

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 50385/13.10.2022, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată legal de dl. Melnic Radu Costel - administrator, formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea contractului având ca obiect „*Modernizare infrastructură rutieră în localitatea Gilău - str. Morii 1, str. Morii 2, str. Suceag 1, str. Feser 5, extindere rețea canalizare str. Morii 1, str. Suceag 1, racorduri și branșamente la unități, în comuna Gilău, județul Cluj*”, organizată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare finalizare procedură nr. 17982/06.10.2022, în partea în care oferta depusă de către SC ... SRL a fost declarată neconformă și continuarea procedurii, precum și a tuturor actelor care au stat la baza acestora și care au fundamentat decizia autorității contractante de a considera oferta SC ...SRL ca neconformă;
- anularea raportului procedurii în partea în care oferta depusă de către SC ... SRL a fost declarată neconformă, precum și a tuturor actelor care au stat la baza acestora și care au fundamentat decizia autorității contractante de a considera oferta depusă de către SC ... SRL a fost declarată neconformă,
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și continuarea procedurii,
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 50385/13.10.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca fiind inacceptabilă și neconformă.

Contestatoarea menționează că potrivit comunicării nr. 17982/06.10.2022, comisia de evaluare a constatat că oferta sa este inacceptabilă și neconformă din următoarele considerente:

1. La solicitarea de clarificare privind lipsa nominalizării unui operator economic autorizat ANRE și a unor electricieni autorizați ANRE pentru prestarea lucrărilor electrice, ofertantul a răspuns că în cadrul fișei de date au fost utilizate codul CPV pentru construcții de drumuri și canalizare, fără nicio referire la lucrări electrice, iar mai apoi a făcut trimitere la dispozițiile pct 10.1.4 lit b din draftul de contract.

Referitor la aceste susțineri ale ofertantului, comisia de evaluare reține că în documentația de atribuire, mai exact în fișa de date a achiziției a fost formulată cerința privind III.1.1.b Capacitatea de exercitare a activității profesionale, se solicită ca operatorii economici participanți la procedură să facă dovada capacității profesionale de a realiza toate activitățile/lucrările/categoriile de lucrări ce fac obiectul contractului. Mai mult la modalitatea de prezentare a propunerii tehnice a fost menționat în mod expres faptul că „a nivelul propunerii tehnice, în secțiunea dedicată personalului contractantului / resurse și organizare, ofertanții urmează să includă o descriere a modului de acces la specialiștii atestați necesari pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări.”

Susținerile ofertantului privind lipsa unei cerințe exprese nu se pot reține atâta timp cât în fișa de date există cerința privind descrierea modului de acces la specialiștii atestați necesari pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări”.

Cât privește aplicabilitatea dispozițiilor draftului de contract în această fază a procedurii, conform susținerilor ofertantului, comisia de evaluare apreciază că nu se pot accepta. Pentru ca dispozițiile draftului de contract să fie aplicabile este necesar ca acesta să devină contract semnat de părțile contractante, doar după aceea clauzele devin obligatorii. În afară de acest răspuns, ofertantul a completat propunerea tehnică prin nominalizarea unui operator economic, în speță SC IANUS SRL, pentru care a prezentat autorizațiile ANRE fără a nominaliza electricieni autorizați ANRE. Având în vedere acest aspect comisia constată că răspunsul este incomplet, deci nerelevant, motiv pentru care consideră că sunt aplicabile dispozițiile art 134 alin (5) din HG nr. 395/2016.

Potrivit fișei de date a achiziției la secțiunea privind modalitatea de prezentare a propunerii tehnice a fost prevăzut că, prezentarea personalului atestat și cheie, sau prezentarea doar parțială prin nenominalizarea unor persoane pentru toate funcțiile solicitate, va duce la declararea ofertei ca fiind neconformă potrivit dispozițiilor art 137 alin 3 lit a din HG 395/2016.”

Așa cum arată și ofertantul prin răspunsul la solicitarea de clarificare ca „documentatia de atribuire, alcatuita din fisa de date, caietul de

sarcini, formularele necesare st modelul contractului de executie, nu a fost contestata de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei si-au consolidat forta obligatorie atat pentru operatorii economici participanti la procedura de atribuire, cat st pentru autoritatea contractanta, acestea fiind in sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificarile st completarile ulterioare [1]".

Din această perspectivă pentru comisia de evaluare este obligatoriu să țină cont de prevederile din fișa de date a achiziției potrivit căreia reprezentarea personalului atestat și cheie, sau prezentarea doar parțială prin nenominalizarea unor persoane pentru toate funcțiile solicitate, va duce la declararea ofertei ca fiind neconforme potrivit dispozițiilor art 137 alin. 3 lit a din HG 395/2016."

Contestatoarea menționează că solicitarea autorității contractante a fost următoarea:

II. Conform proiectului tehnic și listelor cu cantitățile de lucrări, sunt cuprinse lucrări privind realizarea unor bransamente electrice și priză de împământare. Conform cerinței din fișa de date la punctul III.1.1.b Capacitatea de exercitare a activității profesionale se solicită ca operatorii economici participanți la procedură să facă dovada capacității profesionale de a realiza toate activitățile/lucrările/categoriile de lucrări ce fac obiectul contractului. Potrivit fișei de date a achiziției la pct IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice „La nivelul propunerii tehnice, în secțiunea dedicată personalului contractantului / resurse și organizare, ofertanții urmează să includă o descriere a modului de acces la specialiștii atestați necesari pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări". Potrivit Ordinului nr. 134/2021 emis de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei operatorii economici care vor să execute lucrări de instalații electrice au nevoie de autorizare ANRE. Pentru executarea lucrărilor pot fi folosiți electricieni autorizați ANRE conform Ordinului 99/2021.

Având în vedere cele mai sus arătate vă solicităm să ne comunicați unde în cadrul propunerii tehnice putem identifica documentele justificative pentru demonstrarea capacității executării lucrărilor de instalații electrice. În cazul în care aceste documente nu au fost prezentate vă solicităm să explicați cum vor fi executate aceste lucrări, astfel încât să fie respectare atât dispozițiile tehnice cât și cele în domeniul achizițiilor publice.

La solicitarea antemenționată, contestatoarea a răspuns:

1. În fișa de date am regăsit următoarele coduri CPV: principal 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2), Coduri CPV secundare: 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), fără nicio referire la cod CPV secundar de lucrări electrice. Nicăieri în documentație nu am regăsit nicio cerință referitoare la

prezentarea de autorizație ANRE pentru operatorii care vor executa lucrări de instalații electrice la faza de depunere ofertă.

„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). [...]”.

Mai mult, în hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, CJUE (punctul 54) a reținut ca obligația de transparență

„interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”.

La aceeași concluzie a ajuns Curtea de Apel București - Secția a IX contencios administrativ și fiscal inclusiv prin decizia civilă nr. 744 din 17 martie 2022, în considerentele acesteia fiind reținute, în esență, următoarele:

„În primul rând, potrivit legislației în materia achizițiilor publice, solicitarea de cerințe de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională în documentația de atribuire este facultativă, iar nu obligatorie, aspect care rezultă în mod clar din cuprinsul prevederilor art. 172 alin. (2) lit. c) și ale art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Or, nicăieri în documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a impus participanților la procedură obligativitatea depunerii autorizațiilor/atestatelor la care face referire Consiliul în cuprinsul deciziei atacate, situație în care nici evaluarea ofertelor nu se putea realiza pe baza unor cerințe inexistente.

Ca atare, petenta nu putea fi sancționată pentru nedepunerea anumitor autorizații/certificări în cadrul ofertei, în condițiile în care acestea nu au fost solicitate expres prin documentația de atribuire.

Așadar, cerința deținerii atestatelor/autorizațiilor nefiind prevăzută în cadrul anunțului de participare simplificat, participanții la procedura de atribuire nu aveau obligația de a face dovada deținerii acestora, iar, în același timp, nici comisia de evaluare nu putea condiționa admisibilitatea ofertelor de prezentarea unor asemenea documente”.

