

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1139/19.04.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20337/19.04.2022, depusă de către SC ...SRL cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii simplificate online privind atribuirea contractului având ca obiect *„Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției pentru obiectivul de investiție: Construire Sală de sport cu tribuna 180 locuri, sat Chislaz, comuna Chislaz, județul Teleorman”*, organizată de către ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii, a adresei nr. 18943/12.04.2022 și a raportului procedurii de atribuire nr. 6873L/12.04.2022 în părțile în care oferta SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă,
- obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică și legală a ofertei SC ... SRL,
- obligarea autorității contractante ca la evaluarea ofertelor, să ia în considerare doar ofertele depuse de către ofertanții cu calitate de „persoană care are interes în legătură cu procedura de atribuire”.

Prin adresa nr. 109/29.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 22045/02.05.2022, SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., lider al Asocierii SC ..., reprezentată convențional prin Av. ... cu sediul în ..., în calitate de ofertant declarat câștigător, formulează cerere de intervenție în cadrul procedurii de atribuire antementionată, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de către autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 1139/19.04.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20337/19.04.2022, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, aceasta fiind respinsă.

În opinia contestatoarei, decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale este profund netemeinică și nelegală, motivul respingerii ofertei sale fiind constituit de faptul că, în cadrul ofertei, nu a prezentat autorizații speciale eliberate de IGSU și ISCIR pentru următoarele activități:

„1. IGSU - pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosfumante

2. IGSU - pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți

3. ISCIR - INSTALARE, MONTARE, REPARARE ȘI ÎNTREȚINERE, VERIFICĂRI TEHNICE ÎN UTILIZARE la Aparat consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$ ”, deși acest aspect fusese clarificat prin răspunsul la clarificările solicitate pe timpul evaluării ofertelor, înaintate sub nr. 4103L/14.03.2022.

Se arată că prin anunțul de participare și fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă nu a impus nicio cerință cu privire la deținerea de către ofertanți a vreunei autorizații speciale, sens în care este redat conținutul pct. II 1.1.1) *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale”* astfel:

„II 1.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale.

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

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, respectiv certificat constatator emis de ONRC, sau în cazul ofertanților străini, documente echivalente emise în țara de rezidență, urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în urma aplicării criteriului de atribuire, întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, care să cuprindă informații reale/actuale la momentul prezentării”.

Cerința antereditată a fost preluată în mod identic la pct. „III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale” a fișei de date a achiziției.

Astfel, autoritatea contractantă a ales să nu impună, prin anunțul de participare, nicio cerință cu privire la prezentarea de autorizații speciale de natura celor eliberate de IGSU, ISCIR, invocate ca motiv de respingere a ofertei SC ...SRL.

Acest aspect este relevat chiar de către autoritatea contractantă care, în adresa de solicitare de clarificări nr. 4103L/14.03.2022, a inserat următoarea mențiune:

„Vă solicităm să clarificați modul în care sunt respectate condițiile de participare privind proiectarea și execuția lucrărilor în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare de la cap 6 pagina 25-28 din caietul de sarcini.

În baza acestor normative, vă solicităm să prezentați autorizațiile menționate mai jos deținute de ofertant (lider și/sau asociat/i) și/sau subcontractanți declarați, pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor, ce fac obiectul prezentei proceduri”.

Conform celor redacte rezultă cu pregnanță că nici măcar prin caietul de sarcini nu era impusă în mod explicit vreo cerință de prezentare de autorizații speciale, astfel că o atare cerință a fost „inventată” de autoritatea contractantă pe timpul evaluării ofertelor, printr-o interpretare a faptului că referințele normative dintr-unul din documentele proiectului tehnic ar presupune existența unor autorizări speciale.

Așa cum a arătat și în răspunsul la clarificările solicitate de autoritatea contractantă, cu privire la „capacitatea de exercitare a activității profesionale”, contestatoarea susține că art. 173 din Legea nr. 98/2016 conferea dreptul autorității contractante de a impune cerințe minime de calificare privind dovedirea deținerii de autorizații speciale.

În condițiile în care, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a ales să nu impună cerințe minime de calificare privitoare la deținerea de către ofertanți de autorizații speciale, sunt aplicabile dispozițiile art. 30 alin. (4) și (6) din HG nr. 395/2016.

Efectele clauzei nescrise sunt prevăzute în dreptul comun, iar relevanță pentru materia achizițiilor publice prezintă interpretarea dată de Decizia nr. 4880/2015 pronunțată de Curtea de Apel TIMIȘOARA la data de 08-07-2015 în Dosarul nr. 1007/59/2015:

„Caracterul de cerință de calificare trebuie analizat, înainte de toate, chiar prin raportare la formularea utilizată în textul cerinței, la măsura în care autoritatea contractantă a adoptat decizii de evaluare pe baza acestei cerințe și la consecințele produse de utilizarea cerinței în procesul de evaluare.

O clauză nescrisă se consideră că nu există deloc, de la bun început, și astfel nici nu poate fi analizată și avută în vedere. Fiind

așadar o cauză de ineficacitate, clauza nescrisă nu produce niciun efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există".

Față de reglementările legale antemenționate și situația faptică din procedura de atribuire, trimiterea autorității contractante la „reglementările legale în vigoare, enumerate la cap 6 pagina 17-19 din caietul de sarcini”, căroră dorește să le dea caracter de cerință minimă de calificare privind „capacitatea de exercitare a activității profesionale”, fără ca o astfel de cerință să fi fost „inclusă în anunțul de participare/simplificat” este o clauză nescrisă, inaptă de a produce vreun efect, la data evaluării ofertelor, autoritatea contractantă neputându-și invoca, prin înfrângerea principiului de drept *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, neregularitatea produsă prin necompletarea corespunzătoare a anunțului de participare simplificat, încât să pretindă îndeplinirea de cerințe minime de calificare care nu au fost incluse în anunț.

Contestatoarea a precizat autorității contractante că, în situația faptică dată, generată din culpa exclusivă a acesteia, execuția lucrărilor prin operatori economici deținători ai autorizațiilor speciale invocate, se va efectua în ipoteza reglementată de art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, lucrările supuse autorizărilor speciale nefiind de natură a produce vreo modificare substanțială a contractului.

A fost invocată și jurisprudența definitivă a instanțelor competente în domeniu prin care s-a statuat că ofertanții nu datorează prezentarea de autorizații speciale care nu au fost solicitate prin anunțul de participare, sens în care s-a redat din motivarea Deciziei nr. 784/2021, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia - Secția de contencios administrativ și fiscal - în Dosarul nr. 386/57/2021, astfel:

Din analiza acestor cerințe, rezultă că, deși potrivit art. 173 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind prezentarea de autorizări/atestări, aceasta nu a impus, prin fișa de date a achiziției, vreo cerință referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților referitoare la deținerea de autorizații speciale pentru a presta și executa contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit (de altfel nici în caietul de sarcini nu s-a indicat expres necesitatea prezentării acestor autorizații, atestate și certificate la momentul depunerii ofertelor, pentru executarea lucrărilor de instalații electrice, lucrărilor de instalații de utilizare a gazelor naturale, lucrărilor în domeniul apărării împotriva incendiilor, lucrărilor de ascensoare supuse domeniului de atestare ISCIR), singura cerință referindu-se la depunerea certificatului constatator emis de ONRC în conformitate cu prevederile Legii 26/1990 din care să reiasă că ofertantul are ca obiect principal sau secundar prestarea lucrărilor ce fac obiectul achiziției. Este adevărat că a solicitat

ca operatorii economici să dovedească faptul că au „capacitatea profesională” de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Or, în acord cu principiul transparenței, autoritatea contractantă ar fi trebuit să indice clar obligația de deținere și prezentare a anumitor autorizări/atestări, nefiind posibil ca această obligație să fie dedusă din interpretarea extensivă a cerinței mai sus menționate. Criteriile de calificare nu trebuie exprimate în termeni generali și nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, la un moment dat, de către o autoritate contractantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca aceasta din urmă să asigure ofertanților o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. (...)

Așadar, chiar Consiliu recunoaște că obligația de depunere a autorizațiilor, certificatelor și atestatelor (ANRE, IGSU sau ISCIR) pentru proiectarea și execuția unor lucrări din cadrul contractului rezultă doar din prevederile legale care reglementează domeniile respective și că cerința din cadrul documentației de atribuire referitoare la „capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului” trebuia înțeleasă de ofertanți prin prisma acestor prevederi legale.

Or, a considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale și care excede documentației de atribuire încalcă principiul transparenței.

Prin urmare, dacă cerința referitoare la existența autorizărilor/atestărilor despre care face vorbire Consiliu nu rezultă explicit din redactarea anunțului de participare sau a fișei de date, nu poate fi obligată autoritatea contractantă să solicite în etapa de evaluare aceste documente, întrucât ar însemna să nu respecte cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit.

În final, contestatoarea învederează că deși a prezentat autorității contractante și autorizațiile speciale deținute, în parte de aceasta, iar în parte de colaboratorii săi tradiționali, care urmau a fi incluși în derularea lucrărilor în ipoteza reglementată de art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a insistat în „presupunerile” sale nelegale, respingând oferta SC SRL în mod netemeinic și anulând procedura de atribuire în mod nejustificat, motivul invocat de autoritatea contractantă necircumscriindu-se niciunuia dintre cele reglementate de art. 212 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a depus în copie, un set de documente din cadrul dosarului achiziției, cu adresa de înaintare înregistrată la Consiliu sub nr. 21097/26.04.2022, iar ulterior, cu adresa de înaintare înregistrată la Consiliu sub nr. 22240/02.05.2022, a depus în completare un nou set de documente.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 22264/02.05.2022, ... SA a transmis punctul de vedere prin care solicită respingerea contestației formulată de către SC ...SRL, ca nefondată.

