

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 178/06.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ... SRL, cu sediul în municipiul ..., și sediul procesual ales în municipiul ..., având CUI ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal prin administrator ..., în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, împotriva adresei nr. 7887/30.03.2023 privind comunicarea rezultatului procedurii, precum și a raportului procedurii nr. 7738/30.03.2023, documente emise de către ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, derulate online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect: „*PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DEMOLARE ...*”, cod CPV 45111100-9, anunț de participare simplificat ..., s-au solicitat următoarele:

„În Principal Retractarea actului: COMUNICARE REZULTAT PROCEDURĂ 7887/30.03.2023 și a raportului procedurii 7738/30.03.2023

Precum și reluarea și reanalizarea întregii procedurii de atribuire cu luarea în considerare a ofertei subscrisei ca fiind conformă

În subsidiar anularea întregii proceduri”.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prezentând situația de fapt, contestatorul precizează că oferta asocierii sale a fost respinsă, ca neconformă, pentru următoarele motive:

1. În propunerea tehnică a fost nominalizată pentru îndeplinirea rolului de responsabil SSM societatea ... SRL care nu are nicio calitate în cadrul prezentei proceduri;

2 Nu a atașat contract și declarație de disponibilitate pentru o societate autorizată pentru transportul deșeurilor periculoase (provenite

din demolarea fostei clădiri principale a ...) necesare conform capitolului 5.2.3 al caietului de sarcini.

Consideră că această decizie a autorității contractante, respectiv respingerea ofertei asocierii sale, este nesusținută, deoarece prin răspunsul la clarificări, în luna martie, a arătat că domnul ... va îndeplini rolul de responsabil SSM. Aceste servicii urmau a fi asigurate prin intermediul SC ... SRL, conform contractelor de prestări servicii nr. 05 din 20.10.2014 și nr. 96 din 03.07.2014, documente care au fost depuse în cadrul pachetului intitulat „Propunere tehnică documente personal specialitate part I” la paginile 20-27.

Precizează că domnul ... este angajat al SC ... SRL, sarcina fiind una de serviciu, sens în care a atașat și extras REVISAL care dovedește acest aspect.

De asemenea, contestatorul menționează că a clarificat aceste aspecte și prin cele declarate în DUAЕ, sens în care redă, în facsimil, fragmentul relevant.

În acest context, autorul contestației susține că autoritatea contractantă nu a observat că SC ... SRL este angajatorul responsabilului SSM, depunând în procedura de atribuire inclusiv contractul de colaborare, societatea vizând inclusiv declarația de disponibilitate a responsabilului SSM.

Cu privire la cel de-al doilea motiv de respingere, respectiv „contract și declarație de disponibilitate cu o societate autorizată pentru transportul deșeurilor periculoase”, contestatorul susține că această cerință nu a fost precizată nicăieri în „fișa procedurii”.

Totodată, contestatorul menționează că a studiat documentele și a constatat că o asemenea condiție nu era necesară, deoarece în documentele achiziției nu se face vorbire de existența deșeurilor periculoase.

Dacă ar fi existat asemenea deșeuri, acestea ar fi trebuit cel puțin identificate după codul de deșeu și să fie cuprinse în listele pe articole, apreciază contestatorul.

Astfel, consideră relevante mențiunea „activitatea în corpurile de clădire (cele ce fac obiectul procedurii) nu a prezentat risc infecțios

major” din adresa ... (adresa din cadrul dosarului de autorizare), precum și cele consemnate la art. 9 din memoriul de rezistență cu privire la riscul de infecție.

În concluzie, ... SRL solicită admiterea contestației și menționează că, în măsura în care autoritatea contractantă va adopta măsuri de remediere, va renunța la contestație, sens în care invocă și redă prevederile art. 9 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În drept au fost indicate prevederile Legii nr. 101/2016, iar în dovedire au fost atașate înscrisuri.

Dovada comunicării contestației și către autoritatea contractantă a fost transmisă la dosarul cauzei în data de 06.04.2023, fiind înregistrată la C.N.S.C. sub nr.

Prin adresa nr. ..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat ... SRL să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în cuantumul legal.

În probațiune, prin adresa nr. 9209/12.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., ... a transmis, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 9210/12.04.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., în temeiul dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația ... SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată, precum și menținerea ca legale și temeinice a actelor atacate.

În susținere, după ce prezintă un istoric al procedurii de atribuire, autoritatea contractantă arată că oferta contestatorului a fost declarată neconformă din următoarele motive:

1. pentru îndeplinirea rolului de responsabil SSM, în propunerea tehnică a fost nominalizată o societate terță - ... SRL, care nu a avut nicio calitate în cadrul procedurii, nefiind declarată subcontractant;

2. la oferta contestatorului nu au fost atașate contractul încheiat cu o societate autorizată pentru transportul deșeurilor periculoase provenite din demolarea fostei clădiri principale a ... și declarația de disponibilitate aferentă, conform art. 5.2.3. din caietul de sarcini.

1. Cu referire la primul motiv de respingere, organizatoarea procedurii invocă și redă cerințele relevante, respectiv cele de la pct. III. 1.3. (Capacitatea tehnică și profesională) din anunțul de participare simplificat și secțiunea III. 1.3.a) (Capacitatea tehnică și/sau profesională) din fișa de date, unde a fost prevăzută obligativitatea desemnării unui responsabil SSM pe șantier. De asemenea, se raportează la cerința nr. 3 (Informații despre subcontractanți) de la pag. 5 și Secțiunea III (Informații juridice financiare și tehnice) - pct. 1.1. a)

(Situația personală a candidatului sau ofertantului) din fișa de date, precum și la prevederile caietului de sarcini.