Vă rugăm să aveți în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de executie, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul

prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016.

În Draftul de contract asumat și însușit de ambele părți regăsim:

"10.1.4. În situația prevăzută la art.10.1.2., Executantul poate înlocui/implica sub contractanți în perioada de implementare a contractului, în următoarele situații:

a) înlocuirea subcontractanților 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, în condițiile în care lucrările ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă, fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora".

Respectând prevederile contractuale aplicabile, pentru operatorul care va executa lucrările de instalații electrice vom aplica prevederile 10.1.4 litera b) așa cum le-am prezentat mai sus, ținând cont și de faptul că ponderea lucrărilor de instalații electrice este foarte mică (sub 2%) raportat la total lucrări.

Astfel, la solicitarea comisiei referitoare la operatorii economici care vor să execute lucrări de instalații electrice și care au nevoie de autorizare ANRE, contestatoarea a răspuns că operatorul economic care va executa lucrările electrice va fi SC ... SRL, respectând documentația de atribuire, astfel încât operatorul respectiv va aplica prevederile contractului 10.1.4 litera b), și prevederile art. 151 din HG - 395-2016 "înlocuirea/implicarea subcontractanților de către contractant în perioada de implementare a contractului poate interveni în următoarele situații: 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".

Faptul că operatorul SC ... SRL este autorizat să execute lucrările de instalații electrice (pentru care contestatoarea a transmis autorizațiile ANRE) este o condiție suficientă pentru a demonstra modalitatea de execuție a lucrării.

Aceasta consideră că necesitatea prezentării și a personalului autorizat ANRE nu era imperios necesară, deoarece existența operatorului economic autorizat ANRE include personalul autorizat ANRE deoarece aceasta este o condiție necesară pentru autorizarea operatorului economic, un operator economic nu poate fi autorizat fără să aibă personal autorizat ANRE.

(MONITORUL OFICIAL AL ROMÂNIEI, PARTEA I, Nr. 1216/22.XII.2021 - Ordin privind aprobarea Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice; Art. 14. — (1) Documentele justificative anexate cererii de emitere a unui atestat sunt: d) fișa cu privire la personalul operatorului economic — structura cu personalul angajat/contractat, alocat

activităților supuse atestării, existent la momentul solicitării atestării, întocmită conform anexei nr. 7; structura de personal trebuie să cuprindă cel puțin doi electricieni autorizați, având minimum gradul și tipul de autorizare aferente fiecărui tip de atestat solicitat, conform listei personalului prevăzute în anexa nr. 8).

De asemenea, potrivit comunicării rezultatului procedurii nr. 17982/06.10.2022, motivul respingerii ofertei de la punctul 2, este „2. La aceeași solicitare de clarificare privind lipsa nominalizării operatorului economic autorizat ANRE și a unor electricieni autorizați ANRE, ofertantul arată că impactul asupra propunerii financiare, a modificărilor aduse la propunerea tehnică este undeva în jurul a 2%. Comisia analizând răspunsul formulat și având în vedere dispozițiile legale din HG nr. 395/2016 și anume: ...

Constată că oferta este INACCEPTABILĂ.

Față de acest aspect, contestatoarea menționează că solicitarea de clarificări nu a fost pentru prezentarea de operator autorizat ANRE și a unor electricieni autorizați ANRE.

Solicitarea de clarificare a fost:

II. Conform proiectului tehnic și listelor cu cantitățile de lucrări, sunt cuprinse lucrări privind realizarea unor bransamente electrice și priză de împământare. Conform cerinței din fișa de date la punctul III.I.I.b Capacitatea de exercitare a activității profesionale se solicită ca operatorii economici participanți la procedură să facă dovada capacității profesionale de a realizat toate activitățile/lucrările/categoriile de lucrări ce fac obiectul contractului. Potrivit fișei de date a achiziției la pct IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice ofertanții „La nivelul propunerii tehnice, în secțiunea dedicată personalului contractantului / resurse și organizare, ofertanții urmează să includă o descriere a modului de acces la specialiștii atestați necesari pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări”. Potrivit Ordinului nr. 134/2021 emis de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energetic operatorii economici care vor să execute lucrări de instalații electrice au nevoie de autorizare ANRE. Pentru executarea lucrărilor pot fi folosiți electricieni autorizați ANRE conform Ordinului 99/2021.

Având în vedere cele mai sus arătate vă solicităm să ne comunicați unde în cadrul propunerii tehnice putem identifica documentele justificative pentru demonstrarea capacității executării lucrărilor de instalații electrice. În cazul în care aceste documente nu au fost prezentate vă solicităm să explicați cum vor fi executate aceste lucrări, astfel încât să fie respectate atât dispozițiile tehnice cât și cele în domeniul achizițiilor publice.

Contestatoarea a considerat că nu este necesar să prezinte documente pentru electricieni autorizați ANRE, conform explicațiilor prezentate mai sus.

De asemenea nu a arătat nicăieri că modificările aduse la propunerea tehnică sunt undeva în jurul a 2%, răspunsul contestatoarei fiind: „Respectând prevederile contractuale aplicabile, pentru operatorul care va executa lucrările de instalații electrice vom aplica prevederile 10.1.4 litera b) așa cum le-am prezentat mai sus, ținând cont și de faptul că ponderea lucrărilor de instalații electrice este foarte mică (sub 2%) raportat la total lucrări"; contestatoarea a precizat doar că lucrările de instalații electrice au o pondere foarte mică și pot fi considerate că sunt executate de un subcontractator în condițiile pe care le-a prezentat.

La punctul 3 din cadrul comunicării rezultatului procedurii sunt menționate următoarele:

Referitor la lipsa nominalizării unui RTE pe instalații electrice ofertantul arată că nu a găsit o astfel de cerință la nivelul documentației de atribuire.

În fișa de date a achiziției, la modalitatea de prezentare a propunerii tehnice se poate observa că există cerință privind nominalizarea RTE. Această cerință este formulată astfel:

Responsabil tehnic cu execuția (RTE)- Autorizația și legitimația RTE vizat la zi, documente privind raportul juridic dintre ofertant și specialist (CIM /extras Revisal / declaratie disponibilitate etc) sau orice alte documente relevante. Nominalizarea RTE-istului se va face având în vedere prevederile Legii nr. 10/1995 și a Legii nr. 50/1991. Dacă este să acceptăm punctul de vedere al ofertantului, atunci putem considera că niciunde în documentația de atribuire nu este specificată ce specialitate trebuie să aibă RTE-istul nominalizat, astfel încât nominalizarea acestuia nici nu trebuia făcută. Doar că ofertantul a nominalizat un RTE în specialitate drumuri, fără a exista o cerință expresă în acest sens.

Pentru lipsa nominalizării tuturor specialiștilor necesar pentru executarea lucrărilor era prevăzută o sancțiune în mod expres din fișa de date a achiziției, sancțiune acceptată de ofertant prin necontestarea documentației de atribuire. Astfel comisia consideră că oferta este neconforme potrivit dispozițiilor art 137 alin. (3) lit. a) din HG nr.395/2016."

Față de acest aspect, contestatoarea precizează că în fișa de date a fost solicitată prezentarea următorului personal Cheie:

Pe lângă specialiștii atestați vor fi prezentate documente relevante pentru personalul cheie care sunt:

- Manager de proiect, - CV, diploma de studii, documente privind raportul juridic dintre ofertant și specialist (CIM/extras Revisal/declarație disponibilitate etc) sau orice alte documente relevante,

- Responsabil tehnic cu executia (RTE),- Autorizația și legitimația RTE vizat la zi, documente privind raportul juridic dintre ofertant și specialist (CIM/extras Revisal/declarație disponibilitate etc) sau orice alte documente relevante. Nominalizarea RTE-istului se va face având în vedere prevederile Legii nr. 10/1995 și a Legii nr. 50/1991.

