



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1502/19.08.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41467/22.08.2022, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., împotriva raportului procedurii nr. 1560L/12.08.2022, emis de către ..., cu sediul în ... și cu adresa de corespondență în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Sală de sport școlară - sat ..., comuna ..., T16, p. 357, județul ...- combustibil SOLID - fără canalizare»", se solicită anularea deciziei prin care oferta sa a fost respinsă din procedura de atribuire, anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii și a celor subsecvente, inclusiv a raportului procedurii de atribuire nr. 15650L/12.08.2022 și actelor pregătitoare sau subsecvente acestuia, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale de la verificarea admisibilității acesteia, precum și accesul la dosarul achiziției publice, în vederea studierii acestuia.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... critică modalitatea prin care autoritatea contractantă i-a evaluat oferta depusă și a declarat-o că fiind inacceptabilă și neconformă.

Contestatorul arată că în cadrul acestei proceduri, a depus o ofertă care s-a raportat la informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, interpretate în conformitate cu dispozițiile legale relevante.

Ulterior datei de depunere a ofertelor, prin adresa nr. 4722L/18.03.2022, comisia de evaluare i-a solicitat o serie de clarificări, printre care să facă dovada modului de execuție a lucrărilor, respectiv deținerea autorizațiilor/atestatelor necesare în acest sens:

- Autorizație IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;

- Autorizație ISCIR pentru montare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$.

Pentru a răspunde solicitării de clarificări, contestatorul precizează că a transmis adresa nr. 160/22.03.2022, prin care a arătat că autorizația IGSU este deținută de subcontractantul specializat ..., iar furnizorul de echipamente ... deține autorizația ISCIR.

Ulterior verificării ofertei respective, prin Raportul procedurii de atribuire NR. 15650L/12.08.2022, contestatorului i-a fost comunicat faptul că oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă, raportat la prevederile art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016.

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

Admisibilitatea ofertei:

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

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

Contestatorul evocă prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și evocă faptul că simpla mențiune a dispozițiilor legale, fără demonstrarea incidenței concrete în speță, nu reprezintă în mod evident un motiv concret de respingere a ofertei, nefiind specificat conform legii, în ce constă efectiv nerespectarea cerințelor caietului de sarcini, motiv de respingere a ofertei prevăzut de 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016.

Prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 reprezintă transpunerea în legislația națională a exigenței incluse în Directiva 2014/24/UE1 care impune autorităților contractante obligația informării operatorilor economici cu privire la rezultatul procedurii de atribuire, în special în legătură cu decizia de respingere a unei oferte care trebuie motivată în mod corespunzător. Această informare este necesară inclusiv din perspectiva exercitării unei căi de atac efective, operatorul economic vizat de o decizie de respingere fiind îndreptățit să cunoască motivele precise ale acestei respingeri pe care să o poată eventual contesta în deplină cunoștință de cauză. Astfel cum a reținut și Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE)

în Cauza C-406/08 Uniplex, pct. 31 al Hotărârii din 28.01.2010, din care se citează.

Atât jurisprudența națională (Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 1580/2008), cât și jurisprudența CJUE au statuat faptul că orice decizie administrativă trebuie motivată și din prisma posibilității persoanei sau a societății de a aprecia asupra legalității și temeiniciei măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară și arbitrariul autorităților publice.

Sub aspectul motivării actului administrativ, instanțele europene au reținut că motivarea trebuie să fie adecvată actului emis și trebuie să prezinte într-o manieră clară raționamentul urmat de instituția care a adoptat măsura atacată, astfel încât să permită instanțelor efectuarea revizuirii actului, insuficiența motivării sau nemotivarea atrăgând nulitatea (Hotărârea din 08.07.2015, cauza T-536/11).

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

În continuare, contestatorul menționează că autoritatea contractantă se limitează la invocarea unor texte legale, omițând să precizeze în mod clar, complet și precis de ce a considerat că prevederile art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016 ar fi incidente în speță, raportat la conținutul ofertei sale.

În realitate, se omite faptul că autorizații de tip IGSU sau ISCIR nu au fost solicitate deloc prin documentația de atribuire, nefiind indicate în cuprinsul caietului de sarcini.

Simpla enumerare a reglementărilor legale în vigoare la cap. 6 - pag. 16-19 - din Secțiunea 1 a caietului de sarcini nu poate să fie interpretată ca reprezentând o cerință de calificare privind deținerea de autorizații specifice în lipsa mențiunii exprese și introducerii respectivei cerințe în anunțul de participare.

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

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

Acest principiu este reliefat în mod sugestiv de CJUE în Cauza Pippo Pizzo (C-27/15), din care contestatorul citează.

De asemenea, relevante din perspectiva necesității respectării principiului transparenței sunt și cunoscutele decizii CJUE pronunțate în

cauzele Universale Bau sau Succhi di Frutta/Comisia, conform cărora toți potențialii ofertanți trebuie să beneficieze de șanse egale pentru elaborarea ofertelor; toate condițiile de participare trebuie să fie formulate clar, precis și univoc astfel încât să permită oricăror operatori economici rezonabil informați și diligenți să le înțeleagă și să le interpreteze la fel.