Arată că, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, a constatat faptul că Asocieria SC ... SRL – SC ... SRL a desemnat pe domnul ... pentru funcția de responsabil SSM, iar în propunerea tehnică a identificat următoarele documente:

- declarația de disponibilitate a domnului ..., potrivit căreia este colaborator al ofertantului conform contractelor „de colaborare” nr. 96/03.07.2014 și nr. 05/20.10.2014, fiind dispus să lucreze pe postul pentru care a fost indicat;

- decizia nr. 21/11.01.2023 prin care directorul general al ... SRL numește ca responsabil și coordonator SSM pe domnul ... în baza contractelor nr. 96/03.07.2014 și nr. 05/20.10.2014 încheiate cu o societate terță - ... SRL;

- adeverința de coordonator SSM emisă de ITM pentru ...;

- CV-ul domnului ...;

- diploma de inginer a domnului ...;

- contractul de prestări servicii externe de prevenire și protecție nr. 96/03.07.2014 încheiat de ... SRL cu ... SRL;

- contractul de prestări servicii în domeniul sănătății și securității în muncă nr. 05/20.10.2014 încheiat de ... SRL cu ... SRL.

Autoritatea contractantă precizează că, în urma evaluării documentelor anterior prezentate, prin adresa nr. 4863/27.02.2023, i-a solicitat asocierii clarificări, respectiv „trebuie să clarificați care va fi modalitatea juridică prin care domnul ... va presta serviciile aferente funcției de Responsabil SSM în cadrul viitorului contract de proiectare și execuție”, iar ofertantul a răspuns prin adresa nr. 98/01.03.2023, sens în care redă fragmentul relevant.

Raportându-se la acest răspuns al asocierii, la notificarea ANAP referitoare la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorială, la art. 3 alin. (1) lit. yy) și art. 284 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, precum și la art. 150 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă subliniază că oferta Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL a fost declarată neconformă, deoarece

îndeplinirea rolului de responsabil SSM aparține salariatului unei societăți terțe (... SRL) care nu are calitate de ofertant/terț susținător/subcontractant în cadrul prezentei proceduri.

2. Cu privire la celălalt motiv de respingere, respectiv neîndeplinirea cerinței de la art. 5.2.3. din caietul de sarcini, autoritatea contractantă prezintă documentele atașate de către asocierie, solicitarea adresată ofertantului prin adresa nr. 4863/27.02.2023, precum și răspunsul oferit de către acesta prin adresa nr. 109/07.03.2023.

Precizează că lucrările de demolare privesc o unitate spitalicească, iar adresa spitalului în baza căreia Direcția de Sănătate Publică a Municipiului București a emis avizul epidemiologic, din care rezultă că respectivele corpuri de clădire nu prezintă risc epidemiologic, se circumscrie situației existente anterior demolării, când spațiul este degajat de deșeurile medicale. Ulterior demarării lucrărilor de demolare, așa cum a prevăzut în caietul de sarcini la pct. 5.2.3. de la pag. 11, în eventualitatea identificării la fața locului a unor deșeuri care prezintă risc de contaminare, acestea trebuie să fie neutralizate prin metode specifice, cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Prin această prevedere a luat în calcul inclusiv situația în care elementele de zidărie, de exemplu, fiind desprinse dintr-un corp de clădire al unui spital unde s-au desfășurat activități medicale, să poată prezenta risc de contaminare - situație față de care ofertanții înscriși la procedură trebuie să fie pregătiți și să arate disponibilitatea inclusiv a unei operațiuni de colectare/neutralizare a deșeurilor care prezintă respectivul risc de contaminare, și care fac parte din categoria deșeurilor periculoase.

Contestatorul trebuia să prezinte o dată cu oferta și contracte de prestări servicii, respectiv declarații de disponibilitate aferente, încheiate cu societăți autorizate inclusiv pentru colectarea deșeurilor periculoase care prezintă risc de contaminare, nu doar pentru colectarea deșeurilor nepericuloase, conchide organizatoarea procedurii.

Comisia de evaluare a constatat că oferta Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL este neconformă și pentru motivul că nu a atașat contractul încheiat cu o societate autorizată pentru transportul deșeurilor periculoase provenite din demolarea fostei clădiri principale a ... și declarația de disponibilitate aferentă, conform art. 5.2.3. din caietul de sarcini.

În drept au fost invocate prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, precum și ale actelor normative indicate în cadrul documentului, iar în probațiune au fost solicitate înscrisuri și „orice alte probe utile și concludente soluționării prezentei cauze”.

Dovada comunicării documentului către contestator a fost atașată.

În completarea probatoriului, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei adresele prin care a comunicat rezultatul procedurii de atribuire către toți ofertanții.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, ... SRL a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209056553/1 din 11.04.2023, eliberată de ..., în cuantum de 72.858,14 lei, documentul fiind înregistrat la C.N.S.C. sub nr.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect: „*PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DEMOLARE ...*”, cod CPV 45111100-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ..., conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 3.642.906,94 lei, fără TVA.

Potrivit Secțiunii II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „*Prețul cel mai scăzut*”.

Procedând la analiza actualei contestații formulată de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... SRL – ... SRL, Consiliul reține că acesta este nemulțumit de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 7887/30.03.2023 (*vol. 1/3 al dosarului cauzei*) precum și prin raportul procedurii nr. 7738/30.03.2023 (*vol. 1/3 al dosarului cauzei*), motiv pentru care Consiliul va soluționa contestația care face obiectul prezentei analizând aspectele criticate, raportat la conținutul documentației de atribuire și la prevederile legale incidente.