- *Responsabil de controlul calității (CQ), - CV, diploma de studii, decizie de numire în funcția de CQ documente privind raportul juridic dintre ofertant și specialist (CIM/extras Revisal/declarație disponibilitate etc) sau orice alte documente relevante, -șef șantier, - CV, diploma de studii-inginer constructor în construcții de drumuri, documente privind raportul juridic dintre ofertant și specialist (CIM/extras Revisal/declarație disponibilitate etc) și decizie de numire de către conducatorul societății în funcția de șef șantier precum și orice alte documente relevante,*

- *responsabil SSM- CV,-, certificat/diploma absolvire curs SSM, documente privind raportul juridic dintre ofertant și specialist (CIM/extras Revisal/declarație disponibilitate etc) sau orice alte documente relevante. În cazul în care serviciile SSM sunt asigurate de un operator economic vor fi prezentate contractul de prestări servicii și certificatul/atestatul prin care operatorul economic este autorizat să presteze aceste servicii.*

- *topograf - CV, autorizație/atestat emis de ANCPI, CIM/ extras Revisal, declarație de disponibilitate sau orice alt document relevant pentru dovedirea raportului juridic dintre ofertant și persoana propusă pentru funcția de topograf".*

În răspunsul la solicitarea de clarificări referitoare la personalul RTE, contestatoarea a transmis:

"Propunerea tehnică a fost întocmită conform cu cerințelor din documentația de atribuire și conține elementele care atestă faptul că ne-am însușit cerințele caietului de sarcini și a documentației de atribuire pentru executarea la nivelul cantitativ și calitativ cerut prin documentație și implicit de legislația și actele normative în vigoare cu privire la executarea lucrărilor de construcții. Firma dispune de specialiști atestați care sunt strict necesari pentru îndeplinirea contractului în acest sens având încheiate contracte de colaborare.

De asemenea - așa cum considera și CNSC ...- la pagina 21 - *"Obligația de utilizare a unui personal calificat și atestat reprezintă o obligație legală prezumat a fi respectată de orice operator economic în activitatea curentă. Consiliul apreciază că verificarea de elemente ce exced prevederilor documentației de atribuire și se referă la obligații stabilite prin legislație, ar conduce la un formalism excesiv din partea autorității contractante, fiind încălcate astfel principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 din Legea nr. 98/2016."*

Consiliul reține, în soluționare, faptul că autoritatea contractantă are obligația de a analiza o ofertă din punctul de vedere al respectării cerințelor documentației de atribuire, orice element suplimentar urmând a fi investigat numai în cazul în care se dovedește a fi necesar pentru a confirma îndeplinirea unei cerințe exprimat expres, fiind prezumată buna credință a fiecărui ofertant la întocmirea ofertei sale "

În atasament vă transmitem documente doveditoare referitoare la faptul că SC ... SRL dispune de personal/firmă autorizată și atestat/ă.

Potrivit comunicării rezultatului procedurii, ultimul motiv de respingere a ofertei este:

În cadrul propunerii tehnice apare nominalizat un operator economic, despre care ofertantul arată că acesta va deveni subcontractant. Potrivit dispozițiilor legale dacă ofertantul la data depunerii ofertei nu cunoaște/sau nu nominalizează subcontractanții, are obligația de a indica ce activități/lucrări/categorii de lucrări vor fi executate de aceștia. Ori în cadrul propunerii tehnice nu apare nicio mențiune privind executarea lucrărilor la instalații electrice cu subcontractant, chiar și nenominalizat. Potrivit dispozițiilor art 53 din Legea nr. 98/2016 un operator economic poate participa în cadrul unei proceduri de achiziție publică ca și ofertant individual/asociat/subcontractant sau terț, susținător. SC ... SRL în calitate de subcontractant nu a prezentat documentele impuse de Legea nr. 98/2016 ca fiind obligatorii a fi prezentate până la data limită de depunere a ofertelor. În lipsa unui subcontractant ofertantul nu demonstrează că propunerea lui tehnică răspunde la cerințele din caietul de sarcini și proiectul tehnic din care face parte și listele de cantități, potrivit HG nr. 907/2016, astfel încât comisia consideră că sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin.(3) lit. a), oferta fiind declarată neconformă.

Referitor la cele precizate anterior, contestatoarea menționează că documentația de atribuire, respectiv draftul de Contract Cadru prevede următoarele :

"10.1.4. În situația prevăzută la art.10.1.2., Executantul poate înlocui/implica subcontractanți în perioada de implementare a contractului, în următoarele situații:

a) înlocuirea subcontractanților 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, în condițiile în care lucrările ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă, fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora."

Contestatoarea invocă prevederile art. 151 din HG nr. 395/2016 și susține că atât documentația de atribuire cât și legislația prevede subcontractanți în perioada de implementare a contractului ulterior semnării contractului în condițiile în care lucrările ce urmează a fi subcontractate au fost prevăzute în ofertă, fără a se indica inițial opțiunea subcontractării acestora.

Contestatoarea invocă interpretarea diferită și eronată a comisiei de evaluare: *"Potrivit dispozițiilor legale dacă ofertantul la data depunerii ofertei nu cunoaște/sau nu nominalizează subcontractanții, are obligația*

de a indica ce activități/lucrări/categorii de lucrări vor fi executate de aceștia".

În documentația de atribuire autoritatea contractantă a definit codul CPV principal aferent obiectului contractului 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2) și Coduri CPV secundare: 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), nefiind prezentat niciun cod CPV pentru lucrări de instalații electrice.

De asemenea autoritatea contractanta nu are o abordare unitară, mai mult are o abordare discreționară când nu solicită niciun document pentru personal RTE (instalații de canalizare ape reziduale) și se axează doar pe lucrările de instalații electrice, care au o pondere mult mai mică decât lucrările de instalații de canalizare, existând suspiciune de tratament inegal față de operatorul a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare.

De asemenea solicitarea unor documente care nu au fost cerute prin documentația de atribuire constituie o încălcare a principiilor consacrate de legislația achizițiilor publice la art.2 alin (2) din Legea nr. 98/2016.

Pentru a putea fi luate în considerare la respingerea unei oferte, cerințele trebuiau să se regăsească în cuprinsul anunțului de participare, așa cum solicită art. 181 din Legea nr. 98/2016 și art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției, în copie, cu adresa de înaintare nr. 1327/19.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 51533/20.10.2022, precum și punctul de vedere nr. 18978/17.10.2022 prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ... SRL ca netemeinică și nelegală.

I. Primul motiv pentru care oferta a fost declarată neconformă potrivit dispozițiilor art. 137 alin.(3) lit. a) din HG nr. 395/2016 a fost lipsa prezentării autorizației ANRE/nominalizarea unui operator economic care să dețină astfel de autorizare.

În urma solicitării de clarificări, ofertatul a arătat, la fel ca și în contestație, că *„În fișa de date am regăsit următoarele coduri CPV: principal 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2), Coduri CPV secundare:45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), fără nicio referire la cod CPV secundar de lucrări electrice. Nicăieri în documentație nu am regăsit nicio cerință referitoare la prezentarea de autorizație ANRE pentru operatorii care vor executa lucrări de instalații electrice la faza de depunere ofertă".*

Referitor la susținerile contestatoarei conform cărora *nu este un cod CPV privind executarea unor lucrări electrice*, nu pot fi acceptate deoarece elaborarea propunerii tehnice se face în conformitate cu solicitările din fișa de date a achiziției pct IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice. Ori la acest punct din fișa de date se regăsește cerința expresă prin care ofertanții au obligația *„La nivelul propunerii*

tehnice, în secțiunea dedicată personalului contractantului/ resurse și organizare, ofertanții urmează să includă o descriere a modului de acces la specialiștii atestați necesari pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări." Una dintre categoriile de lucrări este și cea privind executarea unor lucrări electrice mai exact realizarea unor bransamente electrice și priza de împământare.

