

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2318/24.08.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 42301/25.08.2022, formulată de, prin lider, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin, împotriva adresei nr. 21336/18.08.2022, reprezentând rezultatul procedurii de atribuire și a raportului procedurii nr. 21286/17.08.2022, emise de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

„anularea Raportului procedurii nr. 21286/17.08.2022, a Comunicării rezultatului procedurii nr. 21336/18.08.2022 și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește declararea ca admisibilă și conformă a ofertei clasate pe locul 1 și anume oferta și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor și reevaluarea ofertei depuse de operatorul economic clasat pe locul 1, cu luarea în considerare a motivelor ce determină respingerea acestei oferte ca inacceptabilă, respectiv neconformă și stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile, cu respectarea cerințelor legale și aplicarea criteriilor de atribuire”.

**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, prin liderul, critică adresa nr. 21336/18.08.2022,

reprezentând rezultatul procedurii de atribuire și raportul procedurii nr. 21286/17.08.2022, emise de, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii amintite, solicitând cele ante-menționate.

În fapt, contestatorul precizează că a participat la procedura de achiziție publică, iar în urma evaluării ofertelor, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta Asocierii din care face parte fost clasată pe locul doi având un punctaj de evaluare de 79,48 puncte, iar pe primul loc a fost clasată oferta Asocierii cu 81 puncte.

.... prezintă în continuare motivele pentru care, în opinia sa, se impune anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente - în ceea ce privește declararea ca admisibilă a ofertei asocierii câștigătoare.

Potrivit contestatorului, oferta asocierii este neconformă și inacceptabilă întrucât prin documentația de atribuire s-a solicitat ca ofertanții să elaboreze oferta ținând cont de toate prevederile legale în vigoare, contractantul fiind responsabil pentru deținerea tuturor autorizațiilor și certificatelor necesare conform legislației în vigoare pentru execuția de lucrări într-o formă actualizată atât pentru organizația sa, cât și pentru personalul propus, fapt de care nu s-a ținut cont.

Având în vedere că ofertanții au luat la cunoștință de natura lucrărilor care se vor executa și proiecta, contestatorul precizează că aceștia aveau obligația de a nominaliza subcontractanții autorizați, în cazul în care nu dețineau aceste autorizații.

Față de cele relatate, ... arată că asocierea din care face parte, a depus în ofertă și a informat autoritatea contractantă cu privire la trei acorduri de subcontractare cu firme autorizate, deținătoare de certificate și autorizații necesare executării lucrărilor.

Ori, susține contestatorul, asocierea câștigătoare nu a făcut dovada și informarea autorității cu privire la deținerea certificatelor și autorizațiilor necesare obligatorii, ținând cont și de faptul că este o investiție de interes public, în care o să-și desfășoare activitatea copii.

Având în vedere obiectul dual al contractului de achiziție ce urmează a fi atribuit, care conține atât lucrări de reparații în construcții cât și lucrări de instalații, dar și imperativul legal ca orice ofertant să poată executa în mod legal lucrările ce fac obiectul contractului, ... prezintă în format tabelar lucrările pe care ofertantul nu este autorizat din punct de vedere legal să le execute.

Potrivit contestatorului, un operator economic poate participa la realizarea obiectului unei activități în cadrul unei proceduri de achiziție publică doar având calitatea de asociat/subcontractant, or, ofertantul câștigător nu a declarat o astfel de entitate care să dețină autorizațiile corespunzătoare, astfel că este în imposibilitate de a executa contractul, fapt ce atrage de la sine neconformitatea și inadmisibilitatea ofertei sale.

Deși autoritatea contractantă nu a solicitat în mod expres prezentarea autorizațiilor, susține contestatorul că, potrivit prevederilor legale, rezultă obligația operatorilor economici de a respecta toate

normele tehnice și normativele în vigoare la data depunerii ofertelor și de a prezenta informații cu privire la autorizațiile și certificate necesare execuției lucrării.

Semnaleză că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica dacă ofertanții pot executa contractul cu respectarea legislației în vigoare, înainte ca ofertele să fie declarate admisibile.

În susținerea celor de mai sus, contestatorul invocă decizii ale Curții de Apel și ale CNSC, evidențiind că jurisprudența Consiliului este constantă în sensul că oricare decizie a autorității contractante privind admiterea/respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia sub toate aspectele și pe probe concludente, iar autoritatea contractantă trebuie să acorde ofertanților efectiv dreptul de a-și demonstra cu claritate conformitatea ofertei.