Referitor la critica privind faptul că procedura de atribuire a fost anulată, societatea ...SRL se află într-o gravă eroare, deoarece așa cum reiese atât din raportul procedurii cât și din adresa privind comunicarea rezultatului procedurii, Asocierea SRL a fost desemnată drept câștigătoare a procedurii de atribuire.

Referitor la criticile privind respingerea în mod eronat, nelegal și netemeinic a ofertei prezentate de Asocierea ... SRL, cu privire la nedeținerea tuturor autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții, 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 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, coroborat cu Capitolul 6 din caietul de sarcini, potrivit cărora *„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 obiectivului de investiții, cu respectarea tuturor reglementărilor în materia 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 materia construcțiilor.

Mai mult, însăși definiția termenului de „operator economic” prevăzută în legislația în materia achizițiilor publice, 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 (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 0.4kV*”- necesar în baza prevederilor HG nr. 33/2007, Legii nr. 160/2012, Legii nr. 123/2012, Ordinului nr. 45/2016 și Ordinului nr. 11/2013, cu modificările și completările ulterioare; Autorizația IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, necesară în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, HG 259/2005 și Ordinului nr.87/2010, cu modificările și completările ulterioare; Autorizația IGSU Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare alarmare și alertare în caz de incendiu, necesare în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, HG nr. 259/2005 și Ordinului nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare; Autorizația IGSU Proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, necesară în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, cu modificările și completările ulterioare; Autorizația IGSU Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor cu excepția celor care conțin anumite gaze flouorurante cu efect de seră, necesară în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, HG nr. 259/2005 și Ordinului nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare; Autorizația ISCIR privind instalarea, montarea, repararea, întreținerea și verificările tehnice în utilizare la aparate consumatoare de combustibil având $P_{max} < -400$ kW Cazane de apă caldă având $P_{max} < -400$ kW, necesare în baza prevederilor Legii nr. 64/2008, cu modificările și completările ulterioare).

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.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Iași, în dosarul nr. 511/45/2021, reținând că „*Neincluderea cerințelor prevăzute de lege pentru autorizarea desfășurării unei activități în documentația de atribuire a unui contract de achiziție publică nu are semnificația faptului*

că respectarea dispozițiilor legale privind autorizarea este lăsată la alegerea autorității contractante ori a ofertanților. Fiind prevăzută în lege, nu este necesar ca obligația referitoare la deținerea unei autorizații în vederea executării de lucrări să fie menționată în documentația de atribuire, fiind evident că desfășurarea egală a unei astfel de activități nu se poate efectua fără deținerea autorizației obținute în condițiile legii".

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 hotărât că pentru realizarea în condiții de legalitate a obiectivului de investiții este necesar ca ofertatul câștigător să dețină următoarele autorizații:

- Atestat ANRE de tip B *„proiectare și executare de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/ construcții civile și industriale, brânșamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0.4 kV", necesară potrivit prevederilor HG nr. 33/2007, Legii nr. 160/2012, Legii nr. 123/2012, Ordinului nr. 45/2016 și Ordinului nr. 11/2013, cu modificările și completările ulterioare. Prin documentația de atribuire, mai precis prin prevederile caietului de sarcini, autoritatea contractantă a semnalat următoarele: „Instalația electrică de utilizare a obiectivului se alimentează din rețeaua locală de joasă tensiune printr-un brânșament electric trifazat, în baza avizului de racordare emis de furnizorul de energie electrică local". De asemenea, prin caietul de sarcini se specifică faptul că „Soluția de brânșare la rețeaua electrică locală se stabilește de către furnizorul de utilități. Proiectul instalației de brânșament și lucrările de brânșare se execută de către o societate specializată, autorizată ANRE și agreeată de furnizorul de energie electrică";*

- Autorizație IGSU pentru proiectarea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu, necesară în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, HG nr. 259/2005, Ordinului nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare;

- Autorizație IGSU pentru instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de semnalizare alarmare și alertare în caz de incendiu, necesară în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, HG 259/2005 și Ordinului nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare. Prin documentația de atribuire, mai precis prin prevederile caietului de sarcini, autoritatea contractantă a semnalat următoarele: *„Spațiile tehnice s-au prevăzut la parter unde s-a amplasat centrala termică, care se va echipa cu cazane conectate la serpentină încălzire energie*

electrică, gaze și panouri solare, și în aceeași zonă s-au amenajat grupurile sanitare cu dușuri, accesibile din hol acces principal. În intrarea de la parter a Brigăzii de Pompieri, va fi montată centrală de detecție și semnalizare incendiu, cât și echipamentele de înregistrare supraveghere video";

- Autorizație IGSU pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, necesară în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, cu modificările și completările ulterioare;

- Autorizație IGSU pentru instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor cu excepția celor care conțin anumite gaze floururante cu efect de seră, necesare în baza prevederilor Legii nr. 307/2006, HG nr. 259/2005 și Ordinului nr. 87/2010, cu modificările și completările ulterioare. Conform caiet de sarcini: *„Spațiile tehnice s-au prevăzut la parter unde s-a amplasat Centrală termică care se va echipa cu cazane conectate la serpentină încălzire energie electrică, gaze și panouri solare, și în aceeași zonă s-au amenajat grupurile sanitare cu dușuri, accesibile din hol acces principal. În intrarea de la parter a Brigăzii de Pompieri, va fi montată centrala de detecție și semnalizare incendiu, cât și echipamentele de înregistrare supraveghere video";* De asemenea, prin caietul de sarcini se specifică despre clădire că aceasta *„va fi echipată cu instalație de detecție și semnalizare incendiu de tip adresabil, cu echipare totală. Centrala de detecție și semnalizare incendiu va fi montată în parterul clădirii, cu supraveghere permanentă.”;*

- Autorizație IGSU pentru proiectare a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural organizat;

- Autorizație IGSU pentru instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți,

- Autorizație ISCIR privind instalarea, montarea, reparare, întreținere și verificări tehnice în utilizare la aparate consumatoare de combustibil având $P_{max} \leq 400$ kW Cazane de apă caldă având $P_{max} \leq 400$ kW, necesară în baza Legii nr. 64/2008, cu modificările și completările ulterioare.

Prin prevederile caietului de sarcini, autoritatea contractantă a semnalat următoarele: *„Alimentarea cu agent termic pentru încălzire și preparare apă caldă menjeră se face din centrală termică proprie pe combustibil gaze cu parametri 80/60 grd. C cu puterea termică 70Kw.”*

- Licența de funcționare IGPR pentru activități de instalare/modificare/ întreținere sisteme de supraveghere/ alarmare împotriva efracției. Prin documentația de atribuire, mai precis prin prevederile caietului de sarcini, autoritatea contractantă a semnalat următoarele: *„Se va prevedea o priză de pământ cu rezistență mai mică de 1 Ohm, ce va prelua și instalația de paratrăsnet. La priza de pământ se vor conecta toate echipamentele electrice cu posibilitate de electrocutare a*

ocupantului. Instalațiile electrice vor fi de iluminat interior și exterior, forță, prize, dar și curenți slabi - TV, voce - date, sistem supraveghere și control acces."

Pentru a putea stabili conformitatea ofertei depuse de Asocieria DUMEXIM SRL, comisia de evaluare a solicitat acestuia următoarele clarificări:

„Ofertantul va clarifica modul în care sunt respectate condițiile de participare privind proiectarea și execuția lucrărilor în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare de la cap. 6, pag. 25 - 28, din caietul de sarcini.

În baza acestor normative, ofertantul va prezenta autorizațiile menționate mai jos, deținute de ofertant (lider și/sau asociat/i) și/sau a subcontractanților declarați, pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor, ce fac obiectul prezentei proceduri și anume:

1. Autorizație IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural organizat

2. Autorizație IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți

3. Autorizație IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor

4. Autorizație IGSU pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosfumante

5. Autorizație ISCIR pentru INSTALARE, MONTARE, REPARARE ȘI ÎNTREȚINERE, VERIFICĂRI TEHNICE ÎN UTILIZARE la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$.

6. 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."

Prin adresa nr. 756/16.03.2022 ofertantul a transmis următorul răspuns:

"1. În ceea ce privește prezentarea Autorizației IGSU pentru proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural organizat, precizăm că aceasta a fost prezentată în propunerea tehnică a Proiectantului la pagina 144, unde se regăsește AUTORIZAȚIA cu Seria A, Nr. 7817 din 06.03.2012, deținută de subcontractantul ISOVENT PROIECT S.R.L. Atașăm în copie documentele menționate mai sus.

2. În ceea ce privește prezentarea Autorizației IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți- precizăm că aceasta a fost prezentată în propunerea tehnică la pagina 682 unde se regăsește Autorizația cu Seria A, Nr.8275 din 26.07.2018, deținută de ERGOCON S.R.L. și prezentată în baza contractului de Prestări Servicii nr.

3428/25.11.2021, depus în propunerea tehnică la paginile 680-681. Atașăm în copie documentele menționate mai sus.

3. Cu privire la Autorizația IGSU pentru Instalare și Întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, precizăm că aceasta a fost prezentată în propunerea tehnică la pagina 439 unde este prezentată Autorizația cu Seria A, nr.9068 din 14.06.2019. Atașăm în copie Autorizația menționată mai sus. Autorizația este deținută de ofertantul ... SRL

4. Cu privire la Autorizația IGSU pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosfumante precizăm următoarele:

Ofertantul precizează că nu poate fi obligat să prezinte toate documentele necesare executării contractului încă de la momentul depunerii ofertei, invocând o decizie a CNSC.

La solicitarea expresă a autorității contractante, cu privire la Autorizația IGSU pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosfumante - prezentăm Autorizația cu Seria A, nr.7148 din 28.06.2017, deținută de ... S.R.L. și pe care o depunem în baza Contractului de prestări servicii pe care ofertantul îl are încheiat cu societatea ...S.R.L. Atașăm în copie documentele menționate mai sus. Conform argumentației de mai sus, prezenta nu constituie o completare/modificare a propunerii tehnice depuse de ofertant.

