



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: 08.10.2022

Prin contestația nr. 1767/29.09.2022, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 48313/30.09.2022 și, respectiv sub nr. 48538/03.10.2022, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ... – administrator și convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la avocat în ... a contestat raportul procedurii nr. 18055L/21.09.2022, respectiv adresa nr. 52476/ 22.09.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, acte emise în cadrul procedurii „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică a contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții: Proiect pilot – Sală de sport școlară, ..., combustibil SOLID – fără canalizare”, cod CPV 45200000-9 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat următoarele:

- anularea deciziei prin care oferta contestatoarei a fost respinsă;
- anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior menționate, precum și a celor subsecvente acestei decizii, inclusiv a raportului procedurii de atribuire nr. 18055L/21.09.2022, precum și a actelor pregătitoare sau subsecvente acestuia;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei de la verificarea admisibilității acesteia.

asupra cauzei de față, constată următoarele:

În susținerea contestației, ... arată că prin adresa nr. 52476/22.09.2022, i-a fost comunicată că oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă, raportat la prevederile art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Contestatoarea opiniază că decizia de respingere a ofertei sale este întemeiată pe o eronată interpretare și aplicare a dispozițiilor legale și a documentelor prezentate în cadrul procedurii de atribuire.

Cu privire la admisibilitatea ofertei sale, ... învederează următoarele:

Decizia de respingere a ofertei sale se întemeiază pe o pretinsă nerespectare a cerințelor caietului de sarcini și pe un așa-zis răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări.

Cu titlu prealabil, contestatoarea solicită CNSC să constate, atât insuficienta motivare a rezultatului procedurii de atribuire, cât și eronata invocare a dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. (a) din HG nr. 395/2016, care reglementează neconformitatea ofertei pentru nerespectarea cerințelor caietului de sarcini. Astfel, ... subliniază că nu se menționează, în mod concret, care sunt cerințele caietului de sarcini care nu ar fi fost îndeplinite.

În acest sens, contestatoarea invocă și redă prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, susținând că simpla mențiune a dispozițiilor legale, fără demonstrarea incidenței concrete în speță, nu reprezintă, în mod evident, un motiv concret de respingere a ofertei sale, nefiind specificat conform legii, în ce constă efectiv nerespectarea cerințelor caietului de sarcini, motiv de respingere a ofertei prevăzut de 137 alin. (3) lit. (a) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, ... învederează că prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 reprezintă transpunerea în legislația națională a exigenței incluse în Directiva 2014/24/UE1, care impune autorităților contractante obligația informării operatorilor economici cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, în special în legătură cu decizia de respingere a unei oferte care trebuie motivată, în mod corespunzător. Această informare este necesară inclusiv din perspectiva exercitării unei căi de atac efective, operatorul economic vizat de o decizie de respingere fiind îndreptățit să cunoască motivele precise ale acestei respingeri pe care să o poată, eventual contesta, în deplină cunoștință de cauză. Astfel cum a reținut și Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) în Cauza C-406/08 Uniplex, *„Numai după ce a fost informat despre motivele pentru care a fost respins la procedura de atribuire a unui contract, candidatul sau ofertantul vizat are posibilitatea să își formeze o convingere clară în legătură cu existența unei eventuale încălcări a dispozițiilor aplicabile și cu oportunitatea formulării unei acțiuni”*

În aceeași ordine de idei, contestatoarea precizează că atât jurisprudența națională, cât și jurisprudența CJUE au statuat faptul că

orice decizie administrativă trebuie motivată și din prisma posibilității persoanei sau a societății de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară și arbitrariul autorităților publice. Sub aspectul motivării actului administrativ, instanțele europene au reținut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte într-o manieră clară raționamentul urmat de instituția care a adoptat măsura atacată, astfel încât să permită instanțelor efectuarea revizuirii actului, insuficiența motivării sau nemotivarea atrăgând nulitatea.

Totodată, ... arată că în același sens, în Cauza C-509/1993 a CJUE s-a reținut că o detaliere a motivelor este necesară și atunci când instituția emitentă dispune de o largă putere de apreciere, întrucât motivarea conferă actului transparență, putându-se verifica în acest fel dacă actul este corect fundamentat.

Contestatoarea subliniază că în urma analizării raportului procedurii, a constatat că nu reiese cu suficientă claritate care sunt cerințele caietului de sarcini a căror pretinsă neîndeplinire să fie de natură a determina neconformitatea ofertei.

În acest sens, ... mai arată că autoritatea contractantă se limitează la invocarea unor texte legale, omițând să precizeze, în mod clar, complet și precis de ce a considerat că prevederile art. 137 alin. (3) lit. (a) din HG nr. 395/2016 ar fi incidente în speță, raportat la conținutul ofertei sale. În realitate, se omite faptul că autorizații de tip IGSU sau ISCIR nu a fost solicitate deloc prin documentația de atribuire, nefiind indicate în cuprinsul caietului de sarcini.

Mai mult, contestatoarea opinează că simpla enumerare a reglementărilor legale în vigoare la cap. 6 din Secțiunea 1 a caietului de sarcini nu poate să fie interpretată ca reprezentând o cerință de calificare privind deținerea de autorizații specifice în lipsa mențiunii exprese și introducerii respectivei cerințe în anunțul de participare.

Astfel, ... consideră că motivele invocate de către ... și care vizează un pretins caracter inacceptabil al ofertei sale se bazează pe ignorarea nepermisă a jurisprudenței obligatorii a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), conform căreia o ofertă nu poate fi respinsă pentru nerespectarea unor cerințe care nu au fost prevăzute, în mod expres, în cadrul documentației de atribuire. De asemenea, contestatoarea susține că se ignoră prevederile legale care reglementează clauzele nescrise, respectiv cerințele de calificare care se regăsesc exclusiv la nivelul caietului de sarcini.

Un alt aspect subliniat de ... este că în cuprinsul raportului procedurii de atribuire se invocă cerințe inexistente, precum deținerea unor autorizări specifice, fiind astfel interpretată, în mod extensiv, documentația de atribuire. Ori, prin această modalitate de acțiune, autoritatea contractantă nesocotește, în mod voit, caracterul obligatoriu al documentației de atribuire care se întemeiază pe necesitatea respectării principiului transparenței.

Contestatoarea mai arată că acest principiu este reliefat în mod sugestiv de CJUE în Cauza Pippo Pizzo (C- 27/15).

Totodată, ... consideră relevante, din perspectiva necesității respectării principiului transparenței și deciziile CJUE, pronunțate în cauzele Universale Bau sau Succhi di Frutta/Comisia, conform cărora toți potențialii ofertanți trebuie să beneficieze de șanse egale pentru elaborarea ofertelor; toate condițiile de participare trebuie să fie formulate clar, precis și univoc, astfel încât să permită oricăror operatori economici rezonabil informați și diligenți să le înțeleagă și să le interpreteze la fel.

Mai mult, contestatoarea menționează că potrivit Hotărârii (CJUE) din 16 aprilie 2015, emisă în Cauza C-278/14, Enterprise Focused Solutions: *„(...) autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat”*.

... opinează că este relevantă și Hotărârea CJUE pronunțată în Cauza C-6/05, MedipackKazantzidis, punctul 54, conform căreia 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. Aceste hotărâri CJUE au fost invocate chiar de către CNSC într-o cauză similară, în care s-a reținut în mod clar: *„Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere /interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”*

Raportat la această jurisprudență obligatorie care consacră necesitatea unei stricte raportări a evaluării ofertelor la regulile exprese, clare și complete ale documentației de evaluare, ... constată că autoritatea contractantă își întemeiază toate afirmațiile pe cerințe care nu îndeplinesc condițiile legale necesare pentru a fi considerate criterii de calificare aplicabile ofertanților. Astfel, autorizațiile invocate de către autoritatea contractantă nu pot reprezenta cerințe de calificare a căror îndeplinire trebuie demonstrată la momentul depunerii ofertelor, ci eventuale cerințe legale de executare a contractului de achiziție publică.

