

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 37009/26.07.2022, formulată de ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CUI RO ... reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 16624/20.07.2022 și a raportului procedurii de atribuire nr. 45/19.07.2022, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect **„Servicii de verificare, reparare și calibrare supape de siguranță”**, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate și a tuturor actelor subsecvente, precum și obligarea entității contractante la luarea următoarelor măsuri de remediere:

- reevaluarea ofertelor depuse de ... SRL (declarată câștigătoare) și ...SRL, și eventual, a celorlalți ofertanți, ținând cont de prevederile legale în materie și de prevederile documentației de atribuire;
- reevaluarea cu luarea în considerare a conformității ofertei financiare și tehnice a ...SRL, ... SRL, și eventual, a celorlalți ofertanți, cu documentația de atribuire și cu respectarea autorizațiilor prevăzute de legislația incidentă;
- continuarea procedurii de atribuire.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ...SRL critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.

16624/20.07.2022 și raportul procedurii de atribuire nr.45/19.07.2022, emise de ..., solicitând cele indicate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SRL arată, în prealabil, că îndeplinește toate condițiile de admisibilitate a contestației, în acord cu dispozițiile imperative ale art. 8 din Legea nr. 101/2016, actul atacat fiind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta sa a fost respinsă pe considerentul că, deși admisibilă, nu întrunea criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul aduce critici ofertei depusă de ... SRL, declarată câștigătoare, susținând că acest operator economic nu face dovada capacității tehnice de a executa toate categoriile de lucrări ce fac obiectul contractului, respectiv lipsește autorizația ANRE - tip EPI și autorizația INSEMEX relativ la lucrările de intervenție și reparații ale supapelor direct la stația de uscare/comprimare.

Învăderând prevederi ale cap. III.1.1.b) – „Capacitatea de exercitare a activității profesionale” și cap. IV.4 – „Prezentarea ofertei” din fișa de date, contestatorul arată că efectuarea intervențiilor asupra supapelor direct la stațiile ..., presupune deținerea autorizațiilor menționate, supapele de siguranță fiind parte componentă a întregii instalații, după cum rezultă din documentația de atribuire.

Susține că autoritatea contractantă trebuia să solicite expres, în baza prevederilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 raportat la prevederile art. 134 din HG nr 395/2016, clarificări cu privire la autorizațiile și certificatele deținute în termen de valabilitate, în vederea asigurării executării contractului în condiții de legalitate.

De asemenea, pentru respectarea principiilor care guvernează legea achizițiilor publice, respectiv transparența, nediscriminarea și tratamentul egal, se apreciază că această solicitare ar fi trebuit să parvină tuturor ofertanților, tocmai pentru ca aceștia să poată dovedi deținerea autorizațiilor necesare executării lucrării.

De altfel, deținerea de către operatorii economici a autorizației ANRE se putea verifica prin accesarea site-ului oficial al instituției, situație în care entitatea contractantă putea aprecia admisibilitatea ofertelor și fără a solicita documente suplimentare, potrivit art. 206 din Legea nr. 99/2016.

Așadar, rezultă fără echivoc, din documentația de atribuire, susține contestatorul, faptul că printre lucrările ce fac obiectul contractului sunt incluse și elemente ce necesită potrivit legislației în vigoare obligația operatorilor economici de a deține autorizația ANRE- tip EPI și autorizație INSEMEX.

În completare, se arată că legislația incidentă stabilește expres necesitatea deținerii autorizațiilor specifice potrivit art. 1 din Legea nr 123/2012 a energiei electrice și a gazelor naturale, art.121 din Legea nr. 123/2012, Ordinul nr. 132/2021 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale.

În susținerea celor afirmate, contestatorul invocă practica în materie, pronunțată de instanțele de judecată și de către Consiliu.

Într-o altă critică, contestatorul susține că prețul oferat de câștigător este neobișnuit de scăzut și nu poate garanta executarea lucrării la parametrii cantitativi și calitativi satisfăcători. De altfel, diferența dintre oferta financiară a ofertantului ... SRL și a celorlalți ofertanți, inclusiv a ...SRL, este vădit excesivă, respectiv cu aproximativ 250.000 lei mai mică.