5. Cu privire la Autorizația ISCIR INSTALARE, MONTARE, REPARARE ȘI ÎNTREȚINERE, VERIFICĂRI TEHNICE ÎN UTILIZARE la Aparat consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazan de apă caldă având $P < 400\text{kW}$, precizăm că aceasta a fost prezentată la pagina 678 din propunerea tehnică unde se regăsește Autorizația (conform procesului-verbal nr.62C- 218 din 18.09.2018) deținută de persoana juridică SC TERMIC GAZ EXPERT SRL cu care societatea noastră are încheiat un contract de prestări servicii din data de 24.11.2021, contract care a fost prezentat la pagina 677. Atașăm în copie documentele menționate mai sus.

6. Subcontractantul declarat SC ... SRL deține atestatul ANRE tip C2A, ce include competentele atestatului de tip Bp solicitat în clarificări (Bp este inferior lui C2A). Atașăm atestarea și competentele certificatului ANRE".

În urma analizării răspunsului la clarificări, comisia de evaluare în mod corect a constatat că acesta nu deține autorizații pentru executarea următoarelor lucrări:

- de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți (autorizație emisă de IGSU);
- de termoprotecție cu vopsele termosfumante (autorizație emisă de IGSU);

- de instalare, montare, reparare și întreținere, verificări tehnice în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$ (autorizație emisă de către ISCIR).

Pentru executarea acestor lucrări, ofertantul a prezentat contracte de prestări servicii încheiate cu ... SRL, ... SRL și ... SRL, operatori economici care nu au calitatea de ofertant (lider și/sau asociat/i) și/sau subcontractant declarat în cadrul prezentei proceduri.

Întrucât ...SRL nu a prezentat toate autorizațiile necesare implementării obiectivului de investiții, în mod temeinic și legal, comisia de evaluare a hotărât să o respingă ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul cu 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.

Autoritatea contractantă învederează că aceeași interpretare s-a realizat și prin Decizia CNSC nr. ... 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, în același sens este și practica CNSC, care s-a pronunțat printr-o serie de decizii. Mai mult decât atât, cu ocazia desfășurării unor proceduri de achiziție publică pentru obiective similare, s-au înregistrat mai multe contestații având ca obiect necesitatea prezentării autorizațiilor în etapa de evaluare a ofertelor, motiv pentru care, autoritatea contractantă exemplifică următoarea jurisprudență:

- Prin Decizia nr. ... pronunțată în data de 14.02.2022 cu privire la obiectivul de investiții: Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: *„Consolidare, Extindere, Supraetajare și Dotare Sediul Primăriei Arcani-Jud.Gorj”*, CNSC s-a pronunțat în sensul obligativității prezentării autorizațiilor, reținând că *„este lipsită de relevanță neincluderea unei cerințe în documentația de atribuire, atât timp cât aceasta este determinată de o reglementare legală specifică, iar în lipsa ei lucrările nu pot fi executate în mod legal”*.

- Prin Decizia nr. ... pronunțată în data de 06.04.2022 cu privire la obiectivul de investiții: Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: *„Remiza Pompieri și stație ambulantă”* în comun Fundeni, județul Călărași, CNSC a reținut că *„obligativitatea deținerii unor autorizații în vederea executării lucrărilor ..., reprezintă obligații legale pentru desfășurarea unor astfel de activități. Așadar, cerințele referitoare la deținerea autorizațiilor IGSU, ANRE și ISCIR, pentru contractul care se va atribui, sunt prevăzute în cadrul legislației specific, respective Legea nr. 307/2006, Legea nr. 160/2012, Legea nr. 123/2012, Ordinul nr. 45/2016, Ordinul nr. 11/2013, Legea nr. 64/2008, HG nr. 259/2005 și Ordinul nr. 87/2010, inclusive legislația conexasă,*

astfel că în lipsa unei autorizări legal prevăzute, activitățile din cadrul contractului care se intenționează a se atribui nu pot fi desfășurate în mod legal."

- Prin Hotărârea nr. 2472/2021, pronunțată la data de 02.12.2021, cu privire la obiectivul de investiții: Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor pentru obiectivul de investiție: „Construire bazin de înot didactic în municipiul Gherla, str. Parcului, nr.35Af județul Cluj”, Curtea de Apel București a reținut necesitatea prezentării autorizațiilor în etapa de evaluare a lucrărilor, subliniind că *„se impune ca autoritatea contractantă să reevalueze conformitatea propunerii tehnice cu privire la necesitatea prezentării autorizațiilor, astfel încât activitățile să respecte prevederile normativelor în vigoare”*.

În această speță, 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 contestatoare, 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 Normele metodologice aprobate prin HG 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 HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, o oferta 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.

În concluzie, în mod temeinic și legal comisia de evaluare a hotărât să respingă oferta prezentată de Asocierea ... SRL ca fiind inacceptabilă și neconformă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5), coroborate cu art. 137 alin. (3) lit. (a) din HG nr. 395/2016, deoarece aceasta nu respectă cerințele caietului de sarcini, motivat de faptul că nu îndeplinește prevederea referitoare la deținerea autorizațiilor necesare realizării obiectivului de investiții.

Prin adresa nr. 109/29.04.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 22045/02.05.2022, SC ... SRL lider al Asocierii SC ... SRL, în calitate de ofertant declarat câștigător, formulează cerere de intervenție în cadrul procedurii de atribuire antementionată, prin care solicită admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de către autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În opinia intervenientei, decizia de respingere a ofertei depuse de ... SRL ca inacceptabilă și neconformă este temeinică și legală.

Potrivit raportului procedurii oferta contestatorului a fost respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016, pe considerentul că răspunsul la solicitarea de clarificări nu este concludent și, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin.3 lit.a) din același act normativ, pe considerentul că oferta acestuia nu respectă toate cerințele caietului de sarcini.

Astfel, în ceea ce privește decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei depuse de contestator se reține faptul că pe parcursul evaluării ofertei au fost solicitate clarificări, prin adresa nr. 4103L/14.03.2022, prin care se solicită să se clarifice modul în care sunt respectate condițiile de participare privind proiectarea și execuția lucrărilor în conformitate cu Standardele și reglementările tehnice menționate la cap. 6, pag. 25-28 din caietul de sarcini, pentru un număr de 6 activități/lucrări pentru care sunt necesare autorizări/atestare prevăzute de dispozițiile legale.

La această solicitare de clarificări contestatorul a răspuns prin adresa nr. 756/16.03.2022, anexând la acesta mai multe autorizații/atestări deținute de terțe persoane, care nu au nicio calitate în cadrul ofertei sale.

Comisia de evaluare analizând documentele regăsite în cadrul propunerii tehnice cât și ca anexă la răspunsul la clarificări a constatat că *"pentru lucrările de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, a lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosopumante, respectiv a celor de instalare, montare, reparare și întreținere, verificări tehnice în utilizare la Aparat consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$, ofertantul a încheiat contracte de prestări servicii cu ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, operatori economici care nu au calitatea de ofertant (lider și/sau asociat/i) și/sau subcontractant declarat."*

Având în vedere faptul că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul justifică deținerea autorizațiilor impuse de lege pentru anumite categorii de lucrări prin prezentarea unor autorizații/atestare deținute de operatori economici care nu au nicio calitate în oferta acestuia, în mod corect autoritatea a reținut că respectivul răspuns este neconcludent, în sensul că nu lămurește autoritatea cu privire la aspectele solicitate.

Autoritatea contractantă nu putea, fără să încalce principiul tratamentului egal față de ceilalți participanți la procedură, să accepte autorizațiile prezentate atâta timp cât persoanele care le dețin nu au fost declarați subcontractanți și nici nu au calitatea de asociați.

De asemenea, susținerea contestatorului potrivit căreia *"în situația faptică dată, generată din culpa exclusivă a acesteia, execuția lucrărilor prin operatori economici deținători ai autorizațiilor speciale invocate, se va efectua în ipoteza reglementată de art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia: „Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, în condițiile art. 221", lucrările supuse autorizărilor speciale nefiind de natură a produce vreo modificare substanțială a contractului", este nefondată.*

În susținerea acestei afirmații, intervenienta precizează pe de o parte, faptul că situația nu este generată de către autoritate cum greșit se susține, ci este generată de contestator care nu a înțeles că toate lucrările ce fac parte din obiectul contractului trebuie executate cu respectarea dispozițiilor legale incidente și, pe de altă parte, că, dispozițiile art. 219 nu sunt incidente în cauză, întrucât acestea sunt incidente în etapa de derulare a contractului și nicidecum în etapa de evaluare privind conformitatea propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini.

Dispozițiile art. 219 alin. 3 din Legea nr. 98/2016, se aplică contractanților și nu ofertanților, contractantul este ofertantul desemnat câștigător cu care autoritatea a semnat contractul, în timp ce ofertantul este operatorul economic care a depus o ofertă și care trebuie să facă dovada respectării tuturor prevederilor din documentația de atribuire.

Altfel spus, prevederile art. 219 din Legea nr. 98/2016 se aplică în etapa derulării contractului, pe când verificarea capacității de a executa toate lucrările ce fac parte din obiectul contractului ce urmează a se încheia, se face potrivit art. 133 din HG nr. 395/2016, în etapa evaluării ofertelor.

Prin urmare, în condițiile în care prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu a făcut dovada deținerii autorizațiilor/atestatelor impuse de dispozițiile legale aplicabile de către acesta sau subcontractanții acestuia, în mod corect autoritatea contractantă a apreciat răspunsul ca fiind neconcludent, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește decizia de respingere a ofertei ca neconformă intervenienta afirmă că prin documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini s-a solicitat ca proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare, situație în care ofertanții erau obligați să facă dovada că pot să presteze și să execute toate activitățile/lucrările ce fac obiectul contractului.

Contrar susținerii contestatorului potrivit căreia respectivele autorizări/atestări nu au fost solicitate prin documentație, prin caietul de sarcini la cap. 6 (Fișier Secțiunea 1- Sala sport 180 lemn I.doc) pag. 25-28 a fost prevăzută legislația, standarde și reglementări tehnice aplicabile, în funcție de fiecare categorie de lucrări ce face obiectul prezentului contract. Mai mult, în cadrul acestui capitol se prevede în mod expres faptul că *"Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare"*.