Relevantă în sensul imposibilității de a impune în etapa de evaluare a ofertelor cerințe de calificare care nu au fost incluse în anunțul de participare pe considerentul că ar reprezenta obligații legale, este Decizia civilă nr. 375 din data de 21.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București. Raportat la interpretarea Curții de Apel, elocventă a principiilor transparenței și tratamentului egal, sunt în mod evident lipsite de efecte juridice argumentele invocate de ..., prin care încearcă să inducă necesitatea verificării deținerii unor autorizări specifice pentru activități reglementate.

Fără a diminua importanța respectării legislației aferente anumitor domenii de activitate, prin care se impune executarea de lucrări de către operatori economici autorizați, contestatoarea subliniază că nu trebuie asimilate cerințele de executare a contractului cu cele care sunt specifice calificării în procedura de atribuire.

Astfel, în condițiile în care cerințele privind autorizările și agrementele specifice pentru activități reglementate nu sunt criterii de calificare, ci sunt cerințe legale aferente etapei de execuție a contractului de proiectare și execuție lucrări, nu are nicio relevanță dacă ofertantul a desemnat în etapa de ofertare subcontractanți, care să dețină respectivele autorizări.

... susține că în speță, este evident eronată aprecierea autorității contractante, potrivit căreia operatorul economic ... - care are exclusiv calitatea de furnizor al centralei termice, trebuia să fie declarat subcontractant.

În acest sens, contestatoarea arată că acest operator economic se încadrează, în mod indubitabil, în categoria vizată de art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016, care definește furnizorul ca fiind 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. Raportat la această calitate de furnizor al unui echipament, care realizează operațiunea accesorie de montaj, este evident disproporționată aprecierea ... în sensul necesității declarării acestui operator în calitate de subcontractant.

Astfel, ... susține că trebuie realizată o delimitare clară între entitățile pe a căror capacitate se bazează ofertantul pentru îndeplinirea cerințelor de calificare (în categoria cărora pot intra și subcontractanți care dețin autorizări solicitate expres prin anunțul de participare) și subcontractanții pe a căror capacitate nu se bazează ofertantul, astfel cum sunt în speță entitățile care vor executa activități de proiectare și execuție a unor lucrări, precum cele de construcții feroviare/instalații speciale.

Contestatoarea opinează, că procedând în așa fel, autoritatea contractantă ignoră și posibilitatea legală de nominalizare a unui subcontractant, inclusiv în etapa de derulare a contractului de achiziție publică. Obligația legală de declarare a subcontractanților în etapa ofertei este incidentă exclusiv în ipoteza în care subcontractanții dețin și calitatea de terți susținători, respectiv entități pe a căror capacitate se bazează ofertantul pentru îndeplinirea unor cerințe de calificare. Ori, autorizațiile IGSU și ISCIR nu reprezintă astfel de cerințe privind capacitatea, nefiind solicitate, în mod clar, explicit și precis în anunțul de participare, astfel cum impun inclusiv prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016: *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”*.

Referitor la dispozițiile art. 51 din HG nr. 395/2016 la care se face referire în motivarea respingerii ofertei, ... solicită CNSC să constate că au fost invocate, în mod eronat, acestea vizând exclusiv situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, ipoteză care nu este îndeplinită în speță.

În concluzie, nefiind solicitată expres demonstrarea în etapa de ofertare a deținerii autorizațiilor pe care le invocă ..., evaluarea ofertei nu trebuie să vizeze demonstrarea îndeplinirii unor cerințe care vizează exclusiv derularea contractului, iar nu capacitatea ofertanților, fiind contrară principiului transparenței verificarea ofertei din această perspectivă.

Contestatoarea învederează că, inclusiv în ipoteza în care autorizările IGSU și ISCIR invocate de către ... s-ar fi regăsit menționate, în mod expres, în cuprinsul caietului de sarcini, acestea ar fi reprezentat clauze nescrise. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 30 alin. (4) și (6) din anexa la H.G. nr. 395/2016, criteriile de calificare care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare simplificat sunt clauze nescrise. Jurisprudența CNSC și a instanțelor de judecată este unanimă în sensul în care sunt nule de drept, nu pot produce nici un efect și prin urmare nu pot fi folosite ca motiv pentru respingerea unei oferte.

... invocă practica CNSC, reiterând că autorizațiile respective nu au fost indicate în nicio componentă a documentației de atribuire, nefiind astfel opozabile ofertanților și neputând să fie utilizate cu titlu de criterii de evaluare a ofertelor. În acest context, este evident nelegală decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale.

Contestatoarea mai solicită CNSC să constate, inclusiv încălcarea de către ... a jurisprudenței constante a CNSC și a Curții de Apel București, în cauze similare, aferente unor proceduri de atribuire organizate de către aceeași autoritate contractantă.

În plus, contestatoarea precizează că recent, prin decizii ale CNSC au fost admise contestațiile formulate de societatea sa împotriva unor proceduri similare organizate de ... în cadrul cărora au fost emise decizii de respingere a ofertei sale pentru aceleași considerente, respectiv pentru pretinsa nerespectare a unor cerințe privind deținerea de autorizații IGSU și ISCIR.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 88.000 lei, cu precizarea că aceasta se va constitui conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC

Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Totodată, Consiliul a solicitat ... înaintarea contestației, în original, însoțită de mijloacele de probă invocate în cuprinsul acesteia.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 48659/04.10.2022, ... a confirmat primirea adresei nr.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 48886/05.10.2022, contestatoarea a înaintat dovada achitării cauțiunii.

Prin adresa nr. 55176/04.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48830/04.10.2022, ... a înaintat documente necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 507/05.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 49422/07.10.2022, ... a depus la dosarul cauzei, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208444321/1, în sumă de 88.000 RON, eliberată la data de 03.10.2022 de CEC Bank – Sucursala Alexandria.

Prin adresa nr. 56499/10.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 49880/11.10.2022, autoritatea contractantă a înaintat punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de ..., arătând următoarele:

I. Cerințele care au făcut obiectul solicitării de clarificări sunt prevăzute în cadrul documentației de atribuire, iar contestatoarea avea obligația prezentării autorizațiilor și declarării societății ... ca subcontractant, nu ca furnizor

II. Cerințele atacate nu reprezintă criterii de calificare, ci cerințe tehnice care trebuie îndeplinite la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertelor, nu la un moment ulterior

I. În susținerea afirmației sale, potrivit căreia „Cerințele care au făcut obiectul solicitării de clarificări sunt prevăzute în cadrul documentației de atribuire, iar contestatoarea avea obligația prezentării autorizațiilor și declarării societății ... ca subcontractant, nu ca furnizor”, ... învederează următoarele:

- autoritatea contractantă redă conținutul adresei nr. 5759L/30.03.2022, reprezentând solicitarea de clarificări adresată contestatoarei, respectiv conținutul adresei nr. 180/01.04.2022, reprezentând răspunsul ... la solicitarea de clarificări.

- În cele ce urmează, ... citează din conținutul raportului procedurii și din comunicarea rezultatului procedurii, concluzionând că referitor la cele cinci autorizații solicitate a fi deținute de către operatorii economici asociați sau subcontractanți, ... a răspuns la clarificări prezentând următoarele date și înscrisuri:

1. A prezentat două autorizații dintre cele cinci solicitate, acestea fiind deținute de unul dintre subcontractanții declarați;

2. A prezentat o autorizație din partea unui furnizor, însă nu din partea unui membru al asocierii sau a unui subcontractant, susținând, de asemenea, că această autorizație nu ar fi fost solicitată prin documentația de atribuire;

3. Referitor la celelalte două autorizații dintre cele cinci solicitate, contestatoarea nu le-a prezentat, susținând că nu ar fi fost solicitate prin documentația de atribuire.

Totodată, autoritatea contractantă învederează faptul că șase ofertanți au prezentat toate autorizațiile necesare deținute de ofertanți sau de subcontractanții acestora.

Cu privire la modul în care ... a răspuns la solicitarea de clarificări, ... concluzionează că răspunsul acestuia nu este bazat pe realitatea documentației de atribuire, ci a fost elaborat strict în funcție de diligențele depuse (sau nu) de către asocierea în cauză pentru a deține toate autorizațiile necesare (conform documentației de atribuire).