Aceste categorii de lucrări au fost oferite de contestatoare în cuprinsul propunerii financiare, deci susținerile privind formularea unor cerințe ambigue nu pot fi reținute. La momentul elaborării ofertei, ofertantul avea obligația de a studia proiectul tehnic în întregime, inclusiv listele cu cantitățile de lucrări. Dacă nu la acel moment cel mai târziu la momentul elaborării propunerii financiare, cât a oferit articolele de deviz aferente lucrărilor de realizarea unor bransamente electrice și priza de împământare, ofertantul a luat act de existența acestor categorii de lucrări. La acel moment un ofertant de bună credință știa că aceste categorii de lucrări nu pot fi executate decât de un operator economic autorizat ANRE - conform dispozițiilor Ordinului nr 34/2021 emis de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei, cu electricieni autorizați ANRE - conform dispozițiilor Ordinului 99/2021.

Necunoașterea acestor dispoziții legale nu pot fi invocate de ofertant, pentru că necunoașterea legii nu apără de răspundere.

Referitor la a doua critică, și anume că în documentație nu se regăsesc astfel de cerințe de calificare, nici acest aspect nu se poate reține. Ofertantul se află într-o confuzie totală când face astfel de afirmații, având în vedere că motivul pentru care oferta lui a fost declarată neconformă, nu este neîndeplinirea unor criterii de calificare, ci neconformitatea propunerii tehnice cu cerințele din Proiectul tehnic.

Având în vedere acest aspect, susținerile contestatoarei conform cărora anumite criterii de calificare nu apar în fișa de date a achiziției, sau în cadrul anunțului, motiv pentru care nu se poate ține cont de ele, nu sunt fondate, nici măcar adevărate.

Susținerile privind introducerea unui nou subcontractant în baza prevederilor draftului de contract, nu se pot accepta având în vedere că draftul de contract nu are forță probantă nici putere de lege între autoritatea contractantă și ofertanți. Doar în urma semnării draftului de contract, părțile pot invoca dispozițiile sale, acestea având putere de lege între părțile semnate.

Ori nominalizarea unui subcontractant în faza de evaluare a ofertelor nu se poate accepta, în acest sens neexistând nicio dispoziție legală. Potrivit Legii nr. 98/2016 ofertanții au obligația de a nominaliza subcontractanții la data depunerii ofertelor, sau în cazul în care nu cunosc subcontractanții pentru anumite categorii de lucrări au obligația de a arăta în cadrul propunerii tehnice categoriile de lucrări care vor fi executate de subcontractanți. Ori contestatoarea nu a nominalizat subcontractantul SC Ianus SRL la momentul depunerii ofertei, astfel încât

acesta să prezinte documentele de calificare conform dispozițiilor legale, dar nici nu a indicat în cadrul propunerii tehnice categoriile de lucrări care vor fi executate de subcontractanți fără a-i nominaliza.

II. Referitor la formularea unui răspuns incomplet, SC ...SRL arată că solicitarea de clarificare nu a fost pentru prezentarea de operator autorizat ANRE și a unor electricieni autorizați ANRE.

Accepând acest punct de vedere, comisia de evaluare trebuia să facă abstracție de documentele transmise la răspuns și să nu mai solicite încă o rundă de clarificări declarând propunerea tehnică neconformă din start. Cu toate acestea comisia de evaluare a ținut cont de documentele prezentate și pentru clarificarea situației referitoare la operatorul economic declarat în această etapă ca și subcontractant a formulat o altă solicitare de clarificare.

Operatorul economic prin răspunsul formulat arată că valoarea lucrărilor aferente categoriei de lucrări electrice, este de aproximativ 2%.

Dacă din oferta inițială prezentată comisia de evaluare în mod corect a dedus că aceste lucrări vor fi executate de ofertant, în lipsa nominalizării unui subcontractant, în urma răspunsului la solicitarea de clarificare formulat de contestatoare, comisia de evaluare a constatat că aceste lucrări sunt executate de subcontractantul SC ...SRL. Deci, prin răspunsul formulat, contestatoarea a modificat propunerea tehnică în ceea ce privește operatorul economic care va executa lucrările electrice. Modificarea este clară și explicită. Potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016 *„O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:*

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei”;

Având în vedere cele mai sus arătate comisia de evaluare a aplicat corect dispozițiile art 134 alin. (9) lit. a) din HG nr. 395/2016.

III. Referitor la necesitatea prezentării unui RTE pe instalații, contestatorul arată că niciunde nu a fost formulată o astfel de solicitare.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă menționează că solicitarea privind prezentarea RTE-istului este făcută prin trimitere la dispozițiile legale în materie, fără a se indica o specializare anume. Cu toate acestea ofertantul a prezentat RTE pentru drumuri, poate având în vedere codul CPV principal, sau poate pe alte considerente.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează că SC ... SRL a prezentat o propunere tehnică neconformă, încercând să obțină contractul doar prin prezentarea documentelor standard pentru lucrările de drumuri. Ofertantul a fost conștient și a cunoscut că în cadrul proiectului tehnic se solicită executarea lucrărilor de canalizare și instalații electrice. La fel de conștient a fost și de faptul că executarea lucrărilor de instalații electrice necesită un operator economici și electricieni autorizați ANRE.

Cu toate acestea nu a nominalizat operator economici/electricieni autorizați, urmând ca aceste categorii de lucrări să le subcontracteze fără a anunța autoritatea contractantă așa cum a mai procedat și cu alte ocazii. Ori o astfel de abordare nu doar că este nelegală, dar contravine principiului tratamentului egal aplicabil participanților la procedură, deoarece un operator economic care vine cu ofertă conformă apreciază altfel costurile decât un operator economic care nu are în vedere cu adevărat toate costurile aferente contractului.

Având în vedere cele mai sus arătate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind netemeinică și nelegală și menținerea raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii ca fiind temeinice și legale.

Prin adresa nr. 816/24.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 52566/26.10.2022, SC ... SRL formulează răspuns la punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă în care menționează că în răspunsul dat la solicitarea de clarificări din 13.09.2022, a explicat de ce nu a fost prezentat la faza de ofertare un operator economic care să execute lucrările electrice care necesită autorizație ANRE.

Contestatoarea nu este de acord cu afirmația Primăriei Gilău, conform căreia *„nominalizarea unui subcontractant în faza de evaluare nu se poate accepta, neexistând în acest sens nicio dispoziție legală”* și nici cu afirmația *„contestatoarea nu a nominalizat subcontractantul SC Ianus SRL la momentul depunerii ofertei, ... dar nici nu a indicat în cadrul propunerii tehnice categoriile de lucrări care vor fi executate de subcontractanți fără a-i nominaliza”*, atât timp cât se respectă prevederile art. 151 HG nr. 395/2016, articol pe care Primăria Gilău nu îl ia în considerare.

Contestatoarea apreciază ca fiind ofensatoare afirmația *„așa cum a procedat și cu alte ocazii”*, afirmație făcută cu rea-voință și ruptă din contextul acestei spețe.

La fel de eronate sunt, atât părerile cât și concluziile pe care Primăria Gilău le formulează și la care își răspunde singură referitoare la faptul cum au fost bugetate în cadrul propunerii financiare categoriile de lucrări electrice având în vedere lipsa de expertiză în acest domeniu; lucrările electrice au fost bugetate de către personal specializat în execuție - lucrări electrice.

Din conținutul documentației de atribuire, SC ... SRL a înțeles să adjucece contractul prin prezentarea unei oferte financiare care cuprinde toate categoriile de lucrări și cu prezentarea celorlalte documente în cadrul propunerii tehnice standard pentru lucrările de drumuri, din motivele pe care le-a explicat și în răspunsurile la solicitările de clarificări cât și în contestația depusă.

Contestatoarea susține că a cunoscut faptul că în cadrul proiectului tehnic se solicită executarea lucrărilor de canalizare și instalații electrice, și că lucrările cu instalațiile electrice necesită un operator economic

autorizat ANRE (faptul că un operator economic este autorizat ANRE, este o condiție suficientă pentru a fi luată în considerare în execuția lucrărilor, deoarece e de la sine înțeles că, autorizarea operatorului ANRE impune existența electricienilor autorizați).