Astfel, raportat la criticile formulate în prezenta contestație, cu privire la **primul motiv** de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că, prin instrucțiunile pentru ofertanți, publicate în SEAP sub identificatorul „*[.../00006] FisaDate_DF1167828.pdf*” și intitulate generic „*Fișa de date*”, autoritatea contractantă a solicitat, în cadrul **Secțiunii III.1.3) - Capacitatea tehnică și profesională** din anunțul de

participare simplificat, următoarele cerințe legate de îndeplinirea **criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică și profesională:**

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de lucrări: **tehnicieni sau organisme tehnice pentru executarea lucrărilor**

Cerința nr. 1:

Experiența similară în lucrări

(...)

e. **Responsabil SSM pe șantier** – persoana absolventă de studii/cursuri autorizate, recunoscute la nivel național în domeniul SSM, responsabilă cu evaluarea riscurilor privind securitatea și sănătatea angajaților și elaborarea unui plan și a instrucțiunilor de prevenire și protecție, elaborarea de instrucțiuni proprii de aplicare a normelor de SSM, de verificare a modului în care se aplică reglementările legislative în vigoare și normele referitoare la prevenirea riscurilor de incendii, protecția sănătății angajaților și protecția mediului înconjurător.

Ofertantul va prezenta modalitățile de asigurare a accesului la specialiștii descriși mai sus și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr/ 10/1995, republicată, cu modificările și completările ulterioare privind calitatea în construcții și a altor legi incidente.

Notă!

Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic **poate fi** susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr.98/2016 (**articol care conține prevederi exprese cu privire la terțul susținător, nu la subcontractant –n.n.)**

(...)

Cerința nr. 3

Informații cu privire la subcontractanți:

În cazul în care părți din contractul ce urmează a fi atribuit **vor fi îndeplinite** de către unul sau mai mulți subcontractanți, ofertantul are obligația de a preciza partea/părțile din contract pe care acesta urmează să le subcontracteze.

Modalitatea de îndeplinire:

Cerința nr. 1:

Pentru personalul nominalizat conform cerințelor de mai sus, ofertantul va prezenta documente justificative privind experiența similară și pregătirea profesională, **după cum urmează:**

- CV (CV-urile prezentate vor purta numele în clar și semnătura în original a persoanei respective);
- Copii ale diplomelor/atestatelor/altor documente justificative
- **Declarație de disponibilitate**

- În cazul experților pentru care există certificări specifice, emise de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, ofertanții vor prezenta dovada certificării specifice. Pentru experții străini se vor prezenta documente echivalente conform legislației specifice statului respectiv.

La momentul ofertării **se vor depune documentele solicitate mai sus pentru tot personalul cheie menționat** în prezentul caiet de sarcini.

Ofertantul va prezenta o organigramă care va cuprinde și o descriere a rolurilor și a responsabilităților în cadrul activităților, așa cum a prevăzut-o pe toată perioada de derulare a contractului care va cuprinde cel puțin personalul minim solicitat de către Autoritatea Contractantă.

Cerinta nr.3

Operatorii economici vor indica în cadrul DUAЕ informații cu privire la partea/părțile din contract **pe care intenționează** să le subcontracteze.”

Consiliul reține că cerințele sus citate, legate de îndeplinirea **criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică și profesională**, de către **ofertanți**, se regăsesc și la nivelul **caietului de sarcini**, fiind introduse de autoritatea contractantă la **pct. 5.4.** al acestuia, denumit însă **Personalul Contractantului**.

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați să prezinte inclusiv **modalități de asigurare a accesului la persoana nominalizată pentru Responsabil SSM pe șantier**, această cerință îndeplinindu-se, conform celor citate anterior, prin prezentarea unei **Declarații de disponibilitate**, pentru persoana respectivă.

Consiliul subliniază, în acest context, că potrivit prevederilor art. 179 lit. c) din Legea nr. 98/2016, „Operatorul economic **face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională** prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

(...)

c) **indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice implicate, indiferent dacă fac sau nu parte din organizația operatorului economic, în special a celor care răspund de controlul calității și, în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, a celor aflați la dispoziția contractantului în vederea executării lucrărilor;**”.

Totodată, conform art. 30 alin. (4) și alin. (6) din HG nr. 395/2016, **„Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs”.**

(...)

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.”

Pe parcursul evaluării propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a transmis către Asociera ... SRL – ... SRL adresa cu nr. 4863/27.02.2023 (pag. 308, vol. 2/3 al dosarului cauzei), prin care a solicitat acestei asocieri următoarele clarificări:

„Comisia de evaluare constată faptul că, oferta depusă de ofertantul Asociera S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. necesită clarificări după cum urmează:

Comisia de evaluare constată că în documentele depuse **declarația de disponibilitate a domnului ...**, Decizia ... nr. 21/11.01.2023 și Contractul nr. 96/03.07.2014, în eventualitatea în care oferta dvs. va fi declarată câștigătoare, **trebuie să clarificați care va fi modalitatea juridică prin care domnul ... va presta serviciile aferent funcției de Responsabil SSM în cadrul viitorului contract de proiectare și execuție.”**

Asociera ... SRL – ... SRL a răspuns la solicitarea de clarificări anterior citată, prin adresa cu nr. 98/01.03.2023 (pag. 322, vol. 2/3 al dosarului cauzei), menționând că:

„Referitor la îndeplinirea rolului de responsabil SSM a domnului ... în cazul în care oferta societății noastre va fi declarată câștigătoare precizăm următoarele:

Societatea ... S.R.L. - asociat lider în cadrul prezentei proceduri va asigura serviciile în domeniul sănătății și securității în muncă, respectiv de prevenire și protecție asigurate, prin intermediul societății ... S.R.L., **conform contractelor de prestări servicii nr. 05/20.10.2015 respectiv nr. 96/03.07.2014**, contracte care au fost depuse în cadrul pachetului intitulat «Propunere tehnică documente personal specialitate part 1» în cadrul paginilor 20-27. Ținând cont de faptul că domnul ... este angajat în cadrul societății ... S.R.L., **respectiv de faptul că prin declarația de disponibilitate semnată și ștampilată de respectiva societate se va îndeplini această sarcină de domnul ... ca și sarcină de serviciu.** În vederea susținerii celor menționate anexăm prezentei un extras Revisal care dovedește calitatea de angajat al domnului ... în cadrul ... S.R.L.”.

