



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. 2045/C3/2333

Data: 14.11.2019

Prin contestația nr. 4659/01.11.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 44198/01.11.2019, înaintată de SC SA, în insolvență, cu sediul social în, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator și administrator judiciar, formulată împotriva rezultatului procedurii nr. SNN 12625/24.10.2019, emis de SA, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de mentenanță pentru sistemele și echipamentele electrice de la CNE, în vederea funcționării centralei în condiții de siguranță și securitate nucleară”, cu anunț de participare nr. CN1003879 din 13.09.2018, s-a solicitat Consiliului anularea actului atacat, precum și a actelor anterioare emise de entitatea contractantă, care au stat la baza raportului procedurii și obligarea entității contractante la continuarea procedurii de reevaluare prin evaluarea ofertei SA, în conformitate cu dispozițiile deciziei nr. 557/C3/453/10.04.2019, pronunțată de CNSC și ale deciziei nr. 268/06.06.2019, pronunțată de Curtea de Apel, în dosarul nr. 2420/2/2019.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 44198/01.11.2019, SC SA atacă actul amintit, emis de SA, în calitate de entitate contractantă, potrivit căruia, aceasta și-a menținut decizia cu privire la

declararea ofertei SA drept câștigătoare, ce îi fusese comunicată prin adresa nr. 2931/08.03.2019.

Preliminar, contestatoarea prezintă, succint, situația de fapt din procedură, de la inițierea ei și până la reevaluarea ofertei SA, ca urmare a Deciziei nr. 268/06.06.2019, definitivă, pronunțată de Curtea de Apel în dosarul nr. 2420/2/2019 privind soluționarea plângerilor formulate de entitatea contractantă și de intervenientă împotriva Deciziei CNSC nr. 557/C3/453/10.04.2019.

De asemenea, contestatoarea susține că entitatea contractantă, cu rea credință, nu i-a comunicat nici adresa nr. SNN 12625/24.10.2019, privind rezultatul procedurii de atribuire și nici raportul procedurii nr. 12586/23.10.2019, acte juridice de care a luat cunoștință numai prin descărcare lor din SEAP la data de 25.10.2019.

Precizează contestatoarea că anterior, manifestând aceeași rea-credință, entitatea contractantă a postat numai pe SEAP solicitarea către SA privind prelungirea ofertei și a valabilității garanției de participare, condiții în care, dacă nu ar fi efectuat diligența de a face verificări pe SEAP, zilnic, nu ar fi avut cunoștință de actele emise de entitatea contractantă, cu consecința eliminării societății sale din competiție.

În ceea ce privește menținerea deciziei privind declararea câștigătoare a ofertei prezentate de SA, contestatoarea solicită Consiliului să analizeze toate documentele și informațiile transmise prin răspunsurile la clarificările rezultate în urma Deciziei Curții de Apel, ce au fost puse la dispoziția comisiei de evaluare sub protecția clauzelor de confidențialitate, menționate la art. 70 din Legea nr. 99/2016, deoarece ea nu are acces la acestea.

De asemenea, din compararea raportului procedurii nr. 12586/23.10.2019, respectiv mențiunea de la pag. 7, cu raportul procedurii nr. 2891/07.03.2019, respectiv mențiunea de la pag. 9, mențiuni cu privire la subcontractantul SA, contestatoarea susține că Acordul de subcontractare, depus inițial, a fost modificat/completat în faza reevaluării ofertei SA și, implicit, modificarea ofertei tehnice a acesteia, întrucât:

- inițial, ... SA a precizat că nu va subcontracta către părți ale viitorului contract sectorial, ci a precizat că doar va pune la dispoziția sa personal calificat, ce va acționa ca angajat al SA, respectând procedurile și autorizațiile ofertantului, sub conducerea managementului acestuia (astfel cum se precizează expres în adresa nr. 1789/12.02.2019, adică răspunsul SA la clarificările solicitate de entitatea contractantă);

- în raportul procedurii din octombrie 2019, se precizează că subcontractantul va efectua părți ale viitorului contract sectorial, activitățile fiind individualizate și cu prezentarea cotei procentuale a acestora din volumul lucrărilor, situație pe care o consideră absolut inadmisibilă, în raport de dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea arată că, din cauza declarării confidențialității întregii oferte tehnice a SA, nu cunoaște ce documente au fost depuse, pentru ca entitatea contractantă să ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractantului propus de acesta, pentru partea de implicare a acestuia în viitorul contract sectorial, dar cu siguranță cota procentuală din volumul lucrărilor, care rămâne pentru angajații proprii ai SA, nu corespunde numărului de persoane pe care le va aloca ofertantul pentru realizarea proiectului.

De asemenea, contestatoarea susține că, în procesul de reevaluare, entitatea contractantă avea obligația să analizeze admisibilitatea ofertei tehnice a SA prin prisma documentelor inițial depuse, care au făcut obiectul analizei CNSC, dar și al analizei instanței de control judiciar și nicidecum să primească documente-suport/dovezi noi prezentate în completarea demonstrării îndeplinirii cerințelor de calificare ale ofertantului SA, după cum se menționează în raportul procedurii din octombrie 2019, la fila 8.