În continuare, contestatorul evocă Hotărârile (CJUE) din 16 aprilie 2015, emisă în Cauza C-278/14, Enterprise Focused Solutions și Hotărârea CJUE pronunțată în Cauza C-6/05, MedipacKazantzidis, punctul 54, din care citează.

Raportat la această jurisprudență obligatorie, care consacră necesitatea unei stricte raportări a evaluării ofertelor la regulile exprese, clare și complete ale documentației de evaluare, contestatorul constată că autoritatea contractantă își întemeiază toate afirmațiile pe cerințe care nu îndeplinesc condițiile legale necesare pentru a fi considerate criterii de calificare aplicabile ofertanților.

Astfel, autorizațiile invocate de către autoritatea contractantă nu pot reprezenta cerințe de calificare a căror îndeplinire trebuie demonstrată la momentul depunerii ofertelor, ci eventuale cerințe legale de executare a contractului de achiziție publică.

Relevantă în sensul imposibilității de a impune în etapa de evaluare a ofertelor cerințe de calificare care nu au fost incluse în anunțul de participare pe considerentul că ar reprezenta obligații legale, este Decizia civilă nr. 375 din data de 21.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București, din care contestatorul citează.

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

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

Contestatorul susține că autoritatea contractantă ignoră astfel și posibilitatea legală de nominalizare a unui subcontractant inclusiv în etapa de derulare a contractului de achiziție publică. Obligația legală de declarare a subcontractanților în etapa ofertării este incidentă exclusiv în ipoteza în care subcontractanții dețin și calitatea de terți susținători, respectiv entități pe a căror capacitate se bazează ofertantul pentru îndeplinirea unor cerințe de calificare. Or, astfel cum s-a arătat, autorizațiile IGSU și ISCIR nu reprezintă astfel de cerințe privind capacitatea, nefiind solicitate în mod clar, explicit și precis în anunțul de participare, astfel cum impun inclusiv prevederile art. 181 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la dispozițiile art. 51 din H.G. nr. 395/2016 la care se face referire în motivarea respingerii ofertei, contestatorul solicită a se constata că au fost invocate în mod eronat, acestea vizând exclusiv situația în care

autoritatea contractantă solicită în cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale și/sau cerințelor de executare a contractului anumite autorizații specifice, ipoteză care nu este îndeplinită în speță.

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

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

Cu titlu de exemplu, contestatorul invocă Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018, din care citează.

Totuși, astfel cum s-a arătat anterior, autorizațiile respective nu au fost indicate în nicio componentă a documentației de atribuire, nefiind astfel opozabile ofertanților și neputând să fie utilizate cu titlu de criterii de evaluare a ofertelor.

În acest context, este evident nelegală decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă și neconformă a ofertei prezentate de Asociera ... - ...

Totodată, contestatorul solicită a se constata inclusiv încălcarea de către autoritatea contractantă a jurisprudenței constante a C.N.S.C. și a Curții de Apel București, în cauze similare aferente unor proceduri de atribuire organizate de către aceeași autoritate contractantă. Cu titlu de exemplu, se menționează Decizia Consiliului nr. 1261/C4/1085/21.06.2022, rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel București nr. 2026/28.07.2022, pe care o atașează.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... solicită C.N.S.C. dispunerea măsurilor de remediere constând în anularea actelor nelegale contestate și în obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale de la verificarea admisibilității, cu respectarea dispozițiilor legale și a regulilor din documentația de atribuire, precum și, în conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, accesul la dosarul achiziției publice, în vederea studierii acestuia și efectuării de copii de pe documentele necesare.

Prin adresa nr. 47096/26.08.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 42736/26.08.2022, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, pentru următoarele motive:

Autoritatea contractantă prezintă o scurtă expunere a situației de fapt, arătând că la procedura în cauză au participat doisprezece ofertanți, oferta declarată câștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire, respectiv „cel mai bun raport calitate-preț” este cea prezentată de ofertantul Asocierea ...

Oferta prezentată de Asocierea ... - ... a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, întrucât clarificările/completările transmise nu sunt concludente, iar oferta depusă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv pentru orice activitate care face obiectul contractului de achiziție publică, îndeplinită de un alt operator economic, diferit de ofertant, acesta trebuie să aibă statutul unui subcontractant.

Referitor la criticile privind respingerea în mod eronat, nelegal și netemeinic a ofertei prezentate de asocierea contestatoare, cu privire la nedeținerea tuturor autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții:

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

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

În cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a realiza în mod legal obiectivul de investiții.

