedeclarat la momentul ofertării. Intervenienta consideră că acest raționament este în profundă disonanță atât cu hotărârile judecătorești deja pronunțate în această speță, cât și chiar cu jurisprudența CJUE invocată chiar de contestatoare.

În cele ce urmează, intervenienta specifică că prezentul dosar este al 3-lea (de la lansarea discuțiilor referitoare la deținerea autorizațiilor ANRE) în care ... afirmă în mod obsesiv și eronat că documentația de atribuire nu ar fi prevăzut necesitatea deținerii autorizațiilor (și în plângerea ce a făcut obiectul dosarului de pe rolul Curții de Apel Iași a invocat acest aspect, și în cadrul litigiului din dosarul de pe rolul Tribunalului Vaslui a invocat acest aspect, și în prezentul dosar), chestiune care a fost definitiv tranșată de către instanțele de judecată, ... demonstrând în mod clar, de fiecare dată, cu argumente din cadrul documentației de atribuire, că această cerință era prevăzută.

Raportat la afirmația ... în sensul în care referirea din cuprinsul caietului de sarcini nu ar face parte din documentația de atribuire, ... arată că în art. 20 din HG 395/2016 se arată clar că documentația de atribuire cuprinde și caietul de sarcini. De asemenea, chiar în jurisprudența invocată de ..., se arată dincolo de orice dubiu că autoritatea contractantă poate decide să includă, printre criteriile de selecție menționate într-un anunț de participare sau într-un caiet de sarcini, obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă (paragr. 61 din Cauza 403/21). Totodată, prin aceeași jurisprudență, CJUE menționează că astfel de condiții pot fi impuse și drept condiții de executare a contractului, ipoteză despre care nu este

vorba, având în vedere că două instanțe de judecată naționale au stabilit deja în mod definitiv că acestea reprezintă condiții de calificare și selecție, iar nu condiții de executare ale contractului (altfel, instanțele de judecată nici nu ar fi impus reevalaurea ofertelor, respectiv anularea contractului de achiziție, ci ar fi stabilit că ... poate face dovada îndeplinirii condiției de executare și prin terțul ...).

... mai arată că raționamentul ... ar fi putut fi aplicabil doar în condițiile în care s-ar fi stabilit că deținerea autorizației ANRE ar fi reprezentat o condiție de executare a contractului, deoarece în această ipoteză CJUE a afirmat că a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă (paragraful 65), ipoteză de care nu este vorba, de vreme ce deținerea autorizației ANRE nu a fost considerată de către instanțe o condiție de executare a contractului, ci, condiția era impusă prin documentația de atribuire reprezentând o condiție de calificare și selecție.

Intervenienta susține că hotărârea CJUE se referă la situația în care un ofertant ar fi exclus de la o procedură de atribuire pe motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultând din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză, însă, în cazul de față nu se pune problema că ... nu și-ar fi desemnat partenerii, acesta i-a desemnat la momentul ofertării (... și ...), însă în realitate niciunul nu îndeplinește condiția deținerii autorizațiilor ANRE pentru executarea lucrărilor de gaz, motiv pentru care la acest moment încearcă să se prevaleze de capacitățile altor operatori economici, nedeclarați, care îndeplinesc condițiile. Așadar, nici din acest punct de vedere nu este aplicabilă hotărârea CJUE invocată.

... reiterează că motivul respingerii ofertei ... nu are la bază faptul că nu și-a intitulat contractul cu ... drept contract de subcontractare, indiferent cum părțile ar fi intitulat convenția fiind în aceeași situație.

În opinia sa, intenția ca ulterior ... să introducă operatorul economic ... se referă fix la ipoteza celei de-a 3-a întrebare preliminară, ... însuși afirmând că se raportează la acesta ca la un furnizor. Ori, poziția ... este inconstantă, afirmând ba că se bazează pe capacitatea profesională a acestui nou operator economic, ba că acesta este doar un furnizor/prestator care nu face parte dintre entitățile pe a căror capacitate intenționează să se bazeze pentru a demonstra îndeplinirea condițiilor de calificare și selecție.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Reabilitare strada Decebal, ...”,* cod CPV 45233223-8 *Lucrări de reînnoire a îmbrăcămintei șoselelor* (Rev.2),

prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului participare .../17.11.2021, atașat căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

La pct. II.1.5) din cadrul acestuia, se menționează că valoarea estimată a contractului public de lucrări este de 26.335.809,41 lei, fără TVA, iar la pct. II.2.5) Criteriul de atribuire - *„cel mai bun raport calitate-preț”*, factorii de evaluare și ponderea aferentă acestora fiind următoarea: *„Perioada de garanție acordată lucrărilor Pt*” – 10 % și *„prețul ofertei*” - 90%.