Prin urmare, potrivit acestor prevederi din caietul de sarcini, ofertanții trebuie să facă dovada că pot să presteze/execute toate activitățile/lucrările ce fac obiectul contractului ce urmează a se încheia cu respectarea dispozițiilor legale și a normativelor incidente, dispoziții care pentru prestarea/executarea anumitor activități/lucrări impun deținerea unor autorizații/atestări.

Prin caietul de sarcini sunt prevăzute lucrări pentru care autoritatea contractantă a reținut că nu au fost prezentate autorizațiile legale necesare executării acestora.

Astfel, lucrările de termoprotecție cu vopsele termosopumante sunt prevăzute în caietul de sarcini - Fișier Secțiunea 2- sala sport 180 lemn.doc - pag. 13, denumită vopsea intumescentă întrucât aceasta oferă rezistență la foc a elementului metalic.

De asemenea, categoria de lucrări privind "instalare și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți" sunt prevăzute în caietul de sarcini, fișier Secțiunea 3- sala sport 180 lemn.doc - pag. 3, cât și în caietul de sarcini Fișier Secțiunea 1- Sala sport 180 lemn I.doc - pag. 22.

Pentru aceste două categorii de lucrări este necesară respectarea legislației și a normativelor prevăzute în caietul de sarcini Fișier Secțiunea 1- Sala sport 180 lemn I.doc, pag. 27 cap.6, respectiv:

- *"Legea 307/2006 Legea privind apărarea împotriva incendiilor*
- *P118-1/2015 si P118-2/2015, Normativ privind securitatea la incendiu a construcțiilor*
- *C 300/1994 Normativ de prevenire a incendiilor pe durata executării lucrărilor de construcții și instalațiile aferente*
- *HG nr. 1739/2006 pentru aprobarea categoriilor de construcții și amenajări care se supun avizării și/sau autorizării privind securitatea la incendiu*

- Ordin nr. 163 din 28 februarie 2007 Norme generale de prevenire și stingere a incendiilor

- Această listă nu este limitativă, 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".

Pentru executarea acestor categorii de lucrări este obligatorie autorizarea conform ORDINULUI Nr. 87 din 6 aprilie 2010 privind aprobarea Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor,

ART. 1(1) Prezenta metodologie stabilește cadrul de desfășurare a activității de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor.

(2) Fac obiectul autorizării potrivit prezentei metodologii următoarele lucrări:

a) proiectarea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;

b) instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de semnalizare, alarmare și alertare în caz de incendiu;

c) proiectarea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor;

d) instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră;

e) termoprotecție cu vopsele termosfumante;

f) termoprotecție cu produse de torcretare;

g) ignifugarea materialelor combustibile;

h) întreținerea instalațiilor speciale din compunerea autospecialelor destinate apărării împotriva incendiilor;

i) verificarea, reîncărcarea și repararea stingătoarelor de incendiu, cu excepția celor care conțin anumite gaze fluorurate cu efect de seră;

j) proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural-organizat;

k) instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți.

ART. 2 În sensul prezentei metodologii, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații: a) autorizație - document emis de Centrul Național pentru Securitate la Incendiu și Protecție Civilă care dă dreptul titularului să efectueze lucrările în domeniul apărării împotriva incendiilor prevăzute de art. 1 alin. (2);

Lucrările privind instalare, montare, reparare și întreținere, verificări tehnice în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil

având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$ sunt prevăzute prin caietul de sarcini fișier Secțiunea 3- sala sport 180 lemn.doc, pag. 6.

Pentru această categorie de lucrări este necesară respectarea legislației și a normativelor prevăzute în caietul de sarcini Fișier Secțiunea 1- Sala sport 180 lemn I.doc, pag. 27 cap.6, respectiv:

- *"113-2015 Normativ privind exploatarea instalațiilor de încălzire centrală"*

- *STAS 6648/ 1,2-2014 Calculul aporturilor de căldură din exterior" și "Parametrii climatici exteriori"*

- *SR 1907/1-2014 instalații de încălzire. Necesarul de căldură de calcul. Prescripții de calcul*

- *SR 1907/ 2-2014 instalații de încălzire. Necesarul de căldură de calcul. Temperaturi interioare convenționale de calcul*

- *C107/ 0-2002 Normativ pentru proiectarea și executarea lucrărilor de izolații termice la clădiri*

- *C107/ 2-2005 Normativ privind calculul coeficientului global de izolare termică la clădiri cu altă destinație decât cea de locuit*

- *C107/ 3-2005 Normativ privind calculul termotehnic al elementelor de construcție ale clădirilor*

- *C107/ 5-2005 Normativ privind calculul termotehnic al elementelor de construcție în contact cu solul*

- *C107/ 6-2005 Normativ general privind calculul transferului de masă (umiditate) prin elemente de construcție.*

Această listă nu este limitativă, 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".

Respectivele categorii de lucrări nu pot fi executate decât în condițiile prevăzute de Legea 64/2008, Ordin pentru aprobarea prescripțiilor tehnice PT CR - 4-2009, Prescripția tehnică PTA1-2010 - Aparat de încălzit alimentate cu combustibil solid, lichid sau gazos cu puteri nominale $< 400\text{kW}$ (Ordinul nr.1007/2010), care la art. 8 prevede *"Instalarea sau montarea aparatelor se efectuează de către producătorul acestora, de către persoane juridice autorizate de către ISCIR sau de către persoane juridice autorizate de autoritățile competente din statele membre. Persoanele juridice autorizate de autoritățile competente din statele membre trebuie să fie înregistrate în Registrul ISCIR al persoanelor juridice autorizate. Condițiile privind autorizarea de către ISCIR a persoanelor juridice care efectuează instalarea sau montarea aparatelor precum și condițiile de înregistrare în Registrul ISCIR al persoanelor juridice autorizate sunt stabilite în prescripția tehnică aplicabilă".*

Prin urmare, pentru a executa în mod legal lucrările de instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, a lucrărilor de termoprotecție cu vopsele

termospumante, respectiv a celor de instalare, montare, reparare și întreținere, verificări tehnice în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$, prevăzute prin documentația de atribuire, este necesară deținerea unei autorizații eliberate în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unor astfel de autorizații în cuprinsul fișei de date. Aceasta fiind o condiție legală fără de care ofertanții nu pot executa respectivele categorii de lucrări ce fac parte din obiectul contractului.

În acest sens este și decizia publicată în B02021_267, pronunțată într-o speță similară, prin care se reține *"Consiliul a precizat că pentru autoritatea contractantă era de interes ca ofertanții să facă dovada că sunt abilitați să proiecteze activitățile aferente obiectului contractului de servicii supus procedurii de atribuire în cauză. Pentru a executa în mod legal aceste lucrări/activități este necesară deținerea unor autorizații eliberate în condițiile legii, indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unor astfel de autorizații în cuprinsul fișei de date."*

Omisiunea autorității contractante de a indica necesitatea deținerii autorizărilor în vederea executării acestor lucrări, nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită de prevederile legale și menționată în mod expres în caietul de sarcini întocmit de către autoritatea contractantă.

În sensul celor anterior menționate s-a pronunțat Curtea de Apel București (Decizia civilă nr. 3298/08.09.2017, Decizia civilă nr. 5117/29.11.2017, Decizia civilă nr. 64/12.04.2019), precum și Curtea de Apel Cluj (Decizia civilă nr. 3935/12.10.2017)".

De asemenea, relevantă în cauză este și DECIZIA nr. 758/2019 din 24/10/2019 pronunțată de Curtea de Apel BACĂU - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal: *"în măsura în care autoritatea contractantă a prevăzut că obiectul contractului include și punerea în funcțiune a obiectivului, iar pentru această etapă era necesară obținerea Autorizației de gospodărire a apelor, chiar dacă nu a prevăzut în mod expres o astfel de cerință, rezultă că ofertanții erau obligați să prezinte dovezi care să ateste că au certificările cerute de lege pentru a putea îndeplini obiectul contractului: din coroborarea prevederilor documentației de atribuire, raportate la dispozițiile legale citate mai sus, rezultă că ofertanții trebuie să dețină autorizația în discuție pentru întocmirea documentațiilor pentru Sistemul de Gospodărire Apelor în vederea punerii în funcțiune a obiectivului."*

Totodată, cu privire la susținerile contestatorului potrivit cărora autoritatea *"a ales să nu impună, prin anunțul de participare, nicio cerință cu privire la prezentarea de autorizații speciale de natura celor eliberate de IGSU, ISCIR, invocate ca motiv de respingere a ofertei (...) nici măcar prin caietul de sarcini nu era impusă în mod explicit vreo*

cerință de prezentare de autorizații speciale" este relevantă Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, în cadrul căreia se reține:

„2). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate, în aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului de a permite operatorului economic să își remedieze situația și să îndeplinească obligația menționată într-un termen stabilit de autoritatea contractantă.”

Per a contrario, acestei interpretării dispuse de practica comunitară, respectarea principiului tratamentului egal și al transparenței, impune autorității contractante să respingă oferta unui operator economic care nu a respectat o obligație care rezultă din dispozițiile legale naționale.

De asemenea, decizia invocată de contestator ca și practică judiciară este contrară principiului egalității de tratament și principiului transparenței astfel cum a fost acesta interpretat prin jurisprudența comunitară anterior invocată.

Nu în ultimul rând, susținerile contestatorului privind obligația autorității de a solicita eventuale autorizații speciale în cadrul cerințelor minime de calificare prevăzute prin fișa de date, conform art.173 din Legea nr. 98/2016, cât și cele cu privire la incidența art 30 alin. (4) și (6) din HG nr. 395/2016, privind clauzele nescrise, sunt critici cu privire la documentația de atribuire care la acest moment sunt tardiv formulate.