Pentru prezenta procedură, obligația deținerii autorizațiilor necesare realizării lucrărilor este prevăzută la art. III.1.9) din fișa de date a achiziției, coroborat cu Capitolul 6 din caietul de sarcini, potrivit căruia *„Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. (...) Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare (...) În procesul de proiectare se vor respecta normele și normativele tehnice și legislația în vigoare, avizele și acordurile autorităților competente la momentul întocmirii proiectului în funcție de soluțiile tehnice propuse.”*

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

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

Mai mult, însăși definiția termenului de „operator economic”, prevăzută în legislația în materia achizițiilor publice [art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016], cuprinde cerința prestării activității în mod licit, iar împrejurarea că prin documentația de atribuire nu s-a solicitat în mod expres prezentarea tuturor autorizațiilor nu exonerează comisia de evaluare de obligația de a cerceta dacă ofertantul căruia intenționează să îi atribuie contractul deține autorizațiile și poate realiza activitățile ce fac obiectul acestuia.

În sensul aspectelor menționate anterior, rezultă că atâta vreme cât pentru executarea lucrărilor în mod legal sunt necesare anumite autorizații, operatorii economici și autoritățile contractante nu se pot prevala de lipsa menționării cerințelor în documentația de atribuire, pentru a nu respecta prevederile legislative. Legalitatea executării lucrărilor presupune inclusiv deținerea tuturor autorizărilor/atestatelor solicitate de legile incidente – a se vedea Decizia CNSC nr. 326/C8/186 din 14.02.2022 (de exemplu, Atestatul ANRE de tip B „proiectare și executare de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0.4 kV” - necesar în baza prevederilor H.G. nr. 33/2007, Legii nr. 160/2012, Legii nr. 123/2012, Ordinului nr. 45/2016 și Ordinului 11/2013, cu modificările și completările ulterioare; Autorizația ISCIR privind instalarea, montarea, repararea, întreținerea și verificările tehnice în utilizare la aparate consumatoare de combustibil având $P_{\max} \leq 400$ kW Cazane de apă caldă având $P_{\max} \leq 400$ kW, necesare în baza prevederilor Legii nr. 64/2008, cu modificările și completările ulterioare; Autorizație IGSU - termoprotecție cu vopsele termosupumante, lucrare: Termoprotecția confecției metalice - suprastructură sală sport, prevedere legală cuprinsă în H.G. nr. 307/2006).

Astfel, pentru a desfășura în mod legal activitățile din cadrul contractului, este necesar să se dețină un atestat/autorizație eliberat/ă în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de document în cuprinsul documentației de atribuire. O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării lucrărilor, nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită de actele normative în domeniul construcțiilor - Hotărârea Curții de Apel București nr. 5117/29.11.2017, pronunțată în dosarul nr. 8303/2/2017.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Iași, în dosarul nr. 511/45/2021, prin Hotărârea nr. 687/2021 din 13.09.2021, din care se citează.

În aceste condiții, atât operatorii economici, cât și autoritățile contractante, nu se pot prevala de lipsa menționării cerințelor autorizării potrivit legii în documentația de atribuire și să execute lucrările sau să accepte executarea lucrărilor în mod ilicit. De asemenea, nu se poate reține nici argumentul privind posibilitatea subcontractării lucrărilor unor operatori economici autorizați sau a obținerii autorizației ulterior datei limită pentru depunerea ofertelor.

În considerarea aspectelor menționate anterior, în mod corect, comisia de evaluare a identificat următoarele autorizații necesare a fi deținute de către ofertantul câștigător în vederea realizării în condiții de legalitate a obiectivului de investiții:

- Autorizație IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;
- Autorizație IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;
- Autorizație IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;
- Autorizație IGSU pentru Instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;
- Autorizație ISCIR pentru montare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$;
- Licență de funcționare IGPR proiectare, instalare, modificare sau întreținere a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției;
- Atestatul ANRE de tip Bp pentru proiectare instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0,4 kV;
- Atestatul ANRE de tip Be pentru executare de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0,4 kV.

Analizând oferta depusă de asocierea contestatoare, comisia de evaluare, în mod corect, a constatat că aceasta nu deține următoarele autorizații:

- Autorizație ISCIR pentru montare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$;
- Autorizația IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor.

Astfel, în mod temeinic și legal, comisia de evaluare a respins oferta asocierii contestatoare ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul cu prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, pentru neprezentarea acestor înscrisuri, motivat de faptul că acestea sunt necesare pentru realizarea în condiții de legalitate a obiectivului de investiții.

Aceeași interpretare s-a realizat și prin Decizia CNSC nr. 574/C7/446 din 09.04.2020, precum și prin Hotărârile Curții de Apel București nr. 3298/08.09.2017 și nr. 64/12.04.2019, dar și prin Hotărârea Curții de Apel Cluj nr. 3935/12.10.2017.