Acceptându-se documentele depuse de SA, în completarea îndeplinirii cerințelor de calificare, contestatoarea invocă avantajul creat de către entitatea contractantă acestui ofertant (care se găsește în situația, foarte convenabilă, ca după ce, atât CNSC, cât și Curtea de Apel au constatat nelegalitatea rezultatului procedurii din perspectiva neîndeplinirii cerințelor de calificare de către SA cu privire la subcontractantul declarat), să primească "șansa" de a modifica/completa acordul de subcontractare și, implicit oferta tehnică, în sensul de a preciza părțile din viitorul contract sectorial care vor fi executate de subcontractant și să depună documente-suport "în completarea demonstrării cerințelor de calificare."

Contestatoarea arată că, în capitolul "Reevaluarea ofertei SA" (pct. 3.2.9, filele 7 și 8) din raportul nr. 12586/23.10.2019, cu privire la statutul SA, entitatea contractantă a menționat: „Comisia de evaluare a analizat justificările transmise de către SA și documentele-suport depuse în susținerea acestora și a stabilit că SA, prin clarificările transmise, a demonstrat calitatea de subcontractant a SA Sucursala Craiova, așa cum a fost declarat în oferta inițială, în principal atât prin definirea activităților și părților din viitorul contract, subcontractate, cât și prin prezentarea documentelor prin care se demonstrează statutul SA Sucursala Craiova, în raport cu firma mamă, ... SA. Comisia de evaluare a constatat că Acordul de subcontractare a fost semnat de către reprezentanții SA Sucursala Craiova, așa cum au fost aceștia desemnați de către firma mamă, ... SA. Rezultatele analizei membrilor Comisiei de evaluare se regăsesc în procesele-verbale nr. 9368 din data de 09.08.2019, nr. 11027 din data de 20.09.2019 și nr. 11785 din data de 07.10.2019."

De asemenea, contestatoarea menționează că, în raport de clarificările emise de SA, prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 1789/12.02.2019, în considerentele deciziei nr. 557/C3/453/10.04.2019, Consiliul menționa că a ajuns la concluzia că SA,

prin Sucursala Craiova, nu înțelege să se implice în executarea unei părți/elemente ori activități din obiectul viitorului contract sectorial. Prin urmare, nu ar fi fost necesară prezentarea unui acord de subcontractare, nici a documentelor rezultând din această calitate, iar entitatea contractantă nu ar fi trebuit să indice implicarea acestui operator economic ca atare. Această opinie a fost împărtășită și de Curtea de Apel, în considerentele deciziei nr. 268/06.06.2019.

Față de:

- oferta tehnică a SA, din care rezulta că SA, prin Sucursala Craiova nu înțelege să se implice în executarea unei părți/elemente ori activități din obiectul viitorului contract sectorial,

- prevederile art. 3 alin. (1) lit. zz) din Legea nr. 99/2016, referitoare la definiția subcontractantului,

- dispozițiile art. 68 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 în conformitate cu care "entitatea contractantă solicită ofertantului să precizeze partea/părțile din contract pe care urmează să le subcontracteze", contestatoarea consideră că, eronat a reținut comisia de evaluare „că SA a demonstrat calitatea de subcontractant a SA Sucursala Craiova, așa cum a fost declarat în oferta inițială", în condițiile în care în oferta inițială, ... SA a declarat că Sucursala Craiova a SA nu înțelege să se implice în executarea unei părți/elemente, ori activități din obiectul viitorului contract sectorial.

Pe cale de consecință, contestatoarea susține că întemeiat a ajuns Consiliul la concluzia că, prin Sucursala Craiova, se încadrează în dispozițiile specifice terțului susținător, ce se regăsesc în cuprinsul art. 196 din Legea nr. 99/2016, astfel cum rezulta din considerentele deciziei nr. 557/C3/453/10.04.2019.

Contestatoarea arată că poziția exprimată de entitatea contractantă, precum și de SA, în fața instanței de control judiciar, în sensul că distincția subcontractant-terț susținător nu poate avea niciun fel de consecințe juridice, respectiv nu influențează în niciun fel rezultatul procedurii, este total greșită, astfel cum a reținut Curtea de Apel, în considerentele deciziei nr. 268/06.06.2019, definitive.

De asemenea, contestatoarea consideră greșită și susținerea entității contractante conform căreia Acordul de subcontractare a fost valabil semnat de către reprezentantul Sucursalei Craiova a Societății SA, având în vedere că CNSC a constatat, cu ocazia soluționării primei sale contestații, că acest act juridic a fost semnat de o persoană care nu are calitatea de reprezentant al SA, nefiind indicată cu această calitate în Certificatul constatator emis de ONRC.