În atare situație, contestatorul solicită reevaluarea ofertei depuse de ofertantul situat pe primul loc, susținând că prin maniera de evaluare s-au încălcat principiile statuate prin Legea nr. 98/2016 în materie de achiziții publice, asocierea câștigătoare beneficiind de un tratament total preferențial și evaziv.

Date fiind considerentele anterior expuse, ... solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 98/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 21797/30.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 43178/30.08.2022, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, ca nelegală și netemeinică, precum și menținerea rezultatului procedurii, a raportului procedurii, a comunicărilor către ofertanți și a tuturor actelor subsecvente.

Autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric cu privire la modul de desfășurare a procedurii de atribuire, precizând că, după ce inițial documentația de atribuire care a stat la baza organizării prezentei proceduri a fost respinsă de ANAP, procedura a fost reluată, iar în data de 15.04.2022 s-a publicat o nouă documentație care nu a mai făcut obiectul evaluării ex-ante a ANAP, dar la elaborarea căreia s-a ținut cont de măsurile de remediere solicitate.

Potrivit achizitorului, documentația de atribuire publicată inițial prevedea obligativitatea prezentării de către ofertanți, la momentul depunerii ofertelor, a atestatelor necesare proiectării și executării lucrărilor de instalații electrice, proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și

stingere a incendiilor, instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor.

Însă, subliniază autoritatea, cu privire la această cerință, ANAP a formulat un punct de vedere prin care solicitat măsuri de remediere – *„eliminați de la nivelul secțiunii III. 1. 1.b) din cadrul instrucțiunilor către ofertanți cerințele 2-3 formulate referitoare la deținerea unor autorizații speciale (la faza de ofertare) atât pentru activitatea de proiectare cât și pentru cea de execuție, având în vedere că obiectul principal al contractului este unul de construcții de clădiri civile, proiectarea și executarea lucrărilor...”*.

Luând act de cele formulate de ANAP, autoritatea contractantă precizează că a eliminat această cerință din documentația de atribuire.

Mai notează achizitorul, că asupra acestui aspect au fost formulate clarificări de către potențialii ofertanți, la care a răspuns prin adresa 7442/17.05.2022, publicată în SEAP în data de 17.05.2022, astfel: *la momentul depunerii ofertelor, în funcție de propunerea tehnică și tipurile de servicii/lucrări oferite, ofertanții vor trebui să prezinte în cadrul propunerii tehnice informații în legătură cu modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor în conformitate cu reglementările legale aplicabile (fără a fi obligatorie prezentarea autorizațiilor/atestatelor respective la momentul ofertării)*.

La momentul organizării prezentei proceduri de atribuire, care include elemente mixte - proiectare și execuție, susține autoritatea contractantă, nu se cunosc în detaliu toate categoriile de operațiuni care urmează a fi executate, drept urmare solicitarea anumitor autorizații, neavând certitudinea că acestea sunt atât necesare, cât și suficiente, ar fi condus la cerințe fie excesive, fie insuficiente.

În cadrul propunerii sale tehnice, menționează achizitorul, Asocierea a declarat că pentru execuția tuturor categoriilor de lucrări pentru care sunt necesare autorizații speciale, va ține cont de toate prevederile legale în domeniu (metodologia de execuție, planul calității aplicabile lucrărilor de instalații electrice, lucrări prevenție și stingere incendiu etc.). Totodată, se arată că, în conformitate cu propunerea tehnică, ofertantul dispune de personal autorizat atât pentru partea de proiectare, cât și pentru execuție.

În aceste condiții, autoritatea contractantă apreciază că ofertantul câștigător a dovedit că are acces la personalul de specialitate necesar realizării obiectului contractului, prevederile documentației de atribuire nefăcând referire la deținerea autorizațiilor/atestatelor, permițând și deținerea acestora de un alt operator economic, fără a impune subcontractarea serviciilor respective, ci doar specificând în cadrul propunerii tehnice modul în care va asigura executarea acestor lucrări.

Subliniind că în anunțul de participare nu există o cerință de calificare referitoare la autorizațiile/atestatele respective, autoritatea contractantă a considerat că nu este necesară, în această etapă,

desemnarea unui subcontractant în acest sens, subcontractanții desemnați obligatoriu în etapa depunerii ofertelor, fiind cei pe ale cărui capacități se bazează ofertantul.