Prin adresa nr. 1370/04.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 22703/04.05.2022, SC ... SRL formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante precum și la cererea de intervenție a SC SRL.

Atât autoritatea contractantă, cât și intervenienta, susțin aceeași poziție conform căreia ofertanții ar fi trebuit să prezinte o serie de autorizații speciale, deși acestea nu au fost solicitate în mod transparent prin anunțul de participare și nici în instrucțiunile de elaborare a propunerilor tehnice ale ofertelor, motivând că o astfel de cerință trebuia subînțeleasă din legislația aplicabilă contractului prevăzută la pct. III.1.9) din fișa de date și din cap. 6 al caietului de sarcini, în care se regăsește mențiunea: *„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".

Atât autoritatea contractantă, cât și intervenienta, se află într-o profundă eroare privind transparența procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, principiu care obligă la precizarea transparentă, clară și inechivocă a oricăror cerințe și reguli de participare la procedurile de atribuire încă din anunțul de participare, spre o informare corectă, completă și clară a tuturor ofertanților și nu recurgerea la sensuri care ar fi trebuit subînțelese sau deduse din anumite formulări imprecise, dar într-o posibilă manieră care să fi fost convenabilă autorității contractante.

În situația în care autorizațiile specifice invocate de autoritatea contractantă ar fi fost solicitate în mod transparent prin documentația de atribuire, contestatoarea susține că ar fi avut posibilitatea reală de asigurare a acestora, atât prin intermediul societății, cât și al partenerilor pe care ar fi putut să îi cooperteze în cadrul ofertei.

Faptul că, în absența stabilirii unor cerințe clare și concrete, raționamentele deductive invocate nu erau opozabile, rezultă din dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, care califică criteriile de calificare impuse prin caietul de sarcini fără a fi incluse în anunțul de participare ca fiind clauze nescrise, respectiv inexistente.

Contestatoarea invocă Decizia Consiliului nr. 848/C1/728 din 20.04.2022 cu privire la o situație identică cu cea din cauză.

Prin adresa nr. 124/09.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 23588/09.05.2022, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei, prin care reiterează faptul că decizia de respingere a ofertei depuse de ... SRL ca inacceptabilă și neconformă este temeinică și legală.

Prin răspunsul comunicat de către contestator la punctul de vedere depus de autoritatea contractantă și la cererea de intervenție depusă de ..., se susține faptul că afirmațiile celor două părți sunt contrare principiului transparenței aplicabil procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, întrucât acest principiu *"obligă la precizarea transparentă, clară și inechivocă a oricăror cerințe și reguli de participare la procedura de atribuire încă din anunțul de participare, spre o informare corectă, completă și clară a tuturor ofertanților și nu recurgerea la sensuri care ar fi trebuit subînțelese sau deduse din anumite formulări imprecise, dar într-o posibilă manieră care să fi fost convenabilă autorității contractante"*.

Prevederea din caietul de sarcini potrivit căreia "Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare", cât și a

Standardelor și prevederilor legale (prevăzute la cap.6), aplicabile în materia construcțiilor, cu aplicabilitate în prezenta procedură, reprezintă o cerință în sensul art. 20 alin. 10 din HG nr. 395/2016, care permite descrierea serviciilor de proiectare și a lucrărilor în raport de necesitatea autorității contractante.

Astfel, în cadrul acestui capitol, autoritatea contractantă a prevăzut Standardele și prevederile legale care reglementează modalitatea în care se poate presta/executa fiecare activitate /lucrare ce face obiectul contractului. Printre aceste dispoziții legale se regăsesc și Legea nr. 307/2006 privind apărarea împotriva incendiilor lege care, la art. 53 alin. 1 impune ca executarea lucrărilor de termoprotecție și ignifugare să fie efectuate de persoane fizice și juridice atestate.

De asemenea, dispozițiile art. 1 din Ordinul nr. 87 din 6 aprilie 2010 privind aprobarea Metodologiei de autorizare a persoanelor care efectuează lucrări în domeniul apărării împotriva incendiilor, prevede metodologia de avizare a persoanelor care execută categoriile de lucrări cum ar fi lucrări de termoprotecție cu vopsele termosfumante, cât și lucrări privind instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți.

Potrivit art. 2 din Legea nr. 64/2008 privind funcționarea în condiții de siguranță a instalațiilor sub presiune, instalațiilor de ridicat și a aparatelor consumatoare de combustibil și categoria de lucrări privind instalarea, montarea, repararea și întreținerea, verificarea tehnică în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$, trebuie executată tot de persoane fizice și juridice autorizate.

Mai mult, lucrările de termoprotecție cu vopsele termosfumante; lucrări privind instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cât și lucrările privind instalarea, montarea, repararea și întreținerea, verificarea tehnică în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$, fac parte de obiectul contractului fiind regăsite în caietul de sarcini fie în descrierea activităților pe capitole, fie în listele de cantități cu echipamente.

Prin urmare, executarea anumitor categorii care fac parte din obiectul contractului prin persoane fizice sau juridice autorizate este o condiție legală care trebuie să fie cunoscută și respectată atât de ofertanții la momentul depunerii ofertelor cât și de autoritatea contractantă la momentul evaluării ofertelor.

De asemenea, prin fișa de date cap. IV *"Modul de întocmire al propunerii tehnice"* se prevede *"Ofertanții vor elabora propunerea tehnică în baza cerințelor prezentate în caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să îndeplinească în mod corespunzător cerințele autorității contractante. Propunerea tehnică va fi întocmită conform caietului de sarcini. Conținutul este detaliat în caietul de sarcini. (...)"*

Ofertantul va demonstra corespondența propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini.

Propunerea tehnică trebuie să demonstreze asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini".

Prin urmare, în raport de prevederile documentației de atribuire, respectiv de prevederile caietului de sarcini, de dispozițiile legale aplicabile din materia construcțiilor cât și de interpretarea obligației de transparență aplicabilă în materia achizițiilor publice, nu se poate susține că autoritatea contractantă nu a respectat principiul tratamentului egal care implică și obligația de transparență.

În raport de prevederile fișei de date cap. IV, potrivit cărora propunerea tehnică trebuie să demonstreze modalitate în care ofertanții își asumă prevederile caietului de sarcini, pe parcursul evaluării ofertelor autoritatea contractantă a solicitat tuturor ofertanților, care au fost considerați admiși, după etapa de evaluare a DUAЕ, să facă dovada capacității de a executa lucrările ce fac obiectul contractului din punct de vedere la Standardelor aplicabile cât și a dispozițiilor legale în vigoare.

În acest context a fost formulată solicitarea de clarificări nr. 4103L/14.03.2022, la care contestatorul a răspuns prezentând pentru anumite categorii de lucrări documente deținute de persoane juridice care nu au nicio calitate în cadrul ofertei, astfel:

- pentru lucrările privind instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, a prezentat autorizația IGSU deținută de ... SRL, cât și contractul de prestări servicii încheiat cu acesta;
- pentru lucrările privind lucrările de termoprotecție cu vopsele termosfumante a prezentat autorizația IGSU deținută de ... SRL,
- pentru lucrările privind instalarea, montarea, repararea și întreținerea, verificarea tehnică în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$ a prezentat autorizația ISCIR deținută de ... SRL.

Având în vedere faptul că, niciuna din cele trei persoane juridice menționate în răspunsul la solicitarea de clarificări nu a fost declarată ca subcontractant în cadrul ofertei este evident faptul că, contestatorul nu face dovada capacității de a executa personal sau prin subcontractant aceste categorii de lucrări, motiv pentru care în mod corect autoritatea a apreciat răspunsul ca fiind neconcludent.

De asemenea, având în vedere faptul că pentru lucrările de termoprotecție cu vopsele termosfumante; lucrări privind instalarea și întreținerea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cât și lucrările privind instalarea, montarea, repararea și întreținerea, verificarea tehnică în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$, care fac parte din obiectul contractului, din propunerea tehnică nu rezultă capacitatea contestatorului de a le executa, în mod

corect comisia de evaluare a reținut că oferta contestatorului este neconformă, întrucât nu respectă prevederile documentației de atribuire și dispozițiile legale aplicabile.

De asemenea, în susținerea nerespectării principiului transparenței, prin răspunsul prezentat, contestatorul invocă decizia CNSC nr. ... din 20.04.2022, prin care se reține faptul că ofertanți nu sunt obligați să prezinte în cadrul ofertei cerințe de calificare care nu au fost concret solicitate prin anunțul de participare.

Cu privire la această practică, așa cum se reține chiar în conținutul acesteia practica este relevantă în pricina în care a fost pronunțată, întrucât nu constituie izvor de drept și nici nu poate obliga la emiterea unei decizii într-un anumit sens, instanțele nefiind ținute de soluțiile pronunțate anterior, deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc, astfel cum reține ICCJ prin decizia nr. 2772/2015.

Cu toate acestea, raționamentul exprimat de Consiliu prin respectiva decizie, invocată ca și practică judiciară, este eronat în raport de interpretarea dată de către CJUE, principiului transparenței prin hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15.

Astfel, prin respectiva decizie Consiliul se raportează la decizii pronunțate de CJUE care prevăd obligativitatea documentației de atribuire, cât și obligația întocmirii unei documentații clare, aspecte care nu sunt contrazise de intervenient, fiind chiar susținute de acesta.

Prin urmare, în respectiva decizie Consiliul motivează decizia pronunțată în raport de obligativitatea documentației de atribuire, însă omite faptul că niciuna dintre părți (ofertanți, autoritate) nu se poate prevala de nerespectarea dispozițiilor legale aplicabile în speță, dispoziții care impun anumite condiții legale pentru ca anumite activități care fac parte din obiectul contractului să poată fi executate.

De asemenea, prin respectiva decizie se face trimitere inclusiv la Hotărârea CJUE pronunțată în cauza 27/15, prin care CJUE reține în concluzii, pct. 2 cum trebuie interpretat principiul egalității de tratament și obligația de transparență în materia achizițiilor publice.