În acest context, contestatoarea precizează că, pentru a putea încheia Acordul de subcontractare în temeiul căruia a dobândit statutul de subcontractant, desemnat de către ofertantul, Sucursala Craiova a Societății SA avea obligația de a face dovada mandatului acordat de către societatea-mamă, întrucât sucursala nu are personalitate juridică și, din acest motiv, ea nu poate participa în nume propriu la circuitul juridic. Actele juridice pe care le reclamă desfășurarea activității

sucursalei se încheie, în baza împuternicirii conferite de societatea-mamă, fie prin actul de înființare al sucursalei, fie prin regulamentul de organizare și funcționare al Societății, sens în care s-a pronunțat și Înalta Curte de Justiție și Casație (decizia civilă nr. 1128/2004).

În ceea ce privește personalul desemnat pentru prestarea serviciilor, citând din raportul procedurii mențiunile referitoare la personal, contestatoarea susține că, prin Decizia nr. 557/C3/453/10.04.2019, Consiliul a decis ca era în sarcina entității contractante de a clarifica, în mod definitiv, înainte de acceptarea ofertei SA, care este calitatea în care se implică operatorul economic SA, prin Sucursala Craiova, care pune la dispoziție personal calificat, tocmai pentru a verifica și îndeplinirea cerințelor din propria documentație de atribuire, conform căreia asociații, subcontractanții și/sau terții susținători ar trebui să prezinte documente care să ateste capacitatea de exercitare a activității profesionale, adică, pe lângă declarația DUAE și Certificat de Acceptare pentru desfășurarea de activități în zona controlată a întreprinderilor operatoare, în conformitate cu art. 4 alin. (1) din NSR 09: Norme de securitate radiologică-proceduri de acceptare a întreprinderilor externe, aprobate prin Ordinul președintelui CNCAN nr. 228/2002 (Cerința nr. 2 privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, din fișa de date a achiziției).

Întrucât nu a avut posibilitatea analizării documentelor din oferta, care au fost declarate confidențiale, contestatoarea solicită Consiliului să verifice dacă acest ofertant a prezentat entității contractante declarațiile de disponibilitate (date anterior depunerii ofertei - 25.10.2018) și autorizațiile cerute prin caietul de sarcini (valabile la 25.10.2018), după cum urmează:

1. Personal autorizat pentru lucru în Instalații ANTIEX: 20 de persoane;
2. Personal autorizat ISCIR "legător de sarcină": 29 de persoane;
3. Electricieni autorizați ANRE grd. IIIB: 11 persoane;
4. Electrician autorizat ANRE grd. IIB: 1 persoană;
5. Personal cu autorizare electrică grupa III NPM: 68 de persoane.

Contestatoarea precizează că aceste informații sunt esențiale pentru a putea demonstra calificările și certificările solicitate, precum și experiența acestor persoane, așa cum este solicitat la articolele 4.1.3.2, 4.2.3.2, 4.3.3.2. din caietul de sarcini.

Contestatoarea arată că, tot în soluționarea contestației anterioare, Consiliul a constatat că Sucursala Craiova a SA nici nu ar putea pune la dispoziția personalul calificat necesar, întrucât acest personal este angajat al SA, conform copiilor documentelor transmise la dosarul cauzei.

Mai mult, așa cum rezultă din considerentele Deciziei nr. 557/C3/453/10.04.2019, Consiliul a constatat că, în propunerea tehnică a ofertantului câștigător SA, sunt indicate și alte persoane ce urmează a fi implicate - din afara structurii proprii a acestui ofertant,

alte decât cele puse la dispoziție de SA Sucursala Craiova pentru care sunt documente ce atestă calificarea și experiența necesară, a căror implicare ar fi asigurată prin declarații personale ale acestora.

Așa cum rezultă din Lista privind personalul propus în oferta SA, pentru un număr de 11 persoane există mențiunea „angajat la altă firmă”, iar pentru o altă persoană există mențiunea „nu reiese angajatorul”.

În legătură cu acest personal, contestatoarea susține că, în decizia sa, Curtea de Apel a reținut, în acord cu CNSC, că lipsește certitudinea că SA poate dispune de personalul ce nu-i aparține, pentru care nici nu are documente care să releve înțelegeri contractuale bazate pe prevederi legale din domeniul achizițiilor publice și/sau din domeniul muncii.

În acest context, precizează contestatoarea, mai mulți salariați ai SA i-au adus la cunoștință faptul că, și foarte recent, reprezentanți ai SA au încercat să-i determine să se angajeze la, fapt ce dovedește, o dată în plus, că acest ofertant nu dispune de resursele de personal necesare pentru a executa obiectul viitorului contract sectorial, la performanțele prevăzute în caietul de sarcini, contrar susținerilor entității contractante din raportul procedurii din octombrie 2019.

Contestatoarea menționează că, în fișa de date a achiziției, la Secțiunea IV4.1, se menționa: „Ofertanții vor demonstra modul în care și-au asigurat accesul la serviciile personalului propus (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care vor descrie angajamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective.”

În această situație, corect a apreciat Consiliul, în motivarea Deciziei nr. 557/C3/453/10.04.2019, că odată cu acceptarea explicației, conform căreia, personalul - Sucursala Craiova va fi preluat sub managementul SA, se impunea să se obțină angajamente contractuale care ar releva disponibilitatea implicării acestui personal, al cărui angajator de drept nu ar fi totuși implicat direct.

