

area performanțelor contractanților, furnizorilor și a prestatorilor de servicii în îndeplinirea obligațiilor contractuale și pentru a se asigura că sunt întreprinse acțiunile corespunzătoare pentru remedierea rapidă a oricăror deficiențe constatate



Avocat Radu NOSLACAN,  
Senior Associate, SCA  
Zamfirescu Racoți Vasile &  
Partners

De regulă, contractele de achiziție publică de valoare sau complexitate ridicată sunt, de multe ori, greu sau imposibil de executat de către un singur operator economic. Încheierea unor astfel de contracte presupune, în etapa atribuirii, îndeplinirea unor condiții de capacitate tehnică și demonstrarea unei situații economice deosebite, care nu pot fi atinse de anumiți operatori economici, priviți în mod individual, fie pentru că nu au o forță economică suficient de mare, fie pentru că nu dispun de experiență suficientă și personal calificat pentru acoperirea tuturor activităților pe care le presupune executarea contractului.

Cu precădere, pentru obținerea atribuirii unor contracte de achiziție publică de o anumită complexitate se pune problema cooptării, într-o formă sau alta, a altor operatori economici în cadrul procesului de atribuire. O întrebare firească care se ridică privește cine și cum poate fi cooptat un alt operator economic

te în executarea contractului sau în domeniul de aplicare al contractului cât și termenii și condițiile contractuale.

Pe baza obiectivelor specifice, există o distincție clară între achizițiile publice și administrarea con-

## Cine și cum se poate susține capacitatea tehnică și situația economică a unui operator economic într-o procedură de achiziție publică

pentru asigurarea succesului în etapa atribuirii.

Prezenta analiză privește doar modalitatea și condițiile esențiale în care operatorii economici se pot prevala de capacitățile altor entități pentru a participa la atribuirea unui contract, din perspectiva dreptului comun în materia achizițiilor publice, reprezentat de Legea nr. 98/2014 privind achizițiile publice (denumită, în continuare, "**Legea Achizițiilor Publice**") și cu excluderea domeniului achizițiilor sectoriale ori cel al achizițiilor militare.

Întrucât domeniul achizițiilor publice beneficiază de o reglementare exhaustivă (și) la nivelul Uniunii Europene, analiza de față va face mai întâi o trecere în revistă a legislației și jurisprudenței obligatorii la nivelul Uniunii (partea I), urmând ca apoi să fie abordate aspectele ce țin de reglementările primare și secundare respectiv practica administrativ-jurisdicțională la nivel național (partea a II-a).

### • Legislația aplicabilă la nivelul Uniunii Europene

Legea Achizițiilor Publice repre-

tractelor. Această distincție, departe de a diminua importanța uneia, spre deosebire de cealaltă, o întărește cu adevărat pe fiecare, identificând și concentrându-se asupra scopului specific al fiecăreia.



Avocat Monica STRÎMBEI,  
Partener, SCA Zamfirescu  
Racoți Vasile & Partners

zintă transpunerea în legislația națională a prevederilor Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE ("**Directiva Privind Achizițiile Publice**").

Spre deosebire de vechea reglementare europeană, respectiv Directiva 2004/18/CE, care nu conținea o reglementare completă a posibilității utilizării capacității altor entități, Directiva Privind Achizițiile Publice creionează o reglementare cu caracter exhaustiv, conținând o serie de detalii absente în Directiva 2004/18/CE.

În sensul celor sus-menționate, sub titulatura *Utilizarea capacităților altor entități*, art. 63 din Directiva Privind Achizițiile Publice, prevede că, în privința criteriilor referitoare la situația economică și financiară respectiv a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, un operator economic poate să recurgă la capacitățile altor entități, **indife-**

rent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea.

**Condiția esențială** pentru ca un operator economic să poată recurge la capacitățile altor entități este, în lumina prevederilor art. 63 din Directiva Privind Achizițiile Publice, **prezentarea de dovezi autorității contractante în sensul că operatorul economic va avea la dispoziție resursele entităților în discuție, de exemplu, prin prezentarea unui angajament din partea acestora din urmă în acest sens.**

Chiar dacă nu ne propunem să le analizăm în detaliu în cuprinsul prezentei, trecem în revistă și următoarele aspecte capitale reglementate prin art. 63 din Directiva Privind Achizițiile Publice în materia supusă discuției, după cum urmează:

- obligația autorității contractante de a verifica dacă vreunul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 57 din directive este incident în cazul entităților pe a căror capacitate operatorul economic intenționează să se bazeze;
- posibilitatea autorității contractante de a impune, în anumite cazuri, ca anumite sarcini critice să fie efectuate direct de către ofertantul însuși;
- posibilitatea autorității contractante de a solicita ca operatorul economic și entitățile pe a căror capacitate operatorul economic intenționează să se bazeze să fie răspunzătoare solidar pentru executarea contractului, în cazul în care un operator economic se bazează pe capacitățile acelor entități în ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară.