În acest context, pct. 47 din respectiva hotărâre, invocat de Consiliu în susținerea deciziei pronunțate, vizează o descriere a situației din respectiva cauză analizată de CJUE, situație care nu poate fi interpretată decât în raport de concluziile pronunțate prin respectiva hotărâre.

Mai mult, intervenienta invocă o decizie pronunțată de Curtea de Apel București, într-o speță similară, prin care a fost modificată o decizie pronunțată de Consiliu, în sensul celei invocate de contestator, respectiv decizia nr. 805/15.04.2021 pronunțată de Curtea de Apel București, în dosar nr. 1608/2/2021, prin care se admite plângerea și se dispune modificarea deciziei CNSC nr. ... în sensul admiterii contestației cu

consecința anulării raportului procedurii în ceea ce privește ofertantul câștigător, potrivit celor din motivare.

Nu în ultimul rând, susținerile contestatorului privind obligația autorității de a solicita eventuale autorizații speciale în cadrul cerințelor minime de calificare prevăzute prin fișa de date, conform art.173 din Legea nr. 98/2016, cât și cele cu privire la incidența art. 30 alin. 4 și 6 din HG nr. 395/2016, privind clauzele nescrise, sunt critici cu privire la documentația de atribuire care la acest moment sunt tardiv formulate.

De asemenea, tardivitatea contestării cerinței privind *"Proiectarea și execuția lucrărilor se va face în conformitate Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare"*, este susținută și de atitudinea contestatorului, care cu privire la modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, pentru anumite activități, pe parcursul evaluării ofertei a primit clarificări de la autoritate, clarificări la care a și răspuns.

Prin necontestarea documentației de atribuire și nici a solicitării de clarificări, contestatorul a acceptat respectiva documentație, motiv pentru care în raport de caracterul obligatoriu al acesteia trebuie să depună o ofertă care să respecte toate prevederile respectivei documentație.

Mai mult, prin răspunsul transmis autorității contractante, pentru cele 6 domenii de autorizare solicitate, contestatoarea a depus: Autorizația subcontractantului ... SRL - pentru ANRE, lucrări pentru execuția cărora a înțeles să desemneze subcontractant, încă de la depunerea ofertei, cât și Autorizația deținută de Dumexim (IGSU limitare incendiu).

Astfel, contestatorul a înțeles încă de la depunerea ofertelor faptul că pentru lucrările pentru care sunt necesare autorizații ANRE, care nu pot fi executate de acesta, trebuie să declare subcontractant, însă pentru celelalte categorii de lucrări a apreciat că nu se impune.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 24820/13.05.2022, SC ...STL formulează concluzii scrise prin care reiterează faptul că decizia de respingere a ofertei depuse de ... SRL ca inacceptabilă și neconformă este temeinică și legală.

În susținerea deciziei autorității contractante de a nu lua în considerare documentele prezentate de contestator, prin răspunsul la clarificări, pentru demonstrarea capacității de a executa lucrările de termoprotecție și ignifugare, cât și a lucrărilor privind instalarea, montarea, repararea și întreținerea, verificarea tehnică în utilizare la Aparat consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$, ce fac obiectul contractului, sunt și aspectele prezentate de ANAP în cadrul *NOTE DE BUNE PRACTICI*, cu privire la interpretarea calității de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial, postată ieri 12.05.2022 pe site-ul acesteia.

Din aspectele precizate de către ANAP rezultă cu certitudine faptul că cel care execută o parte din obiectul contractului, altul de cât ofertantul, are calitatea de subcontractant și, în această calitate în cadrul ofertei depuse trebuie să se regăsească informații cu privire la partea din contract pe care o va executa cât și documente din care rezultă capacitatea acestuia de a o executa.

În prezenta speță, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, pentru demonstrarea capacității de a executa lucrările de termoprotecție și ignifugare, cât și a lucrărilor privind instalarea, montarea, repararea și întreținerea, verificarea tehnică în utilizare la Aparate consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$,

Contestatorul a prezentat documente din care rezultă faptul că, capacitatea de a fi executate aceste categorii de lucrări aparține celor trei societăți menționate (în cadrul răspunsului), societăți care nu au nicio calitate în cadrul ofertei prezentate.

Altfel spus, prin respectivul răspuns contestatorul demonstrează capacitatea de a executa respectivele categorii de lucrări prin persoane juridice, străine de participanții la respectiva procedură, întrucât nu au fost declarați ca și subcontractanți.

Întrucât cele trei persoane juridice menționate în cadrul răspunsului la clarificări, sunt implicate în procesele tehnologice/specifice de îndeplinire a obiectului contractului, contestatorul avea obligația de a le desemna ca și subcontractant în cadrul ofertei.

În contextul în care aceste persoane nu au fost declarate ca și subcontractant, în mod corect autoritatea contractantă a reținut că oferta contestatorului este neconformă, pe considerentul că nu face dovada capacității de a executa toate lucrările ce fac parte din obiectul contractului.

Mai mult decât atât, decizia CNSC nr. ... din 20.04.2022, invocată ca și practică judiciară, în susținerea contestației formulate nu este relevantă în speță atâta timp cât aceasta nu este definitivă, fiind atacată cu plângere la Curtea de Apel București, fiind format dosarul nr. 3208/2/2022 cu termen de judecată pe data de 08.06.2022.

Prin urmare, raționamentul prezentat de Consiliu în respectiva decizie poate fi confirmat/infirmat de către instanța de judecată cu ocazia soluționării plângerii, cum s-a întâmplat și în alte spețe, cum este și cea invocată prin concluzii de către intervenientă.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online privind atribuirea contractului având ca obiect *„Proiectare – faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției pentru obiectivul de investiție: Construire Sală de sport cu tribuna 180 locuri, sat Chislaz,*

comuna Chislaz, județul Teleorman". În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 7.737.105,02 lei.

În cadrul procedurii au fost depuse 6 oferte, iar în urma evaluării lor, o singură ofertă a fost declarată admisibilă, respectiv cea a asocierii Asocierii SC ..., care a fost declarată câștigătoare a procedurii.

Oferta contestatoarei ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, pe motiv că îi lipsesc o serie de autorizații impuse de legi speciale, motiv pentru care aceasta a depus contestația în analiză.

După depunerea contestației, contestatoarea a depus cauciunea în valoare de 88.000 lei, prin recipisa de consemnare nr. 208013399/1/26.04.2022, emisă de CEC Bank, Sucursala Oradea.

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

După depunerea contestației, a formulat cerere de intervenție SC ... SRL, în contradictoriu cu societatea contestatoare, solicitând respingerea ca nefondată a contestației.

Având a se pronunța asupra admisibilității în principiu a cererii de intervenție, Consiliul urmează a o admite în principiu, ca cerere de intervenție accesorie, în condițiile în care aceasta sprijină apărările autorității contractante, subliniind legalitatea actelor criticate.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că motivul respingerii ofertei sale fiind constituit de faptul că, în cadrul ofertei, nu deține autorizații speciale eliberate de IGSU și ISCIR și nu a prezentat subcontractanți pentru următoarele activități pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosopumante, Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, instalare, montare, reparare și întreținere, verificări tehnice în utilizare la Aparat consumatoare de combustibil având $P \leq 400 \text{ kW}$, Cazane de apă caldă având $P \leq 400 \text{ kW}$.

Contestatoarea susține, iar autoritatea contractantă recunoaște că, la nivelul anunțului și al fișei de date, nu există astfel de cerințe, necesitatea respectivelor autorizații rezultând din specificul unor lucrări precizate în caietul de sarcini. Contestatoarea invocă faptul că aceste cerințe, nefiind solicitate în documentația de atribuire, nu pot fi motiv de respingere a ofertei, având posibilitatea oricând să își numească un subcontractant pentru lucrări de acest gen, iar autoritatea contractantă susține contrariul, respectiv că deși nu se solicită, obligația depunerii lor rezultă din dispoziții legale speciale.

Ambele părți invocă practică a Consiliului și a instanțelor, fiecare în funcție de interesul promovat în cauză și în sprijinul argumentelor

propriu, aspect care relevă, în fapt, lipsa unei practici unitare, diametral opusă, pe chestiunea în dezbateră.

Consiliul reține că problema necesității acoperirii în conținutul ofertei a tuturor avizelor și autorizațiilor din legislația specială este amplu dezbătută atât în practica națională, cât și în practica Curții de Justiție a Uniunii europene, rezultând, astfel, că nu numai legislația din România, care transpune Directiva 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI a generat interpretare neunitară la nivel național, situația fiind similară și în alte state europene.

Consiliul reține că speța supusă discuției este cea mai disputată și cea mai inconsistentă în practica ultimilor ani, profesioniștii în domeniul achizițiilor publice din România negăsind calea de urmat unitară într-o chestiune atât de des întâlnită. Din acest motiv, mulți operatori economici clasați pe poziții inferioare în clasament profită de caracterul antagonic al practicii, reușind să devină câștigători împotriva unor ofertanți cu oferte admisibile, cu prețuri mai mici. Practic, exploatând această inconsecvență a practicii, descoperă în documentație orice posibile activități aferente contractului care ar necesita o aprobare, autorizație, un curs de specializare etc, pentru ca ulterior să invoce obligativitatea legală a prezentării în ofertă a documentelor respective, chiar dacă autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea lor, susținând, cum este și în speța de față, că documentația de atribuire se completează de drept cu prevederile legislației speciale. De asemenea, există autorități contractante care, bulversate de inconsistența practicii, adoptă poziții și atitudini diferite de la o procedură la alta, și autoritatea contractantă din această procedură aflându-se într-o atare situație.

Există, de asemenea, autorități contractante care susțin că nenumirea unui subantreprenor în ofertă însărcinat cu realizarea acestor activități, de regulă, de o amploare nesemnificativă în economia contractului, reprezintă un motiv de respingere a ofertei, citând, în acest sens, prevederi din lege referitoare la definirea noțiunii de operator economic, subcontractant, fără, însă, a ține seama că ofertanții sunt obligați să numească subcontractori până la data limită de depunere a ofertelor doar pentru dovedirea criteriilor privind capacitatea, astfel cum au fost acestea prevăzute în documentația de atribuire. Pentru alte activități, operatorii au dreptul să numească prestatori, subcontractanți, furnizori, orice este necesar și ulterior, cu respectarea dispozițiilor legale.