Astfel, autoritatea contractantă solicită CNSC să constate că, pentru cele două autorizații pe care contestatoarea le deținea (printr-unul dintre subcontractanții săi), aceasta le-a prezentat fără a face nicio altă mențiune. În concluzie, rezultă că ... a prezentat autorizațiile pe care le avea, iar, în privința celorlalte trei, a afirmat că acestea nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, respectiv că este suficientă deținerea de către un simplu furnizor, iar nu de către ofertant sau de subcontractanții acestora.

Așadar, ... încearcă, prin contestația depusă, să denatureze adevărul factic și juridic în funcție de propriile sale interese - pentru a-și acoperi și justifica propria culpă referitor la autorizațiile pe care nu le-a prezentat, susținând că acestea nu ar fi fost solicitate prin documentația de atribuire, respectiv, pentru una dintre ele (autorizația pe care o prezintă din partea unui furnizor), că ar fi fost suficient acest mod de deținere. În consecință, reiese că societatea ... nu a prezentat deloc două autorizații strict pentru că nu le deținea, nicidecum pentru că acestea nu ar fi fost solicitate prin documentația de atribuire, iar, pentru cea de a treia, deținută de un furnizor (nu de membrii asocierii sau de un subcontractant), susținerile contestatoarei reprezintă o *contradictio in terminis*, în sensul că aceasta a prezentat-o (deci a recunoscut că a fost solicitată), dar, pentru că entitatea ce o deținea nu avea calitatea de subcontractant, încearcă să acrediteze teza că ar fi suficientă prezentarea sa din partea unui simplu furnizor; or, solicitarea sa prin intermediul documentației de atribuire, în contextul respectiv, presupune deținerea de către ofertant sau de către un subcontractant, iar nu de către un furnizor.

Contestatoarea aplică, prin urmare, cu privire la același element, un raționament diferit, bazat, în mod eronat și tendențios, pe o dublă măsură, în condițiile în care era necesar ca modul de abordare să fie unitar, deoarece *ubi eadem est ratio, ibi idem jus*.

... arată că toate cele cinci autorizații sunt solicitate prin documentația de atribuire în același mod. Astfel, în cadrul caietului de sarcini, Secțiunea 1: Cerințele Beneficiarului, Capitolul 6 Legislația, standarde și reglementari tehnice aplicabile, se prevede faptul că „Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. Antreprenorul trebuie să se asigure

că orice contracte, subcontracte, instrucțiuni de utilizare, aprobări, etc. care urmează să fie încheiate sau emise în timpul perioadei de execuție și cea de notificare a defectelor, trebuie să fie în conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții (cu modificările și completările ulterioare). Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare”, fiind prezentată, în continuare o listă neexhaustivă („Aceasta listă nu este limitativă”) a normelor („principalele Normative și Standarde”) care trebuie respectate în vederea executării contractului. Caietul de sarcini se completează cu toate celelalte documente de natură tehnică publicate de către autoritatea contractantă, părți integrante ale documentelor achiziției.

În urma analizării, în detaliu, a fiecărei autorizații solicitate, ... învederează următoarele:

A. Două autorizații dintre cele cinci solicitate a fi prezentate sunt indisolubil legate, una dintre ele vizând faza de proiectare, cealaltă faza de execuție:

a) Autorizație IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor - se referă la faza de proiectare (aceasta nu a fost prezentată de către contestatoare, invocându-se faptul că nu ar fi fost solicitată),

în timp ce

b) Autorizație IGSU instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră - se referă la faza de execuție a lucrării (acesta a fost prezentată de către contestatoare din partea unui subcontract).

Autoritatea contractantă susține că ambele autorizații au fost solicitate prin documentația de atribuire publicată în mod transparent în SEAP, odată cu anunțul de participare simplificat.

Astfel, în caietul de sarcini, Secțiunea 1 - Cerințele beneficiarului, Capitolul 6 Legislația, standarde și reglementări tehnice aplicabile, la pag. 16-17, se prevede că „Proiectul se va realiza având în vedere principalele normative și standarde în vigoare cum ar fi: „(...) P118-1/2015 și P118-2/2015 Normativ privind securitatea la incendiu a construcțiilor”.

Totodată, în caietul de sarcini, secțiunea 1 - Cerințele beneficiarului, la pag. 13 și 14, se prevăd următoarele:

«Alimentarea cu apă pentru stingerea incendiilor Racord din rețeaua publică.

Racordurile vor fi asigurate de autoritatea locală pe pozițiile specificate prin proiect și la capacitățile solicitate.

Dacă rețeaua publică de apă nu permite racordarea rețelei de hidranți exteriori atunci se va prevedea stație de pompare și rezervă de incendiu cu volumul de 108 mc.

(...)

Cerința C - Securitatea la incendiu

Categoria de importanță este „C” - construcții de importanță normală rezultată conform „Metodologiei de stabilire a categoriei de importanță”- Buletinul Construcțiilor volum 4/1996.

Concepția funcțională respectă cerințele normativului de prevenire a incendiilor pentru această categorie de construcții, acordând o atenție deosebită normativului P 118/1999.

Clădirea va avea gradul II de rezistență la foc.

Pe căile de evacuare capacitatea unui flux este de 75 persoane conf. P 118. (...) Clădirea va fi prevăzută cu rețea de hidranți exteriori conform normativului P118/2/2013.

Se prevăd toate mijloacele de intervenție conform reglementărilor și se asigură accesul autospecialelor de intervenție la cel puțin două fațade.

Întreaga concepție a rezolvării funcțiunilor va ține cont de Normele de Prevenire și Stingere a Incendiilor, iar în cadrul proiectului tehnic se va elabora obligatoriu Scenariul de securitate la incendiu. Se prevăd 2 căi de evacuare distincte acoperind întreaga suprafață a clădirii, și deversează fluxurile direct în exterior la nivelul solului.»

Mai mult, ... menționează că documentul „Scenariu de securitate la incendiu” este o parte integrantă a documentației tehnice, publicat în SEAP odată cu anunțul de participare simplificat. Rezultă, așadar, că nu este posibil ca o autorizație să fie prevăzută în documentația de atribuire și, în consecință, să fie prezentată de către ofertant - iar cealaltă, nu.

Prin urmare, autoritatea contractantă opinează că alegația contestatoarei cu privire la faptul că Autorizația IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor nu ar fi fost solicitată în documentația de atribuire nu se susține, iar aceasta ar fi trebuit să fie prezentată de către ofertant (fie de membrii asocierii, fie de un subcontractant declarat la momentul ofertării), fiind un simplu pretext menit a încerca să justifice nerespectarea de către ofertant a prevederilor acestei documentații și neprezentarea acestei autorizații, deci să justifice culpa vădită a ofertantului

B. ... precizează că autorizația IGSU - Termoprotecție cu vopsele termosfumante, care nu a fost prezentată de către contestatoare pe motiv că nu ar fi fost prevăzută în documentația de atribuire, este, de fapt, solicitată prin caietul de sarcini, Secțiunea 1 - Cerințele beneficiarului, Capitolul 6 Legislația, standarde și reglementări tehnice aplicabile, la pag. 16-17, unde se menționează că „Proiectul se va realiza având în vedere principalele normative și standarde în vigoare cum ar fi: (...) P118-1/2015 și P118-2/2015 Normativ privind securitatea la incendiu a construcțiilor”, respectiv în „Scenariu de securitate la incendii”. Conform acestui din urmă document, pag. 3, pct. 3 „Nivelurile criteriilor de performanță privind securitatea la incendiu”, „Acoperișuri autoportante fără pod - A1 (C0) 15 min - ferme metalice” face trimitere directă la Normativul P-118/99 aprobat prin Ordinul nr. 27/N din 07.04.1999 al Ministerului Lucrărilor Publice și Amenajării Teritoriului, ce reglementează acest domeniu.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că nici în acest caz nu se susține alegația contestatoarei referitoare la faptul că documentația de atribuire nu ar fi prevăzut autorizația solicitată, rezultând că aceasta ar fi trebuit să fie prezentată de către ofertant (fie de membrii asocierii, fie de un subcontractant declarat la momentul ofertării).