Ulterior verificării răspunsului anterior menționat, transmis de către Asociera ... SRL – ... SRL, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a hotărât declararea ofertei depuse de această asocierie, ca fiind neconformă, întrucât un prim motiv de respingere al ofertei

respectiv l-a constituit, potrivit susținerilor autorității contractante din punctul de vedere transmis, faptul că „îndeplinirea rolului de Responsabil SSM aparține salariatului unei societăți terțe (... S.R.L.) **care nu are calitate de ofertant/terț susținător/subcontractant** în cadrul prezentei proceduri.” iar potrivit Raportului procedurii, pag. 9, faptul că „Rolul de responsabil SSM pe șantier solicitat prin caietul de sarcini este îndeplinit de o persoană juridică – **subcontractant nedeclarat.**” (aceste detalieri ale primului motivului de respingere, din cele două documente precizate anterior, nu se regăsesc reflectate în concluzia de la punctul 1), pag. 2 din comunicarea transmisă contestatorului – n.n.).

În verificarea răspunsului Asocierii ... SRL – ... SRL, raportat la solicitarea de clarificări aferentă, coroborat cu cerințele sus citate, legate de îndeplinirea **criteriilor de calificare** privind capacitatea tehnică și profesională, în ceea ce privește **Responsabilul SSM pe șantier**, cerințe de calificare care se regăsesc atât în anunțul de participare simplificat cât și în caietul de sarcini,

Consiliul subliniază încă odată faptul că autoritatea contractantă a solicitat ca ofertanții să prezinte **modalitățile de asigurare a accesului** la Responsabilul SSM pe șantier, această cerință, subsecventă **Cerinței nr. 1** de la **Secțiunea III.1.3) - Capacitatea tehnică și profesională** din anunțul de participare simplificat, considerându-se îndeplinită, conform celor citate anterior, prin prezentarea unei **Declarații de disponibilitate.**

Prin urmare, raportat la formularea cerinței în discuție, și anume „Ofertantul va prezenta modalitățile de asigurare a accesului la specialiștii descriși mai sus (...)”, autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea operatorilor economici participanți la prezenta procedură să prezinte care sunt modalitățile de asigurare a accesului acestora la Responsabilul SSM pe șantier, modalități reflectate în declarațiile de disponibilitate prezentate.

Astfel, în aceste condiții, Consiliul nu va reține susținerile/precizările autorității contractante, care se regăsesc reflectate în concluziile sus citate, din Raportul procedurii și din punctul de vedere transmis, prin care respectiva autoritate motivează de ce consideră că oferta Asocierii ... SRL – ... SRL este neconformă, cu atât mai mult cu

cât, în condițiile legii, calitățile de **ofertant/terț susținător/subcontractant** reprezintă opțiuni de care Asocieria ... SRL – ... SRL se putea prevala, în ceea ce privește elaborarea ofertei sale, în vederea îndeplinirii cerinței în discuție, și nu obligații.

Mai mult, prin invocarea, în cadrul punctului de vedere, a Notificării ANAP cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică /sectorial, autoritatea contractantă omite că această notificare este un act fără caracter obligatoriu, spre deosebire de actele normative publicate în Monitorul Oficial (*cum sunt, de exemplu, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 sau Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017*) sau de normele dreptului Uniunii Europene, cu caracter obligatoriu, care au prioritate de aplicare în fața dreptului național contrar.

Astfel, prin susținerile sale, autoritatea contractantă omite esența prevederilor art. 179 lit. c) din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește sintagma **aflați la dispoziția contractantului**, raportat la tehnicieni (*în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări*), prevederi în baza cărora a solicitat tocmai îndeplinirea unor criterii de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, pentru anumite categorii de tehnicieni, printre care și Responsabilul SSM pe șantier.

Practic, sintagma **aflați la dispoziția contractantului** implică faptul că respectivul contractant, în îndeplinirea funcțiilor sale în ceea ce privește executarea unui contract de achiziție publică, poate apela, prin externalizare, la resursele umane ale altui operator economic care, fără a deveni ofertant/terț susținător/subcontractant, îi pune la dispoziție, pe bază contractuală, aceste resurse (*de exemplu prin detașare*), resurse care, pe perioada derulării contractului de achiziție publică în cauză, sunt echivalente cu resursele proprii ale respectivului contractant, prevederile legale nefăcând o diferență expresă.

În acest sens, Consiliul subliniază că prevederile art. 179 lit. c) din Legea nr. 98/2016 transpun prevederile Anexei XII, Partea II, lit. c) din Directiva 2014/24/EU privind achizițiile publice, care fac referire la sintagma „indicarea tehnicienilor (...) **indiferent dacă fac sau nu parte din întreprinderea operatorului economic**”.

În acest context, Consiliul subliniază că, în cadrul Hotărârii din 14 februarie 2008, **CJUE (ale cărei decizii preliminare sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate instanțele**

din statele membre) s-a pronunțat în cauza **C-324/14**, astfel:

„1) Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) 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 coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă **trebuie interpretate** în sensul că:

- **recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească** autorității contractante **că** candidatul sau **ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități** care sunt necesare pentru executarea acestui contract și

- **nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise** candidatului sau **ofertantului, astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal** la executarea aceluși contract”.