În plus, în considerentele Deciziei nr. 268/06.06.2019, definitivă, Curtea de Apel a apreciat că numai în condițiile reținute în decizia CNSC, entitatea contractantă poate avea certitudinea că ofertantul declarat câștigător deține personalul necesar realizării proiectului.

În egală măsură, cum întemeiat a constatat Consiliul că, de vreme ce ofertantul SA a precizat că personalul pus la dispoziție de - Sucursala Craiova “va acționa ca angajat al SA”, contestatoarea susține că se impunea să se clarifice modalitatea de angajare/subordonare a acestui personal, mai ales în contextul în care ofertantul SA a înaintat, odată cu oferta, declarația privind respectarea legislației muncii.

În condițiile în care locul executării viitorului contract este orașul, județul - la sediul Centralei Nuclear - Electrice , este de natura evidenței că va opera o modificare a

locului de muncă al angajaților - Sucursala Craiova, care vor presta activități în interesul SA. Prin urmare, se impunea să se clarifice modalitatea de angajare/subordonare a acestui personal. Or, Acordul de subcontractare-parte a ofertei inițiate nu reglementează relațiile de muncă ale acestui personal.

În ceea ce privește admisibilitatea ofertei SA, citând din raportul procedurii nr. 12586/23.10.2019, contestatoarea arată că entitatea contractantă a primit, în faza reevaluării ofertei SA, documente-suport depuse de aceasta pentru a demonstra calitatea de subcontractant a, în condițiile în care inițial a afirmat că nu va subcontracta părți ale contractului.

Or, aceste documente, în mod evident, au fost constituite "pro causa", fapt dovedit, între altele, de împrejurarea că, dacă ar fi existat, aceste documente ar fi putut fi depuse în oferta inițială, dar și pentru susținerea cererii de intervenție înregistrată de SA, în dosarul CNSC nr. 453/C3/2019 și evident, pentru susținerea plângerii depuse de SA, în cauza ce a format obiectul dosarului nr. 2471/2/2019 al Curții de Apel, conexat la dosarul 2420/2/2019 al Curții de Apel

Prin depunerea acestor documente în faza reevaluării ofertei, ulterior exercitării controlului de legalitate administrativ- juridic, respectiv juridic, asupra rezultatului procedurii prin care ofertantul SA a fost declarat câștigător, contestatoarea consideră că au fost încălcate principiile tratamentului egal și al transparenței și, mai ales, au fost nesocotite dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Contestatoarea precizează că, în procesul de reevaluare, pentru a analiza dacă oferta SA este sau nu, admisibilă, entitatea contractantă avea obligația să analizeze admisibilitatea ofertei tehnice a SA prin prisma documentelor inițial depuse, care au făcut obiectul analizei CNSC, dar și al instanței de control judiciar și, nicidecum, să primească documente - suport/dovezi noi, prezentate în completarea demonstrării îndeplinirii cerințelor de calificare ale ofertantului SA, după cum se menționează în raportul procedurii din octombrie 2019, la fila 8.

Procedând în acest fel, contestatoarea susține că efectul discriminatoriu creat este neechivoc, entitatea contractantă asigurând condițiile propice pentru denaturarea concurenței.

Totodată, contestatoarea susține că, în procesul de reevaluare a ofertei SA, entitatea contractantă nu a avut în vedere toate limitele reevaluării, respectiv celelalte aspecte precizate, atât în considerentele Deciziei nr. 557/C3/453/10.04.2019, pronunțată de CNSC, cât și în considerentele Deciziei civile nr. 268/06.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel, care vizează și măsurile pe care ar fi trebuit să le adopte entitatea contractantă în cadrul reevaluării.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016, precum și temeiurile de drept material la care a făcut trimitere în cuprinsul contestației.

În conformitate cu prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită CNSC încuviințarea accesului la documentele aflate la dosarul achiziției publice, rezervându-și dreptul de a depune note scrise la contestație.

Prin adresa nr. 13150/06.11.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 44937/06.11.2019, entitatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestația formulată de SC SA, precum și copia dosarului achiziției publice.

În prealabil, entitatea contractantă prezintă, punctual, etapele desfășurării procedurii din speță, de la inițiere și până la stabilirea rezultatului procedurii în urma reevaluării dispuse prin decizia CNSC nr. 557/455/C3/453/10.04.2019, rămasă definitivă, ca urmare a respingerii plângerii formulate de SA, prin Hotărârea civilă nr. 268/2019 din data de 06.06.2019, pronunțată de Curtea de Apel

În ceea ce privește criticile contestatoarei privind așa-zisă re-credință manifestată prin faptul că, atât comunicarea nr. 12625/24.10.2019, cât și solicitarea către Elcomex de prelungire a valabilității ofertei și garanției de participare, au fost transmise petentei numai prin intermediul SEAP, entitate contractantă le consideră total nefondate, susținând că toate comunicările cu operatorii economici, atât înainte de depunerea ofertelor, cât și pe perioada evaluării ofertelor, precum și cele de după comunicarea Hotărârii civile nr. 268/2019, pronunțată de Curtea de Apel, au fost realizate în același mod, prin SEAP, în conformitate cu prevederile art. 78 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Referitor la afirmațiile contestatoarea privind modificarea de către a acordului de subcontractare depus inițial, în faza reevaluării ofertei tehnice și, implicit, modificarea ofertei tehnice depuse de, entitatea contractantă susține că nu a făcut altceva decât să pună în aplicare dispozițiile CNSC și ale Curții de Apel care, prin deciziile pronunțate, au pus în sarcina sa să clarifice "statutul SA sau sucursala sa din Craiova, în ofertă și/sau în viitorul contract".