Conform argumentelor menționate anterior, contestatoarea a considerat că execuția lucrărilor de instalații electrice, se poate executa în condițiile prevăzute de art. 151 din HG nr. 395/2016

După depunerea contestației, contestatoarea a depus cautiunea în valoare de 56.972,23 lei, prin recipisa de consemnare nr. 266/17.10.2022, emisă de RAIFFEISEN BANK.

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

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea contractului având ca obiect „Modernizare infrastructură rutieră în localitatea Gilău - str. Morii 1, str. Morii 2, str. Suceag 1, str. Feser 5, extindere rețea canalizare str. Morii 1, str. Suceag 1, racorduri și bransamente la unități, în comuna Gilău, județul Cluj ”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a achiziției fiind de 2.848.611,75 lei.

Ca urmare a comunicării rezultatului procedurii, prin care i s-a adus la cunoștință că oferta sa este inacceptabilă și neconformă, a formulat contestație SC ... SRL, solicitând reevaluarea ofertei sale.

Consiliul reține că ambele părți relatează situația de fapt în același mod, interpretarea acesteia de către părți fiind diferită.

Astfel, autoritatea contractantă susține că prevederile documentației de atribuire se completează cu prevederile legislației speciale în materia autorizărilor ANRE și RTE, operatorii economici având obligația să numească în oferta depusă specialiști și subcontractanți chiar dacă nu au fost solicitați expres în documentație, iar contestatoarea susține că are obligația de a prezenta în ofertă doar specialiștii solicitați, cei necesari pe parcursul lucrărilor urmând a fi nominalizați ulterior.

Astfel, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii autoritatea contractantă arată că „Referitor la aceste susțineri ale ofertantului, comisia de evaluare reține că în documentația de atribuire, mai exact în fișa de date a achiziției a fost formulată cerința privind III.1.1.b Capacitatea de exercitare a activității profesionale, se solicită ca operatorii economici participanți la procedură să facă dovada capacității profesionale de a realiza toate activitățile/lucrările/categoriile de lucrări ce fac obiectul contractului. Mai mult la modalitatea de prezentare a

propunerii tehnice a fost menționat în mod expres faptul că „la nivelul propunerii tehnice, în secțiunea dedicată personalului contractantului / resurse și organizare, ofertanții urmează să includă o descriere a modului de acces la specialiștii atestați necesari pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări.”

Susținerile ofertantului privind lipsa unei cerințe exprese nu se pot reține atâta timp cât în fișa de date există cerința privind descrierea modului de acces la specialiștii atestați necesari pentru executarea tuturor categoriilor de lucrări”, respingând, astfel, oferta contestatoarei.

Astfel, bazându-se pe prevederile citate, respectiv cap. III.1.1.b) din fișa de date a achiziției, „Capacitatea de exercitare a activității profesionale Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Operatorii economici (lider de asociere/asociat/ofertant/subcontractant/terț susținător) ce depun oferta 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 afla în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitate profesională de a realiza toate activitățile/lucrările/categoriile de lucrări care fac obiectul contractului”, autoritatea contractantă conchide că deși nu se nominalizează expres ce categorie de personal se solicită, operatorul trebuie să nominalizeze toți specialiștii necesari pentru realizarea tuturor lucrărilor, încă din etapa depunerii ofertelor.

Consiliul reține că și contestatoarea recunoaște că în etapa execuției lucrărilor sunt necesare autorizațiile enumerate de autoritatea contractantă.

Diferendul dintre părți constă în următoarele:

-în ceea ce privește cerințele privind capacitatea tehnică, documentația de atribuire se completează/nu se completează, de drept, cu prevederile legislației specifice unui anumit domeniu;

-este obligatorie/nu este obligatorie declararea unor subcontractanți, încă de la momentul depunerii ofertei, pentru fiecare dintre activitățile pentru care este necesară autorizație, sub sancțiunea respingerii ofertei.

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

În ceea ce privește legislația națională, Consiliul are în vedere următoarele:

-dispozițiile art. 172 din Legea nr. 98/2016, ce transpune art. 58 alin. (1) și art. 63 alin. 1 paragraful 1 din Directiva 24/2014/UE a Parlamentului și a Consiliului, care stabilește următoarele:

Art. 172. - (1) Autoritatea contractantă **are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de capacitate** referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la [alin. \(1\)](#).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

-dispozițiile 178 din Legea nr. 98/2016, ce transpune art. 58 alin.

(4) și art. 63 alin. 1 paragraful 1 din Directiva 24/2014/UE a Parlamentului și a Consiliului, care stabilește următoarele:

Art. 178. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.

(3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora”.

Pe o speță identică cu cea aflată în litigiu, Consiliul a sesizat Curtea de Justiție a Uniunii Europene în procedura întrebărilor preliminare, având în vedere că în cauza C-353/18, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut calitatea de instanță națională în sensul art. 267 din TFUE a CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR.

Cauza este pe rolul Curții, pozițiile exprimate de statele membre și de Comisia Europeană fiind în sensul că documentația de atribuire nu se completează de drept cu obligații ce provin din legi speciale și că nu este

obligatorie desemnarea unui subcontractant de la momentul depunerii ofertelor.

În acest sens, în documentul intitulat Observații scrise transmis de Comisia Europeană, Curții de Justiție a Uniunii Europene, în data de 23.11.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 11093/02.03.2022, atașat de complet la acest dosar, acest organism precizează următoarele:

-în baza articolului 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, la elaborarea criteriilor de selecție, autoritatea contractantă „limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta că un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta”.

- autoritatea contractantă poate solicita doar ceea ce consideră important în lumina proiectului global și numai ceea ce poate verifica în mod adecvat și rezonabil.

-autoritatea contractantă **nu este obligată să acopere toate cerințele legale care decurg din dreptul național sau european legate de executarea unui anumit contract.** De fapt, impunând autorității contractante să își asume o astfel de sarcină **ar fi prea împovăraător și nerealist.**

-în cadrul celorlalte limitări prevăzute de directiva privind achizițiile publice, **este lăsată la latitudinea autorității contractante să decidă care, dacă există, cerințe legale care decurg din legislația națională și europeană pe care le consideră cele mai relevante să le includă între cerințele de participare.**

-Concluziile de mai sus nu sunt afectate în ceea ce privește criteriul capacității de exercitarea a activității profesionale prevăzut de articolul 58 alineatul (2) din directiva privind achizițiile publice, **care doar prevede posibilitatea autorității contractante de a solicita o anumită autorizație pentru ca operatorul economic să fie în măsură să presteze în țara de origine serviciul în cauză, și nu o obligație:** „autoritatea contractantă le poate cere să dovedească că dețin o astfel de autorizație [..]”.

-Același raționament se aplică și în ceea ce privește criteriul capacității tehnice și profesionale și a articolului 58 alineatul (4) din directivă.

-Această abordare îndeplinește, de asemenea, cerința de proporționalitate, întrucât **nu ar fi proporțional și nici adecvat în scopul asigurării executării contractului dacă autoritățile contractante ar fi obligate să solicite și să își asume obligația de a verifica, ca criterii de selecție, îndeplinirea și dovada tuturor condițiilor legale posibile legate de executarea unui contract.**

- în ceea ce privește referința de către instanța de trimitere la principiul asumării răspunderii, Comisia înțelege că această referință se referă la întrebarea dacă o autoritate contractantă poate fi considerată în vreun fel, culpabilă pentru că nu a inclus astfel de cerințe în criteriile de selecție. **În acest sens, nu există un temei legal pentru a considera autoritatea contractantă în culpă pentru neincluderea în criteriile de selecție a**

anumitor cerințe care decurg din dreptul național, pe care nu le-a considerat relevante în acea etapă.