Nu în ultimul rând, este important de menționat că art. 63 din Directiva Privind Achizițiile Publice prevede în mod expres că, în situația în care un grup de operatori economici participă la o procedură de atribuire, **acesta se poate baza pe capacitățile membrilor grupului**

sau ale altor entități.

### • Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene

Întrucât, la nivelul Uniunii Europene, jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (denumită, în continuare, “CJUE”) reprezintă izvor de drept, iar statele membre și instanțele naționale sunt obligate astfel să țină cont de cele reținute prin hotărârile pronunțate de CJUE, vom trece în revistă câteva dintre elementele esențiale statuate de instanța europeană în materia *utilizării capacităților altor entități*.



Ca o remarcă prealabilă însă, este important de menționat că, întrucât jurisprudența CJUE vizând reglementările specifice în discuție prevăzute de actuala Directivă Privind Achizițiile Publice este precară, ne-am concentrat atenția pe jurisprudența Directiva 2004/18/CE, care, în privința condițiilor esențiale de utilizare a capacităților altor entități, este pe deplin valabilă și aplicabilă în prezent.

În contextul *utilizării capacităților altor entități*, o întrebare premergătoare care s-a ridicat a fost în ce măsură un operator economic, care participă cu titlu individual la o procedură de atribuire, se poate prevala de experiența unui grup de întreprinderi din care a făcut parte în cadrul altui contract de achiziții publice.

Pentru a răspunde acestei întrebări, în *cauza C-387/14* privind Cererea

de decizie preliminară introdusă de *Krajowa Izba Odwoławcza (Polonia)* la 14 august 2014, CJUE a arătat că, atunci când un operator economic menționează experiența unui grup de întreprinderi din care a făcut parte, aceasta trebuie să fie apreciată în raport cu **participarea concretă a acestui operator și, așadar, cu contribuția sa efectivă** în cadrul unui contract de achiziții publice determinat.

S-a concluzionat astfel că un operator economic nu poate invoca, în cadrul experienței impuse de autoritatea contractantă, prestațiile efectuate de ceilalți membri ai unui grup de întreprinderi la realizarea cărora nu a participat efectiv și concret.

*A fortiori* rezultă că atunci când un operator economic decide să recurgă la capacitățile altor entități, se vor lua în considerare doar prestațiile la care respectivele entități au participat efectiv și concret, neputându-se lua în considerare experiența unui întreg grup de întreprinderi din care respectivele entități au făcut parte în cadrul altui contract de achiziții publice.

Odată rezolvată această primă întrebare premergătoare, este necesar a se lămuri relația dintre entitatea de a cărei capacitate se prevalează un operator economic în cadrul unei proceduri de atribuire și contractul de achiziție publică ce urmează a fi încheiat.

Această chestiune a fost ridicată în cauza *C – 324/14, Partner Apelski Dariusz v Zarząd Oczyszczania Miasta*, privind o procedură de atribuire organizată în Varșovia (Polonia), cu referire la un contract de achiziții publice privind curățarea mecanică generală a străzilor orașului pe timp de iarnă și de vară, în cadrul căreia o societate care a candidat a arătat că urma să se bazeze pe experiența unei alte societăți poloneze, cu sediul în Grudziądz (Polonia), un oraș situat la aproximativ 230 km de Varșovia.

Ofertantul a prezentat totodată un angajament al societății din Grudziadz, potrivit căruia aceasta din urmă și-ar pune capacitățile la dispoziție, în special prin servicii de consultanță care cuprindeau, printre altele, o formare a angajaților, precum și un ajutor la rezolvarea problemelor care puteau surveni cu ocazia executării contractului în cauză.