Concluzia Cauzei Pippo Pizzo C27/15, cea mai clară dintre toate cauzele de pe rolul CJUE, este interpretată, de asemenea, în sens diametral opus de către instanțe și CNSC, în funcție de opinia proprie, în cea mai mare parte ignorându-se considerentele curții.

Speța în analiza Consiliului este una care a generat cele mai multe decizii CNSC modificate de instanțele de control judiciar în perioada 2020-2022 având la bază interpretările diferite ale legislației naționale în materia achizițiilor publice, indiferent dacă sunt în sensul considerării ca

valide a necesității prezentării în ofertă a unor certificări specifice în vederea demonstrării capacității de executare a obiectului contractului, chiar dacă acestea nu au fost solicitate expres la nivelul documentației de atribuire, sau dacă se apreciază ca validă conduita axată strict pe rigorile documentației de atribuire, respectiv stabilirea de către autoritatea contractantă *expresis verbis* a cerințelor de calificare, necesitatea altor autorizații fiind lăsată în seama executantului/prestatorului, în etapa realizării obiectului contractului. Deci, indiferent de soluția adoptată de Consiliu, soluțiile instanțelor au fost în ambele sensuri, existând, în egală măsură, decizii care au menținut deciziile Consiliului sau care le-au modificat, deși acestea au fost pronunțate în ambele sensuri.

La nivel instituțional această practică este monitorizată, constituind obiectul multor dezbateri, fără, însă, a se ajunge la adoptarea unei soluții de unificare a practicii. Aceeași temă este abordată și în seminariile de formare profesională pentru magistrați, mai cu seamă în cadrul programului Norway Grants, derulat de Consiliul Superior al Magistraturii. Cu toate acestea, practica nu își găsește, încă, făgașul stabil, iar apariția unor notificări interpretative ale Agenției Naționale a Achizițiilor Publice și noile modificări legislative referitoare la noțiunile de subcontractant/ furnizor nu au reușit să unifice practica, ci dimpotrivă, au îndepărtat-o și mai mult de interpretările Curții de Justiție a Uniunii Europene și de prevederile exprese ale Directivei 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI și chiar ale legislației naționale care prevede expres, cu caracter de principiu, că autoritatea contractantă are obligația de a aduce la cunoștința operatorilor economici toate informațiile necesare elaborării ofertei și că ofertele pot fi respinse doar pentru motivele prevăzute de legislația achizițiilor publice și de documentația de atribuire.

Orice alte considerații referitoare la calitatea de profesioniști care trebuie să cunoască reglementările domeniului sunt simple speculații, fără suport normativ în legislația achizițiilor publice.

Față de speța pendinte, Consiliul reține că în anunțul de participare și fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă nu a impus nicio cerință cu privire la deținerea de către ofertanți a vreunei autorizații speciale, sens în care este redat conținutul pct. II 1.1.1) *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale”* astfel:

„II 1.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale.

Operatorii economici ce depun ofertă trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are

capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, respectiv certificat constatator emis de ONRC, sau în cazul ofertanților străini, documente echivalente emise în țara de rezidență, urmează să fie prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în urma aplicării criteriului de atribuire, întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, care să cuprindă informații reale/actuale la momentul prezentării", cerința preluată în mod identic la pct. „III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale" a fișei de date a achiziției.

Astfel, autoritatea contractantă a ales să nu impună, prin anunțul de participare, nicio cerință cu privire la prezentarea de autorizații speciale de natura celor eliberate de IGSU, ISCIR, invocate ca motiv de respingere a ofertei SC ... SRL.

În adresa de solicitare de clarificări nr. 4103L/14.03.2022, autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„Vă solicităm să clarificați modul în care sunt respectate condițiile de participare privind proiectarea și execuția lucrărilor în conformitate cu Standardele și Reglementările Tehnice românești și europene aflate în vigoare de la cap 6 pagina 25-28 din caietul de sarcini.

În baza acestor normative, vă solicităm să prezentați autorizațiile menționate mai jos deținute de ofertant (lider și/sau asociat/i) și/sau subcontractanți declarați, pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor, ce fac obiectul prezentei proceduri și anume:

1. Autorizație IGSU pentru Proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural organizat

2. Autorizație IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți

3. Autorizație IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor

4. Autorizație IGSU pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosfumante

5. Autorizație ISCIR pentru INSTALARE, MONTARE, REPARARE ȘI ÎNTREȚINERE, VERIFICĂRI TEHNICE ÎN UTILIZARE la Aparat consumatoare de combustibil având $P < 400\text{kW}$, Cazane de apă caldă având $P < 400\text{kW}$.

6. 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."

Prin adresa nr. 756/16.03.2022 ofertantul a transmis următorul răspuns:

"1. În ceea ce privește prezentarea Autorizației IGSU pentru proiectarea sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, cu excepția celor de tip natural organizat, precizăm că aceasta a fost prezentată în propunerea tehnică a Proiectantului la pagina 144, unde se regăsește AUTORIZAȚIA cu Seria A, Nr. 7817 din 06.03.2012, deținută de subcontractantul ... S.R.L. Atașăm în copie documentele menționate mai sus.

2. În ceea ce privește prezentarea Autorizației IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți- precizăm că aceasta a fost prezentată în propunerea tehnică la pagina 682 unde se regăsește Autorizația cu Seria A, Nr.8275 din 26.07.2018, deținută de ... S.R.L. și prezentată în baza contractului de Prestări Servicii nr. 3428/25.11.2021, depus în propunerea tehnică la paginile 680-681. Atașăm în copie documentele menționate mai sus.

3. Cu privire la Autorizația IGSU pentru Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de limitare și stingere a incendiilor, precizăm că aceasta a fost prezentată în propunerea tehnică la pagina 439 unde este prezentată Autorizația cu Seria A, nr.9068 din 14.06.2019. Atașăm în copie Autorizația menționată mai sus. Autorizația este deținută de ofertantul ... SRL

4. Cu privire la Autorizația IGSU pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosfumante precizăm următoarele:

Ofertantul precizează că nu poate fi obligat să prezinte toate documentele necesare executării contractului încă de la momentul depunerii ofertei, invocând o decizie a CNSC.

La solicitarea expresă a autorității contractante, cu privire la Autorizația IGSU pentru efectuarea lucrărilor de termoprotecție cu vopsele termosfumante - prezentăm Autorizația cu Seria A, nr. 7148 din 28.06.2017, deținută de ...S.R.L. și pe care o depunem în baza Contractului de prestări servicii pe care ofertantul îl are încheiat cu societatea ... S.R.L. Atașăm în copie documentele menționate mai sus. Conform argumentației de mai sus, prezenta nu constituie o completare/modificare a propunerii tehnice depuse de ofertant.

5. Cu privire la Autorizația ISCIR INSTALARE, MONTARE, REPARARE ȘI ÎNTREȚINERE, VERIFICĂRI TEHNICE ÎN UTILIZARE la Aparat consumatoare de combustibil având $P < 400 \text{ kW}$, Cazan de apă caldă având $P < 400 \text{ kW}$, precizăm că aceasta a fost prezentată la pagina 678 din propunerea tehnică unde se regăsește Autorizația (conform procesului-verbal nr.62C- 218 din 18.09.2018) deținută de persoana juridică SC ... SRL cu care societatea noastră are încheiat un contract de prestări servicii din data de 24.11.2021, contract care a fost prezentat la pagina 677. Atașăm în copie documentele menționate mai sus.

6. Subcontractantul declarat SC ... SRL deține atestatul ANRE tip C2A, ce include competentele atestatului de tip Bp solicitat în clarificări (Bp este inferior lui C2A). Atașăm atestarea și competentele certificatului ANRE”.

Astfel, în urma acestui răspuns la clarificări, autoritatea contractantă a luat decizia respingerii ofertei, pe motiv că răspunsul este neconcludent, deoarece în propunerea tehnică și în răspunsul transmis rezultă că pentru lucrările de Instalare și întreținere a sistemelor și instalațiilor de ventilare pentru evacuarea fumului și gazelor fierbinți, lucrările de termoprotecție cu vopsele termosopumante, instalare, montare, reparare și întreținere, verificări tehnice în utilizare la aparate consumatoare de combustibil având $P \leq 400 \text{kw}$, cazane de apă caldă având $P \leq 400 \text{kw}$, a prezentat contracte de prestări servicii cu ... S.R.L., SC ... S.R.L. și SC ... SRL, operatori economici care nu au calitatea de subcontractanți.

Consiliul reține că inclusiv autoritatea contractantă recunoaște, în punctul de vedere, că obligația deținerii acestor avize aparține antreprenorului, citând, în acest sens, prevederea art. III.1.9) 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.”**

Astfel, prevederea citată se referă la antreprenor, și nu la ofertant.

Consiliul reține că și contestatoarea recunoaște că în etapa execuției lucrărilor sunt necesare autorizațiile enumerate de autoritatea contractantă, după cum și intervenienta susține acest lucru.

Diferendul dintre părți constă în următoarele:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-dispozițiile 178 din Legea nr. 98/2016, ce transpune art. 58 alin. (4) și art. 63 alin. 1 paragraful 1 din Directiva 24/2014/UE a Parlamentului și a Consiliului, care stabilește următoarele:

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

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

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

Pe o speță identică cu cea aflată în litigiu, Consiliul a sesizat Curtea de Justiție a Uniunii Europene în procedura întrebărilor preliminare, având în vedere că în cauza C-353/18, Curtea de Justiție a Uniunii

Europene a reținut calitatea de instanță națională în sensul art. 267 din TFUE a CONSILIULUI NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR.