-În plus, faptul că anumite cerințe sunt incluse în documentele achiziției ca criterii de selecție are o importanță profundă pentru desfășurarea procedurii de achiziție și pentru poziția ofertanților: în conformitate cu articolul 56 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, un contract nu poate fi atribuit unui ofertant care nu îndeplinește aceste criterii.

- În acest context, trebuie amintit, de asemenea, că din acest motiv, după cum a confirmat Curtea de Justiție, **anumite condiții sau autorizații legale, care se referă la executarea efectivă a contractului ce nu pot fi efectiv ridicate și îndeplinite în mod rațional decât în cursul executării efective a contractului, trebuie să fie impuse precum condiții pentru executarea contractului (în conformitate cu articolul 70 din directiva privind achizițiile publice) și nu ca criterii de selecție.**

-În cazul în care natura cerințelor tehnice ar fi atât de specială așa cum s-a descris mai sus (ceea ce ar exclude impunerea acestor cerințe ca criterii de selecție), **lipsa dovezii îndeplinirii acestor cerințe la momentul depunerii ofertelor nu ar constitui în niciun caz un motiv valabil pentru respingerea ofertei.**

-din ordonanța de trimitere reiese că cerințele tehnice în cauză vizează autorizarea de a exercita în mod legal unele dintre activitățile care fac obiectul contractului, ce nu pot fi efectiv ridicate și îndeplinite în mod rațional decât în cursul executării efective a contractului.

-După cum s-a menționat mai sus, în conformitate cu articolul 58 alineatul (1) din directivă, cerințele incluse ca criterii de selecție „vor fi corelate și proporționale cu obiectul contractului”.

- Desigur, se poate întâmpla ca, deși activitățile sunt minore, dacă se dovedesc a fi necesare, ele să fie foarte importante pentru finalizarea cu succes a contractului, în timp ce îndeplinirea cerințelor legale aplicabile (de exemplu, pentru obținerea autorizației necesare pentru acele activități) este foarte îndelungată și greu de prevăzut.

-Într-o astfel de situație, includerea acestor cerințe printre criteriile de selecție ar putea fi justificată. **Prin urmare, ar fi necesară o analiză de la caz la caz a conformității cerințelor specifice în cauză cu principiul proporționalității.**

-În principiu, astfel de cerințe ar putea fi impuse atât precum condiții pentru executarea contractului, cât și ca cerințe de selecție.

-De asemenea la punctul 51 din cererea de decizie preliminară se indică ca "în cazul de speță, contestatoarea apreciază că este necesară nominalizarea unui subcontractant pentru activitatea "Serviciile (...)".,

-ar trebui să se analizeze și dacă principiul transparenței afectează acest răspuns. Curtea a definit acest principiu ca implicând faptul că **„Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice**

efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză"(C-27/15 Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404. hotărârea din 2 iunie 2016, punctul 36 și jurisprudența citată) și că „principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poală cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților".

-În speță, autoritatea contractantă nu solicită acest lucru și nu efectuează selecția pe baza acestei cerințe (care este ceea ce contestă reclamantul din procedura națională). Prin urmare, **trebuie să se presupună că, în speță, respectarea cerinței legale naționale este lăsată de autoritatea contractantă în sarcina ofertantului câștigător pentru stadiul executării.** Curtea de Justiție a confirmat deja că obligațiile de execuție care decurg în mod clar din dreptul UE aplicabil activității contractuale nu trebuie prevăzute în cererea de ofertă sau în documentele de achiziție și, în opinia Comisiei, aceeași concluzie ar trebui să se aplice pentru cerințe similare care decurg în mod clar și fără echivoc din dreptul național.

- Având în vedere că cerințele legale în cauză se referă la autorizații pentru exercitarea anumitor activități, s-ar părea totuși că cunoașterea existenței și conținutului unor astfel de cerințe ar trebui să fie destul de clară pentru potențialii ofertanți, având în vedere și natura tehnică specifică a subiectului contractului (întocmirea unui proiect tehnic și a unui studiu de fezabilitate), care pare să necesite o anumită expertiză în domeniu.

-În acest context, **a nu permite autorității contractante să stabilească dacă să includă sau nu în criteriile de selecție anumite cerințe care decurg din dispozițiile unor legi speciale, precum cele în discuție în prezenta cauză, ar încălca principiul proporționalității, precum și a regulilor prevăzute la articolul 58 din directiva privind achizițiile publice.**

Prin urmare, Comisia Europeană recomandă Curții de Justiție „În împrejurările prezentei cauze, **articolul 58 din Directiva 2014/24/UE și principiile proporționalității și transparenței trebuie interpretate în sensul că este de competența autorității contractante să stabilească criteriile referitoare la capacitatea tehnică, adică să se stabilească dacă este sau nu oportună includerea în documentele de achiziție a unor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională ce decurg din prevederile legilor speciale în cauză, cu privire la activități de importanță minoră în contract, în măsura în care cerințele legale care decurg din aceste dispoziții sunt clare și fără echivoc, ceea ce revine instanței naționale să verifice."**

Deci:

-Includerea **explicită** a unor astfel de cerințe în documentele de licitație îi pune în gardă pe toți ofertanții că îndeplinirea acestor cerințe trebuie să fie demonstrată înainte de atribuirea contractului, în conformitate cu principiul transparenței.

- trebuie să se presupună **că îndeplinirea criteriilor, inclusiv a celor care decurg din legislația aplicabilă, care nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, nu trebuie îndeplinite înainte de atribuirea contractului.** Considerând altfel, nu numai că ar fi netransparent, ci ar fi și în contradicție cu principiul proporționalității.

-după cum a explicat Curtea de Justiție, „criteriile calitative de selecție permit autorității contractante să nu admită să participe decât operatori economici ale căror capacități tehnice și profesionale, întemeiate pe experiența lor recentă, lasă să se înțeleagă că vor fi în măsură să execute contractul în discuție, obținând, dacă este nevoie, autorizațiile sau logistica necesare. În plus, a **constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă, așadar, să descurajeze acești operatori să participe la procedurile de achiziții publice și încalcă prin aceasta principiile proporționalității și transparenței, garantate la articolul 18 din directiva menționată**”.

-Rezultă că încorporarea „automată” a criteriilor care decurg din legislația aplicabilă, care însă nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, este, de asemenea, în contradicție cu însăși rațiunea criteriilor calitative de selecție, și anume de a permite autorității contractante de a aprecia că, în cuvintele Curții, ofertanții „vor fi în măsură să execute contractul în cauză”.

-Criteriile care permit autorității contractante să efectueze o astfel de evaluare ar trebui să fie „alese manual” de către autoritatea contractantă și identificate în mod clar în documentele de licitație. **Dacă autoritatea contractantă neglijează această sarcină și, în schimb, solicită ofertanților să îndeplinească toate cerințele legale aplicabile la momentul depunerii ofertei, autoritatea contractantă impune cerințe excesive și, prin urmare, încalcă principiile proporționalității și transparenței garantate de articolul 18(1) din directivă, după cum a arătat Curtea.**

-Prin urmare, se propune Curții să răspundă la a doua întrebare după cum urmează: **„Principiile transparenței și proporționalității se opun completării de drept a documentației de atribuire cu criterii de calificare ce ar rezulta din legi speciale în discuție în prezenta cauză și aplicabile unor activități aferente contractului ce urmează să fie atribuit, ce nu au fost prevăzute în documentația de atribuire”**

-Prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească **dacă excluderea unui ofertant care nu a desemnat un subcontractant pentru a demonstra respectarea unor criterii care au fost stabilite în legi speciale și neincluse în documentele achiziției ar încălca articolul 63 din directiva privind achizițiile publice și principiul proporționalității, având în vedere că ofertantul a ales o altă formă contractuală de implicare în contract a specialiștilor sau a depus o declarație de disponibilitate din partea acestora.** În legătură cu această chestiune, instanța de trimitere întreabă, de asemenea, dacă ofertantul are dreptul de a-și determina organizarea și relațiile

contractuale în cadrul grupului și dacă ofertantul poate implica în contract anumiți prestatori/furnizori în condițiile în care prestatorul nu este una dintre entitățile pe a cărei capacitate ofertantul intenționează să se bazeze pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor relevante.