Or, aceste aspecte nu puteau fi lămurite decât prin solicitarea de clarificări asupra ofertei și, după caz, de documente suplimentare, așa cum este prevăzut la art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

De asemenea, entitatea contractantă invocă faptul că SC SA nu demonstrează, nicăieri în cuprinsul contestației, ce avantaj evident s-ar fi creat ofertantului, prin clarificările solicitate acestuia ca urmare a dispoziției instanței, petenta rezumându-se la a face afirmații calomnioase și defăimătoare, de natură a-i aduce prejudicii de imagine, în privința cărora nu va reține atenția Consiliului, dar își rezervă dreptul de a acționa în condițiile legii pentru o eventuală reparare a prejudiciilor suferite.

În ceea ce privește susținerea conform căreia prin răspunsul la clarificări ofertantul ar fi modificat substanțial acordul de subcontractare, ceea ce implicit ar fi condus la modificarea ofertei tehnice, entitatea contractantă o consideră nefondată, având în vedere că modificarea acordului de subcontractare a vizat, de fapt, numai completarea acestuia, cu precizări privind activitățile în sarcina SA - Sucursala Craiova, prin intermediul personalului pus la dispoziție, astfel: 4 persoane autorizate ANRE gr. III B și 55 de electricieni cu autorizație electrică III NPM, adică exact aceleași categorii de personal declarate inițial.

În acest context, entitatea contractantă menționează faptul că a analizat modul de participare/implicare în contract al subcontractantului SA - Sucursala Craiova din perspectiva cerințelor caietului de sarcini, astfel:

- serviciile ce fac obiectul contractului, așa cum sunt definite în caietul de sarcini, se contractează exclusiv ca activități generale de manoperă ale personalului Prestatorului, în cadrul unor posturi de lucru de 8 ore/zi, și respectiv, 24 ore/zi, așa cum este precizat la cap. 4.1.2, 4.2.2 și 4.3.2 din caietul de sarcini;

- activitățile ce fac obiectul contractului se vor desfășura conform cap. 7 din caietul de sarcini astfel:

- „- pentru activitățile de mentenanță din planul zilnic de lucru, achizitorul va transmite comenzile de lucrare evaluate către Prestator cu 14 săptămâni înainte de prestare. Prestatorul va confirma cu 10 săptămâni înainte achizitorului că sunt îndeplinite condițiile de execuție la termenele stabilite. În situația în care Prestatorul nu va putea presta serviciile, va justifica Achizitorului acest fapt și se va analiza modul de rezolvare.

- pentru activitățile din scopul opririlor planificate/neplanificate, achizitorul va transmite comenzile de lucrare evaluate către Prestator cu 9 luni înainte de prestare. Prestatorul va confirma cu 6 luni înainte achizitorului că sunt îndeplinite condițiile de execuție la termenele stabilite. În situația în care Prestatorul nu va putea presta serviciile, va justifica Achizitorului acest fapt și se va analiza modul de rezolvare;

- pentru alte solicitări rezultate din activități suplimentare/corective, la care nu se pot respecta termenele menționate anterior, se vor analiza situațiile și se vor agreea termene/condiții de execuție de comun acord achizitor -prestator.”

În raport de aceste elemente, entitatea contractantă arată că a considerat că implicarea subcontractantului SA Sucursala Craiova în viitorul contract de achiziție sectorială, se încadrează în cadrul general al definiției dată de Legea nr. 99/2016 cu privire la „subcontractant”.

Totodată, chiar și în ipoteza în care s-ar admite faptul că, prin clarificările transmise de, acesta și-ar fi modificat oferta tehnică inițială, entitatea contractantă susține că modificarea nu se încadrează în niciuna din situațiile reglementate la art. 140 alin. (8) din HG nr.

394/2016 și, pe cale de consecință, în mod corect a făcut aplicarea prevederilor art. 140 alin. (6) și (7) din HG nr. 394/2016.

În continuare, entitatea contractantă precizează că, deși în cuprinsul contestației SC SA susținea mai întâi faptul că modificarea acordului de subcontractare conduce la modificarea ofertei tehnice, a revenit apoi și a spus că, de fapt, prin modificarea acordului de subcontractare societatea a "primit șansa" de a demonstra îndeplinirea cerințelor de calificare.