În contextul în care societatea care a candidat la procedura de atribuire organizată în Varșovia (Polonia) a fost exclusă din procedură, CJUE a arătat în această cauză că, deși prevederile europene recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **este necesar să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract.**

În concret, în speța prezentată, CJUE a arătat că nu este exclus ca participarea preconizată a societății

cu sediul în Grudziadz (Polonia), care constă în simpla exercitare a unor activități de consultanță și de formare, să nu poată fi considerată suficientă pentru a garanta ofertantului punerea la dispoziția efectivă a mijloacelor necesare executării contractului, aspect ce este cu atât mai justificat de împrejurarea că între orașul Grudziadz Varșovia este o distanță de aproximativ 230 km de Varșovia, ce poate reprezenta o piedică pentru asigurarea unei capacități de reacție imediată pentru curățarea orașului pe timpul iernii.

Cu alte cuvinte, atunci când un operator se prevalează de capacitățile altei entități, este necesar ca acesta să poată dispune efectiv de mijloacele acelei entități și, mai mult, **este necesar ca aceste mijloace să fie necesare și utile în executarea contractului de achiziție publică.**

#### • Scurte concluzii

În contextul analizei prezentate, pot fi concluzionate următoarele aspecte:

- legislația europeană recunoaște dreptul oricărui operator economic

de a se prevala, pentru un contract determinat, de capacitățile altor entități;

- se observă că natura juridică a relațiilor dintre operatorul economic și entitățile de a căror capacitate se prevalează este irelevantă, câtă vreme se face dovada că operatorul economic va putea dispune de resursele și mijloacele entităților respective;

- atunci când un operator economic decide să recurgă la capacitățile altor entități, se vor lua în considerare doar prestațiile la care respectivele entități au participat efectiv și concret;

- este necesar ca operatorul economic să demonstreze că mijloacele puse la dispoziție de entitățile de a căror capacitate se prevalează sunt necesare și utile în executarea contractului de achiziție publică avut în vedere.

Așa cum urmează să arătăm în partea a II a acestei analize, concluziile de mai sus reprezintă principii de bază, care ghidează atât legislația națională în materia achizițiilor publice cât și practica administrativ-jurisdicțională națională.

## Achiziția directă: online versus offline

În ultimii ani, ca mod de satisfacere a necesității identificate de autoritatea contractantă, achiziția directă a fost supusă unor modificări de natură procedurală.

Achiziția directă este statuată de art. 7 alin. 5 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ca fiind un drept al autorității contractante, de a achiziționa direct produse sau servicii, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică decât 135.060 lei, respec-

tiv lucrări, în cazul în care valoarea estimată a achiziției, fără TVA, este mai mică decât 450.200 lei. Dar, cum, oricărui drept îi corespunde o obligație, legiuitorul a instituit prin normele de aplicare ale acestei prevederi<sup>1</sup>, obligații în sarcina autorității contractante de a respecta o serie de reguli pentru exercitarea acestui drept.

Regula principală rezultă din interpretarea alin. 2 din norma de aplicare actualizată<sup>2</sup>, potrivit căreia ”auto-

**Alina NICOLAU**  
expert achiziții publice

*ritatea contractantă are obligația de a utiliza catalogul electronic pus la dispoziție de SEAP sau de a publica un anunț într-o secțiune dedicată a web-site-ului propriu/ANAP sau a SEAP, însoțit de descrierea produselor, serviciilor sau lucrărilor care urmează a fi achiziționate.”*

În forma inițială, norma de aplicare nu prevedea clar obligația de

<sup>1</sup>Art. 43 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 din 2 iunie 2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice cu toate actualizările și completările ulterioare.

<sup>2</sup>Modificată prin Hotărârea Guvernului nr. 419/2018 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 98/2017 privind funcția de control ex ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 34/2009 privind organizarea și funcționarea Ministerului Finanțelor Publice, pentru modificarea Hotărârii Guvernului nr. 634/2015 privind organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, precum și pentru modificarea și completarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, a Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și a Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 867/2016.



**Avocat Radu NOSLACAN,**  
Senior Associate, SCA  
Zamfirescu Racoți Vasile &  
Partners

În contextul în care Legea nr. 98/2014 privind achizițiile publice (denumită, în continuare, “**Legea**”) reprezintă o transpunere în dreptul național a Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (denumită, în continuare, “**Directiva**”), prima parte a articolului nostru s-a concentrat pe trecerea în revistă a legislației și jurisprudenței obligatorii la nivelul Uniunii Europene.