Referitor la procedura de atribuire în cauză, Consiliul reține că, într-un prim ciclu procesual, SC ... a formulat contestația nr. 441/10.03.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 12880/11.03.2021, prin care a solicitat următoarele: ,,*anularea adresei nr. 88296 din 28.02.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisa de către autoritatea contractanta ..., prin care oferta noastră a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/ 2016 coroborat cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din normele metodologice aprobate prin HG. 395/2016 și inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din normele metodologice aprobate prin HG. 395/2016; anularea în parte a Raportului Procedurii nr. 88289/ 28.02.2022, întocmit de către autoritatea contractantă, partea în care se decide respingerea ofertei noastre cu motivația aferentă și partea în care se decide oferta câștigătoare. Solicitam anularea tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza luării deciziilor menționate anterior precum și a actelor subsecvente ce au legătură cu aceasta.”*

Consiliul a analizat contestația respectivă și, prin decizia nr. 723/C6/614/06.04.2022 a dispus următoarele: *„Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară formulată de către SC ..., cu sediul (…). Respinge excepțiile invocate de către intervenientă. Admite, în parte, contestația formulată de către SC ..., cu sediul în (…), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în (…), și anulează raportul procedurii nr. 88289/28.02.2022, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, precum și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 88296/28.02.2022. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză cu reevaluarea ofertei contestatoarei, conform celor stabilite în motivare, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei. Respinge, ca neîntemeiate, celelalte critici ale contestatoarei asupra ofertei SC .... Pe cale de consecință, admite, în parte, cererea de intervenție înaintată de către SC .... Obligatorie (…)”.*

Ulterior, SC ... a formulat contestația nr. 903/27.05.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27238/30.05.2022, prin care a solicitat următoarele: ,,*anularea adresei nr. 112364 din 17.05.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de către autoritatea contractantă ..., prin care oferta noastră a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborat*

cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din normele metodologice aprobate prin HG. 395/2016 și inacceptabilă în temeiul art. 134, alin. (5) din normele metodologice aprobate prin HG. 395/2016; anularea în parte a Raportului Procedurii nr. 112362/ 17.05.2022, întocmit de către autoritatea contractantă, partea în care se decide respingerea ofertei noastre cu motivația aferentă și partea în care se decide oferta câștigătoare. Solicităm anularea tuturor actelor autorității contractante ce au stat la baza luării deciziilor menționate anterior precum și a actelor subsecvente ce au legătură cu aceasta".

Contestația de mai sus a fost soluționată de către Consiliu prin decizia nr. ..., care a dispus următoarele: *„Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție nr. 2833/ 07.06.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 29156/09.06.2022, formulată de către ... (…). Respinge excepția tardivității contestației invocată de intervenientă (...) Admite contestația formulată de către SC ..., cu sediul în (…), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în (…) și anulează raportul procedurii nr. 112362/17.05.2022, în partea care privește evaluarea propunerii financiare depusă de SC ..., precum și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 112364/17.05.2022. Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu reanalizarea propunerii financiare depusă de SC ..., prin luarea în considerare a motivării anterioare, conform dispozițiilor legale în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei. Pe cale de consecință, respinge, cererea de intervenție aparținând ..., ca nefondată, precum și cererea acesteia de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor generate de „soluționarea prezentului dosar" – onorariu de avocat. Obligatorie".*

În urma luării la cunoștință a deciziei anterior menționate, autoritatea contractantă a elaborat raportul de anulare nr. 128363/ 12.07.2022, pag. 357 – 358, în cadrul căreia a consemnat următoarele: ,,(...) *comisia de evaluare hotărăște anularea raportului procedurii nr. 112362/17.05.2022 în partea ce privește evaluarea propunerii financiare depusă de SC ... (ofertant) – SC ... (terț) – SC ... (subcontractant), precum și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii* (...)''.