Entitatea contractantă evocă și faptul că, pe lângă inconsecvența susținerilor, petenta face o confuzie gravă între noțiunea de criterii de calificare - a căror îndeplinire se demonstrează prin DUAE și documentele suport aferente, și cerințele caietului de sarcini, a căror îndeplinire se demonstrează la nivelul ofertei tehnice. În speță, din conținutul fișei de date și al anunțului de participare, se observă, foarte ușor, că nicio cerință de calificare nu vizează anumite autorizații sau condiții care trebuie îndeplinite de personalul propus pentru executarea contractului, lucru care nu ar fi fost posibil, conform art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea ANAP nr. 1 din 4 ianuarie 2017.

Pe de altă parte, în raport de criteriile de calificare stabilite în fișa de date și anunțul de participare, ... a demonstrat că îndeplinește toate criteriile de calificare stabilite, prezentând documentele depuse de acest ofertant în oferta sa.

În ceea ce privește calitatea deținută de SA, Sucursala Craiova, în cadrul procedurii de atribuire/oferta/viitorul contract, față de cele dispuse prin Hotărârea Civilă nr. 268/2019 din data de 06.06.2019, pronunțată în dosarul nr. 2420/2/2019, de către Curtea de Apel, entitatea contractantă susține că (prin comisia de evaluare) a solicitat clarificări ofertantului, iar acesta a răspuns la acestea (răspunsuri pe care le citează). Totodată, entitatea contractantă arată că evaluarea răspunsurilor se regăsește în procesul-verbal nr. 11027/20.09.2019 și în procesul-verbal nr. 11785/07.10.2019.

În concluzie, entitatea contractantă susține că analiza sa a fost extinsă și minuțioasă și a vizat toate posibilele neclarități sau neconcordanțe ale ofertei, fără a accepta modificarea acesteia într-un mod care să atragă după sine aplicarea prevederilor art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare. Demersul s-a realizat astfel încât să clarifice, conform dispozițiilor Curții de Apel, care este statutul Energomontaj SA, Sucursala Craiova, cât și pentru a se asigura că ofertantul SA va dispune în mod legal de resursele necesare - personal de execuție calificat corespunzător, pentru îndeplinirea viitorului contract.

De asemenea, având în vedere cele prezentate, entitatea contractantă solicită Consiliul să constate că afirmația SC SA, potrivit căreia acordul de subcontractare ar fi fost semnat de o persoană care nu are calitatea de reprezentant al SA, este nefundată.

Referitor și la afirmația SC SA, potrivit căreia, ... nu dispune de resursele de personal necesare pentru îndeplinirea

contractului, și că, în acest sens, reprezentanții ar fi încercat să determine pe salariați ai Elcomex să se angajeze la, entitatea contractantă precizează că nu are cunoștință despre aceste aspecte și, oricum, nu fac obiectul procesului de evaluare a ofertelor desfășurat de ea.

În urma reevaluării admisibilității ofertei, menționează entitatea contractantă, comisia de evaluare a solicitat acestuia, cu adresa nr. 11786/07.10.2019, în completarea documentelor suport depuse inițial în ofertă, a documentelor prezentate cu adresa SA nr. 797/19.02.2019, înregistrată la SNN cu nr. 2143/20.02.2019, precum și celor prezentate pe parcursul reevaluării ofertei SA, ca urmare a Hotărârii Civile nr. 268/2019 din data de 06.06.2019, documente suplimentare, pe care le prezintă, arătând că evaluarea lor se regăsește în procesul-verbal nr. 12159/15.10.2019.

Având în vedere analizele efectuate în cadrul procesului de reevaluare a ofertei, clarificările și documentele prezentate de acesta, atât în oferta inițială, cât și în timpul reevaluării, entitatea contractantă susține că a stabilit că oferta este admisibilă și, pe cale de consecință, fiind clasată pe primul loc (cu un preț total de 36.443.853,64 lei, fără TVA și respectiv un punctaj de 100 de puncte), câștigătoare a procedurii de atribuire.

Mai invocă entitatea contractantă faptul că SC SA nu a oferit, în cuprinsul contestației, niciun argument concret și nici probe relevante, din care să rezulte că oferta declarată câștigătoare, aparținând, ar fi neconformă sau inacceptabilă, în sensul reglementat la art. 143 din HG nr. 394/2016.

Prin adresa nr. 4788/11.11.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 45753/11.11.2019, SC SA a transmis NOTE DE CONCLUZII, prin care răspunde punctului de vedere al entității contractante, apreciind că susținerile acesteia sunt lipsite de orice temei.

Totodată, contestatoarea reiterează susținerile din cererea inițială.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de mentenanță pentru sistemele și echipamentele electrice de la CNE, în vederea funcționării centralei în condiții de siguranță și securitate nucleară”, ... SA (în calitate de entitate contractantă) a inițiat o licitație deschisă, prin publicarea anunțului de participare nr. CN1003879 din 13.09.2018.

Nemulțumită de rezultatul reevaluării ofertelor, stabilit ulterior deciziilor CNSC și a Curții de Apel, ce au privit rezultatul precedent, SC SA a formulat contestația de față, solicitând anularea actelor emise de entitatea contractantă, inclusiv a celor care au stat la baza raportului procedurii, și obligarea entității contractante la continuarea procedurii, prin evaluarea ofertei SA, în conformitate cu dispozițiile deciziei nr. 557/C3/453/10.04.2019, pronunțată de CNSC și

ale deciziei nr. 268/06.06.2019, pronunțată de Curtea de Apel, în dosarul nr. 2420/2/2019.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a prezentat recipisa de consemnare a cauțiunii, în valoare de 220.000,00 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, în data de 04.11.2019, sub nr. 205851513/1.