De asemenea, autoritatea contractantă remarcă, că în același sens este și practica CNSC, care s-a pronunțat prin următoarele decizii: nr. 2865/C10/3036/07.11.2018, nr. 2836/C5/3036/02.11.2018, nr. 2762/C9/3053/24.10.2018, nr. 484/C7/233/23.02.2018, nr. 516/C8/28.02.2018, nr. 1868/C7/2063/24.10.2019, nr. 2316/C9/2571/23.12.2019, nr. 1902/C10/2064/29.10.2019, nr. 1919/C5/1983/1484/31.10.2019, nr. 2140/C2/2320 din 27.07.2018, nr. 2474/C7/2569/2649/13.09.2018, nr. 2468/C5/2521/12.09.2018, nr. 2316/C9/2571 din 23.12.2019, nr. 484/C7/233/23.03.2018, nr. 516/C8/219/28.02.2018, nr. 1987/C9/2130/07.11.2019 și nr. 1919/C5/1983/1984/31.10.2019.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă, cu ocazia desfășurării unor proceduri de achiziție publică pentru obiective similare, a înregistrat mai multe contestații având ca obiect necesitatea prezentării autorizațiilor în

etapa de evaluare a ofertelor, motiv pentru care, pe această cale, exemplifică următoarea jurisprudență: Decizia CNSC nr. 326/C8/186 pronunțată în data de 14.02.2022 și Hotărârea nr. 2472/2021, pronunțată la data de 02.12.2021, de către Curtea de Apel București, din care se citează.

Revenind la prezenta procedură, autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că ofertanții, personal sau prin subcontractanți (care au menționat în acordurile subcontractare că execută sau proiectează lucrările pentru care dețin autorizații), au obligația de a deține toate autorizațiile prevăzute de lege pentru realizarea obiectului contractului, atât pentru a se încadra în definiția operatorului economic (care poate executa lucrările numai într-o manieră licită), dar și pentru a respecta prevederile documentației de atribuire.

Totodată, în contextul celor sesizate de contestator, este de reținut că modalitatea de respectare a cerințelor caietului de sarcini, în integralitate, precum și posibilitatea de realizare a obiectivului de investiții trebuie demonstrată și, implicit, verificată, de autoritatea contractantă, prin intermediul propunerii tehnice depuse de ofertant, aceasta din urmă putând fi doar clarificată cu informații formale sau de confirmare, potrivit prevederilor art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, dacă pentru o parte dintre lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică pentru care s-a depus oferta, ofertantul știa că nu o poate realiza decât prin intermediul unui subcontractant, acestuia îi revenea obligația să declare partea din lucrare ce urmează a fi executată de societatea care va avea această calitate. Subcontractanții care nu sunt declarați inițial în ofertă și pentru care nu s-a completat DUAЕ, nu pot fi cooptați ulterior, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, astfel cum se statuează în mod clar la art. 124 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, care este citat. Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata menționată în documentația de atribuire.

Obligația de a depune informațiile cu privire la subcontractanți are ca temei legal art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, pentru ipoteza în care ofertantul își prefigurează subcontractarea.

Concluzionând, ... arată că, în mod temeinic și legal a hotărât să respingă oferta prezentată de contestatorul ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5), coroborate cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece aceasta nu respectă cerințele caietului de sarcini, motivat de faptul că nu îndeplinește prevederea referitoare la deținerea autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții și solicită C.N.S.C. respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 42935/C7/2056/29.08.2022, Consiliul a comunicat contestatorului faptul că dosarul achiziției publice poate fi studiat la sediul acestuia. La data de 31.08.2022, reprezentantul contestatorului s-a prezentat pentru studierea dosarului achiziției publice, dar în urma acesteia, nu a formulat concluzii/note scrise .

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiții: «Sală de sport școlară – sat ..., comuna ..., T16, p. 357, județul ...-combustibil SOLID - fără canalizare»”,* cod CPV 45200000-9 Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări, este în sumă de 6.556.708,06 lei fără TVA.

Prin procesul-verbal nr. 920L/26.01.2022 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, s-a menționat faptul că la procedura de atribuire s-au depus 12 oferte, din care și cea a contestatorului ..., în calitate de lider al asocierii ... – ...

Conform celor precizate în raportul procedurii nr. 15650L/12.08.2022, oferta asocierii ... a fost declarată câștigătoare, cu o propunere financiară în sumă de 6.183.486,00 lei fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... a transmis recipisa de consemnare nr. 208340116/1, eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 23.08.2022, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 88.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 2056/2022.

Astfel, Consiliul constată că ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează modalitatea în care, pe de-o parte, autoritatea contractantă ... S.A. a evaluat oferta depusă de către ..., contestatorul susținând că oferta sa trebuia declarată admisibilă, motivele fiind expuse pe larg în considerentele deciziei iar, pe de altă parte, vizează conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, ... susținând că, în conținutul acesteia, nu se menționează în mod concret care sunt cerințele caietului de sarcini care nu ar fi fost îndeplinite, iar simpla mențiune a dispozițiilor legale, fără demonstrarea incidenței concrete în speță, nu reprezintă un motiv concret de respingere a ofertei sale, nefiind specificat conform legii, în ce constă efectiv nerespectarea cerințelor caietului de sarcini, motiv de respingere a ofertei prevăzut de art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Consiliul are în vedere că, vizavi de conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, susținerile contestatorului sunt neîntemeiate, constatându-se că achizitoarea l-a informat succint cu privire la motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei.