La finalul procesului de reevaluare, autoritatea contractantă a declarat admisibilă și câștigătoare oferta aparținând SC ..., cu ,,*un punctaj de 100 de puncte și un preț de 20.770.771,38 lei fără TVA, preț final rezultat ca urmarea corectării abaterii tehnice minore conform Deciziei CNSC nr. ...*'', în timp ce oferta aparținând SC ... (ofertant) – SC ... (subcontractant) s-a clasat pe locul al doilea, cu 85,27 puncte, după cum este consemnat în cadrul raportului procedurii nr. 130920/21.07.2022, pag. 257 – 265.

Decizia de mai sus a fost transmisă SC ... prin adresa nr. 130923/21.07.2022, pag. 254, emisă de către autoritatea contractantă.

În urma luării la cunoștință a documentului aferent, SC ... a formulat contestația nr. 2998/01.08.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 37827/01.08.2022, prin care a solicitat următoarele: *„anularea raportului procedurii, a actelor preliminare și subsecvente emise de autoritatea contractantă cu referire la aspectele ce vizează declararea ofertei ... (ofertant)/... (terț)/... (subcontractant) ca fiind câștigătoarea a procedurii; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire; obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație”*

Contestația de mai sus a fost soluționată de către Consiliu prin decizia nr. .../26.08.2022, care a dispus următoarele:

„Încuviințează în principiu cererea de intervenție accesorie nr. 1367/16.08.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 40735/17.08.2022, formulată de către SC ..., cu sediul în ....

Respinge excepțiile invocate de către intervenientă față de contestația în cauză.

Respinge contestația nr. 2998/01.08.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 37827/01.08.2022, formulată de către ... (subcontractant ...), cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., astfel:

- *ca nefondată, critica privind autorizarea ANRE;*
- *ca autoritate de lucru judecat, celelalte critici.*

Respinge și solicitarea contestatoarei de ,,obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație”.

Pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de către ....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.”

Decizia nr. .../26.08.2022 a fost atacată de ... la Curtea de Apel Iași, care prin Decizia nr. .../04.10.2022 a dispus următoarele:

„Admite în parte plângerea formulată de petentul ... S.A. împotriva Deciziei nr. ... din 26.08.2022 a C.N.S.C., pe care o anulează în parte. Anulează Raportul rezultatului procedurii de atribuire nr. 130920/21.07.2022, întocmit de intimatul .... Obligă autoritatea contractantă ... la reevaluarea ofertelor depuse de petentul ... S.A. și intimatul ... S.R.L. din perspectiva deținerii autorizației A.N.R.E. de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz. Respinge cererea de intervenție accesorie formulată de ... S.R.L. Obligă intimații ... și ... S.R.L. la plata în solidar către petentul ... S.A. a sumei de 5810 lei cu titlu de cheltuieli de judecată. Definitivă. Pronunțată în condițiile art. 402 C.pr.civ. la data de 4.10.2022.”

Autoritatea contractantă a emis *„raportul procedurii în urma deciziei pronunțată definitivă nr. ... din data de 04.10.2022, emisă de Curtea de Apel Iași”*, prin care oferta societății ... a fost declarată inacceptabilă și cea a societății ... câștigătoare a procedurii.

Decizia de mai sus a fost transmisă societății ... prin adresa nr. ..., iar, în urma luării la cunoștință a acesteia, societatea ... a înaintat contestația din prezenta cauză, solicitând cele menționate în preambul

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare a cauțiunii cu nr. 209208184/ 1 din 06.06.2023 din care rezultă consemnarea cauțiunii în cuantum legal, pe seama și la dispoziția C.N.S.C, corespunzătoare dosarului nr. ....

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Din analiza contestației, Consiliul reține că nemulțumirea societății ... vizează modul în care autoritatea contractantă, în urma Deciziei nr. ... emisă de Curtea de apel Iași, a stabilit respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale.

Totodată, în soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că, urmare a formulării prezentei contestații, societatea ... a formulat cererea de intervenție cu nr. 5942/15.06.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 32455/16.06.2023.

Prealabil aprecierii asupra admisibilităţii, în principiu, a cererii de intervenție, Consiliul ia act de faptul că autoarea acestora sprijină apărările autorităţii contractante, în sensul menţinerii derulării procedurii. În consecinţă, cererea de intervenţie în discuție îmbracă elementele unor cereri formulate în condiţiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Considerată de Consiliu admisibilă, în principiu, cererea de intervenție, aparținând societății ..., urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și cele ale art. 64 şi 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia, fiind declarată câștigătoare, având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Totodată, în considerarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepțiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, Consiliul are în vedere excepțiile:

- tardivității, invocată de către intervenientă;
- autorității de lucru judecat, invocată de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, deoarece, actul atacat, la care se raportează contestatoarea, este adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. ***...,*** transmisă de către autoritatea contractantă în data de ***24.05.2023***,

aspect confirmat de dovezile existente la dosarul cauzei, precum și raportat la afirmațiile atât ale contestatoarei, cât și ale autorității.