C. Referitor la Autorizația ISCIR privind instalarea, montarea centralei termice - despre care contestatoarea susține că nu ar fi fost prevăzută în documentația de atribuire, dar pentru care s-a prezentat o autorizație deținută de un furnizor (nu de unul dintre membrii asocierii sau de un subcontractant), ... învederează că, la fel ca și în cazurile precedente, aceasta a fost solicitată de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și, în consecință, ofertantul ar fi trebuit să facă dovada deținerii acesteia de către oricare dintre membrii asocierii sau de un subcontractant (declarat la momentul ofertării).

Astfel, autoritatea contractantă menționează că potrivit caietului de sarcini - Secțiunea 1: Cerințele beneficiarului, pag. 12, centrala termică este parte integrantă, esențială, a obiectului achiziției publice, fiind descrisă pe larg, cu lux de amănunte: „Centrala termică

Acoperirea necesarului de căldură al obiectivului se realizează cu: Pentru alimentare cu combustibil solid - (în funcție de amplasament și de utilitățile din zonă)

- O centrală termică echipată cu două cazane de apă caldă cu funcționare pe lemne 80/60°C având fiecare o putere termică de 116 kW, echipate cu pompă, vas de expansiune cu membrană, schimbător de căldură de siguranță, supapă de descărcare termică și două stocatoare (puffere) 1500/300 litri, cu boiler încorporat de 300 litri. Cazanele vor fi montate într-o cameră cu destinație specială pentru centrală termică, care respectă normativele în vigoare și vor avea coșuri de fum de inox dublu-perete, priză de aer proaspăt și sifon de pardoseală, conforme cu normele de siguranță în exploatare și de protecția mediului.

Puterea centralei termice pe combustibil solid (lemne) va asigura și necesarul de putere pentru bateria de încălzire cu funcționare pe agent termic a centralei de tratare a aerului ce va înlocui schimbătorul de căldură inox gaze-aer cu funcționare pe gaz metan (180 kW). (...).

Totodată, ... precizează că în documentul „Instalații HVAC”, parte integrantă a documentației de atribuire, la pag. 5, pct. 2.2. Reglementări, se prevede, în mod expres, faptul că „Instalațiile HVAC vor fi conforme cu următoarele norme și reglementări românești, și anume: 113-02 - Normativ pentru proiectarea și executarea instalațiilor de încălzire centrală”. De asemenea, în fișa tehnică nr. F5/T-01 pentru „Utilaj, echipament tehnologic: Cazan 116 KW”, la pct. 2 se prevede că „presiunea maximă: 2,5 bar”. Ori, din aceste prevederi rezultă că, potrivit Normativului, pct. 6.3, „Cazanele se exploatează și se verifică după următoarele prescripții ISCIR: (...) C1 - pentru cazanele de apă fierbinte și pentru cazanele de abur cu presiune de peste 0,7 bar”. Instrucțiunile tehnice ISCIR au aplicabilitate generală, reprezentând

Anexele nr. 1-7 la Ordinul ministrului economiei, comerțului și mediului de afaceri nr. 663/2010 pentru aprobarea prescripțiilor tehnice PT C 1 - 2010 „Cazane de abur, cazane de apă fierbinte, supraîncălzitoare și economizoare independente” PT C 4 - 2010 „Recipiente metalice stabile sub presiune”, PT C 6 - 2010 „Conducte metalice sub presiune pentru fluide”, PT C 7 - 2010 „Dispozitive de siguranță”, PT C 8 - 2010 „Instalații de distribuție gaze petroliere lichefiate”, PT C 9 - 2010 „Cazane de apă caldă și cazane de abur de joasă presiune”, PT C 10 - 2010 „Conducte de abur și conducte de apă fierbinte sub presiune”, publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 385 bis/10.VI.2010.

În aceste condiții, autoritatea contractantă solicită CNSC să constate că a respectat, în cel mai înalt grad, prescripțiile normative ale art. 134 alin. (4) din Normele de aplicare aprobate prin HG nr. 395/2016, conform cărora *„Comunicarea transmisă (...) către (...) ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.”*

În lumina tuturor considerațiilor expuse anterior, ... concluzionează că ... avea obligația declarării societății ... ca subcontractant, nu furnizor.

Ca o considerație preliminară, autoritatea contractantă precizează faptul că achiziția publică reprezintă doar un mijloc prin care, conform dispozițiilor normative aplicabile, este satisfăcută nevoia sa. În acest sens, ... citează mențiunile relevante din cadrul Formularului-cadru Referat de necesitate, pus la dispoziție de ANAP:

„«Nevoia» și «Necesitatea»

«Nevoia» reprezintă o cerință sau o condiție proprie autorității contractante. Fără satisfacerea nevoii, autoritatea contractantă nu poate funcționa și nu poate desfășura la parametri prestabiliți activitățile pentru care a fost înființată, în contextul existent la momentul identificării nevoii (de exemplu: nevoia unei autorități contractante de a comunica informații către publicul general - agricultori din zona rurală de munte - pe care îl deservește prin activitatea sa).

Nevoile sunt caracterizate ca fiind «obiective» în urma raportării acestora la contextul (condițiile) în care acestea sunt generate. (...)

Rezolvarea situațiilor pe care le generează nevoile identificate înseamnă în practică satisfacerea nevoilor. A satisface nevoile înseamnă a obține starea de «normalitate» fie în funcționarea autorității contractante, fie în activitățile desfășurate, în condițiile de constrângere identificate (de exemplu: caracterul limitat al resurselor, caracteristicile grupului țintă, obligația de a informa).

Nevoia caracterizată ca fiind obiectivă și care urmează să fie satisfăcută prin achiziția de produse/lucrări/servicii se transformă într-o necesitate care trebuie îndeplinită de către autoritatea contractantă.

Trecerea de la «nevoie» la «necesitate» are la bază ideea de utilizare în condiții de economicitate, eficacitate și eficiență a resurselor limitate (de exemplu, bugetul autorității contractante) și cu întrebuintări

alternativă, prin realizarea alegerii opțiunii celei mai avantajoase pentru satisfacerea nevoilor în condițiile existente.

«Necesitatea» este ceea ce, în urma unei analize care are la bază nevoia exprimată și opțiunile disponibile pentru satisfacerea acesteia, se decide ca fiind necesar a se întreprinde pentru a satisface nevoia respectivă (de exemplu: achiziția de servicii de tipografie ca răspuns la necesitatea care îndeplinește nevoia anterior exprimată)".

Ori, nevoia autorității contractante este transpusă în documentația de atribuire, care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

În aceste condiții, ... arată că centrala termică reprezintă o parte integrantă și importantă a obiectului contractului de achiziție publică, fără de care nu se poate atinge scopul prezentei achiziții, deci nu se poate satisface nevoia sa.

De asemenea, autoritatea contractantă reiterează că obiectul prezentului contract îl reprezintă proiectarea, execuția de lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului în vederea construirii unei săli de sport școlare, aspectul „combustibil” fiind menționat în anunțul de participare simplificat și în documentele achiziției, inclusiv în fișa de date a achiziției. Prin urmare, din chiar obiectul viitorului contract de achiziție publică rezultă, cu putere de evidență, faptul că aspectul ce vizează încălzirea sălii de sport reprezintă o parte esențială în economia procesului de îndeplinire a nevoii autorității contractante.

Așadar, ... subliniază că centrala termică nu este un element secundar, auxiliar, care nu ar face parte din obiectul contractului de achiziție publică, astfel încât să poată fi prestat de un furnizor, ci este un element de bază, parte integrantă din obiectul contractului de achiziție publică, fără de care nu poate fi atins scopul achiziției publice și anume funcționarea sălii de sport la parametrii stabiliți de către autoritatea contractantă și solicitați prin documentația de atribuire, publicată, în mod transparent, în SEAP.

Totodată, ... învederează că nu este necesară stabilirea de criterii de calificare privind capacitatea pentru toate elementele care fac parte din obiectul contractului, cu atât mai mult cu cât solicitarea criteriilor de calificare privind capacitatea, la modul general, este o facultate a autorității contractante, nu o obligație a sa, fiind exclusiv opțiunea acesteia de a solicita sau nu astfel de criterii de calificare (conform art. 172 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare: *„Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire (...) criterii de capacitate”*).

