CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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. ..... / ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată legal de domnul ..... - administrator și convențional de ....., cu sediul în ....., adresă aleasă pentru comunicarea actelor procesuale, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări „.....”, cod CPV 45221112-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 04.09....., organizată ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., ..., cu sediul în ....., CUI …, număr de înregistrare în registrul comerțului …., în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ...../ ....., depusă de SC ..... SRL cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată legal de domnul ..... și convențional de ....., cu sediul în ....., privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată ..... SA - Sucursala …., contestatoarea a solicitat .....

La 27.12....., SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI …, număr de înregistrare în registrul comerțului …, reprezentată de domnul … - administrator, a înaintat Consiliului cererea de intervenție nr. 4085/22.12....., prin care solicită respingerea criticilor și a contestației SC ..... SRL.

La 08.01.2018, SC ..... SRL, având datele de identificare menționate mai sus, a depus cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 845/08.01.2018, prin care solicită respingerea contestației SC ..... SRL, ca tardivă și, în subsidiar, ca inadmisibilă.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016. Totodată, vor fi soluționate și cererile de intervenție, față de dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile aflate pe rol, prin care ofertanții SC ..... SRL și SC ..... SRL critică rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În prima contestație, SC ..... SRL învederează în motivare că, prin decizia Consiliului nr. 2946/...../...../08.11....., a fost admisă în parte contestația sa, a fost anulat raportul procedurii nr. 48/AP/1159/27.09....., precum și adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, entitatea fiind obligată să clarifice cu ofertantul SC … SRL modalitatea de îndeplinire a cerinței privind autorizarea/ agrementarea pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă”, precum și clarificarea prețurilor ofertate. În urma reevaluării, aceste două elemente nu au fost clarificate în sensul indicat de Consiliu, respectiv (i) nu s-a dovedit că atât SC ..... SRL, cât și subcontractanții propuși dețin autorizările și agrementele solicitate prin documentația de atribuire și (ii) nu s-a dovedit că prețurile propuse de ofertantul în discuție sunt reale, sunt rezultatul liberei concurențe și pot fi justificate.

Oferta desemnată câștigătoare nu răspunde cerinței referitoare la capacitatea ofertanților de exercitare a activității profesionale – deținere autorizație de furnizor feroviar eliberată de Autoritatea Feroviară Română - AFER, însoțită de agrement tehnic AFER pentru:

- lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă;
- lucrări de construcții, consolidări, apărări de maluri și terasamente căi ferate.

După cum s-a reținut în decizia Consiliului, în cadrul ofertei depuse de SC ..... SRL se regăsesc două agremente tehnice feroviare și o autorizație de furnizor feroviar, eliberate de AFER pe numele său, respectiv:

- agrementul tehnic feroviar seria AT nr. 348/..... pentru serviciul feroviar critic „construcții, reparații și întreținere poduri de cale ferată”;

- agrementul tehnic feroviar seria AT nr. 942/2013 pentru serviciul feroviar critic „construcții, consolidări terasamente de cale ferata și apărări de maluri”;

- autorizația de furnizor feroviar seria AF nr. 6918/2016, pentru o serie de servicii feroviare critice,

însă nu există și nu a fost prezentat în cadrul ofertei niciun act de autorizare/agrementare pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă”, astfel cum este solicitat expres prin fișa de date a achiziției, agrementul depus vizând doar lucrări de „construcții, consolidări terasamente de cale ferată și apărări de maluri”.

De asemenea, pentru subcontractanții SC ...SRL și SC ...SRL nu a fost prezentată autorizația de furnizor feroviar însoțită de agrementul tehnic, pentru partea din contract pe care o realizează aceștia. Autorizațiile se pot utiliza numai în nume propriu, nefiind o resursă transferabilă.