Cu ocazia acestei analize preliminare am arătat că, la nivelul Uniunii Europene, s-au conturat deja câteva linii directoare cu privire la problema cooptării, într-o formă sau alta, a altor operatori economici (așa-numiții terți susținători) în cadrul procesului de atribuire a unui contract de achiziție publică, care se rezumă la următoarele:

- dreptul oricărui operator economic de a se prevala, pentru un contract determinat, de capacitățile unor terți susținători;
- irelevanța naturii juridice a relațiilor dintre operatorul economic și terții susținători de a căror capacitate se prevalează, câtă vreme se face dovada că operatorul economic va putea dispune de resursele și mijloacele entităților respective;

## Cine și cum poate susține capacitatea tehnică și situația economică a unui operator economic într-o procedură de achiziție publică (II)

- faptul că atunci când un operator economic decide să recurgă la capacitățile unor terți susținători, se vor lua în considerare doar prestațiile la care respectivele entități au participat efectiv și concret;

- faptul că este necesar ca operatorul economic să demonstreze că mijloacele puse la dispoziție de entitățile de a căror capacitate se prevalează sunt necesare și utile în executarea contractului de achiziție publică avut în vedere.

În continuare ne propunem să facem o analiză a transunerii Directivei în dreptul național din perspectiva noțiunii de terț susținător, pentru ca ulterior să abordăm succint modalitatea concretă de valorificare a susținerii unui terț în procedurile de atribuire.

### • Transpunerea Directivei în dreptul național. Implicații asupra poziției terțului susținător

Cu titlu preliminar, menționăm că, spre deosebire de regulamentele adoptate la nivelul Uniunii Europene, care sunt de aplicabilitate imediată (înțelegându-se prin aceasta inclusiv faptul că statele membre nu pot aduce niciun fel de modificări acestora), directivele reprezintă un instrument legislativ cu caracter obligatoriu care doar stabilesc un obiectiv pe care trebuie să îl atingă toate statele membre, acestea din urmă având însă libertatea de a decide asupra modalităților concrete de îndeplinire a obiectivului stabilit.



**Avocat Monica STRÎMBEI,**  
Partener, SCA Zamfirescu  
Racoți Vasile & Partners

Din această perspectivă, privitor la noțiunea de terț susținător, se poate afirma că legislația națională a păstrat liniile directoare menționate mai sus, în introducere. Totodată, se observă că Legea conține câteva reglementări de detaliu care nu converg, în totalitate, cu cele statuate prin Directivă.

Astfel, deși atât Legea (art. 182 alin. 3) cât și Directiva (art. 63 alin. 1) statuează expres că operatorul economic trebuie să facă dovada că va putea dispune de resursele și mijloacele terțului susținător, Legea este caracterizată de formalism în ceea ce privește dovada acestui aspect.

Din perspectiva Directivei, ceea ce pare a fi esențial este finalitatea noțiunii de terț susținător, respectiv ca operatorul economic să dispună efectiv de resursele și mijloacele terților susținători, sens în care mijlocul prin care se dovedește aceste aspect este mai puțin important, dovada putând consta într-un angajament în acest sens din partea terțului susținător, dar și în alte dovezi. În schimb, Legea (art. 182 alin. 3) imprimă acestui aspect un caracter mai degrabă formal, referindu-se doar la prezentarea angajamentului terțului susținător.

Dacă din perspectiva operatorului economic, această cerință a prezen-

tării angajamentului terțului susținător nu ar trebui să pună prea multe probleme în practică, din moment ce, de obicei, operatorul economic se află în relații de colaborare sub diferite forme cu terții susținători încă dinaintea încheierii contractului de achiziție publică, nu același lucru se poate spune despre autoritatea contractantă, care, teoretic, în virtutea prevederilor din Lege, este limitată în a cere alte dovezi privind posibilitatea operatorului economic de a dispune de resursele și mijloacele terțului susținător la angajamentului acestuia din urmă.

Astfel, această diferență de abordare, riscă să transforme instituția terțului susținător într-o simplă formalitate, câtă vreme s-ar putea susține că autoritatea contractantă este limitată în a cere alte dovezi în sensul că sprijinul terțului susținător este unul concret și efectiv, aspect ce contravine jurisprudenței CJUE despre care am făcut vorba în prima parte a articolului nostru (a se vedea în cauza C – 324/14, *Partner Apelski Dariusz v Zarząd Oczyszczania Miasta*).

De exemplu, această problemă s-ar putea pune în acele contracte de achiziție de lucrări în care operatorul economic optează pentru un terț susținător aflat într-o altă țară, fiind evident că acestuia din urmă îi este imposibil să se implice efectiv în derularea contractului de achiziție publică.