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că în cazul în care ofertantul nu putea să îndeplinească el însuși această parte a obiectului contractului de achiziție publică, se impunea a fi subcontractată, astfel cum prevede și art. 51 din Normele de aplicare aprobate prin HG nr. 395/2016. Ori, în prezentul caz, este vorba despre cerințe tehnice de

executare a contractului (nu criterii de calificare) sub forma autorizațiilor (IGSU/ISCIR), care trebuie îndeplinite la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertei.

Prin urmare, în condițiile în care ofertantul nu îndeplinește el însuși această parte a obiectului contractului, astfel cum reiese din răspunsul la solicitarea de clarificări, obligația sa era de a subcontracta respectiva parte a obiectului contractului, iar nu de a indica un simplu furnizor.

În cele ce urmează, ... redă prevederile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, precum și definiția furnizorului prevăzut de art. 3 alin. (1) lit. w) din același act normativ, arătând că în situația de față, ofertantul avea obligația de a comunica autorității contractante datele de identificare ale subcontractantului/subcontractanților și partea/părțile pe care urmează să le îndeplinească, conform art. 55 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Tocmai pentru că subcontractantul execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor care fac obiectul contractului de achiziție publică, acesta este supus acelorași rigori și obligații ca și ofertantul, ceea ce nu se aplică unui furnizor.

În concluzie, autoritatea contractantă subliniază că sunt aplicabile prevederile fișei de date:

„2. Informații privind subcontractanții

În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligația de a completa DUAЕ, partea referitoare la proporția de subcontractare.

De asemenea, fiecare subcontractant va completa un formular DUAЕ separat.

Operatorul economic va depune odată cu oferta și DUAЕ si Acordul de subcontractare (care să conțină cel puțin următoarele):

- Denumire subcontractant;*
- Date de identificare subcontractant;*
- Denumirea lucrărilor/serviciilor ce vor fi executate/prestate de subcontractant;*
- Procentul lucrărilor executate/serviciilor prestate de către subcontractant);*

prevederi pe care ... nu le-a respectat.

Ori, având în vedere dispozițiile legale incidente, în special art. 123 („Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”) și art. 124 („Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant”) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări adresată de către comisia de evaluare din cadrul autorității contractante, rezultă cu putere de evidență că unica decizie legală era aceea de respingere a ofertei contestatoarei.

Prin urmare, având în vedere considerentele expuse anterior, ... solicită CNSC să constate că a respectat pe deplin dispozițiile normative

aplicabile, inclusiv art. 154 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv art. 20 alin. (2) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În acest sens, autoritatea contractantă solicită CNSC să constate că solicitarea de clarificări nu conține elemente/cerințe suplimentare față de prevederile documentației de atribuire, puse la dispoziția tuturor operatorilor economici interesați, în mod transparent, prin publicarea acestora în SEAP. În consecință, autoritatea contractantă a respectat întru totul dispozițiile legale incidente, inclusiv principiile transparenței și tratamentului egal.

În sprijinul celor susținute ... învederează și opinia Agenția Națională pentru Achiziții Publice („ANAP”) în „Note de bune practici cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial”, din care citează următoarele: *„Din analiza prevederilor art. 3 alin. (1) lit. w) și lit. yy) din Legea nr. 98/2016 (...), rezultă că furnizorul este entitatea care furnizează produse/prestează servicii către contractant, iar subcontractantul execută anumite părți sau elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Prin urmare, subcontractantul îndeplinește activități care fac parte din obiectul contractului încheiat între contractantul principal și autoritatea contractantă, fiind implicat în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului. (...)*

Având în vedere că subcontractantul execută activități din contract, legislația în domeniul achizițiilor publice/achizițiilor sectoriale impune anumite obligații în sarcina 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 de subcontractanți și valoarea acesteia, DUAE pentru subcontractant, acordul de subcontractare, documentele justificative de calificare aferente subcontractantului la solicitarea autorității contractante) (...).

În esență, pentru îndeplinirea activităților aferente unei/unor părți din contract, subcontractanții propuși de contractant trebuie să aibă capacitatea tehnică și profesională pentru partea lor de implicare și nu trebuie să se afle în situațiile de excludere [prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, potrivit dispozițiilor art. 170 alin. (1) și art. 174 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, respectiv cele prevăzute la art. 177, 178 și 180. din Legea nr. 99/2016, potrivit dispozițiilor art. 183 alin. (1) și art. 187 alin. (1) din Legea nr. 99/2016].

Față de obligațiile precizate mai sus și luând în considerare faptul că acestea nu există în cazul furnizorilor, referitor la calitatea de furnizor într-un contract de lucrări sau servicii, putem concluziona asupra următoarelor aspecte: nu echivalează cu realizarea, executarea lucrărilor/serviciilor respective; nu implică pentru acesta obligația legală

de a nu se afla în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 din lege; nu există obligația legală pentru ofertant de a preciza datele de identificare ale furnizorilor; nu sunt solicitate ofertantului/candidatului informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a furnizorilor, neexistând nici dreptul de a solicita în documentația de atribuire lista furnizorilor; nu există obligația completării DUAЕ pentru furnizor. (...)

Astfel, 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 ceea ce-l privește pe subcontractant (dar nu și pe furnizor), pot apărea situații potențial generatoare de conflict de interese, de aceea autoritatea/entitatea contractantă este obligată să asigure publicitatea datelor de identificare ale subcontractantului propus în aceleași condiții în care este obligată să asigure publicitatea datelor ofertantului. Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă este îndreptățită să îi solicite ofertantului transmiterea de informații și de documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus cu privire la partea din contract pe care acesta urmează să o îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă să-l respingă pe acesta și să solicite ofertantului - o singură dată - înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară.

În termeni practici, furnizorii sunt persoane, organizații sau altă entitate care furnizează bunuri sau servicii, în scopul desfășurării adecvate a activității unei organizații, cum ar fi: producători, distribuitori, importatori de materii prime, materiale, semifabricate, echipamente, utilaje; prestatori de servicii (reparații, bănci, consultanță, medicale, sociale etc.); persoane fizice."

... învederează faptul că, într-o situație similară, CNSC și Curtea de Apel București au decis în sensul obligativității declarării ... ca subcontractant, nu furnizor.

În plus, autoritatea contractantă subliniază că cerințele care fac obiectul prezentului litigiu dedus soluționării Consiliului nu au fost contestate, iar, prin necontestare, acestea au devenit obligatorii pentru ofertanți, inclusiv pentru contestatoare, conform art. 123 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”. În aceste condiții, ... nu poate invoca în apărare propria vină, întrucât *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, iar autoritatea contractantă nu poate fi ținută responsabilă pentru faptul că ofertantul nu a parcurs documentele achiziției publicate, în mod transparent, în SEAP. Prin

urmare, nerespectarea de către ofertant a prevederilor exprese ale fișei de date cade exclusiv în sarcina acestuia, atrăgând strict răspunderea sa, nicidecum a autorității contractante, conform legii și documentației de atribuire.

... citează, în acest sens, prevederile fișei de date (IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei), *„Ofertanții poartă exclusiv răspunderea pentru examinarea cu atenția cuvenită a documentației de atribuire, inclusiv a oricărei clarificări aduse documentației de atribuire în timpul perioadei de pregătire a ofertei prin răspunsurile autorității contractante la solicitările de clarificări, precum și pentru obținerea tuturor informațiilor necesare cu privire la orice fel de condiții și obligații care pot afecta în vreun fel valoarea, condițiile stabilite, natura/conținutul ofertei sau execuția contractului”*.

II. Autoritatea contractantă arată că cerințele atacate nu reprezintă criterii de calificare, ci cerințe tehnice care trebuie îndeplinite la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertelor, nu la un moment ulterior.

... susține că în cadrul contestației depuse, ... afirmă, în mod eronat, că cerințele atacate ar reprezenta criterii de calificare, și ca urmare, ar fi trebuit prevăzute în anunțul de participare simplificat, respectiv în fișa de date a achiziției, invocând nulitatea lor ca urmare a prevederii exclusiv în cadrul documentației tehnice.