- **articolul 63 alineatul (1) din directivă se referă la dreptul ofertanților de a se baza pe capacitățile altor entități în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor de selecție.** Cu toate acestea, astfel cum rezultă din răspunsul propus de Comisie la a doua întrebare, **criteriile/cerințele care decurg din legi speciale și care nu sunt enumerate în caietul de sarcini nu pot fi considerate criterii de selecție în sensul articolului 58 din directivă.** Rezultă că, dacă la a doua întrebare se răspunde așa cum a sugerat Comisia, scenariul descris în a treia întrebare nu poate apărea. Cu alte cuvinte, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a cerut respectarea criteriilor care decurg din legile speciale între criteriile de selecție și ținând cont de faptul că criteriile de selecție nu pot fi completate automat cu dispoziții de drept intern, după cum se explică în răspunsul la a doua întrebare, nu se pot exclude ofertanții în baza articolului 63 din directivă, așa cum se sugerează în a treia întrebare.

- în plus, în caz contrar, aplicarea articolului 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice (care se aplică criteriilor de selecție) s-ar extinde la cerințe care nu sunt menționate în caietul de sarcini dar prevăzute în alte reglementări aplicabile activității oferite, având o astfel de extindere un impact profund asupra ofertanților, autorității contractante și desfășurării procedurii de achiziție. Acest lucru se datorează faptului că, într-un astfel de caz, autoritatea contractantă ar trebui să verifice conformitatea entităților pe ale căror calități ofertantul dorește să se bazeze cu acele criterii, precum și existența motivelor de excludere cu privire la astfel de entități (în conformitate cu articolul 63 alineatul (1) al doilea paragraf). **Având în vedere că cerințele aplicabile în cauză pot fi foarte minore și numeroase, o astfel de abordare ar avea ca rezultat o sarcină disproporționată pentru ofertant și autoritatea contractantă și ar fi, în rezultatul final, în contradicție directă cu obiectivul de deschidere a contractelor publice către cea mai largă concurență posibilă și, în special, să permită întreprinderilor mici și mijlocii să aibă acces la procedurile de achiziții publice.**

-Explicațiile întemeiate pe articolul 63 din directiva privind achizițiile publice, făcute în paragraful anterior, confirmă așadar concluzia la care a ajuns Comisia ca răspuns la prima și a doua întrebare preliminară: criteriile/cerințele prevăzute în legislația aplicabilă dar nu și în documentele licitației nu constituie criterii de selecție în sensul directivei privind achizițiile publice. **Rezultă că, dacă o dispoziție de drept național, ca în speță, nu este inclusă de autoritatea contractantă precum criteriu de selecție, atunci operatorii economici nu pot fi excluși pe baza nerespectării acestei dispoziții în faza de selecție.**

-Problema excluderii dintr-o procedură de licitație datorită neîndeplinirii cerințelor necesare pentru exercitarea activității profesionale sau a capacității tehnice și profesionale, adică a criteriilor de selecție, astfel cum sunt definite la articolul 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, se pune,

așadar, numai atunci când aceste cerințe sunt stabilite ca criterii de selecție de către autoritatea contractantă.

-În ceea ce privește posibilitatea de a exclude un ofertant care nu a desemnat un subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii care decurg din dreptul național, este deosebit de relevant să se constate modul în care Curtea a tratat chestiuni similare în cauze anterioare.

-Primul tip de cauze tratate de Curte, exemplificat de cazul C-27/15 Pizzo, se referă la obligații care nu decurg direct din documentația de licitație sau din legislația națională în vigoare, ci din interpretarea dispozițiilor naționale general aplicabile. **Potrivit Curții, ar contraveni principiului egalității de tratament și obligației de transparență dacă un operator economic ar fi exclus dintr-o procedură de achiziție ca urmare a nerespectării de către operatorul economic a unei obligații neprevăzute în mod expres în documentația de licitație, iară a avea posibilitatea de a-și remedia poziția și de a respecta această obligație într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.**

- Al doilea tip de situații se referă la obligații care sunt impuse în mod expres de dreptul național în vigoare, așa cum a fost în **cazul C-309/18 Lavorgna**. Spre deosebire de situația din Pizzo, **în cazul Lavorgna, Curtea a decis că aceste principii - principiul egalității de tratament și transparenței- „nu pot să se opună, în principiu, excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații impuse expres, sub sancțiunea excluderii, prin documentele aferente acestei proceduri sau prin dispozițiile dreptului național în vigoare”. Astfel, numai în cazul în care obligațiile au fost impuse în mod clar în documentele aferente procedurii de achiziție sau în dreptul național sub sancțiunea excluderii operatorului economic, autoritatea contractantă poate refuza rectificări ale omisiunilor acestor obligații în conformitate cu articolul 56 alineatul (3) din directiva privind achizițiile publice.**

-Luând împreună argumentele din Pizzo și Lavorgna, chiar dacă un operator economic nu și-a respectat o obligație care nu decurge în mod expres din documentele de licitație ci dintr-o dispoziție de drept național, operatorul economic trebuie să aibă posibilitatea de a-și regulariza poziția pe baza articolul 56 alineatul (3) din directiva privind achizițiile publice, cu excepția cazului în care „această condiție și această posibilitate de excludere **sunt prevăzute cu claritate în reglementarea națională privind procedurile de achiziții publice la care s-a făcut trimitere explicită în conținutul acestora**”.

- în hotărârea din cazul Lavorgna, Curtea prevede de fapt că, ținând seama de principiul proporționalității, autoritatea contractantă poate oferi ofertantului posibilitatea de a-și regulariza poziția în temeiul articolului 56 alineatul (3) din directivă.

-în ceea ce privește problema dreptului operatorului economic de a-și determina organizarea și relațiile contractuale, această problemă a fost deja tratată de Curte, printre altele și în hotărârea Pizzo. În timp ce cazul a tratat

regimul în temeiul Directivei predecesoare 2004/18/CE, același raționament se aplică și în ceea ce privește directiva privind achizițiile publice.

-Articolul 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice prevede în mod expres că **„un operator economic poate (...) să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea”** în ceea ce privește criteriile prevăzute la articolul 58 alineatul (4) din directivă.

-Curtea a considerat că dreptul Uniunii nu impune ca, pentru a fi calificat ca operator economic calificat pentru licitație, o **persoană care dorește să încheie un contract cu o autoritate contractantă trebuie să fie capabilă să execute contractul direct, folosind resurse proprii**. În plus, la fel ca și în ceea ce privește articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, în discuție în hotărârea Pizzo, articolul 63 din directivă nu prevede nicio interdicție de principiu în ceea ce privește recurgerea de către un ofertant la capacitățile altor entități în plus față de cele proprii pentru a îndeplini criteriile stabilite de autoritatea contractantă. Și, după cum a subliniat Curtea de Justiție în hotărârea Pizzo, **singura condiție impusă pentru exercitarea dreptului operatorului de a se baza pe capacitățile altor entități este ca acesta să furnizeze autorității contractante o dovadă că acesta (ofertantul) va avea la dispoziție resursele necesare executării contractului**, în baza articolului 63 alineatul (1) din directivă, **„prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens” constituie o dovadă suficientă**.

-În plus, din cele de mai sus rezultă, de asemenea, că, chiar și în cazul în care o cerință de a respecta o anumită dispoziție națională ar fi fost formulată în mod expres de către autoritatea contractantă sau atunci când această dispoziție națională ar completa automat criteriile de selecție, o declarație de disponibilitate, menționată de instanța de trimitere ar fi suficientă.