Însă, aspectul legat de neconformitatea ofertei prin raportare la o anumită cerință expresă din documentația de atribuire, este considerat de

către Consiliu ca fiind întemeiat, în motivare urmând a fi analizată această susținere a ...

Astfel, Consiliul reține că vizavi de motivul de neconformitate reținut de achizitoare, susținerile contestatorului se bazează, în esență, pe argumentul conform căruia, nefiind impusă prin documentația de atribuire prezentarea vreunei autorizații I.G.S.U. și I.S.C.I.R. (indiferent de calitatea operatorului economic participant la procedura de atribuire, în speță subcontractantul specializat ... și furnizorul de echipamente ...), neprezentarea la momentul depunerii ofertei nu putea să constituie un motiv pe care comisia de evaluare să îl aibă în vedere la momentul evaluării ofertei, aspectul invocat de autoritatea contractantă, în decizia sa, vizând demonstrarea îndeplinirii unor cerințe exclusiv ce țineau de derularea contractului, iar nu de capacitatea ofertanților, fiind contrară principiului transparenței verificarea ofertei din această perspectivă.

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.

Analizând aspectele în divergență prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice, ținând seama de documentele aflate la dosarul cauzei, inclusiv de cele din dosarul achiziției publice, de susținerile contestatorului, precum și de punctul de vedere asupra contestației, conform art. 18 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată temeinicia criticilor aduse de către contestatorul ..., motiv pentru care dispune admiterea contestației și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de către ...

În stabilirea acestei finalități, Consiliul nu va relua susținerile părților având în vedere că acestea se regăsesc în considerentele deciziei, ci va puncta doar faptul că, raportat la motivele invocate de contestator vizavi de admisibilitatea ofertei sale, datorată aspectelor detaliate de către ... în contestație, ce vizează conținutul documentației de atribuire, în care nu s-au prevăzut cerințe privind prezentarea autorizațiilor I.G.S.U. și I.S.C.I.R., decizia de respingere a ofertei în cauză a fost neîntemeiată, prin raportare la prevederile legale în materia achizițiilor publice și îndeosebi a prevederilor documentației de atribuire, impunându-se reevaluarea acesteia.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că, în evaluarea ofertelor, prin raportare la propriile cerințe impuse prin documentația de atribuire-fișa de date a achiziției și caietul de sarcini (părți componente ale documentației de atribuire care, prin necontestare, au devenit obligatorii), achizitoarea a avut în vedere caracterul obligatoriu și definitiv al documentației de atribuire și s-a raportat la acesta în considerarea prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 iar atribuirea contractului s-a efectuat prin aplicarea corectă a prevederilor documentației de atribuire.

Astfel, în soluționare, Consiliul reține că, în esență, ... subliniază faptul că achizitoarea, prin comisia de evaluare a ofertelor, cu ocazia analizării ofertei sale, în mod eronat a apreciat că societatea sa nu a prezentat autorizația IGSU, deținută de subcontractantul specializat ... și autorizația

ISCIR, deținută de către furnizorul de echipamente ..., în conformitate cu prevederile legale și dispozițiile documentației de atribuire, fiind evidente încălcarea flagrantă la nivelul autorității contractante a prevederilor legale și principiilor ce guvernează domeniul achizițiilor publice.

Așa cum a fost anterior reținut, aspectul reclamat vizează faptul că societatea sa nu era obligată să prezinte documentele subliniate mai sus, în condițiile în care această obligație nu a fost impusă prin documentația de atribuire.

Argumentele aduse de achizitoare în replică la cele reclamate vizează faptul că, în mod contrar alegațiilor contestatorului, în cadrul documentației de atribuire privind obiectivul de investiții *„Proiectare-faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului combustibil SOLID-fără canalizare pentru obiectivul de investiții: «Sală de sport școlară – sat ..., comuna ..., T16, p. 357, județul ...- combustibil SOLID - fără canalizare»”,* s-a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a realiza în mod legal obiectivul de investiții.

Achizitoarea precizează că pentru prezenta procedură, obligația deținerii autorizațiilor necesare realizării lucrărilor este prevăzută la art. III1.9) din fișa de date, coroborat cu Capitolul 6 din caietul de sarcini, potrivit căruia *„Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. (...) Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare (...) în procesul de proiectare se vor respecta normele și normativele tehnice și legislația în vigoare, avizele și acordurile autorităților competente la momentul întocmirii proiectului în funcție de soluțiile tehnice propuse”* fiind necesar ca ofertanții să prezinte dovada posibilității de a realiza în condiții de legalitate obiectivul de investiții, cu respectarea tuturor reglementărilor legale în domeniul construcțiilor și nefiind important dacă cerința privind autorizațiile a fost formulată ca un criteriu distinct în cadrul documentației de atribuire, deoarece obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări nu constituie un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurare ce rezultă din dispozițiile legislației în domeniul construcțiilor.