Acest lucru, susține contestatorul, rezultă și în condițiile în care celelalte două oferte sunt la valori foarte apropiate, ceea ce relevă faptul că la acel prag este valoarea reală și corectă a serviciilor oferate.

În drept, se invocă prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și dispozițiile legale la care se face referire în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 17567/29.07.2022, înregistrat la CNSC sub nr. 37822/01.08.2022, ... a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestației.

Precizând că demersul de față a fost promovat în interiorul termenului legal, entitatea contractantă apreciază susținerile contestatorului ca fiind nereale întrucât nu a fost prejudiciată în niciun fel, iar principiul transparenței nu a fost încălcat.

Entitatea contractantă învederează faptul că, prin DUAЕ, ofertantul câștigător a declarat că îndeplinește condițiile solicitate pentru atribuirea contractului de achiziție sectorială, iar prin procesul - verbal nr. 30.4/2022 (16552/19.07.2022) s-a constatat faptul că acesta a probat prin documentele depuse îndeplinirea cerințelor de calificare, documente care se regăsesc la dosarul achiziției.

În ceea ce privește susținerile legate de prețul ofertei câștigătoare, entitatea contractantă arată că, prin oferta solicitată în vederea stabilirii valorii estimate a procedurii, contestatorul a prezentat o valoare cu 34% mai mare decât oferta câștigătoare, iar în procedură a oferat o valoare cu 37% mai mare decât cea câștigătoare (ofertele se regăsesc anexat notei de fundamentare a valorii estimate).

De remarcat, în opinia entității contractante, este faptul că oferta contestatorului folosită pentru fundamentarea valorii estimate este cu 46% mai mare decât valoarea cu care s-a prezentat în procedură, diferență care atrage un semn de întrebare având în vedere că între data primei oferte și a ofertei din cadrul procedurii a trecut aproape un an de zile, timp în care prețurile au crescut mult, iar la procedură s-a prezentat cu o valoare ce reprezintă doar 54% din cea anterioară.

Precizează că întreaga contestație se bazează pe simpla nemulțumire a contestatorului, nicidecum pe motive obiective, imparțiale.

Nici susținerile referitoare la nelegalitatea raportului procedurii nu au temei legal, în opinia entității contractante, deoarece acesta este un

document prevăzut de legislația achizițiilor publice, în speță Legea nr. 99/2016, și nici principiul asumării răspunderii nu a fost încălcat, deoarece entitatea contractantă, după cum arată, și-a asumat răspunderea rezultatului procedurii prin raportul procedurii nr. 45/2022 (16558/19.07.2022).

În concluzie, entitatea contractantă susține că au fost respectate prevederile legale în materia organizării și desfășurării procedurilor de achiziții sectoriale.

Ca temei de drept, se invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

...SRL a constituit cautiunea în cuantum de 15.633,15 lei prin recipisa de consemnare nr. 208255793/1 din 26.07.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Târgu-Mureș, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr.../01.08.2022.

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

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect **„Servicii de verificare, reparare și calibrare supape de siguranță”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN .../25.03.2022.

Valoarea estimată a acordului-cadru este de 781.657,56 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*.

Au fost primite 4 oferte în cadrul procedurii, printre care se regăsește și cea a contestatorului, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. 45/2022, înregistrat sub nr. 16558/19.07.2022, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de ... SRL, cu o propunere financiară de 448.6000 lei, în timp ce oferta contestatorului a fost clasată pe locul 2, având o propunere financiară de 601.560,00 lei.

Nemulțumit de rezultatul procedurii, despre care a luat cunoștință din adresa nr. 16624/20.07.2022, pentru motivele evocate, ...SRL a depus contestația de față.

Examinând contestația, Consiliul reține că ...SRL critică decizia de atribuire a contractului în favoarea ... SRL, susținând, într-un prim considerent de pretinsă nelegalitate, că ofertantul menționat nu deține autorizația ANRE – tip EPI și autorizația INSEMEX relativ la lucrările de intervenție și reparații ale supapelor direct la stația de uscare/comprimare.