În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă invocă prevederi Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Directiva 2014/24/UE și ale Instrucțiunii nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor din Legea nr. 98/2016.

În ce privește ofertantul câștigător, achizitorul precizează că acesta a dovedit că are acces la specialiști autorizați, iar faptul că nu a nominalizat și terți subcontractanți, nu poate conduce la respingerea ofertei, din moment ce legislația îi permite nominalizarea ulterioară a subcontractantului. De asemenea, faptul că pentru acești operatori nu s-a depus DUAЕ, nu prezintă nicio relevanță, din moment ce ofertantul nu se bazează pe capacitățile lor, atâta timp cât nu există vreo cerință de calificare în acest sens.

Contrar susținerilor contestatorului, autoritatea contractantă menționează că nu a constatat încălcarea vreunei obligații legale a ofertantului declarat câștigător.

Având în vedere toate argumentele prezentate, autoritatea contractantă consideră că pretențiile contestatorului exced prevederilor legale și ale documentației de atribuire și solicită respingerea contestației ca nelegală și netemeinică, precum și menținerea rezultatului procedurii, a raportului procedurii, a comunicărilor către ofertanți și a tuturor actelor subsecvente elaborate în cadrul acestei proceduri.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În replică față de punctul de vedere al autorității contractante, prin adresa nr. 2413/01.09.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 44002/05.09.2022, ..., prin lider formulează un răspuns, prin care invocă nelegalitatea și netemeinicia susținerilor autorității contractante și prezintă argumente de natură să susțină criticile din contestație.

Contestatorul reiterează ca un prin aspect de nelegalitate și netemeinicie a deciziei autorității contractante, lipsa capacității de exercitare a activității profesionale a ofertantului clasat pe locul 1 și lipsa autorizării acestuia de a efectua în mod legal lucrările de instalații, respectiv instalațiile electrice, instalațiile detectare, alarmare și stingere incendiu, centrale termice, sisteme antiefracție, ignifugare șarpantă, etc.

Notează că ofertantul câștigător nu deține autorizările prevăzute de lege și nici personal calificat pentru efectuarea lucrărilor la instalația electrică, potrivit art. 1 din Ordinul ANRE nr. 45/2016.

Astfel, pentru activitatea de „*montare și punere în funcțiune centrale termice*”, chiar dacă autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea autorizațiilor, susține contestatorul că, montajul și punerea în funcțiune a centralelor termice și execuția sistemului de evacuare a fumului sunt

lucrări ce fac obiectul contractului care se intenționează a fi atribuit și, la fel ca în cazul celorlalte autorizații, se impunea a fi solicitate ofertanților.

În opinia contestatorului, de interes pentru achizitor sub aspectul reclamat, al demonstrării capacității profesionale de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului, este proba faptului că, respectivul ofertantului clasat pe primul loc poate duce la îndeplinire contractul supus procedurii de atribuire, ori, în situația de față, ofertantul declarat câștigător, nu a făcut proba că poate realiza contractul cu respectarea prevederilor legale.

Este lipsit de relevanță, subliniază contestatorul, faptul că nu a fost impusă în documentația de atribuire prezentarea anumitor autorizații, câtă vreme, în lipsa lor, lucrările nu pot fi executate legal.

.... semnalează că, în încercarea de a-și acoperi propriile vicii și cu recunoașterea propriei culpe, autoritatea contractantă, prin punctul său de vedere, susține că poate implica un subcontractant, în temeiul art.219 din Legea nr. 98/2016, chiar și ulterior finalizării procedurii de atribuire.

Însă, precizează contestatorul, procedura de implicare a subcontractanților trebuie să respecte condițiile prevăzute de art. 152-161 din HG nr. 395/2016 și poate interveni numai cu acordul autorității contractante, acest eventual acord neputând reprezenta o certitudine și neputând ține loc cerințelor din documentația de atribuire și legislația în vigoare ce trebuie respectată de toți ofertanții.

Potrivit contestatorului, este evident, din moment ce în fisa de date s-a menționat în mod clar că ofertanții au obligația de a preciza partea/părțile din lucrare pe care urmează să le subcontracteze, că ofertantul declarat câștigător nu poate introduce subcontractanți ulterior semnării contractului din moment ce cunoaște natura lucrărilor pe care urmează să le execute și să le proiecteze.