Referitor la susținerile contestatorului vizavi de aspectele reținute anterior, Consiliul constată temeinicia acestora, în stabilirea acestei finalități, analizând conținutul documentației de atribuire, constatându-se că niciunde în cadrul acesteia nu este prevăzută obligația ofertanților de a deține respectivele autorizații menționate de către ..., din lecturarea documentației de atribuire, în referire la momentul depunerii ofertelor neregăsindu-se vreo cerință privind depunerea acestor autorizații, obligația deținerii anumitor autorizații fiind analizată prin prisma solicitărilor **exprese** de la nivelul documentației de atribuire. Ori, în speță, printre rigorile documentației de atribuire nu există o astfel de solicitare.

Potrivit art. 65 alin. (2) și art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De

asemenea, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini. De asemenea, art. 137 alin. (2), lit. b) din normele metodologice stabilește că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

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

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

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

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.”

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

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

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie

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

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

Astfel, deținerea autorizațiilor la care face referire achizitoarea în decizia de respingere a ofertei depusă de către ..., lider al asocierii ... - ..., nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principiului transparenței procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

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

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

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

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

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

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare și, în subsidiar,

normele legale. Dacă documentația de atribuire intră în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că, unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

În consecință, în raport de cele prezentate, criticile ..., lider al asocierii ... – ..., se dovedesc a fi întemeiate.

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

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

Practica recentă la care completul achiesează, este în sensul că, așa cum a fost anterior reținut, din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele. Cu alte cuvinte lipsa autorizațiilor reclamată trebuie analizată prin prisma solicitărilor exprese de la nivelul documentației de atribuire. Ori, în speță, printre rigorile documentației **nu există o astfel de solicitare**.

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

Această abordare (vizavi de faptul că la capitolul aferent cerințelor de exercitare a activității profesionale nu există solicitate astfel de autorizații, iar caietul de sarcini nu face referire la obligativitatea indicării în această etapă a specialiștilor respectivi, drept subcontractanți subcontractanți) se regăsește și în practica judecătorească recentă, respectiv Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București (în calea de atac extraordinară a revizuirii), Decizia civilă nr. 319/17.02.2021, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia nr. 384/15.03.2021, pronunțată de Curtea de Apel Ploiești, Decizia civilă nr. 351/19.03.2021, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Decizia civilă nr. 2019/11.11.2020, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia civilă nr. 2502/21.12.2020, pronunțată de Curtea de Apel București, Decizia nr. 1071/18.12.2020, pronunțată de Curtea de Apel Galați, Decizia nr. 682/01.10.2019, pronunțată de Curtea de Apel București.

Prezintă relevanță și jurisprudența invocată de contestator, respectiv Decizia Consiliului nr. 1261/C4/1085/21.06.2022 rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel București nr. 2026/28.07.2022, autoritatea

contractantă fiind tot ... S.A. potrivit căreia instanța de judecată a statuat următoarele:

„Examinând legalitatea deciziei contestate, prin prisma criticilor formulate și a dispozițiilor legale incidente, Curtea reține:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiții care se realizează pe baza proiectului tip - „Construire Creșa medie”: „Construire și dotare Creșa str. Mihai Viteazu, nr. 73A, Municipiul Caracal, județul Olt”.

Oferta prezentată de societatea GRUP PRIMACONS SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă în baza prevederilor art. 134 alin. (5), coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece răspunsul la solicitările de clarificări a fost neconcludent și oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului, de sarcini, în sensul ca ofertantul nu a prezentat autorizațiile necesare realizării obiectivului de investiții, astfel cum acestea au fost solicitate prin caietul de sarcini.

În concret, s-a solicitat intimatelor prezentarea autorizațiilor "necesar a fi deținute de aceștia (prin lider sau asociat/i sau a subcontractanților declarați), pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor (atestat ANRE de tip Bp; atestat ANRE de tip Be; Autorizație IGSU; Autorizație ANRE destinată proiectării instalațiilor de utilizare a gazelor naturale: PDIB; Licență IGPR)".

Verificând răspunsul transmis de contestator, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a hotărât respingerea ofertei acestuia ca fiind inacceptabilă și neconformă, motivat de faptul că respectivul contestator nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări coroborat cu faptul că deținătorii autorizațiilor prezentate nu se regăsesc ca subcontractanți/asociați în declarația DUAE.

Verificând, la rândul său, răspunsul contestatorului raportat la modalitatea de formulare a solicitării de clarificări aferente și cu cerințele exprese din caietul de sarcini, sus citate, Consiliul a apreciat că autoritatea contractantă nu și-a respectat propriile cerințe exprese în discuție, care impun obligații în sarcina antreprenorului și nu obligații în sarcina ofertantului/ofertantului asociat/subcontractantului/terțului susținător în corelare cu completarea DUAE.