Cauza este pe rolul Curții, pozițiile exprimate de statele membre și de Comisia Europeană fiind în sensul că documentația de atribuire nu se completează de drept cu obligații ce provin din legi speciale și că nu este obligatorie desemnarea unui subcontractant de la momentul depunerii ofertelor.

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

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

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

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

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

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

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

- în ceea ce privește referința de către instanța de trimitere la principiul asumării răspunderii, Comisia înțelege că această referință se referă la întrebarea dacă o autoritate contractantă poate fi considerată în vreun fel, culpabilă pentru că nu a inclus astfel de cerințe în criteriile de selecție. **În acest sens, nu există un temei legal pentru a considera autoritatea contractantă în culpă pentru neinclusiunea în criteriile de selecție a anumitor cerințe care decurg din dreptul național, pe care nu le-a considerat relevante în acea etapă.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-ar trebui să se analizeze și dacă principiul transparenței afectează acest răspuns. Curtea a definit acest principiu ca implicând faptul că „**Această**

obligatie implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză"(C-27/15 Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404. hotărârea din 2 iunie 2016, punctul 36 și jurisprudenta citată) și că „principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poală cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților".

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

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

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

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

decurg din aceste dispoziții sunt clare și fără echivoc, ceea ce revine instanței naționale să verifice."

Deci:

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

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

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

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

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

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

-Prin intermediul celei de a treia întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească **dacă excluderea unui ofertant care nu a desemnat un subcontractant pentru a demonstra respectarea unor**

criterii care au fost stabilite în legi speciale și neincluse în documentele achiziției ar încălca articolul 63 din directiva privind achizițiile publice și principiul proporționalității, având în vedere că ofertantul a ales o altă formă contractuală de implicare în contract a specialiștilor sau a depus o declarație de disponibilitate din partea acestora. În legătură cu această chestiune, instanța de trimitere întreabă, de asemenea, dacă ofertantul are dreptul de a-și determina organizarea și relațiile contractuale în cadrul grupului și dacă ofertantul poate implica în contract anumiți prestatori/furnizori în condițiile în care prestatorul nu este una dintre entitățile pe a cărei capacitate ofertantul intenționează să se bazeze pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor relevante.

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

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

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

economici nu pot fi excluși pe baza nerespectării acestei dispoziții în faza de selecție.

-Problema excluderii dintr-o procedură de licitație datorită neîndeplinirii cerințelor necesare pentru exercitarea activității profesionale sau a capacității tehnice și profesionale, adică a criteriilor de selecție, astfel cum sunt definite la articolul 58 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice, se pune, așadar, numai atunci când aceste cerințe sunt stabilite ca criterii de selecție de către autoritatea contractantă.

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

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

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

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

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

-în ceea ce privește problema dreptului operatorului economic de a-și determina organizarea și relațiile contractuale, această problemă a fost deja tratată de Curte, printre altele și în hotărârea Pizzo. În timp ce cazul a tratat regimul în temeiul Directivei predecesoare 2004/18/CE, același raționament se aplică și în ceea ce privește directiva privind achizițiile publice.

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

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

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

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

-în timp ce, după cum s-a menționat mai sus, cerințele în discuție în prezenta cauză (adică cele prevăzute de legi speciale, dar care nu sunt enumerate printre criteriile de selecție din documentele de achiziție) nu trebuie considerate criterii de selecție în sensul articolului 63, concluzia din paragraful

precedent este totuși utilă pentru examinarea prezentei cauze. Având în vedere că o excludere a unui ofertant pentru nedesemnarea subcontractanților pe ale căror capacități intenționează să se bazeze în ceea ce privește criteriile de selecție clar definite în documentul de achiziție în etapa de selecție nu ar fi posibilă, a fortiori, o excludere efectuată în această etapă pentru nedesemnarea unui subcontractant care să respecte criteriile/cerințele neincluse printre criteriile de selecție stabilite în documentele de licitație ar fi incompatibilă cu directiva privind achizițiile publice și cu principiul proporționalității.

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

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

Este real că în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită autorizări de tipul celor enumerate, dar din moment ce autoritatea contractantă nu a solicitat depunerea unei dovezi de autorizare în acest sens, la momentul depunerii ofertelor, ci dimpotrivă, așa cum s-a arătat, în conținutul documentației de atribuire se referă la obligația antreprenorului de a executa lucrările de specialitate cu personal autorizat, atunci nu există obligația depunerii de dovezi în acest moment, ci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor, așa cum justificat apreciază Comisia Europeană în documentul menționat și CJUE în numeroase spețe, respectiv:

- cauza C-295/20 Sanresa UAB împotriva Aplinkos Apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos CJUE menționează expres că „Articolul 70 din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 18 alineatul (1) din această directivă trebuie interpretat în sensul că **se opune ca oferta unui ofertant să fie respinsă pentru simplul motiv că**

acesta nu face dovada, la momentul depunerii ofertei sale, că îndeplinește o condiție de executare a contractului în discuție”.

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

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

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

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

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

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

Trebuie, în consecință, să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18 nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale tratatului, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precumși obligația de transparență care

rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.

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

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

De asemenea, considerentele expuse în cauza Pippo Pizzo arată că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează

contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).

De asemenea, Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, stabilește că obligația de transparență interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate.

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

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

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

În baza acestei prevederi, orice documentație care cuprinde astfel de cerințe de calificare (Exemple: responsabil tehnic cu execuția (RTE) în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată; expert/expert tehnic în domeniul protejării monumentelor istorice în conformitate cu Ordinul ministrului culturii și patrimoniului național nr. 2.495/2010 pentru aprobarea Normelor metodologice privind atestarea specialiștilor, experților și verifcatorilor

tehnici în domeniul protejării monumentelor istorice; contabil autorizat/expert contabil în conformitate cu legislația incidentă în domeniul contabilității și fiscalității; verficator de proiecte, diriginte de șantier în conformitate cu legislația incidentă în domeniul construcțiilor; personal ce necesită atestări profesionale de la autorități competente - cum ar fi, dar fără a se limita la, AFER/ISCIR/ANRE/ANEVAR/ANCPI/CECAR/CAFR/MCPN etc) și care ajunge la verificarea ex ante, este cenzurată de ANAP, motivat de faptul că „Cerința este restrictivă/limitativă, **prin faptul că nu se dă posibilitatea ofertanților de a prezenta astfel de autorizații la data semnării contractului și/sau la momentul implicării expertului în activitățile desfășurate în cadrul contractului**”. Prin urmare, practica ANAP bazată pe instrucțiunea citată nu poate fi interpretată ulterior, în etapa evaluării ofertelor, în sens diametral opus, respectiv că, deși există o interdicție de a formula astfel de cerințe la nivelul documentației de atribuire, ofertantul este respins ulterior pentru neincluderea în documentație a unor astfel de experți. Această interpretare transformă sistemul de achiziții publice din România într-unul aleatoriu, instabil, care nu oferă posibilitatea realizării investițiilor de care avem atâta nevoie, încălcându-se în mod grav legislația națională, europeană și practica CJUE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Perioadele în care persoana propusă de S.C. B. S.R.L. ca expert achiziții publice a deținut atribuții de expert achiziții publice în cadrul contractelor încheiate de S.C. B. S.R.L. cu Autorități Contractante sau beneficiari privați sunt între 19.02.2010 - 24.12.2012"... "De asemenea, în perioada 2004-2005

expertul a lucrat în cadrul Ministerului Integrării Europene, fiind repartizat în cadrul Ministerului Finanțelor Publice, - OPCP, Serviciul licitații, având atribuții în cadrul comisiilor de licitații, perioada respectivă putând fi asimilată ca experiență în achizițiile publice."

Potrivit Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. x/06.02.2013, oferta a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, întrucât "perioada de activitate în calitate de consilier de integrare nu poate fi considerată ca experiență specifică achizițiilor publice" și "deși atestatul de expert achiziții publice a fost eliberat la data de 19.09.2009, nu rezultă că expertul propus a început o activitate specifică relevantă din acel moment."

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

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

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

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

În conformitate cu instrucțiunea ANAP, contestatoarea a răspuns solicitării de clarificări, arătând că la momentul execuției lucrărilor, va apela la resurse externe. Din răspunsul la solicitarea de clarificări nu rezultă, așa cum greșit a considerat contestatoarea, că operatorii SC ... SRL, cu care desfășoară activități similare în mod tradițional, sunt, deja, angajați pentru respectivul contract, în baza unui contract de prestări servicii, ci operatorul a dorit să arate un singur lucru, respectiv că are acces la personal calificat din resurse externe. În aceste condiții, în acord cu instrucțiunea ANAP citată, dar și cu interpretările Comisiei Europene, nu se poate aprecia că operatorul nu are capacitatea de realizare a lucrărilor, în condițiile în care acesta respectă prevederile legale și ale

documentației de atribuire, care stabilește în sarcina antreprenorului o atare obligație, neexistând vreo obligație implicită de a-l desemna ca subcontractant. Așa cum a subliniat Comisia Europeană, excluderea din procedura de licitație a unui ofertant care nu a desemnat un operator ca subcontractant în scopul demonstrării respectării anumitor criterii referitoare la capacitatea tehnică și profesională care decurg din prevederile unor legi speciale neprevăzute în contractul de achiziție în cazul în care ofertantul în cauză a ales o altă formă contractuală de implicare a specialiștilor în contract, **adică un contract de furnizare/prestare de servicii sau a depus o declarație de disponibilitate din partea specialiștilor, ar fi contrară articolului 63 din directivă și principiului proporționalității.** De asemenea, articolul 63 alineatul (1) din directiva privind achizițiile publice prevede în mod expres că „un operator economic poate (...) să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea” în ceea ce privește criteriile prevăzute la articolul 58 alineatul (4) din directivă, existând, astfel, posibilitatea pentru ofertanți să numească inclusiv prestatori de servicii pentru astfel de activități cu pondere minoră.

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

Pe cale de consecință, în temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de către SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

În temeiul art. 67 din codul de procedură civilă, respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de către SC ...SRL.

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

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

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 43 (patruzeci și trei) pagini.