Conform susținerilor contestatoarei, rezultatul reevaluării a fost comunicat prin adresa nr. SNN 12625/24.201.2019, act subsecvent raportului procedurii de atribuire nr. 12856/23.10.2019.

Consiliul are în vedere că susținerile contestatoarei se bazează pe informațiile ce i-au fost puse la dispoziție prin raportul procedurii de atribuire, din care ar rezulta favorizarea incorectă a câștigătorului desemnat al procedurii (..... SA), în sensul că entitatea contractantă ar fi acceptat modificarea ofertei acestuia, în etapa de reevaluare, prin acceptarea unor documente noi și prin schimbarea obiectului contractului de subcontractare prezentat inițial, contrar dispozițiilor art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Raportat la situația de fapt și de drept, statuată în decizia precedentă a CNSC, rămasă definitivă, prin respingerea plângerilor formulate împotriva ei (Decizia Curții de Apel nr. 268/06.06.2019, în dosar nr. 2420/2/2019), entitatea contractantă trebuia să stabilească, în raport cu documentele primite odată cu oferta, dar și pe baza unor clarificări la acestea, care este situația juridică a SA, Sucursala Craiova, în cadrul procedurii de atribuire/ofertă/viitorul contract.

În precedenta decizie, Consiliul a statuat (paginile 22-23 din Decizia CNSC nr. 557/C3/453 din 10.04.2019) că relația contractuală dintre ofertant (..... SA) și operatorul economic declarat subcontractant (..... SA, prin Sucursala Craiova) nu poate fi încadrată, de fapt și de drept, în calitatea amintită, pornind de la obiectul activității care i-ar fi fost atribuit acestuia din urmă, de la condițiile de ofertare stabilite prin documentația de atribuire și de la prevederile legale din domeniu:

«Or, din cuprinsul documentelor emise de entitatea contractantă (inclusiv, raportul procedurii de atribuire), s-ar înțelege că SA, prin Sucursala Craiova, ar avea calitatea de subcontractant, deși contractantul/intervenient - SA neagă această calitate.

În același timp, Consiliul constată, contrar susținerilor entității contractante, că SA se bazează pe capacitățile de personal ale SA, Sucursala Craiova, întrucât a primit din partea acestuia din urmă documentele care atestă calificările/experiența profesională a persoanelor pe care le-ar pune la dispoziția achizitorului.

În oricare dintre cele două situații, acest operator economic ar fi trebuit să prezinte (odată cu oferta) și documentele specifice calității în care intervine în procedură, fie subcontractant, fie terț susținător, modalități specifice domeniului achizițiilor publice/sectoriale, de participare alături de un ofertant.

Era în sarcina entității contractante de a clarifica, în mod definitiv, înainte de acceptarea ofertei intervenientei, care este calitatea în care se implică operatorul economic care pune la dispoziție personalul calificat, tocmai pentru a verifica și îndeplinirea cerințelor din propria documentație de atribuire, conform căreia asociații, subcontractanții și/sau terții susținători ar trebui să prezinte documente care să ateste *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, adică, pe lângă declarația DUAE, și *Certificat de Acceptare pentru desfasurarea de activitati in zona controlata a intreprinderilor operatoare, in conformitate cu art. 4 alin. (1) din NSR-09: Norme de securitate radiologica - proceduri de acceptare a intreprinderilor externe, aprobate prin Ordinul presedintelui CNCAN nr. 228/2002*.

Acceptarea, de către entitatea contractantă, a declarației SA (din adresa nr. 797/19.02.2019, ca răspuns la corespondența de clarificare nr. 1789/12.02.2019), că personalul pus la dispoziție de SA, Sucursala Craiova, "va acționa ca angajat SA" ignoră chiar unele cerințe din propria documentație de atribuire (regăsite în fișa de date a achiziției, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice) ».

Consiliul ia act de faptul că entitatea contractantă, în procesul de reevaluare a ofertei desemnate câștigătoare, a acceptat de la autoarea acesteia un set de documente noi, care modifică substanțial oferta inițială. În acest sens, se constată prezentarea unui contract de subcontractare, prin care SA, Sucursala Craiova, se obligă la executarea unor activități din cadrul viitorului contract de achiziție sectorială (în înțelegerea anterioară, doar ar fi pus la dispoziție personal calificat, care să fi lucrat în cadrul SA).

De asemenea, ... SA a prezentat documente de atestare a SA pentru executarea de lucrări specifice domeniului în care va fi derulat viitorul contract de achiziție sectorială (atestare ANRE), documente de personal implicat, documente care stabilesc situația de fapt/drept a implicării Sucursalei Craiova și a subcontractantului în procedură, inclusiv a persoanelor de reprezentare.