Din fericire, efectele acestei prevederi din Lege pot fi contrabalansate (chiar dacă nu eliminate în totalitate) atât prin invocarea jurisprudenței CJUE cât și prin invocarea prevederilor art. 182 alin. 4 din Lege care obligă operatorii economici să prezinte documentele transmise acestora de către terții, din care să rezulte modul efectiv prin care terții susținători vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

O altă diferență notabilă între textul Legii (art. 183 alin 2) și cel al Direc-

tivei (art. 63 alin. 1) privește acele situații în care terțul susținător nu îndeplinește criteriile referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională respectiv se încadrează în motivele de excludere. Și în aceste situații Directiva lasă o marjă de manevră mai mare autorității contractante, arătând, simplu, că aceasta poate solicita operatorului economic înlocuirea terțului susținător, în timp ce Legea prevede că autoritatea poate face o astfel de solicitare o singură dată.

Această nouă limitare prevăzută de legea română este dezavantajoasă pentru operatorii economici, pentru motive evidente, însă se poate dovedi la fel de dezavantajoasă și pentru autoritățile contractante, în special, în acele situații în care la procedura de atribuire ar participa un singur operator economic. Astfel, în anumite situații specifice, autoritățile contractante s-ar vedea nevoite să reia procesul anevoios de organizare a unei noi proceduri de atribuire, în loc să caute să un remediu care să ducă la salvagardarea acelei proceduri de atribuire.

O ultimă diferență de abordare între Directivă și Lege privește răspunderea terțului susținător, în acele cazuri în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară invocând susținerea terțului.

Astfel, în timp ce Directiva (art. 63 alin. 1) arată că autoritatea contractantă este liberă să solicite ca operatorul economic și terțul susținător să răspundă sau să nu răspundă în solidar pentru executarea contractului, Legea (art. 184) stabilește fără echivoc că, în orice situație, operatorul economic și terțul susținător trebuie să răspundă în solidar pentru executarea contractului de achiziție publică.

Astfel, s-ar părea că, în situația în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și

financiară invocând susținerea terțului, Legea transformă terțul susținător într-un garant *de plano* al executării contractului de achiziție publică.

Mai mult, Legea lasă să se înțeleagă că terțul susținător răspunde întocmai ca un operator economic, având calitatea de co-contractant în contractul de achiziție publică, ceea ce pare că goleşte de conținut însăși noțiunea de terț susținător care, prin natura sa, nu participă efectiv la executarea contractului de achiziție publică.

Totuși răspunderea solidară este atenuată de Lege care (altfel decât Directiva) circumstanțiază situațiile în care terțul susținător răspunde pentru neexecutare contractului de achiziție publică, arătând că această răspundere solidară se va angaja doar sub condiția neîndeplinirii de către terțul susținător a obligațiilor de susținere asumate prin angajament.

Rezumând cele de mai sus și fără a critica într-un sens sau în altul derogările Legii de la Directivă cu privire noțiunea de terț susținător, observăm că aceste derogări pot avea efecte practice din cele mai diverse, ceea ce nu exclude ca în viitor să vedem decizii ale CJUE cu privire la corecta aplicare și implementare a Directivei în România.

Până atunci, prevederile în discuție din Lege fac parte din dreptul pozitiv, aplicabil ca atare.

#### • Valorificarea susținerii terțului în procedurile de atribuire

Trecând peste problemele pe care le ridică implementarea Directivei în legislația națională primară, întrebarea care se pune cel mai des în practică este legată de modalitatea concretă în care un terț susținător poate sprijini un operator economic în vederea îndeplinirii cerințelor privind situația economică și financiară respectiv a cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională impuse prin documentația de atribuire.

Îndeplinirea cerințelor privind situ-

ația economică și financiară prin apelul la sprijinul unui terț nu pune probleme, întrucât aceste cerințe vizează elemente precum nivelul minim al cifrei de afaceri anuale ori a altor indicatori economico-financiar (a se vedea art. 175 din Lege) care pot fi dovediți ușor, prin alăturarea indicilor terțului susținător.

Problemele cele mai des ridicate în practică sunt reprezentate însă de acele situații în care terțul susținător sprijină operatorul economic în vederea îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională, în special, în situațiile în care autoritatea contractantă solicită ca aceasta să fie dovedită prin prisma experienței similare; aceste situații se regăsesc prevăzute la art. 179 lit. a) și b) din Lege și privesc bunurile sau lucrările/ serviciile livrate respectiv realizate/prestate în trecut (de regulă, cu cel mult 5 ani în urmă) și valoarea acestor bunuri, lucrări sau servicii.