În acest sens, autoritatea contractantă precizează că aceste cerințe nu reprezintă criterii de calificare, ci cerințe tehnice, aferente documentației tehnice, parte a documentației de atribuire. Prin urmare, nu există obligativitatea și nici rațiunea menționării acestora în cadrul anunțului de participare simplificat sau a fișei de date a achiziției. În susținerea afirmației sale, ... invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, în special art. 163, 172, 173 și 178, respectiv ale Normelor Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, în special art. 20 alin. (10).

... mai arată că potrivit art. 20 alin. (10) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, specificațiile tehnice *„reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”*. Astfel cum se poate observa, din dispozițiile normative citate rezultă, fără putință de tăgadă, că cerințele atacate nu reprezintă criterii de calificare (nefiind nici motive de excludere, nici criterii privind capacitatea ofertantului).

Mai mult, autoritatea contractantă evidențiază faptul că cerințele respective nu vizează capacitatea operatorului economic de exercitare a activității profesionale, la modul general, ci dovedirea posibilității concrete a operatorului economic de a executa acest contract punctual, în conformitate cu solicitările autorității contractante, aduse, în mod transparent, la cunoștința tuturor operatorilor economici prin publicarea

lor în SEAP (în condițiile în care, pentru un alt contract de lucrări, s-ar putea impune îndeplinirea altor cerințe, prin raportare la nevoia aceluia contract, a cărei îndeplinire este urmărită de către autoritatea contractantă).

Având în vedere cele menționate anterior, precum și prin raportare directă la nevoia autorității contractante, ... învederează că cerințele atacate nu reprezintă criterii de calificare aferente capacității tehnice și profesionale (de tipul celor prevăzute la art. 179 din Lege, precum experiența similară, lista principalelor lucrări/servicii realizate/prestate în ultimii 5/3 ani, după caz/ indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice implicate/descrierea facilităților tehnice și a măsurilor utilizate de operatorul economic în vederea asigurării calității și a facilităților sale de studiu și de cercetare/ precizarea sistemelor de management și de trasabilitate din cadrul lanțului de aprovizionare/rezultatele unui control efectuat de autoritatea contractantă sau, în numele acesteia, de un organism oficial competent/ calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic/precizarea măsurilor de management de mediu/ eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor/certificate emise de institute oficiale responsabile cu controlul calității etc.).

Cu atât mai puțin aceste cerințe nu vizează criteriile de calificare referitoare la situația economică și financiară a operatorilor economici.

Luând în considerare toate considerațiile anterioare, autoritatea contractantă solicită CNSC să constate că, în mod corect, a solicitat cerințele în cauză prin intermediul documentației de atribuire, iar acestea puteau face exclusiv obiectul mențiunilor din cadrul documentației tehnice (adică exact în acea parte a documentelor achiziției unde au fost solicitate) deoarece vizează dovedirea posibilității concrete a operatorului economic de a executa acest contract punctual.

În plus, ... menționează că în prezentul caz se pot aplica, prin analogie, conform principiului *ubi eadem est ratio, ibi idem ius*, prevederile art. 3 alin. (5) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, potrivit căroră „(...) *autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune în caietul de sarcini și cerințe referitoare la experiența profesională a expertului/specialistului în cauză, ce trebuie îndeplinite la momentul evaluării ofertei tehnice*”, prin urmare, pe de o parte, nu ar trebui prevăzute în calitate de criterii de calificare, fiind exclusiv cerințe tehnice aferente documentației tehnice, dar, pe de altă parte, având în vedere scopul acestora, este necesară îndeplinirea lor la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertei, iar nu la un moment ulterior.

În consecință, autoritatea contractantă opinează că sunt pe deplin aplicabile dispozițiile art. 51 din Normele de aplicare aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. Prin raportare la prevederile normative aplicabile, inclusiv scopul achizițiilor publice prevăzut la art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și faptul că operatorul economic este,

prin definiție „*orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii*”, este necesar ca, la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertelor, nu ulterior (de ex., în implementarea contractului) autoritatea contractantă să se asigure că ofertantul câștigător va putea executa acest contract de achiziție publică de lucrări.

În caz contrar, autoritatea contractantă s-ar afla în imposibilitatea de a atribui contractul de achiziție publică unui operator economic despre care și-a format convingerea, potrivit legislației și documentelor achiziției, că poate satisface nevoia care a stat la baza lansării procedurii de atribuire, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului.

Așadar, ... solicită CNSC să constate că cerințele atacate au fost prevăzute, în mod corect, ca cerințe tehnice, nu criterii de calificare, și, totodată, faptul că este imperios necesară îndeplinirea acestora la momentul depunerii, respectiv al evaluării ofertei, iar nu la un moment ulterior.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă învederează că jurisprudența Curții de Apel București, Secția de contencios administrativ și fiscal, cuprinde numeroase decizii prin care instanța a statuat că autoritatea contractantă are obligația de a verifica, la momentul evaluării ofertelor, iar nu ulterior, în executarea contractului, îndeplinirea unor astfel de cerințe, chiar în condițiile existenței, pe de o parte, a unei prevederi generice în cadrul documentației de atribuire (de tipul „*Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor*”) coroborate cu o precizare expresă referitoare la prezentarea autorizațiilor respective doar de către viitorul antreprenor, în timpul executării acelor activități. Totodată, instanța a precizat, *expressis verbis*, că o astfel de cerință vizează executarea unei părți din lucrările care constituie obiectul achiziției, și nu furnizarea unui produs, ceea ce conduce, în mod direct, pe cale de consecință, și la înlăturarea oricăror critici privind nementionarea acestora la criteriile de calificare, deoarece, „*necesitatea prezentării unor astfel de autorizații pentru executarea unor lucrări referitoare la părți din obiectul contractului de achiziție publică nu echivalează cu stabilirea unor criterii de calificare, în condițiile în care vizează strict o cerință tehnică impusă în considerarea specificului lucrărilor pentru care legea în mod imperativ impune existența unor astfel de autorizații, neavând relevanță împrejurarea că pentru aceste lucrări fie pentru proiectare, fie pentru execuție, autoritatea contractantă nu a înțeles să precizeze în mod expres în cuprinsul caietului de sarcini obligația depunerii unora/tuturor acestor autorizații, existența acestei obligații rezultând direct din prevederile legale*”.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante următoarele:

«În completarea documentelor înaintate de dvs. Consiliului prin adresa nr. 55176/04.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 48830/04.10.2022, având în vedere faptul că, unele înscrisuri necesare soluționării cauzei, au fost înaintate doar pe suport electronic (CD), luând în considerare dispozițiile art. 21 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, [„Procedura în fața Consiliului este scrisă (...)]”, vă solicităm să ne transmiteți, pe suport hârtie, oferta depusă de contestatoare».

Prin adresa nr. 59144/19.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 51361/19.10.2022, ... a înaintat oferta depusă de ..., pe suport hârtie.

Având în vedere cererea ... de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. ..., contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 24.10.2022.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 51744/21.10.2022, contestatoarea a confirmat primirea adresei nr.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, având ca obiect *„Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții: Proiect pilot – Sală de sport școlară, ..., combustibil SOLID – fără canalizare”*, cod CPV 45200000-9 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../22.10.2021, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 17.01.2022, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, 6.556.708,06 lei.

Așa cum rezultă din *Procesul-verbal nr. 666L/18.01.2022 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare*, în prezenta procedură de atribuire au depus oferte 12 operatori economici.

Prin Raportul procedurii nr. 18055L/21.09.2022, membrii Comisiei de evaluare au declarat admisibile două oferte și, aplicând criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” au desemnat câștigătoare oferta depusă de asocieria ... – ...L, în timp ce oferta depusă de asocieria ... – ... a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă în baza art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Fiind nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, societatea ... a sesizat Consiliul cu contestația care formează obiectul prezentului dosar, solicitând următoarele:

- anularea deciziei prin care oferta contestatoarei a fost respinsă;
- anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei anterior menționate, precum și a celor subsecvente acestei decizii,

inclusiv a raportului procedurii de atribuire nr. 18055L/21.09.2022, precum și a actelor pregătitoare sau subsecvente acestuia;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei contestatoarei de la verificarea admisibilității acesteia.