Or, în cazul de față, este evident că societatea ... SRL poate pune efectiv la dispoziția ofertantului Asocierea ... SRL – ... SRL, pe domnul ..., pentru poziția - **Responsabil SSM pe șantier**, solicitată de autoritatea contractantă, declarația de disponibilitate în discuție, prezentată de respectiva asociere atestând acest lucru, **fără ca această societate să fie nevoită să participe direct și personal la executarea contractului în discuție**, din cauza unor împrejurări speciale, raportat la obiectul contractului în cauză precum și la finalitățile acestuia, împrejurări care nu au fost menționate în documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie **atât pentru operatorii economici participanți la procedură**, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), **cât și pentru autoritatea contractantă**, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de atribuire, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în

acest domeniu cât și prevederile proprii documentații de atribuire, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, 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** (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” și a precizat că „**această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură**”.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că: „42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea **obligația să excludă** de la o achiziție un **operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții** sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).”

Or, pornind de la aceste considerente, Consiliul reține că respingerea, de către comisia de evaluare, a ofertei Asocierii ... SRL – ... SRL, în baza informațiilor și documentelor comunicate de aceasta, nu a fost de natură să respecte, în faza de evaluare a propunerilor tehnice, propriile reguli stabilite de autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire, care stabileau expres următoarele: „Cerința nr. 1: (...) e. **Responsabil SSM** pe șantier – (...) **Ofertantul va prezenta modalitățile de asigurare a accesului la specialiștii descriși mai sus (...).** **Modalitatea de indeplinire: Cerința nr. 1: Pentru personalul nominalizat conform cerințelor de mai sus, ofertantul va prezenta documente justificative** privind experiența similară și pregătirea profesională, după cum urmează: (...) - **Declarație de disponibilitate**”, coroborat cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Astfel, raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016, și, pe cale de consecință, a evaluării răspunsurilor aferente, Consiliul constată că atât solicitarea de clarificări în speță cât și verificarea răspunsului aferent, nu

s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu, comisia de evaluare dând dovadă atât de superficialitate în evaluarea propunerii tehnice în discuție cât și de un formalism excesiv.

În aceste condiții, Consiliul va admite ca fiind fondate criticile contestatorului ... SRL, formulate în prezenta contestație, cu privire la **primul motiv** de respingere a ofertei acestuia.

În ceea ce privește criticile formulate în prezenta contestație, cu privire la **al doilea motiv** de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că, potrivit **Secțiunii IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice** din Fișa de date, „Ofertantul are obligația de a elabora și a prezenta Oferta tehnică astfel încât să respecte specificațiile și cerințele precizate în Caietul de Sarcini.”

Conform prevederilor punctului **5.2.3.** din caietul de sarcini, invocat de autoritatea contractantă ca al doilea motiv de respingere a ofertei contestatorului, „**5.2.3 Gospodărirea deșeurilor:**

Se vor respecta prevederile normelor de salubritate aprobate prin HCGMB.

Deșeurile rezultate din lucrările de demolare se vor transporta și depozita de către constructor sau o firmă de salubritate conform prevederilor în vigoare. Oferta tehnică va cuprinde și Planul de Management al Deșeurilor întocmit în conformitate cu SR EN ISO 14001 : 2015. Ofertantul va face dovada că deține Autorizație de Mediu pentru activitățile derulate în cadrul proiectului. **Deșeurile cu risc de contaminare, vor fi neutralizate prin metode specifice** cu respectarea prevederilor legale în domeniul sănătății publice **și depozitate și neutralizate** în conformitate cu legislația în domeniul mediului.”.

Pe parcursul evaluării propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a transmis către Asocieria ... SRL – ... SRL adresa cu nr. 4863/27.02.2023 (pag. 308, vol. 2/3 al dosarului cauzei), prin care a solicitat acestei asocieri următoarele clarificări:

„Comisia de evaluare solicită să **clarificați modalitatea de îndeplinire a cerinței prezentate la capitolul 5.2.3. din Caietul de sarcini:** „Deșeurile rezultate din lucrările de demolare se vor transporta și depozita de către constructor sau o firmă de salubritate conform prevederilor în vigoare. Oferta tehnică va cuprinde și Planul de Management al Deșeurilor întocmit în conformitate cu SR EN ISO 14001:2015. Ofertantul va face dovada că deține

Autorizație de Mediu pentru activitățile derulate în cadrul proiectului. Deșeurile cu risc de contaminare vor fi neutralizate prin metode specifice cu respectarea prevederilor legale în domeniul sănătății publice și depozitate și neutralizate în conformitate cu legislația în domeniul mediului.”, **având în vedere Legea nr. 98/2016, art. 3 alin. (1), lit. yy):**

„Art. 3. – (1) În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

(...) yy) **subcontractant/subantreprenor** - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută anumite părți ori elemente ale lucrărilor/serviciilor, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop. Punerea la dispoziție a unui utilaj sau furnizarea de materiale/bunuri în cadrul unui contract de achiziție publică nu este considerată subcontractare în sensul prezentei legi;”;

precum și Art. 55, alin. 1:” Art. 55. – (1) Autoritatea contractantă solicită ofertantului candidatului să precizeze în ofertă ori în solicitarea de participare: **a)** categoriile de servicii/lucrări din contract pe care intenționează **să le subcontracteze**, precum și procentul sau valoarea aferentă activităților indicate în ofertă ca fiind realizate de către subcontractanți; și **b) datele de identificare ale subcontractanților propuși**, dacă aceștia din urmă sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei sau a solicitării de participare.”.