Problema principală care se pune este cum vor fi contabilizate bunurile sau lucrările/ serviciile livrate respectiv realizate/prestate de terțul susținător pentru ca acestea să beneficieze operatorului economic care invocă experiența similară a terțului.

Deși această problemă nu este tratată direct în legislație, este important de reținut că, potrivit jurisprudenței CJUE invocată în prima parte a acestui articol, atunci când un operator economic decide să recurgă la capacitățile unor terți susținători, se vor lua în considerare doar prestațiile la care respectivele entități au participat efectiv și concret, această axiomă urmând a fi avută în vedere de fiecare dată când se pune problema valorificării experienței similare a terțului susținător.

Chiar dacă problema terțului secundar expusă mai sus nu a fost dezvoltată *per se* în legislația secundară, prin Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 s-au adus anumite clarificări privitoare la modalitatea de dovedire a experienței similare de

către operatorii economici înșiși respectiv cuantificarea experienței similare în funcție de rolul jucat de operatorii economici în executarea unor contracte din trecut invocate în dovedirea experienței similare.

Dat fiind că din aceste clarificări transpare același principiu ca cel consacrat în jurisprudența CJUE, în sensul că în dovedirea experienței similare se iau în considerare doar prestațiile la care s-a participat efectiv și concret, considerăm că cele cuprinse în Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 se vor aplica *mutatis mutandis* și în situația invocării experienței similare a terțului susținător.

Astfel, teoretic, experiența similară a terțului susținător poate deriva din contracte în care acesta a jucat rolul de operator economic, de subcontractant sau de terț susținător.

În prima situație, în care terțul susținător a avut calitatea de operator economic și calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară (indiferent dacă acesta a avut subcontractor), în acord cu principiile statuate de jurisprudența CJUE dar și de Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 se va lua în calcul întregul contract și întreaga valoare a acestuia, deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză.

Cu toate acestea, în măsura în care terțul susținător a avut calitatea de operator economic într-o asocier care a derulat contractul prezentat, iar fiecare dintre membrii respectivei asocieri era responsabil pentru anumite activități/lucrări, atunci se vor lua în calcul doar acea activitate/lucrare și valoarea acesteia.

Această ultimă soluție va fi aplicabilă, pentru identitate de rațiune, și atunci când terțul susținător, ce prezintă respectiva experiență, a realizat lucrări/activități în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experiență similară pentru un antreprenor general, urmând a fi luate în considerare doar

lucrările/ prestațiile efectiv realizate de terțul susținător.

În ultima ipoteză teoretică, în care s-ar invoca drept experiență similară un contract în care terțul susținător a avut aceeași calitate (adică tot terț susținător), considerăm este că un astfel de contract nu poate fi luat în considerare fără a se ajunge la o încălcare a jurisprudenței CJUE conform căreia se iau în considerare doar prestațiile la care s-a participat efectiv și concret.

#### • Scurte concluzii

Față de cele prezentate, pot fi concluzionate următoarele aspecte:

- legislația română transpune într-o manieră fidelă prevederile legislației adoptate la nivel european în materia terțului susținător, dar și principiile consacrate în jurisprudența Uniunii Europene;
- reglementările de detaliu ale noțiunii de terț susținător consacrate în legislația românească sunt caracterizate de mai mult formalism în timp ce reglementarea europeană se axează pe finalitatea noțiunii de terț susținător;
- în plus, legislația românească derogă de la cea europeană în anumite aspecte esențiale precum răspunderea terțului susținător, legislația națională fiind mai strictă și mai puțin flexibilă decât legislația adoptată la nivel european, fiind previzibilă că, în viitorul nu foarte îndepărtat, CJUE va fi nevoită să se pronunțe cu privire la compatibilitatea legislației naționale cu legislația europeană, respectiv cu privire la interpretarea celei din urmă;
- cu toate că legislația națională nu detaliază cum se valorifică, în concret, situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională a terțului susținător, principiile consacrate în jurisprudența CJUE rămân pe deplin valabile, în special cu privire la valorificarea experienței similare a terțului susținător, în sensul că vor fi luate în considerare doar lucrările/ prestațiile efectiv realizate de terțul susținător.