Pe de altă parte, în apărarea legalității deciziei criticate, entitatea contractantă susține că ofertantul câștigător a declarat, prin DUAE depus, că îndeplinește condițiile solicitate pentru atribuirea contractului, iar cu documentele depuse a probat îndeplinirea criteriilor de calificare,

astfel cum s-a consemnat în procesul-verbal nr. 30.4/2022, înregistrat sub nr. 16552/19.07.2022).

Observând caracterul contradictoriu al susținerilor părților, Consiliul, înainte de a verifica deținerea de către ofertantul câștigător a autorizațiilor indicate de contestator, trebuie să stabilească dacă ofertanții aveau vreo obligație în acest sens.

Astfel, susține contestatorul că respectiva obligație rezidă dintr-o serie de prevederi ale documentației de atribuire, respectiv:

- din fișa de date:

- cap. III.1.1.b) – *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”*, unde apare precizat:

Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii (...), că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului (...);

- cap. IV.4.1. – *„Modul de prezentare a propunerii tehnice”*, unde apare precizat:

Cerințe tehnice impuse:

Supapele vor fi verificate și reglate la locațiile prestatorului, prestatorul fiind obligat să dețină stand de verificare aprobat de autoritățile române.

La cererea beneficiarului, prestatorul va face modificări de reglare a presiunii de lucru a supapelor.

Termene de execuție:

1. Verificarea și reglarea supapelor (...)
2. Lucrări de reparații

Lucrările de reparații se vor executa astfel:

a. Dacă în timpul verificărilor tehnice se constată defecțiuni care presupun lucrări de reparație ale supapelor, prestatorul va face reparația în decurs de maxim 3 zile de la data constatării defecțiunii.

b. Pentru reparații la solicitarea beneficiarului, prestatorul va interveni în termen de 24 de ore iar reparația o va face în decurs de maxim 3 zile de la data constatării defecțiunii.

- din caietul de sarcini:

ACTIVITATEA DE REPARAȚII

În urma efectuării reparației, prestatorul va întocmi un deviz de lucrări ce va fi transmis spre acceptare beneficiarului;

Pentru depășirea timpului de intervenție (...)

Normarea orelor manoperă va cuprinde doar timpul alocat activităților de reparație (nu va fi inclus timpul alocat transportului).

Analizând aceste prevederi, Consiliul constată că nu este stipulată nicăieri vreo obligație în sensul celei la care face contestatorul referire, anume obligația ofertanților de a prezenta autorizația ANRE - tip EPI și autorizația INSEMEX.

În acest context, problema care se impune a fi dezlegată este aceea a existenței, sau nu, a obligației ofertanților de a prezenta în ofertă autorizații nesolicitate explicit la nivelul documentației de atribuire.

Relevante, în soluționare, sunt dispozițiile art. 164 din Legea nr. 99/2016, potrivit cu care Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire., dar și prevederile art. 88 din același act normativ, potrivit cu care Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAЕ sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă., preluate și la nivelul art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

De asemenea, potrivit art. 72 alin. (2) și art. 139 alin. (1) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Nu în ultimul rând, în baza art. 133 alin. (1) lit. b) și lit. f) din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare are atribuția de verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, dar și de verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

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

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

Este adevărat că prevederile susenunțate din documentația de atribuire conțin referiri cu privire la verificarea/repararea supapelor, dar această referiri nu pot fi interpretată nicidecum în sensul că echivalează cu o obligație în sensul invocat de contestator.

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

Pe de altă parte, chiar contestatorul, dacă considera necesare respectivele autorizații, avea deschisă calea de atac a contestației împotriva documentației de atribuire, prin care să ceară completarea ei cu obligația aferentă, demers în lipsa căruia documentația de atribuire

și-a consolidat forța obligatorie în forma în care a fost elaborată de entitatea contractantă.

Prin urmare, în contextul în care documentația de atribuire nu conține cerințe explicite în sensul stabilirii în sarcina ofertanților a obligației de prezentare a autorizațiilor ANRE - tip EPI și INSEMEX, rezultă că aceștia nu sunt debitorii unei asemenea obligații, susținerile contestatorului fiind unele eronate, lipsite de orice suport.

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

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

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

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

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo *„principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în***

anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)".