Asocierea ... SRL – ... SRL a răspuns la solicitarea de clarificări anterior citată, prin adresa cu nr. 98/01.03.2023 (pag. 322, vol. 2/3 al dosarului cauzei), menționând că:

„La prezenta procedură asocierea S.C. ... S.R.L. în calitate de asociat lider și S.C. ... S.R.L. asociat în urma consultării directe cu operatorul autorizat ... S.R.L. **societate autorizată în vederea colectării și depozitării deșeurilor**, au decis participarea celei din urmă societăți **sub formă de prestator de servicii așa cum acest fapt a și fost prezentat în cadrul propunerii tehnice** în documentul intitulat „Propunere tehnică part.1 unde (...) a fost înaintat contractul de prestări servicii de salubritate nr. B 19-3 BIF, contract la care a fost atașat și autorizația de mediu a colectorului autorizat (...) considerând astfel solicitarea exprimată în caietul de sarcini (...) și cităm **„Deșeurile rezultate din lucrările de demolare se vor transporta și depozita de către constructor sau o firmă de salubritate conform prevederilor în vigoare”** satisfăcută.

(...)

Menționăm că în propunerea tehnică am descris și vom respecta (...) următoarele măsuri impuse prin planul de gestionare deșeurilor (...) citând:

“(...)

- Să separăm la locul de producere deșeurile periculoase și cele nepericuloase

(...)

- Să predăm deșeurile, pe bază de contract unor colectori sau unor operatori autorizați (...) să asigure (...) eliminarea deșeurilor (...). (...)"

În urma acestui răspuns, autoritatea contractantă a transmis către Asocieria ... SRL – ... SRL adresa cu nr. 5539/06.03.2023 (pag. 323, vol. 2/3 al dosarului cauzei), prin care a solicitat acestei asocieri următoarele clarificări:

„Urmare a răspunsului dvs. nr. 98/01.03.2023 (...), Comisia de evaluare solicită următoarele:

1. În oferta tehnică ați prezentat **contractul nr. B 19-3 BIF încheiat cu ... SRL la care ați atașat autorizația de mediu a SC ... SA.**

Mai mult decât atât, autorizația de mediu depusă în ofertă nu face referire la colectarea și transportul deșeurilor periculoase.

Solicităm **clarificare referitor la persoana juridică** care va efectua serviciile de colectare, transport, tratare deșeuri periculoase și nepericuloase, precum și prezentarea contractului, autorizației de mediu **și a unei declarații de disponibilitate ale respectivei societăți** pentru desfășurarea activităților necesare derulării contractului ce va deriva din prezenta procedură."

Asocieria ... SRL – ... SRL a răspuns la solicitarea de clarificări anterior citată, prin adresa cu nr. 109/07.03.2023 (pag. 363, vol. 2/3 al dosarului cauzei), menționând că:

„ (...) vă răspundem solicitării Dvs. astfel:

1. **Autorizația de mediu prezentat și asociat contractului încheiat cu S.C. ... S.R.L., contract nr. Seria B-19-3-BIF nr. 32067 din 10.01.2023 se justifică prin fuziunea celor două societăți menționate** care se probează cu următoarele documente care se atașează prezentei adrese de răspuns la solicitarea de clarificări emisă de autoritatea contractantă:

- **Decizie transfer autorizație de mediu nr. 38 din 06.12.2023** (anul este menționat eronat, în realitate este 2022 – n.n.)

- **Adresă justificativă transfer autorizație de mediu nr. 468/06.09.2021 revizuită în data de 07.09.2022 prin decizia de transfer nr. 38/06.12.2022**

- **Autorizație de mediu nr. 468/06.09.2021 revizuită în data de 07.09.2022.**

2. În ceea ce privește colectarea și transportul deșeurilor periculoase menționăm faptul că în cadrul documentației înaintate spre ofertanți autoritatea contractantă nu a menționat existența unor deșeuri periculoase iar în cadrul caietului de sarcini la pagina 21 cap. 5.6 (...) nu menționează alte

categorii de deșeuri decât cele rezultate în urma lucrărilor de execuție lucrări de demolare constând în: elemente de zidărie, beton, tablă, lemn și elemente rezultate din desfacerea tâmplăriilor și a învelitorilor fără a face referire la alte categorii de deșeuri.

(...)

În consecință și în baza celor mai sus menționate **ne asumăm execuția tuturor operațiilor solicitate conform caietului de sarcini (...)** cu observația că în cazul în care se vor identifica eventuale **deșeuri periculoase acestea vor fi codificate și vor fi gestionate sub directa coordonare a autorității contractante, aceasta având rol de generator**, iar trasabilitatea acestora se va stabili de comun acord, prin implicarea unei societăți autorizate în vederea colectării și transportului deșeurilor periculoase identificate, deoarece în funcție de natura deșeurilor va trebui identificată societatea autorizată și disponibilă în execuția respectivelor servicii conform prevederilor legale în vigoare.

3. Atașat vă înaintăm **declarația de disponibilitate** semnată de **operatorul autorizat S.C. ... S.R.L.** iar lista deșeurilor care pot fi preluate se regăsesc în cadrul autorizației de mediu revizuite anexat și acesta prezentei."

Ulterior verificării răspunsului anterior menționat, transmis de către Asocieria ... SRL – ... SRL prin adresa cu nr. 109/07.03.2023, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a hotărât declararea ofertei depuse de această asocierie ca fiind neconformă, întrucât un al doilea motiv de respingere al ofertei respective l-a constituit, potrivit susținerilor autorității contractante din punctul de vedere transmis, faptul că „Nu a atașat **contract și declarație de disponibilitate cu o societate autorizată pentru transportul deșeurilor periculoase** (provenite din demolarea fostei clădiri principale ale ...) **necesare conform capitolului 5.2.3 al Caietului de Sarcini**” (această detaliere a celui de al doilea motiv de respingere, din documentul precizat anterior, se regăsește și în concluzia de la punctul 2), pag. 2 din comunicarea transmisă contestatorului – n.n.).