... a făcut dovada constituirii cauțiunii conform dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, depunând, în original, Recipisa de consemnare nr. 208444321/1 din data de 03.10.2022 eliberată de CEC Bank – Sucursala Alexandria, în valoare de 88.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată următoarele:

Analizând contestația formulată de ..., Consiliul constată că în cadrul acesteia autoarea contestației critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta.

Prima critică a contestatoarei vizează insuficienta motivare a adresei privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Reținând dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele:

„(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde:

(...)

b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale” și analizând conținutul actului atacat, respectiv adresa nr. 52476/22.09.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul constată că în cadrul acesteia autoritatea contractantă a detaliat motivele concrete pentru care a respins oferta contestatoarei prin trimitere la prevederi ale Caietului de sarcini și ale legislației incidente, prezentând argumente concrete pentru care a apreciat că oferta contestatoarei intră sub incidența dispozițiilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, motiv pentru care această critică a contestatoarei apare ca neîntemeiată.

Verificând activitatea Comisiei de evaluare, Consiliul reține că prin adresa nr. 5759L/30.03.2022, membrii acesteia au solicitat asocierii contestatoare, clarificarea mai multor aspecte, printre care și a următorului:

„b) Analizând oferta depusă, comisia de evaluare nu a regăsit atestate/autorizații deținute în condițiile legii de către dumneavoastră (membrii asocierii și subcontractanți), după cum urmează:

- Autorizație IGSU - Termoprotecție cu vopsele termosupumante;*
- Autorizație IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;*

- Autorizație IGSU Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze floururate cu efect de seră;
- Autorizație IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;
- Autorizație ISCIR privind instalarea, montarea centralei termice”.

La această solicitare, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 180/01.04.2022 (6073L/04.04.2022), precizând următoarele:

„Vă atașăm autorizațiile deținute de subcontractantul ..., respectiv:

- Autorizație IGSU Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze floururate cu efect de seră;
- Autorizație IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;

Referitor la autorizațiile: Autorizație IGSU - Termoprotecție cu vopsele termosfumante, Autorizație IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, Autorizație ISCIR privind instalarea, montarea centralei termice, menționăm faptul că acestea nu a fost solicitate în documentația de atribuire.

În ceea ce privește autorizația ISCIR privind instalarea, montarea centralei termice, menționăm faptul că societatea noastră în momentul elaborării ofertei a solicitat detalii pentru echipamentele privind centrala termică, obținând astfel angajamentul furnizării și montării acesteia de către societatea ..., aceasta având autorizațiile ISCIR necesare pentru realizarea montajului, prin urmare vă atașăm oferta transmisă de ... și autorizațiile deținute.

Montajul centralei termice se va realiza de către furnizorul acesteia ..., sub supravegherea domnului inginer ..., persoană autorizată ca RTE instalații termice.

De asemenea este preferabil ca montajul centralei termice să se facă de către furnizorul acesteia, pentru o durată de viață mai mare a echipamentelor, acesta cunoscând în totalitate echipamentele furnizate și totodată pentru a nu periclita garanția acordată de către acesta în cazul în care echipamentul ar fi montat de către altă societate”.

Anexat acestui răspuns, asocierea contestatoare a prezentat oferta nr. 188/14.01.2022 emisă de ..., precum și autorizațiile ISCIR aparținând ... pentru următoarele domenii:

- Instalare, montare (fără lucrări de sudură) și reparare (fără lucrări de sudură) la cazane de apă caldă;
- Montare, punere în funcțiune, reparare și întreținere la Instalații de ardere și Instalații de automatizare pentru cazane și sisteme de automatizare pentru centrale termice;
- Instalare, reparare/întreținere și verificări tehnice în utilizare la Aparatură consumatoare de combustibil având $P \leq 400$ kw, Cazane de apă caldă având $P \leq 400$ kw.

În cadrul Procesului-verbal nr. 10788L/02.06.2022 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile Caietului de

sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, membrii Comisiei de evaluare au analizat răspunsul la clarificări al contestatoarei și au concluzionat după cum urmează:

«Comisia de evaluare consideră răspunsul ca fiind neconcludent în baza următoarelor considerente: Legea 98/2016 și normele sale de aplicare, dar și documentația de atribuire (a se vedea precizările din Capitolul 6 al caietului de sarcini „Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. Antreprenorul trebuie să se asigure că orice contracte, subcontracte, instrucțiuni de utilizare, aprobări, etc. care urmează să fie încheiate sau emise în timpul perioadei de execuție și cea de notificare a defectelor, trebuie să fie în conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții (cu modificările și completările ulterioare). Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare”), obligă ofertanții să dețină autorizațiile pentru proiectarea și execuția lucrărilor care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, și obligația autorității contractante de a se asigura că ofertanții care participă la procedură dețin aceste autorizații și pot desfășura activitățile ce fac obiectul contractului în mod legal.

În prezenta procedură, obligația deținerii autorizațiilor este prevăzută la art. III 1.9 din fișa de date, coroborat, așa cum am precizat mai sus, cu Capitolul 6 din caietul de sarcini, în sensul reiterat că „Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor (...) Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare (...) în procesul de proiectare se vor respecta normele și normativele tehnice și legislația în vigoare, avizele și acordurile autorităților competente la momentul întocmirii proiectului în funcție de soluțiile tehnice propuse”. Referitor la precizarea ofertantului „În ceea ce privește autorizația ISCIR; privind instalarea, montarea centralei termice, menționăm faptul că societatea noastră în momentul elaborării ofertei a solicitat detalii pentru echipamentele privind centrala termică, obținând astfel angajamentul furnizării și montării acesteia de către societatea ..., aceasta având autorizațiile ISCIR necesare pentru realizarea montajului, prin urmare vă atașăm oferta transmisă de SC ... și autorizațiile deținute.

Montajul centralei termice se va realiza de către furnizorul acesteia ..., sub supravegherea domnului inginer ..., persoană autorizată ca RTE instalații termice.

De asemenea este preferabil ca montajul centralei termice să se facă de către furnizorul acesteia, pentru o durată de viață mai mare a echipamentelor, acesta cunoscând în totalitate echipamentele furnizate și totodată pentru a nu periclita garanția acordată de către acesta în cazul în care echipamentul ar fi montat de către altă societate”.

Comisia de evaluare consideră răspunsul ca fiind neconcludent în baza următoarelor considerente:

Deținătorul autorizației prezentate, respectiv ..., nu se regăsește ca subcontractant/asociat în declarația DUAЕ, acesta fiind, așa cum precizează ofertantul în răspunsul său un furnizor de echipamente și servicii.

Având în vedere cele menționate în art. 51 din HG 395/2016 atunci când pentru o parte dintre lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică pentru care s-a depus oferta, ofertantul știe că nu o poate realiza decât prin intermediul unui alt operator economic, acestuia revenindu-i obligația de a încheia un acord de subcontractare declarând partea din lucrare ca fiind executată de un subcontractant.

În baza art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în ipoteza în care ofertantul știa că nu poate realiza parte din lucrare decât prin intermediul unui subcontractant, ofertantul ar fi trebuit să includă informații referitoare la subcontractant în DUAЕ, oferta fiind declarată astfel conformă.

Având în vedere cele de mai sus, Comisia de evaluare consideră oferta depusă de ofertantul asocierea ... – ... ca fiind inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 cu completările și modificările ulterioare, răspunsul fiind considerat neconcludent iar oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini»”.

Aceleași mențiuni se regăsesc și în cadrul actului atacat, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 52476/22.09.2022.

Analizând decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, Consiliul o apreciază ca eronată pentru următoarele motive:

În cadrul punctului de vedere autoritatea contractantă menționează că în prezenta procedură de atribuire autorizațiile au fost solicitate prin Caietul de sarcini, Secțiunea 1: Cerințele beneficiarului, Capitolul 6 – Legislația, Standarde și Reglementări Tehnice Aplicabile, respectiv prin următoarea cerință:

„Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. **Antreprenorul** trebuie să se asigure că orice contracte, subcontracte, instrucțiuni de utilizare, aprobări, etc. care urmează să fie încheiate sau emise în timpul perioadei de execuție și cea de notificare a defectelor, trebuie să fie în conformitate cu Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții (cu modificările și completările ulterioare).