În conformitate cu Ordinul ministrului transporturilor nr. 290/ 2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul, în transportul feroviar, activitățile de construire, modernizare, întreținere și reparare a infrastructurii feroviare pot fi realizate numai de către furnizorii de produse și servicii care sunt autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic de către AFER. Normele cuprinse în anexa nr. 1 a Ordinului nr. 290/2000 privind autorizarea din punct de vedere tehnic a furnizorilor de produse și servicii pentru transportul feroviar și cu metroul prevăd, la art. 7 lit. b), necesitatea ca aceștia să dispună de „structuri organizatorice, de dotări tehnice, de documentație tehnică și de personal instruit și atestat, care să asigure desfășurarea proceselor de realizare a produselor și/sau prestării serviciilor feroviare critice pentru care s-a solicitat autorizația.” Prin urmare, lucrările (inclusiv cele realizate prin subcontractori) pot fi executate numai de firme ce dețin agrementări tehnice feroviare și autorizații de furnizor feroviar eliberate de AFER pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă” și „lucrări de construcții, consolidări, apărări de maluri și

terasamente CF”, condiție neîndeplinită în cazul ofertei declarate câștigătoare.

Lucrările de forare și săpătură, ce se propun de ofertantul SC ..... SRL a fi executate prin subcontractori, constituie parte componentă a lucrărilor critice de construcții, reparații și consolidări care fac obiectul contractului. Conform pct. 11.2.1 din fișa de date a achiziției, lucrările ce se execută includ consolidarea fundațiilor pilelor cu piloți forați, calibrare și regularizare albie, pentru care s-a solicitat autorizarea AFER prin documentația de atribuire, iar potrivit art. 58 alin. (2) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/ 2016: „În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire subcontractează o parte din contractul sectorial care urmează să fie atribuit, cerința prevăzută la alin. (1) se considera îndeplinită dacă subcontractantul nominalizat deține autorizația solicitată prin documentația de atribuire, cu condiția ca acesta să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă.”

În urma studierii dosarului achiziției publice a ..... că, la reevaluarea ofertei ....., nu au fost solicitate de către entitatea contractantă niciun fel de clarificări cu privire la autorizația de furnizor feroviar eliberată de AFER, însoțită de agrementul tehnic AFER pentru subcontractanții declarați, pentru partea din contract pe care o realizează aceștia. În plus, clarificările solicitate ofertantului cu privire la agrementul tehnic AFER pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă” au avut caracter strict formal, de vreme ce răspunsul furnizat confirma cu certitudine că acest ofertant nu deține agrementul tehnic respectiv.

Oferta declarată câștigătoare este inacceptabilă, prețul ofertat fiind neobișnuit de scăzut față de lucrările ce constituie obiectul contractului, iar documentele depuse de ofertant nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețurilor propuse.

Deși, prin decizia sa, Consiliul a impus entității contractante să clarifice modul de formare a prețurilor propuse, această dispoziție nu a fost realizată, ceea ce a permis declararea, din nou, câștigătoare a unei oferte cu preț neobișnuit de scăzut, care nu este real, din documentele atașate propunerii SC ..... SRL rezultând discrepanțe majore. Astfel, în contractul de închiriere utilaje nr. 25/18.01....., încheiat între SC ..... SRL și SC ... SRL:

- pentru utilajul pompă hidraulică de beton, în cuprinsul contractului, prețul închirierii este de 150 lei/oră, în timp ce, în propunerea financiară depusă, prețul pentru același utilaj este de 93,6 lei/oră;

- pentru utilajul betonieră, în cuprinsul contractului, prețul închirierii este de 55 lei/oră, în timp ce, în propunerea financiară, prețul pentru același utilaj este de 25,2 lei/oră.

Prin decizia Consiliului nr. 2946/...../...../08.11..... s-a statuat: „Văzând că prețul ofertat de SC ..... SRL este de aproximativ 75% din valoarea contractului estimată de entitate, coroborat cu propunerea în ofertă a unor prețuri pentru închirierea utilajelor mai mici decât cele din contractele de închiriere, comisia evaluatorie trebuia să se intereseze asupra realității tuturor acestor prețuri ofertate de societate, înainte de a hotărî declararea câștigătoare a ofertei acesteia.”