Astfel, în data de ***06.06.2023***, conform dovezilor existente la dosarul cauzei, societatea ... a înaintat atât la CNSC, prin e-mail, contestația înregistrată cu nr. 30046/7.06.2023, cât și la entitatea contractantă.

Având în vedere că valoarea contractului în cauză este de 26.335.809,41 lei, fără TVA, sunt incidente dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de*: *a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/ sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii”.*

Prin urmare, față de cele evocate, Consiliul constată că societatea contestatoare a respectat termenul legal de 10 zile de formulare a contestației, având în vedere că, în data de ***06.06.2023,*** aceasta a transmis contestația atât către Consiliu, cât și către entitatea contractantă, potrivit probelor existente la dosarul cauzei.

Astfel, raportat la prevederile art. 5 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”,

ultimul termen de înaintare a contestației a fost data de 06.06.2023, societatea ... încadrându-se în intervalul legal.

De asemenea, Consiliul ține seama și de faptul că societatea contestatoare invocă excepția tardivității cererii de intervenție.

Legat de acest aspect, Consiliul constată că autoritatea contractantă a postat contestația în cauză, pe SEAP, în data de 07.06.2023. Cererea de intervenție, formulată de către societatea ..., a fost comunicată în data de 15.06.2023 către autoritatea contractantă, contestatoare și către Consiliu (înregistrată cu nr. 32455/16.06.2023), conform e-mail anexat.

Or, raportat la dispozițiile art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/ 2016, potrivit cărora: *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu, operatorii economici interesaţi să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenţie voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestaţiei. În cazul procedurilor a căror iniţiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestaţiei. (4) Cererea de intervenţie se înaintează atât Consiliului, cât şi autorităţii contractante şi contestatorului/ contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia”,* Consiliul constată că societatea ... a respectat termenul legal de înaintare a cererii sale de intervenție, ultima dată fiind 19.06.2023.

Prin urmarea, Consiliul va respinge această excepție.

Pe de altă parte, în ceea ce privește excepția autorității de lucru judecat, invocată de către autoritatea contractantă, referitoare la critica societății contestatoare a *„inexistenței solicitării deținerii autorizației ANRE prin documentația de atribuire*”, Consiliul o va admite.

De referință, în justificare acestei concluzii, este Decizia nr. .../ 04.10.2022, emisă de Curtea de Apel Iași, definitivă și irevocabilă ca efect al respingerii cererii de revizuire, în conținutul căreia se precizează:

«Referitor la faptul că intimatul ... S.R.L. nu deține autorizație A.N.R.E în vederea efectuării lucrărilor asupra instalațiilor de gaz, Curtea consideră că, indiferent dacă, în cuprinsul documentației de atribuire, s-a menționat expres sau nu necesitatea îndeplinirii acestei condiții, ofertanții sun obligați să îndeplinească toate condițiile legale pentru desfășurarea activităților necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică.

Prin art. 1 alin. (1), (2) din Ordinul ANRE. 132/2021 pentru aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale se prevede că operatorii economici care desfășoară activități de proiectare, execuție și exploatare a conductelor de alimentare din amonte producției, instalațiilor tehnologice de suprafață aferente înmagazinării, obiectivelor/sistemelor aferente transportului și/sau distribuției de gaze naturale, instalațiilor aferente activității de producere/stocare de biogaz/biometan instalațiilor de gaze naturale lichefiate, instalațiilor de producere a hidrogenului, precum și instalațiilor de utilizare a gazelor naturale, au obligația solicitării acordării autorizației în domeniul gazelor, autorizația fiind actul administrativ individual emis de către A.N.R.E. prin care se acordă dreptul unui operator economic să desfășoare activități de proiectare, de execuție sau de exploatare pentru obiective/sisteme

din domeniul gazelor naturale, cu respectarea condițiilor de valabilitate asociate. De asemenea, potrivit aceluiași act normativ art. 2 alin. (1) lit. i) prin «execuție» se înțelege „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 realizării/modificării unui/unei obiectiv/sistem/ instalații din domeniul gazelor naturale, asigurării/efectuării punerii în funcțiune, verificărilor/reviziilor unui/unei obiectiv/sistem/ instalații din domeniul gazelor naturale, cu respectarea proiectelor tehnice și a legislației conexe domeniului gazelor naturale".