Proiectarea și executia lucrarilor se va face în conformitate Standardele si Reglementarile Tehnice românești și europene aflate în vigoare (...), fiind prezentată o listă neexhaustivă („Această listă nu este limitativă”) a normelor („principalele normative și standarde”) care trebuie respectate în vederea **executării** contractului.

Consiliul constată că dispozițiile Caietului de sarcini fac trimitere la „Antreprenor” definit în Caietul de sarcini ca fiind „persoana numită în Contract și succesorii legali ai acestei persoane, precum și orice

*împuternicit (cu condiția să existe acordul Achizitorului)” și nu la „ofertant”, a cărui definiție se regăsește în Legea nr. 98/2016, art. 3 lit. gg), respectiv: „orice operator economic care **a depus o ofertă** în cadrul unei proceduri de atribuire”.*

Referitor la susținerile contestatoarei cu privire la faptul că prin documentația de atribuire nu s-a solicitat ofertanților să facă dovada deținerii unor autorizări specifice, Consiliul constată temeinicia acestora întrucât niciunde în cadrul documentației de atribuire nu este prevăzută obligația ofertanților de a deține autorizațiile în discuție, în referire la momentul depunerii ofertelor neregăsindu-se vreo cerință în acest sens. Ori, în speță, printre rigorile documentației de atribuire nu există o astfel de solicitare.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2), lit. b) din HG nr. 395/2016 stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor, prezentarea documentelor de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Consiliul reține ca fiind relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura ... împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele

fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat."

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop, în special, să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

De asemenea, Consiliul reține că, potrivit jurisprudenței constante a CJUE, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte. (punctul 54).

Astfel, deținerea autorizațiilor la care face referire autoritatea contractantă în decizia de respingere a ofertei depusă de către ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L. - ..., nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principiului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea

Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

Pentru a putea fi opozabilă ofertanților în cadrul unei proceduri de atribuire, fiind vorba de o cerință din categoria celor care țin de capacitatea de exercitare a activității profesionale, respectiv o cerință de calificare, era necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiul transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens, sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 - *„Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”.*

- art. 154 - *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.*

- art. 181 - *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”.*

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

În consecință, în raport de cele prezentate, criticile ... S.R.L., lider al asocierii ... S.R.L. - ..., se dovedesc a fi întemeiate, sub acest aspect.

Astfel, Consiliul reține că practica recentă a instanțelor judecătorești tinde să se alinieze în sensul interpretării legislației spre dezideratul promovării concurenței și al proporționalității și nu în sensul restricționării artificiale a competiției prin interpretări secvențiale ale legislației.

Consiliul reține că atât practica la nivelul său, cât și practica instanțelor de judecată este una neunitară în ceea ce privește aspectul deținerii autorizațiilor.

Practica la care completul achiesează, este în sensul că, așa cum a fost anterior reținut, din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele. Cu alte

cuvinte lipsa autorizațiilor reclamată trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire. Ori, în speță, printre rigorile documentației nu există o astfel de solicitare.

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă astfel de cerințe de calificare, a veni în acest moment să includă o astfel de cerință, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime.

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și activități ce necesită autorizări de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unor dovezi de autorizare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, ci dimpotrivă, așa cum s-a arătat, în conținutul documentației de atribuire se referă la obligația antreprenorului, atunci nu există obligația depunerii de dovezi în acest moment, ci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor.

În raport de cele anterior reținute, Consiliul apreciază ca fiind corecte susținerile contestatoarei referitoare la faptul că autorizațiile la care autoritatea contractantă se referă nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, criticile sub acest aspect fiind fondate.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei, reținut de către autoritatea contractantă în cadru actului atacat, referitor la nedeclararea societății ... ca subcontractant, Consiliul constată următoarele:

În raport de cele reținute la paginile anterioare ale prezentei decizii, Consiliul constată că Autorizația ISCIR privind instalarea și montarea centralei termice nu trebuia prezentată în etapa de evaluare a ofertelor, fiind responsabilitatea ofertantului desemnat câștigător să desfășoare activitatea în conformitate cu normele legale în vigoare aplicabile în domeniu.

În cadrul răspunsului la clarificări nr. 180/01.04.2022 (6073L/04.04.2022), asocierea contestatoare a menționat că ... este furnizorul Centralei termice, acesta realizând și instalarea și montarea acesteia.

Anexat răspunsului, asocierea contestatoare a prezentat oferta nr.188/14.01.2022 emisă de ... în cuprinsul căreia sunt evidențiate echipamentele componente ale centralei, precum și faptul că această societate va realiza și montajul.

În soluționarea acestei critici, Consiliul reține ca fiind relevantă decizia civilă nr. 2026/28.07.2022 a Curții de Apel București – Secția a IX-a Contencios Administrativ și Fiscal, pronunțată în dosarul nr. 4939/2/2022, în care petentă a fost tot autoritatea contractantă din prezenta cauză, respectiv următoarele considerente:

*„Deși este real că realizarea unei părți din contract poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin subcontractare, **în cazul în care terța companie nu***

acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

Relevante sunt dispozițiile art. 51 din Lege: (1) În situația în care autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională prezentarea unor autorizații specifice, cerința se consideră îndeplinită în cazul operatorilor economici ce participă în comun la procedura de atribuire, dacă aceștia demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate și/sau că unul dintre membrii asocierii deține autorizația solicitată, după caz, cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.

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

Reiese, deci, foarte clar că numai în situația în care prezentarea unor autorizații specifice este stabilită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau capacitatea tehnică și profesională, cerința se consideră îndeplinită doar dacă operatorii economici demonstrează că dispun de respectivele resurse autorizate sau dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată.

Or, nu aceasta este situația speței, caz în care contestatoarea putea apela, în perioada executării contractului, la serviciile unui furnizor.

(...)

De altfel, jurisprudența CNSC și a instanțelor, este constantă în sensul că deși este la latitudinea operatorilor economici de a declara o companie care prestează servicii pe un contract de achiziție drept subcontractor sau furnizor, această posibilitate este legată în mod direct, și deci limitată, de specificațiile tehnice ale caietului de sarcini. În cazul în care terța companie nu acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

Ca atare, afirmația petentei, în sensul că există obligația de a declara respectiva societate ca fiind subcontractant, este neîntemeiată, în condițiile în care aceasta din urmă are doar calitatea de furnizor (...).

De asemenea, relevantă în prezenta cauză este și decizia civilă 2329/07.10.2022 pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 6745/2/2022, în care petentă a fost tot autoritatea contractantă din prezenta cauză, procedura de atribuire are un obiect similar prezentei proceduri de

atribuire (diferă doar locația investiției), o documentație de atribuire identică, solicitarea de clarificări a autorității contractante și răspunsul asocierii al cărei lider este tot ... fiind, de asemenea identice, la fel ca și motivele de respingere menționate în cadrul actelor atacate (comunicare rezultat și raport procedură).

Față de cele mai sus menționate, constatând că societatea ... (furnizorul centralei termice care asigură și instalarea acesteia) nu acoperă cerințe minime de calificare, întrucât prin documentația de atribuire nu s-a impus o cerință minimă de calificare referitoare la prezentarea autorizației ISCIR privind instalarea și montarea centralei termice, Consiliul apreciază că asocierea contestatoare nu avea obligația de a declara societatea ... ca subcontractant, critica sub acest aspect fiind întemeiată.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., va anula, în parte, Raportul procedurii nr. 18055L/21.09.2022, actele premergătoare și subsecvente acestuia, referitoare la respingerea ofertei depusă de asocierea ... - ..., precum și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... - ..., cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a celor reținute în motivare.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., lider al asocierii ... - ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Anulează, în parte, Raportul procedurii nr. 18055L/21.09.2022, actele premergătoare și subsecvente acestuia, referitoare la respingerea ofertei depusă de asocierea ... - ..., precum și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... - ..., cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a celor reținute în motivare.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

...

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 31 pagini.