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

Astfel, prezentarea în ofertă a autorizațiilor la care face referire contestatorul, nefiind impusă în mod clar, precis și neechivoc, nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparenței, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

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

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

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

Importante în economia cauzei sunt și considerentele reținute în documentul intitulat *Observații scrise* transmis de Comisia Europeană, Curții de Justiție a Uniunii Europene, în data de 23.11.2021, înregistrat

la Consiliu cu nr. 11093/02.03.2022, atașat de complet la acest dosar. Documentul a fost transmis în cauza C-403/21 aflată pe rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare, formulată în temeiul articolului 267 privind Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene, de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor.

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

În acest sens, organismul menționat precizează următoarele:

21. Astfel, autoritatea contractantă **nu este obligată să acopere toate cerințele legale care decurg din dreptul național sau european legate de executarea unui anumit contract**. De fapt, impunând autorității contractante să își asume o astfel de sarcină **ar fi prea împovărător și nerealist**. În cadrul celorlalte limitări prevăzute de directiva privind achizițiile publice, **este lăsată la latitudinea autorității contractante să decidă care, dacă există, cerințe legale care decurg din legislația națională și europeană pe care le consideră cele mai relevante să le includă între cerințele de participare**.

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

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

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

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

40. Rezultă că **încorporarea „automată” a criteriilor care decurg din legislația aplicabilă, care însă nu sunt menționate în mod expres în documentația de licitație drept criterii de selecție, este, de asemenea, în contradicție cu însăși rațiunea criteriilor calitative de selecție, și anume de a**

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

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

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

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

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

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

Având în vedere toate aceste considerente, Consiliul nu poate reține că ofertanții aveau vreo obligație în sensul invocat de contestator, astfel că, pe cale de consecință, nu se impune efectuarea de verificări asupra ofertei desemnată câștigătoare sub aspectul prezentării autorizațiilor ANRE – tip EPI și INSEMEX.

Trecând la analiza următorului considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului, constituit de susținerea contestatorului conform căreia prețul ofertat de ... SRL este neobișnuit de scăzut, Consiliul reține că, în etapa de evaluare a propunerilor

financiare, comisia de evaluare a transmis ofertantului menționat adresa nr. 12842/02.06.2022, având următorul conținut:

În urma verificării ofertei financiare de către comisia de evaluare, solicităm transmiterea de clarificări cu privire la prețul ofertat, în baza art. 222 alin. (1) din Legea nr. 99/2016. (...)

Ofertantul a răspuns prin adresa nr. 230/03.06.2022, răspuns care a fost considerat concludent de comisia de evaluare, după cum apare consemnat în procesul-verbal nr. 30.3/2022, înregistrat sub nr. 15402/05.07.2022.

Așadar, prețul oferit de ... SRL, de 448.600,00 lei, reprezentând cca. 57% din valoarea estimată, a fost apreciat, corect în lumina art. 142 alin. (4) din HG nr. 394/2016, ca fiind unul aparent neobișnuit de scăzut, motiv pentru care entitatea contractantă a înțeles, să solicite ofertantului menționat clarificarea enunțată.

Față de conținutul solicitării de clarificări, Consiliul constată, însă, că aceasta cuprinde o formulare cu caracter general, prin care entitatea contractantă a lăsat la latitudinea ofertantului să prezinte lămuririle pe care *acesta* le consideră necesare, iar nu una prin care entitatea contractantă se indice, la modul concret, elementele de cost asupra sustenabilității cărora dorește să se edifice și la care ofertantul să se refere în justificarea de preț pe care urma să o prezinte.

De vreme ce entitatea contractantă a apreciat că prețul este unul aparent neobișnuit de scăzut, îi revenea obligația să indice acele elemente de cost asupra cărora dorește să se lămurească, interesul entității contractante fiind acela de a se edifica că ofertantul poate executa contractul la prețul propus.

Astfel, apreciază Consiliul că solicitarea susmenționată nu este una suficientă, entitatea contractantă având obligația, în cadrul demersului efectuat, de a indica elementele de cost pe care le dorește justificate, ca și documentele suport pe care contestatorul trebuie să le prezinte, sens în care reglementează art. 142 alin. (2) din HG nr. 394/2016.