A concluzionat că, de vreme ce autoritatea contractantă nu a solicitat prin anunțul de participare simplificat depunerea acestor documente de către ofertanți/ofertanți asociați/subcontractanți/terți susținători, deci nu a impus vreo cerință de calificare privind prezentarea unor anume autorizații/atestare, autoritatea contractantă nu avea temei legal de respingere a ofertelor, în lipsa acestor documente.

Soluția Consiliului este legală.

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 la care face referire petenta, situație în care nici evaluarea ofertelor nu se putea realiza pe baza unor cerințe inexistente.

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

Aceasta deoarece, pentru a putea respinge o ofertă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. c) din anexa la HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a se raporta la una dintre cerințele expres prevăzute în documentație.

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.

Practica CJUE cu privire la cerințele de calificare și la respectarea principiilor fundamentale este constantă, astfel:

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

Cauza *Medipac-Kazantzidis AE vs. Venizeleio-Pananeio (C-6/05)* considerentele 53 și 54 "(53) (...) principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod

direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) În plus, acest principiu și această obligație interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte".

În același sens s-a statuat și în cauzele C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, așa încât 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, în speță lipsa autorizațiilor necesare în execuția lucrărilor.

Mai mult, în caietul de sarcini autoritatea a inclus următoarele informații pentru participanții la procedura de atribuire: "Antreprenorul trebuie să respecte pe deplin toate prevederile legislației românești în domeniul construcțiilor. Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare."

Contrar susținerilor petentei, cerința privind deținerea avizelor și acordurilor autorităților competente este o cerință ce ține de executarea contractului, iar nu una de calificare, iar lipsa dovezii îndeplinirii acestor cerințe la momentul depunerii ofertelor nu ar putea constitui în niciun caz un motiv valabil pentru respingerea ofertei.

Deși corectă afirmația petentei, în sensul că deținerea autorizațiilor este impusă de dispoziții legale speciale, totuși lipsa deținerii acestei autorizații nu poate constitui o situație de excludere a unui operator economic, în contextul în care aceasta nu a fost stabilită prin documentația de atribuire drept cerință de calificare.

Soluția este susținută de o bogată jurisprudență CJUE, la care Consiliul a făcut deja trimitere, așa încât argumentele petentei, bazate pe practica CNSC și a instanțelor de judecată, sunt lipsite de relevanță, cu atât mai mult cu cât respectiva practica judiciară este relativă la pricinile soluționate anterior, și nu constituie izvor de drept și nici nu poate obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc.

Deși cerința se referă la autorizații pentru exercitarea anumitor activități, iar cunoașterea existenței și conținutului unor astfel de cerințe ar trebui să fie destul de clară pentru potențialii ofertanți, este de competența autorității contractante să stabilească criteriile referitoare la capacitatea tehnică, adică să 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. Așa încât, 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 în contradicție cu însăși rațiunea criteriilor calitative de selecție, și anume de a permite autorității contractante de a aprecia că ofertanții vor fi în măsură să execute contractul în cauză.

Cu toate acestea, în speță, autoritatea contractantă nu a solicitat dovedirea deținerii acestor autorizații/licențe ca și cerință de selecție, fiind lăsată în sarcina ofertantului câștigător pentru stadiul executării.

Așa încât, ipoteza existenței unor obligații legale a căror îndeplinire trebuie dovedită de ofertanți dincolo de prevederile documentației de atribuire nu poate fi primită în raport de practică CJUE mai sus evocată.

Prin urmare, cerința referitoare la prezentarea autorizațiilor indicate de petentă, nefiind o cerință a documentației de atribuire, nu poate constitui motiv de respingere a ofertelor.

În plus, caietul de sarcini prevede: "Ofertanții vor depune autorizațiile/atestările/licențele în timpul execuției contractului."

Nici argumentul potrivit căruia "nu pot fi eludate dispozițiile imperative ale legii într-o procedură de achiziții publice" nu se confirmă, în condițiile în care nici Consiliul, și nici instanța, nu neagă necesitatea deținerii acestor autorizații la momentul implementării obiectivului de investiții, ci doar că dovada deținerii acestora nu se impune la momentul evaluării ofertelor, așa încât nu poate constitui motiv de excludere a ofertantului.

În concluzie, autorizațiile invocate de petentă nu trebuiau prezentate în etapa de evaluare a ofertelor, fiind atribuția ofertantului desemnat câștigător să desfășoare activitatea în conformitate cu normele legale aplicabile în domeniu, așa încât corect a fost admisă critica.

În raport de aceste argumente, inclusiv solicitarea de clarificări, prin se impune prezentarea autorizațiilor necesar a fi deținute de aceștia (prin lider sau asociat/i sau a subcontractanților declarați), pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor (atestat ANRE de tip Bp; atestat ANRE de tip Be; Autorizație IGSU; Autorizație ANRE destinată proiectării instalațiilor de utilizare a gazelor naturale: PDIB; Licență IGPR), este nelegală.