Întrucât lucrările de aducere la cotă a răsuflătorilor de gaz, menționate în documentația de atribuire, necesită existența unei autorizații A.N.R.E. din perspectiva dispozițiilor legale mai sus enunțate, și observând că nici una dintre părți nu a susținut deținerea de către ... a unei astfel de autorizații, nici C.N.S.C. nefăcând vreo precizare în acest sens în considerentele deciziei contestate prin prezenta plângere, Curtea apreciază că se impune anularea Raportului rezultatului procedurii de atribuire nr. 130920/21.07.2022 pentru a putea fi reevaluate ofertele din acest punct de vedere.»

Relevante, pe acest aspect, sunt dispozițiile art. 430 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, potrivit cărora: *„Hotararea judecatoreasca ce solutioneaza, in tot sau in parte, fondul procesului sau statueaza asupra unei exceptii procesuale ori asupra oricarui alt incident are, de la pronuntare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea transata".*

Prin urmare, față de cele evocate, Consiliul va proceda la analiza pe fond a contestației în cauză.

Astfel, în conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..., autoritatea a informat contestatoarea despre faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din hg nr. 395/2016, motivat de faptul că *„SC ... (ofertant) - ... (terț) - ... (subcontractant) nu deține Autorizație emisă de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE) destinată execuției lucrărilor asupra instalației de gaz conform Deciziei pronunțată definitivă nr. ... din data de 04.10.2022, emisă de Curtea de Apel Iași. Acesta a prezentat Autorizație pentru un operator economic, neparticipant la procedură și nedeclarat în DUAE, respectiv ..., societate care deține autorizația ANRE pentru instalații de gaze, cu care are încheiat un contract de colaborare (...) Drept urmare, comisia de evaluarea nu poate lua în considerare autorizația prezentată deoarece aceasta nu este deținută de grupul de operatori economici care participă în comun sau de subcontractanții acestora declarați inițial în DUAE, conform art. 51 din HG 395/2016 (...)"*

În soluționare cauzei, Consiliul va ține seama de faptul că prin Decizia nr. .../04.10.2022, emisă de Curtea de Apel Iași, s-a dispus, obligarea autorității contractante la *„reevaluarea ofertelor depuse de*

petentul ... (...) și intimatul ... (...) din perspectiva deținerii autorizației A.N.R.E. de efectuare a lucrărilor asupra instalațiilor de gaz".

Ulterior Deciziei Curții de Apel Iași, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 164501/26.10.2022, a solicitat contestatoarei să prezinte Autorizația ANRE valabilă, prin care este autorizată să execute lucrările asupra instalațiilor de gaz.

Societatea ... a răspuns cu adresa nr. 1867/ 31.10.2022, menționând, printre altele că: *„La momentul depunerii ofertei, era valabil un contract de colaborarea încheiat cu ..., societatea care deține autorizația ANRE pentru instalații de gaze*", anexând contactul de colaborate cu această societate din 2020 și autorizațiile acesteia.

În data de 04.05.2023, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. 80685 al ședinței de evaluare a răspunsurilor la solicitările de clarificări privind prezentarea Autorizației ANRE de efectuare a lucrărilor asupra instalației de gaz conform Deciziei emisă de Curtea de Apel Iași, iar, în data de 247.05.2023, a emis raportul procedurii nr. 882316, în ambele documente regăsindu-se motivul de respingere ca inacceptabilă a ofertei contestatoarei, reluat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, citat mai sus.

Față de cele expuse, Consiliul ține seama de faptul că în Decizia nr. .../04.10.2022, Curtea de Apel Iași a precizat următoarele: *„În cauză, s-a probat doar deținerea de către subcontractantul TRUST ELECTRO- M SRL a autorizației A.N.R.E. pentru efectuarea lucrărilor cu privire la instalațiile electrice".*

De reținut, pe acest aspect, sunt următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016:

- art. 3 alin. (1) lit. s), care definește: *„DUAE - documentul unic de achiziţii european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declaraţia pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie;*

art. 193 alin. (1) și (3):

„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii: (...)