-**Din acest motiv, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract, adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității.**

-În timp ce, după cum s-a menționat mai sus, cerințele în discuție în prezenta cauză (adică cele prevăzute de legi speciale, dar care nu sunt enumerate printre criteriile de selecție din documentele de achiziție) nu trebuie considerate criterii de selecție în sensul articolului 63, concluzia din paragraful precedent este totuși utilă pentru examinarea prezentei cauze. Având în vedere că o excludere a unui ofertant pentru nedesemnarea subcontractanților pe ale căror capacități intenționează să se bazeze în ceea ce privește criteriile de selecție clar definite în documentul de achiziție în etapa de selecție nu ar fi posibilă, a fortiori, o excludere efectuată în această etapă pentru nedesemnarea unui subcontractant care să respecte criteriile/cerințele neincluse printre criteriile de selecție stabilite în documentele de licitație ar fi

incompatibilă cu directiva privind achizițiile publice și cu principiul proporționalității.

În deplin acord cu cele enunțate de Comisia Europeană și cu cele statuate de CJUE în cauzele C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos Ministerijos, Cauza C-27/15 Pipo Pizzo, Cauza C-278/14- SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia, Cauza C-42/13 Cartiera dell'Adda, Cauza C-6/05 Medipac - Kazantzidis, C-309/18 Lavorgna SRL, Consiliul reține că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț, cum sunt cele invocate de contestatoare, sau să aprecieze că nu a fost nominalizat un subcontractant pentru activități de mică anvergură, dar importante în economia contractului, la momentul depunerii ofertei.

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

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizări de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unei 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 de a executa lucrările de specialitate cu personal autorizat, 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, așa cum justificat apreciază Comisia Europeană în documentul menționat și CJUE în numeroase spețe, respectiv:

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

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

„În ceea ce privește principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență, statelor membre

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

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

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

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

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

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

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de

bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.”

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată) și că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

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

De asemenea, Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, stabilește că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele

anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate.

Prin intermediul jurisprudenței sale, Curtea de Justiție a consacrat obligația administrațiilor și a instanțelor naționale de a aplica pe deplin dreptul Uniunii în cadrul sferei lor de competență și de a proteja drepturile conferite de acesta cetățenilor (**aplicarea directă a dreptului Uniunii**), fără a aplica însă orice dispoziție contrară din dreptul național, fie aceasta anterioară sau ulterioară normei Uniunii (**supremația dreptului Uniunii asupra dreptului național**). De asemenea, Codul de procedură civilă stabilește această regulă la art. 4.

Prin urmare, odată invocată practica respectivă, ea trebuie să fie luată în considerare de instanțele naționale.

Astfel, având în vedere considerentele expuse pe larg mai sus, dar și Instrucțiunea ANAP Nr. 1/2017 din 4 ianuarie 2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stabilește că nu se introduc astfel de cerințe în documentația de atribuire, respectiv că: *„(4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea/entitatea contractantă nu va stabili criterii de calificare și selecție, **ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective)**”*.

În baza acestei prevederi, orice documentație care cuprinde astfel de cerințe de calificare (Exemple: responsabil tehnic cu execuția (RTE) în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată; expert/expert tehnic în domeniul protejării monumentelor istorice în conformitate cu Ordinul ministrului culturii și patrimoniului național nr. 2.495/2010 pentru aprobarea Normelor metodologice privind atestarea specialiștilor, experților și verifcătorilor tehnici în domeniul protejării monumentelor istorice; contabil autorizat/expert contabil în conformitate cu legislația incidentă în domeniul contabilității și fiscalității; verifcător de proiecte, diriginte de șantier în conformitate cu legislația incidentă în domeniul construcțiilor; personal ce necesită atestări profesionale de la autorități competente - cum ar fi, dar fără a se limita la, AFER/ISCIR/**ANRE**/ANEVAR/

ANCPI/CECAR/CAFR/MCPN etc) și care ajunge la verificarea ex ante, este cenzurată de ANAP, motivat de faptul că „Cerința este restrictivă/limitativă, **prin faptul că nu se dă posibilitatea ofertanților de a prezenta astfel de autorizații la data semnării contractului și/sau la momentul implicării expertului în activitățile desfășurate în cadrul contractului**”. Prin urmare, practica ANAP bazată pe instrucțiunea citată nu poate fi interpretată ulterior, în etapa evaluării ofertelor, în sens diametral opus, respectiv că, deși există o interdicție de a formula astfel de cerințe la nivelul documentației de atribuire, ofertantul este respins ulterior pentru neincluderea în ofertă a unor astfel de experți. Această interpretare transformă sistemul de achiziții publice din România într-unul aleatoriu, instabil, care nu oferă posibilitatea realizării investițiilor de care avem atâta nevoie, încălcându-se în mod grav legislația națională, europeană și practica CJUE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x/06.02.2013, oferta a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, întrucât "perioada de activitate în calitate

de consilier de integrare nu poate fi considerată ca experiență specifică achizițiilor publice" și "deși atestatul de expert achiziții publice a fost eliberat la data de 19.09.2009, nu rezultă că expertul propus a început o activitate specifică relevantă din acel moment."

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

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

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

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

În conformitate cu instrucțiunea ANAP, contestatoarea a răspuns solicitării de clarificări, arătând că la momentul execuției lucrărilor, va apela la resurse externe, chiar nominalizând un operator cu care are relații contractuale, cu care desfășoară activități similare în mod tradițional, descriind, astfel, modul de acces la aceste resurse, fiind respectate prevederile fișei de date a achiziției, unde se solicită descrierea modului de acces la resurse. Ori operatorul a arătat că are acces la personal calificat din resurse externe. În aceste condiții, în acord cu instrucțiunea ANAP citată, dar și cu interpretările Comisiei Europene, nu se poate aprecia că operatorul nu are capacitatea de realizare a lucrărilor, în condițiile în care acesta respectă prevederile legale și ale documentației de atribuire, care stabilește în sarcina antreprenorului o atare obligație, neexistând vreo obligație implicită de a-l desemna ca subcontractant. Așa cum a subliniat Comisia Europeană, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din

prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract, **adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității.** De asemenea, articolul 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice prevede în mod expres că „un operator economic poate (...) să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea” în ceea ce privește criteriile prevăzute la articolul 58 alineatul (4) din directivă, existând, astfel, posibilitatea pentru ofertanți să numească inclusiv prestatori de servicii pentru astfel de activități cu pondere minoră.

Consiliul reține, în concluzie, că documentația de atribuire nu cuprinde prevederi exprese la nominalizarea unor electricieni autorizați ANRE sau a unor RTE în domeniul lucrărilor electrice, ci face referire la descrierea mijlocului în care operatorul are acces la specialiștii respectivi, ofertantul arătând că îi va angaja din resurse externe. Consiliul are în vedere că obiectul principal al contractului, astfel cum este codificat, *CPV principal 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2), Coduri CPV secundare: 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale (Rev.2), fără nicio referire la cod CPV secundar de lucrări electrice.* În măsura în care legislația incidentă impune numirea unui RTE la momentul realizării branșamentelor electrice, nicio dispoziție legală sau prevedere a documentației de atribuire nu se opune contractării unui astfel de specialist la acel moment, în orice formă de angajare. Totodată, nominalizarea în ofertă a unui operator economic pentru realizarea branșamentelor electrice, în speță SC ... SRL, pentru care a prezentat autorizațiile ANRE, demonstrează că operatorul are capacitatea de a exercita lucrările respective, apelând la resursele unui terț. Faptul că nu este numit subcontractant de la data depunerii ofertelor nu înseamnă că nu are posibilitatea de a-l nominaliza ulterior sau de a-l angaja ca prestator. Atât instanța supremă, cât și Comisia Europeană menționează clar că nu toți prestatorii trebuie nominalizați subcontractanți, nominalizarea lor ținând de libertatea părților de a contracta într-o anumită manieră, legislația națională și europeană neimpunând anumite relații de un anumit tip.

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

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

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

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

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

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

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

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune anularea actelor atacate și reevaluarea ofertei contestatoarei.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune anularea actelor atacate și reevaluarea ofertei contestatoarei, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 29 (dăuăzeci și nouă) pagini.