În atare situație, contestatorul apreciază că punctul de vedere al autorității contractante este lipsit de temeinicie și chiar contrar prevederilor legale incidente și, în consecință, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

La data de 31.08.2022, a fost primit din partea, înscrisul intitulat „Punct de vedere”, înregistrat la CNSC sub nr. 43429/31.08.2022, prin care acesta, în calitate de ofertant câștigător al procedurii, solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, prezentând argumente în susținere.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 45431/13.09.2022, ... menționează că punctul de vedere formulat la data de 31.08.2022 nu are natura juridică a unei cereri de intervenție în sensul dispozițiilor art. 17 din Legea nr. 101/2016.

În acest context, susținerile ofertantului menționat vor fi avute în vedere ca simple apărări.

.... a constituit cautiunea în cuantum de lei prin recipisa de consemnare nr. din 26.08.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 1940/29.08.2022.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „....”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de lei, fără TVA.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 2 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 21286/17.08.2022 în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, admisibilitatea ofertelor primite, precum și desemnarea ofertei depuse de asocierea, câștigătoare a procedurii.

Nemulțumit de această decizie a autorității contractante, ..., prin lider, a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată că problema care se impune a fi dezlegată este aceea a existenței, sau nu, a obligației ofertanților de a prezenta în ofertă autorizații nesolicitate explicit la nivelul documentației de atribuire.

Faptul că documentația de atribuire nu a prevăzut, în mod expres, obligația de a prezenta autorizații de tipul celor indicate în contestație a nu fi fost prezentate de asocierea desemnată câștigătoare, este recunoscut chiar de contestator. Însă, susține acesta că prevederea documentației de atribuire conform cu care ofertanții să elaboreze oferta ținând cont de toate prevederile legale, este suficientă pentru ca ofertanții să prezinte informații referitoare la autorizațiile și certificatele necesare realizării lucrării.

Autoritatea contractantă se apără arătând că nu a stabilit, la nivelul fișei de date și a anunțului de participare, o cerință de calificare referitoare la prezentarea autorizațiilor/atestatelor indicate de contestator.

Mai mult, autoritatea contractantă face trimitere la răspunsul la clarificări nr. 7442/17.05.2022, prin care, la întrebarea 4: Clarificați dacă la momentul depunerii ofertelor trebuie ca societatea sau subcontractantii declarați să fie autorizați pentru toate tipurile de servicii/lucrări aferente obiectivului (de exp. ANRE, ISUetc.) răspunsul său a fost următorul:

Răspuns 4

La momentul depunerii ofertelor, în funcție de propunerea tehnică și tipurile de servicii/lucrări ofertate, ofertanții vor trebui să prezinte în cadrul propunerii tehnice informații în legătură cu modul de asigurare a execuției tuturor operațiunilor în conformitate cu reglementările legale aplicabile (fără a fi obligatorie prezentarea autorizațiilor/atestatelor respective la momentul ofertării).

Analizând prevederile fișei de date a achiziției referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, Consiliul constată că nu este stipulată nicaieri vreo obligație a ofertanților de a prezenta în ofertă autorizații ANRE, IGSU, ISCIR sau IGPR de tipul celor la care face contestatorul referire, și, mai mult, că prin răspunsul la clarificări redat mai sus, a fost subliniat faptul că nu este obligatorie prezentarea autorizațiilor la momentul ofertării.

Mai observă Consiliul că însăși cerința regăsită la pag. 28 a caietului de sarcini de care se prevalează contestatorul, face referire la *contractant*, iar nu la *ofertant*, atunci când indică *responsabilitatea deținerii tuturor autorizațiilor și certificatelor necesare conform legislației în vigoare pentru execuția de lucrări într-o formă actualizată atât pentru organizația sa, cât și pentru personalul propus*.

Potrivit prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016 - 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.

În lumina dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, operatorii economici participanți la procedură trebuie să respecte cerințele documentației de atribuire și să depună o ofertă care să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, iar autoritatea contractantă, în procesul de evaluare, este ținută să analizeze ofertele primite în raport de cerințele de participare necontestate, așa cum reglementează art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Așadar, Consiliul determină, față de ansamblul legislației pe linie de achiziții publice, 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 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 contractantă 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.