(3) În cazul în care ofertantul/candidatul intenţionează să subcontracteze o parte/părţi din contract, DUAE include şi informaţii privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată şi va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanţii pe a căror capacităţi se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAE separat, incluzând toate informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a), precum şi cele de la alin. (1) lit. b) şi c) care prezintă

relevanţă din perspectiva capacităţilor subcontractanţilor pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanţilor pe a căror capacităţi ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAE va conţine numai informaţiile menţionate la alin. (1) lit. a).”

Or, potrivit dovezilor existente la dosarul cauzei, a răspunsului dat de către contestatoare, precum și a celor precizate de instanță, raportat la normele citate anterior, reiese că ofertantul contestator nu a completat DUAE-ul cu subcontractantul ..., astfel încât, la acest moment, să poată fi luată în considerare autorizația acestei societăți comerciale aferente lucrărilor asupra intalațiilor de gaz, așa cum a fost stabilit, de către instanță, în cazul *subcontractantului TRUST ELECTRO- M SRL* deținător al autorizației A.N.R.E. pentru efectuarea lucrărilor cu privire la instalațiile electrice.

În concluzie, față de cele expuse, autoritatea contractantă a respectat hotărârea Curții de Apel Iași, care a stabilit că, referitor la autorizația ANRE în vederea efectuării lucrărilor asupra instalațiilor de gaz, *„indiferent dacă, în cuprinsul documentației de atribuire, s-a menționat expres sau nu necesitatea îndeplinirii acestei condiții, ofertanții sun obligați să îndeplinească toate condițiile legale pentru desfășurarea activităților necesare îndeplinirii obiectului contractului de achiziție publică”.*

În ceea ce privește invocarea, de către contestatoare, a Hotărârii emise de CJUE la data de 26.01.2023, cu referire la acest aspect, Consiliul nu o va lua în considerarea, deoarece acest document a fost emis ulterior, atât inițierii procedurii de atribuire, respectiv 17.11.2021, conform anunțului de participare nr. ..., cât și Deciziei Curții de Apel Iași, nr. .../04.10.2022, rămasă definitivă și irevocabilă.

Față de aspectele de fapt şi de drept de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de către societatea ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă .... Pe cale de consecință, va respinge solicitarea de obligare a autorității la plata cheltuielilor de judecată.

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție înaintată de către societatea ....

Însă, în ceea ce priveşte solicitarea intervenientei accesorii privind cheltuielile de judecată, Consiliul urmează a o respinge, având în vedere următoarele argumente:

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părţii care a câştigat, să îi

plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare. Intervenţia este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Astfel, din analiza coroborată a dispoziţiilor Codului de procedură civilă referitoare la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul reţine că, pentru acordarea cheltuielilor de judecată, nu este suficientă dobândirea calităţii de parte într-un proces, ci mai este necesar şi ca acea parte să câştige procesul, adică să obţină total sau în parte pretenţiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispoziţiile art. 453 coroborat cu art. 454 teza I Codul de procedură civilă fiind explicite în acest sens.

Or, din aceasta perspectivă, Consiliul reţine că interveniental accesorie, deşi devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, conform art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, totuşi acesta nu invocă o pretenţie proprie în proces pentru a deveni „parte care câştigă procesul”, ci sprijină numai apărarea uneia dintre părţi, după cum rezultă din dispoziţiile art. 61 alin. (3) Codul de procedură civilă, astfel încât acesta nu poate obţine condamnarea părţii care a căzut în pretenţii la plata cheltuielilor de judecată, doar partea în favoarea careia a intervenit şi care a obţinut pretenţiile solicitate putând pretinde astfel de cheltuieli.

În acest sens a dispus şi Curtea de apel Suceava, prin Decizia nr. 861/2016, pronunţată în dosarul nr. 659/39/2016, admiţând plângerea împotriva unei decizii a Consiliului.

Prin urmare, Consiliul va respinge solicitarea intervenientei accesorii referitoare la acordarea cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție accesorie nr. 5942/15.06.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32455/16.06.2023,

formulată de către SC ..., cu sediul în ..., cu sediul de corespondență ales la ... în ....

Respinge excepția tardivității contestației și a cererii de intervenție.

Admite excepția autorității de lucru judecat, invocată de către autoritatea contractantă, referitoare la critica *„inexistenței solicitării deținerii autorizației ANRE prin documentația de atribuire*”.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în .... Pe cale de consecință, respinge solicitarea de obligare a autorității la plata cheltuielilor de judecată.

Pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de către .... Respinge solicitarea intervenientei de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte, **Membru,** **Membru,**

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 61 (șaizecișiunu) pagini.