Din toate aceste documente rezultă că, în drept, subcontractant al SA ar fi SA, în timp ce Sucursala Craiova are calitatea de reprezentant împuternicit al societății (entitatea cu personalitatea juridică), pentru semnarea actelor de participare în procedură, pentru participare "în numele subscrisei", pentru negociere, pentru clarificarea ofertei, pentru contestare a procedurii, după caz (conform împuternicirii atașate corespondenței de clarificare nr. SNN 11504/02.10.2019).

Prin urmare, din acest ultim document, rezultă că toate celelalte relații și documente transmise entității contractante, de SA (inclusiv clarificările din adresa nr. SNN 10238/30.08.2019), care indicau Sucursala Craiova a SA ca fiind subcontractor al său, sunt lipsite de valoare relevantă, în procedura de atribuire. Contractul de subcontractare și DUAE, precum și toate celelalte documente asociate

calității de subcontractor ar fi trebuit să fie emise în numele SA De altfel, așa cum s-a statuat în decizia precedentă, majoritatea personalului implicat în proiect este angajată de acest operator economic, iar disponibilitatea celui alt personal (personal atras) ar fi trebuit să se raporteze la acest titular de contract de subcontractare.

Mai mult, noua calitate a entităților implicate în relația de subcontractare afectează și conținutul formal al propunerii tehnice. Inițial, bazându-se pe susținerea cu personal (deci fără implicarea directă a angajatorului, actual subcontractant), propunerea tehnică a SA releva faptul că toate activitățile sunt desfășurate de acest ofertant. Or, întrucât o parte semnificativă a activităților din caietul de sarcini (enumerate în noul contract de subcontractare) ar urma să fie executate de SA, nu de SA, propunerea financiară depusă nu mai are fermitatea obligatorie oricărei părți relevante a ofertei.

Consiliul are în vedere că entitatea contractantă a impus, prin fișa de date a achiziției, ca ofertanții să descrie amănunțit modul de derulare a activităților: *IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*

Propunerea tehnica va fi intocmita ca document separat, parte a ofertei care va contine un comentariu, articol cu articol al Caietului de sarcini, prin care sa se demonstreze corespondenta propunerii tehnice cu specificatiile /cerintele continute in Caietul de sarcini. mamă.

Prin urmare, și sub acest considerent, modificarea calității, declarate inițial, a SA, operator economic din cadrul grupului de ofertare condus de SA, nu ar putea fi acceptată decât după modificarea substanțială și a propunerii tehnice, în partea ce descrie modalitatea de derulare a viitorului contract.

Consiliul consideră că solicitarea repetată de clarificări și acceptarea modificării ofertei, prin răspunsurile la clarificări, denotă o încălcare evidentă a prevederilor art. 221 din Legea nr. 99/2016 (în special, alineatul 2): *(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Regula în cauză nu poate fi eludată nici sub pretextul existenței unei decizii obligatorii (Decizia CNSC și a Curții de Apel) care a determinat diligențele de clarificare în cauză. Atât Consiliul cât și instanțele naționale au, în cazuistica proprie, o practică inspirată și de instanțele comunitare, care a cristalizat regula conform căreia o ofertă poate fi clarificată privitor la aspecte de im/precizie sau omisiune, dar fără a fi admisă vreo negociere a achizitorului cu ofertantul în sensul prezentării unei alte oferte. Spre pildă, în cauza C-599/10, nu doar

concluzia finală, ci și considerentele preliminare, consacră necesitatea respectării principiilor transparenței și proporționalității, în cazul solicitărilor de clarificare a ofertei (punctele 36-37): 36. Prin chiar natura sa, procedura de cerere de ofertă restrânsă presupune ca, odată efectuată selecția candidaților și odată depusă oferta acestora, aceasta din urmă să nu mai poată, în principiu, să fie modificată nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a candidatului. Astfel, principiul egalității de tratament între candidați și obligația de transparență care rezultă din acesta se opun, în cadrul acestei proceduri, oricărei negocieri între autoritatea contractantă și vreunul dintre candidați.

37. A permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica astfel riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament.

În consecință, Consiliul consideră că entitatea contractantă a decis eronat să accepte modificarea ofertei SA, prin răspunsurile de clarificare primite, aceasta având caracter inacceptabil evident, așa cum statuează și prevederile art. 140 alin. (5) și (6) din Normele de aplicare a Legii nr. 99/2016, aprobate prin HG nr. 394/2016:

(4) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(5) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula decizia de stabilire a ofertei câștigătoare, consemnată în raportul procedurii nr. 12586/23.10.2019 și în toate actele subsecvente lui (inclusiv adresa SNN 12625/24.10.2019) și va obliga entitatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile, pornind de la inadmisibilitatea ofertei SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SC SA în contradictoriu cu SA, entitate contractantă în licitația deschisă inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. CN1003879 din 13.09.2018.

Anulează decizia de stabilire a ofertei câștigătoare, consemnată în raportul procedurii nr. 12586/23.10.2019 și în toate actele subsecvente lui (inclusiv adresa SNN 12625/24.10.2019) și obligă entitatea contractantă la continuarea procedurii, în 15 zile, pornind de la inadmisibilitatea ofertei SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările la zi.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....