Verificând, la rândul său, răspunsurile contestatorului, în corelare cu formulările solicitărilor de clarificări anterior precizate, și cu cerințele exprese din caietul de sarcini, sus citate, Consiliul reține că, prin solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă nu și-a respectat propriile cerințe exprese ale caietului de sarcini.

Mai precis, în context, Consiliul subliniază că, potrivit definiției de la art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, **documentația de atribuire** este „documentul achiziției **care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului** și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, **inclusiv** specificațiile tehnice ori

documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, **formatele de prezentare a documentelor** de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile;”.

Or, o analiză atentă a prevederilor punctului **5.2.3.** din caietul de sarcini, invocat de autoritatea contractantă ca bază pentru al doilea motiv de respingere a ofertei contestatorului, relevă fără tăgadă faptul că aceste prevederi **nu au incluse cerințe** referitoare la:

1) termenul **deșeuri periculoase**, cu atât mai puțin ce reprezintă acestea sau ce reprezintă **deșeurile cu risc de contaminare** (*formulare folosită de respectiva autoritate în caietul de sarcini, la punctul respectiv*), și cum pot fi identificate aceste deșeuri de către contractant **în vederea neutralizării prin metode specifice**, conform uneia dintre cerințele de la punctului **5.2.3.** din caietul de sarcini;

2) prezentarea unei **autorizații pentru transportul deșeurilor periculoase** (*care, nota bene, este un înscris de natura celor referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale*);

3) impunerea prezentării unui **contract** și a unei **declarații de disponibilitate cu o societate autorizată pentru transportul deșeurilor periculoase**.

Mai mult, deși la punctul **5.2.3.** din caietul de sarcini este menționată cerința „Ofertantul va face dovada că deține Autorizație de Mediu **pentru activitățile derulate în cadrul proiectului.**”, la punctul **4.2.** din același document, unde sunt precizate activitățile ce vor fi realizate în cadrul contractului, **nu se regăsesc menționate activitățile transportul deșeurilor periculoase, precum depozitare și neutralizare, prin metode specifice, a deșeurilor periculoase.**

Astfel, Consiliul nu va reține susținerile autorității contractante, din punctul de vedere transmis, prin care aceasta încearcă să explice ce a vizat, „**în eventualitatea identificării, la fața locului, a unor deșeuri care prezintă risc de contaminare**”, atunci când a formulat prevederile punctului **5.2.3.** din caietul de sarcini, întrucât, dacă a vizat **cerințe** în legătură cu **deșeuri periculoase**, așa cum susține respectiva autoritate, respectiv cerințele enumerate mai sus, aceasta avea obligația, conform art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, să precizeze, în

documentația de atribuire, aceste cerințe, precum și alte cerințe/reguli/informații subsecvente acestora, relevante în context, astfel încât să asigure operatorilor economici, conform legii, **o informare completă, corectă și explicită** în sensul vizat, lucru pe care autoritatea contractantă nu l-a făcut.

Consiliul reține, tot în context, și faptul că subzistă corespunzător considerațiile anterioare legate de calitatea de **subcontractant**, în cadrul prezentei proceduri, în ceea ce privește societatea în discuție, respectiv ... SRL, mai ales în condițiile în care prevederile punctului **5.2.3.** din caietul de sarcini stabilesc în sarcina constructorului, inclusiv prin intermediul firmei de salubritate indicată de acesta, și **nu** a ofertantului, operațiuni de transport, depozitare și neutralizare a deșeurilor cu risc de contaminare, care trebuie efectuate **în timpul derulării contractului**, atunci când este necesar.

Acest fapt este confirmat de autoritatea contractantă prin susținerile sale din punctul de vedere transmis, în care precizează, printre altele, că „**ulterior demarării lucrărilor de demolare**, așa cum s-a prevăzut în caietul de sarcini la **pct. 5.2.3.** de la pag. 11, **în eventualitatea identificării**, la fața locului, **a unor deșeuri care prezintă risc de contaminare, acestea trebuie să fie neutralizate prin metode specifice**”.

În legătură cu cele precizate anterior, Consiliul reține că, prin adresa de solicitare de clarificări cu nr. 4863/27.02.2023 (pag. 308, vol. 2/3 al dosarului cauzei), comisia de evaluare a încercat să inducă contestatorului condiționarea respectării prevederilor punctului **5.2.3.** de existența/declararea calității de **subcontractant**, pentru ... SRL, astfel cum se poate observa din conținutul acestor solicitări, sus citate.

Astfel, în ceea ce privește al doilea motiv de respingere al ofertei contestatorului, Consiliul subliniază, ca fiind deosebit de relevante în context, punctele 30-32, 35 și 36 din Hotărârea pronunțată de **CJUE** în cauza **C-403/21**, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, și anume:

„30. Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor **arată că rezultă**

în special din Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo (C- 27/15,

EU:C:2016:404), că un operator economic nu poate fi exclus din procedură pentru motivul că nu a respectat cerințe neprevăzute în documentele achiziției.