Din modul în care autoritatea contractantă a abordat problematica justificării prețului în cazul ofertei ... SRL, rezidă un caracter formal al demersului efectuat, contrar scopului urmărit de legiuitor prin edictarea dispozițiilor legale exprese, legate de necesitatea justificării prețului în cazul în care este unul aparent neobișnuit de scăzut.

Această concluzie este susținută și de conținutul procesului-verbal nr. 30.3/2022, înregistrat sub nr. 15402/05.07.2022, prin care, în urma răspunsului ofertantului în discuție la solicitarea de clarificări legată de preț, comisia de evaluare a consemnat doar că *„prețul este justificat, răspunsul la clarificări respectă cerințele entității contractante”*.

În condițiile în care, în procedura de față, criteriul de atribuire este *„prețul cel mai scăzut”*, o evaluare detaliată, temeinică a propunerii financiare se impune cu atât mai mult, entitatea contractantă fiind obligată să se asigure că prețul propus este unul real.

Astfel, dispozițiile art. 222 din Legea nr. 99/2016 și art. 142 alin. (4) din HG nr. 394/2016, instituie o prezumție legală relativă ce planează asupra prețului, în sensul că prețul situat sub pragul de 80% din valoarea estimată este unul *aparent* neobișnuit de scăzut, prezumție care poate fi răsturnată doar prin prezentarea de explicații și dovezi care să probeze sustenabilitatea costurilor, probe pe care comisia de evaluare are obligația de a le analiza, așa cum stabilește alin. (3) al art. 222 din Legea nr. 99/2016, potrivit cu care (3) Entitatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele prevăzute la alin. (2).

Prin urmare, nu se poate considera că entitatea contractantă a dat eficiență dispozițiilor legale susmenționate, motiv pentru care se impune ca demersul de a solicita justificări cu privire la preț să fie reluat, cu indicarea expresă a elementelor care urmează a fi justificate și cu arătarea documentelor pe care entitatea contractantă le așteaptă în acest sens.

În acest context, fiind rezultatul aplicării eronate a dispozițiilor legale mai sus enunțate, răspunsul formulat de ... SRL nu poate forma obiectul vreunei analize.

Nu va primi Consiliul în soluționare nici apărările entității contractante, deoarece relevanță prin prisma criticilor contestatorului prezintă demersul de justificare a prețului propus, iar nu aspectele avute în vedere la fundamentarea valorii estimate a procedurii.

În concluzie, Consiliul apreciază întemeiate criticile contestatorului din perspectiva analizată.

Cât privește solicitările contestatorului din petitul contestației referitoare la celelalte oferte din cadrul procedurii, Consiliul le va respinge având în vedere, pe de o parte, că nu sunt motivate, iar, pe de altă parte, că, potrivit clasamentului întocmit, comisia de evaluare a declarat admisibilă, pe lângă oferta câștigătoare și cea a contestatorului, o singură ofertă, respectiv pe cea a ... SRL, care s-a clasat însă în urma ofertei contestatorului, având un preț mai mare ca al acestuia, situație în care se pune problema interesului contestatorului de a critica această ofertă. Interesul presupune folosul practic urmărit, or, prin înlăturarea ofertei clasată în urma sa conform criteriului de atribuire, contestatorul nu obține vreun beneficiu, câștigător al procedurii devenind doar urmare a înlăturării ofertei clasate înaintea sa, anume a celei de pe locul 1.

Luând în considerare cele ce preced, în temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația, va anula raportul procedurii de atribuire nr. 45/2022, înregistrat sub nr. 16558/19.07.2022, în partea care privește evaluarea ofertei depusă de ... SRL, precum și actele subsecvente părții anulate, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în

considerarea celor ce preced, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Capetele de cerere conținând solicitările contestatorului legate de celelalte oferte din procedură, vor fi respinse, în temeiul alin. (5) al articolului menționat, ca nefondate.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii de atribuire nr. 45/2022, înregistrat sub nr. 16558/19.07.2022, în partea care privește evaluarea ofertei depusă de ... SRL, precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă entitatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondate, capetele de cerere conținând solicitările contestatorului legate de celelalte oferte din procedură.

Obligatorie.

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

....