Chiar dacă prevederile caietului de sarcini conțin referiri cu privire la lucrări a căror execuție presupune deținerea unor autorizații, aceste referiri nu pot fi interpretate nicidecum în sensul că echivalează cu o obligație în sensul invocat de contestator.

În lumina prevederilor legale menționate, dacă considera necesare autorizațiile invocate de contestator, autoritatea contractantă trebuia să le solicite explicit prin documentația de atribuire, ceea ce ar fi atras, într-adevăr, obligația ofertanților de a le prezenta, ipoteză care însă nu se întâlnește în speța de față.

Pe de altă parte, chiar contestatorul, dacă considera necesare respectivele autorizații, avea deschisă calea de atac a contestației împotriva documentației de atribuire, prin care să ceară completarea ei cu obligația aferentă, demers în lipsa căruia documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie în forma în care a fost elaborată de autoritatea contractantă.

Prin urmare, în contextul în care documentația de atribuire nu conține cerințe explicite în sensul stabilirii în sarcina ofertanților a obligației de prezentare a autorizațiilor ANRE, IGSU, ISCIR sau IGPR – aspect pe care însăși contestatorul îl recunoaște, rezultă că aceștia nu sunt debitorii unei asemenea obligații, susținerile contestatorului fiind unele eronate, lipsite de orice suport.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul reține ca relevantă și jurisprudența CJUE, *obligatorie* spre deosebire de cea a CNSC/instanțelor naționale care nu constituie izvor de drept, concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura împotriva, fiind:

*„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 aceluiași 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 diligență 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, prezentarea în ofertă a autorizațiilor la care face referire contestatorul, nefiind impusă în mod clar, precis și neechivoc, nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparenței, 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.

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 intra 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.

De asemenea, în conturarea acestei soluții, Consiliul a ținut seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză asemănătoare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs (de soluționare a plângerii împotriva deciziei CNSC) au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unui aviz specific, raționament invalidat de instanța de revizuire.

Importante în economia cauzei sunt și considerentele reținute 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. Documentul a fost transmis în cauza C-403/21 aflată pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare, formulată în temeiul articolului 267 privind Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene, de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

În prezent, cauza este pe rolul Curții, poziția exprimată de Comisia Europeană fiind în sensul că documentația de atribuire nu se completează de drept cu obligații ce provin din legi speciale.

În acest sens, organismul menționat precizează următoarele:

21. Astfel, 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 împovărător 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**.

23. 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**.

26.(...)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**.

35. Prin urmare, Comisia Europeană recomandă Curții să răspundă la prima întrebare după cum urmează:

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.

40. 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.

41. 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.**

57. (...) **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.**

60. Prin urmare, se propune Curții să răspundă la a doua întrebare după cum urmează:

Directiva 2014/24/UE și principiul proporționalității se opun respingerii din procedura de licitație a unui ofertant care nu a nominalizat un operator ca subcontractant pentru dovedirea îndeplinirii unor criterii privind capacitatea tehnică și profesională ce ar rezulta din prevederile unor legi speciale care nu sunt prevăzute în documentația de atribuire.

În deplin acord cu cele enunțate de Comisia Europeană și cu cele statuate de CJUE în cauzele anterior menționate, Consiliul reține că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele documentației întemeindu-se pe motive legate de cerințe care nu se regăsesc în aceasta, cum sunt cele invocate de contestator în prezenta cauză.

Argumentul în sensul că autorizațiile în discuție reprezintă condiție legală, intrinsecă, care nu ține de necesitatea prevederii ei la nivelul documentației de atribuire, ci de dispozițiile legale în vigoare nu poate fi validat de către Consiliu, întrucât cerințele pe baza cărora se realizează evaluarea ofertelor sunt, în mod exclusiv, cele stabilite de organizatoare în documentația de competiție, transparentizate ca atare. Nu se poate lăsa la aprecierea operatorilor interesați sau a terților determinarea căror condiții trebuie să se supună pentru a fi admiși la licitație, prin studierea întregii legislații în vigoare în România.

Este real că anumite activități din contract necesită anumite autorizări/certificări sau asigurarea unui anumit tip de personal, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea expresă a unor astfel de dovezi la momentul depunerii ofertelor, atunci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor, așa cum apreciază Comisia Europeană în documentul antemenționat.

Astfel, cu luarea în considerare a celor de mai sus, criticile contestatorului se dovedesc a fi neîntemeiate.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de, prin lider, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, prin lider, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

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.