Mai întâi, pentru că, așa cum s-a arătat, aceste autorizații nu trebuiau prezentate în etapa de evaluare a ofertelor;

Apoi, pentru că în mod greșit se apreciază că această activitate poate fi realizată doar de către lider sau asociat/i sau subcontractanți declarați:

În realitate, intimata pleacă de la o premisă eronată, considerând că activitatea este parte a contractului.

Deși este real că realizarea unei părți din contract poate fi acceptată în cadrul unui contract de achiziție doar în două moduri: prin asociere sau prin sub contractare, în cazul în care terța companie nu acoperă cerințe minime de calificare, nu este necesar a fi declarat subcontractant sau terț susținător.

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

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

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

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

Prestarea unor servicii care nu fac parte din obiectul contractului, ci sunt activități auxiliare/conexe acestora, necesare în derularea contractului pentru respectarea prevederilor legale incidente (este vorba de legislația privind proiectarea și executarea instalațiilor electrice; Instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor; proiectarea instalațiilor de utilizare a gazelor naturale și cea de proiectare a componentelor sau sistemelor de alarmare împotriva efracției) nu face obiect al prezentei proceduri pentru a fi obligatorie subcontractarea acestor servicii, fiind suficientă prestarea acestor servicii pe baza unui contract de prestării servicii.

Așa încât, corect a reținut Consiliul că evaluarea ofertei contestatoarea s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor legale și a documentației de atribuire.

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

Ca atare, afirmația petentei, în sensul că exista obligația de a declara respectiva societate ca fiind subcontractant, este neîntemeiată, în condițiile în care aceasta din urmă are doar calitatea de furnizor de servicii, fiind corect invalidată de Consiliu.

În lumina celor expuse, constatând legalitatea și temeinicia deciziei contestate, Curtea urmează să respingă plângerea formulată de autoritatea contractantă, ca nefondată."

Având în vedere toate argumentele prezentate, Consiliul stabilește că susținerea achizitoarei potrivit căreia „nu prezintă importanță dacă cerința privind autorizațiile a fost formulată ca un criteriu distinct în cadrul documentației de atribuire, deoarece obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări nu constituie un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurare ce rezultă din dispozițiile legislației în domeniul construcțiilor” reprezintă, în fapt, o invocare a propriei culpe legată de modul de întocmire a documentației de atribuire (manieră ce nu poate fi acceptată).

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă, în exercitarea dreptului de apreciere, nu a considerat necesar să includă astfel de cerințe de calificare, a venit în acest moment să includă o astfel de cerință, sub sancțiunea respingerii din procedură, a ofertantului în cauză, apare ca fiind

nelegal, încălcându-se principiul proporționalității, al transparenței, dar și al încrederii legitime.

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și 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, 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 proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice” (a se vedea Hotărârea Serrantoni și Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punctele 31 și 32).

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.

În raport de cele anterior reținute, Consiliul achiesează la cele reținute de contestator vizavi de faptul că autorizațiile la care achizitoarea a făcut referire nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, criticile sub acest aspect fiind fondate.

Într-o atare situație, se are în vedere faptul că activitatea comisiei de evaluare, în ceea ce privește verificarea ofertei analizată anterior în cauză, nu s-a derulat cu respectarea prevederilor art. 123 și următoarele din H.G. nr. 395/2016, criticile aduse de contestator în referire la evaluarea efectuată

de achizitoare fiind întemeiate, impunându-se reevaluarea ofertei prin raportare strictă la prevederile din documentația de atribuire.

În consecință, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestația formulată de către ..., lider al asocierii ... – ..., în contradictoriu cu ... S.A.

Anulează procesul-verbal nr. 4709L/18.03.2022, procesul-verbal nr. 5519L/28.03.2022, procesul-verbal nr. 6110/04.04.2022, în partea ce vizează oferta depusă de ..., lider al asocierii ... – ..., precum și toate actele subsecvente acestora, inclusiv adresa nr. 43974/12.08.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă ... S.A. la reevaluarea ofertei depusă de către ..., lider al asocierii ... – ... prin raportare strictă la conținutul documentației de atribuire, la emiterea unor noi procese-verbale de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ... S.A., cu sediul social în ... și cu adresa de corespondență în

Anulează procesul-verbal nr. 4709L/18.03.2022, procesul-verbal nr. 5519L/28.03.2022, procesul-verbal nr. 6110/04.04.2022, în partea ce vizează oferta depusă de ..., lider al asocierii ... – ..., precum și toate actele subsecvente acestora, inclusiv adresa nr. 43974/12.08.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă ... S.A. la reevaluarea ofertei depusă de către ..., lider al asocierii ... – ... prin raportare strictă la conținutul documentației de atribuire, la emiterea unor noi procese-verbale de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 21 (douăzecișiuna) pagini.