31. Or, în cauza principală, **normele referitoare la activitățile de construire, de modernizare, de întreținere și de reparare a**

infrastructurii feroviare, care nu figurau în documentele achiziției, nu

s- ar impune ofertantului câștigător decât în stadiul executării

contractului în cauză. În plus, numărul de operatori economici autorizați pentru anumite activități de pe această piață ar fi limitat. **Prin urmare,**

obligatia de a- i desemna drept subcontractanți ar diminua drastic

▪

concurența, majorând totodată sarcina administrativă a participanților la procedura de cerere de ofertă în discuție în litigiul principal, ceea ce ar putea fi contrar principiului proporționalității. Organismul de trimitere ridică, în consecință, problema dacă este necesar să se impună în mod sistematic ofertanților să își desemneze eventualii subcontractanți la momentul depunerii ofertei, indiferent de importanța activităților ce le vor fi atribuite în contractul menționat, de momentul la care acești subcontractanți vor interveni în timpul executării aceluiași contract sau de probabilitatea ca aceștia să fie solicitați.

32. Pe de altă parte, potrivit acestui organism, **documentele achiziției nu pot fi completate cu anumite criterii al căror caracter obligatoriu ar rezulta din legi speciale fără relevanță în materie de achiziții publice.** Astfel, completarea de drept a documentelor achiziției cu asemenea criterii ar încălca principiul proporționalității și ar repune în discuție marja de apreciere pe care articolul 58 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva 2014/24 o recunoaște autorității contractante în ceea ce privește stabilirea criteriilor de selecție.

(...)

35. În sfârșit, **impunerea subcontractării ca unică formă de**

desfășurare a unei activități dintr- un contract ar încălca libertatea

▪

contractuală, dreptul la organizare al operatorilor economici și

articolul 63 din Directiva 2014/24. Astfel, în măsura în care din acest articol 63 ar rezulta că **prezentarea unui angajament este suficientă pentru a demonstra respectarea unor criterii de selecție, o simplă declarație de disponibilitate ar trebui să fie a fortiori suficientă** atunci când, fiind vorba despre activități care au o importanță minoră în contract, respectarea unor asemenea criterii nu este necesară.

36. În aceste condiții, **Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a hotărât** să suspende judecarea cauzei și **să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:**

(...)

3) a) Articolul 63 din Directiva [2014/24] și principiul proporționalității **se opun respingerii din procedură a unui ofertant care nu a nominalizat un operator drept subcontractant pentru dovedirea îndeplinirii unor criterii privind capacitatea tehnică și profesională și capacitatea de exercitare a activității tehnice și profesionale ce ar rezulta din prevederile unor legi speciale care nu sunt prevăzute în documentația de atribuire**, în condițiile în care ofertantul respectiv **a ales o altă formă contractuală de implicare în contract a specialiștilor**, respectiv **[un] contract** de furnizare/prestări servicii, **sau a depus [o] declarație de disponibilitate** din partea acestora?

b) **Dreptul de a-și stabili propria organizare și relațiile**

contractuale din interiorul grupului îi aparține operatorului economic, existând posibilitatea implicării în contract și a unor prestatori/furnizori în condițiile în care respectivul prestator nu face parte din entitățile pe a căror capacitate ofertantul intenționează să se bazeze în dovedirea îndeplinirii criteriilor relevante?”.

Ca urmare, în cadrul Hotărârii pronunțată în data de **26.01.2023**, în cauza **C-403/21**, CJUE a declarat următoarele: „3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 **trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de**

aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.”

■

Practica CJUE cu privire la cerințele documentației de atribuire și la respectarea principiilor fundamentale este constantă astfel:

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

Cauza Medipac-Kazantzidis AE vs. Venizeleio-Pananeio (C-

6/05) considerentele 53 și 54 „(53)(...) principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență, care se aplică independent de aplicabilitatea sau neaplicabilitatea Directivei 93/36, se opun, cu scopul de a evita arbitrarul, ca însăși această autoritate contractantă să aibă posibilitatea de a respinge în mod direct oferta în cauză și îi impun să se conformeze unei proceduri, precum procedura de protecție prevăzută la articolul 8 din Directiva 93/42, de natură să garanteze o apreciere și un control obiectiv și independent al riscurilor pretinse. (54) În plus, acest principiu și această **obligație interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele**

anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu

au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”.

Cauza Cartiera dell’Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C-42/13) considerentul 44 „Astfel, pe de o parte, 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 are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta 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 Comisia/CAS Succhi di Frutta, C- 496/99 P,

EU:C:2004:236, punctele 108-111).”

Consiliul subliniază încă odată faptul că, la punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, 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** (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” și a precizat că **„această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”**.

Totodată, în cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că: „42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea **obligația să excludă** de la o achiziție un **operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții** sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).”

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, prin formalismul excesiv demonstrat în etapa de evaluare a propunerii tehnice depusă de contestator, inclusiv prin prisma solicitărilor de clarificări în speță și verificării răspunsurilor aferente, autoritatea contractantă nu și-a respectat în fapt regulile stabilite în cadrul documentației de atribuire, raportându-se la/invocând cerințe pe care nu le-a solicitat în documentele achiziției, astfel cum a fost demonstrat prin considerațiile anterioare, ale Consiliului.

În aceste condiții, Consiliul va admite ca fiind fondate criticile contestatorului ... SRL, formulate în prezenta contestație, cu privire la **al doilea motiv** de respingere a ofertei acestuia.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... SRL – ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și, pe cale de consecință, va anula în parte raportul procedurii, în ceea ce privește oferta Asocierii ... SRL – ... SRL, și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Asocierii ... SRL – ... SRL, începând cu propunerea tehnică a respectivei asocieri, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... SRL – ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și, pe cale de consecință, anulează în parte raportul procedurii, în ceea ce privește oferta Asocierii ... SRL – ... SRL, și actele subsecvente, și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Asocierii ... SRL – ... SRL, începând cu propunerea tehnică a respectivei asocieri, reevaluare care se va efectua potrivit documentației de atribuire, a prevederilor legale și a celor reținute în motivare în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de solutionare a contestatiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
...

PREȘEDINTE
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practicaua deciziei
...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține ... pagini