În dezacord cu măsurile de remediere dispuse de Consiliu, nu au fost clarificate de către entitatea contractantă discrepanțele majore dintre documentele atașate și prețurile incluse în ofertă.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, SC ..... SRL arată că, în ceea ce privește contractele de închiriere utilaje depuse în cadrul ofertei, ele au fost prezentate ca „măsură de siguranță”, ofertantul înțelegând să realizeze obiectul contractului cu utilajele proprii și cu cele aflate in proprietatea subcontractanților nominalizați. Or, un astfel de răspuns se constituie într-o modificare a propunerii tehnice, aptă a determina neconformitatea ofertei, în condițiile art. 140 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Dincolo de aspectul de neconformitate semnalat, ofertantul nu a făcut dovada că are capacitatea de a îndeplini contractul la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, odată ce nu a dovedit că deține în nume propriu sau prin subcontractanții nominalizați utilajele la care face referire în răspunsul la solicitarea de clarificări. Notele de consum la care se face trimitere în răspunsul entității la notificarea de remediere nu fac dovada deținerii utilajelor și nu indică la care utilaje se referă, utilaje proprii sau utilajele pentru care s-au depus contractele de închiriere în legătură cu care apar discrepanțele constatate de Consiliu.

În contestația secundă, SC ..... SRL arată că a solicitat studierea întregului dosar, însă, astfel cum rezultă din procesul-verbal nr. 48/AP/1261/30.10....., entitatea i-a refuzat solicitarea de fotocopiere contra cost a documentelor, fotocopiere solicitată dat fiind volumul considerabil de înscrisuri și intervalul de numai două ore acordat în scopul studierii.

Pe fond, precizează că oferta SC ..... SRL este inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește cerințele referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, astfel că erau incidente dispozițiile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 143 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

Entitatea nu a solicitat toate clarificările impuse de către Consiliu, cu privire la:

- lucrările care urmează să fie executate de către subcontractanți;
- deținerea de către aceștia a autorizațiilor sau agrementelor AFER.

Pe de altă parte, ofertanta declarată câștigătoare nu a reușit să clarifice sau să facă dovada că îndeplinește cerințele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale. Deși entitatea avea obligația de a clarifica deținerea autorizației de furnizor feroviar/agrementului tehnic AFER de către subcontractanți, aceasta nu a înțeles să clarifice aceste aspecte la reevaluare, contrar deciziei Consiliului.

Față de prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții și ale Ordinului nr. 1895/2016 pentru aprobarea Procedurii privind autorizarea și exercitarea dreptului de practică a responsabililor tehnici cu execuția lucrărilor de construcții, precum și pentru modificarea Reglementării tehnice „Îndrumător pentru atestarea tehnico-profesională a specialiștilor cu activitate în construcții”, aprobată prin Ordinul ministrului lucrărilor publice, transporturilor și locuinței nr. 777/2003, persoana nominalizată pentru postul de „RTE” trebuie să fie persoană fizică angajată a constructorului. Prezența acestuia în echipa ofertantului constituie o dovadă a implementării sistemului calității în construcții (Legea nr. 10/1995 și standardul de calitate ISO 9001). De vreme ce prevederile legale impun ca persoana nominalizată pentru postul de „RTE” să fie angajată a constructorului, rezultă că ofertantul trebuie să facă dovada îndeplinirii acestei condiții, prin contractul individual de muncă și extrasul Revisal.

Nu se poate aprecia, cum susține entitatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă, că dovada îndeplinirii condiției a fost făcută cu documente precum declarația de disponibilitate, CV și autorizația de responsabil tehnic cu execuția.

De asemenea, nu se poate susține că ofertantul nu trebuia să facă dovada îndeplinirii condiției prin depunerea contractului de muncă și a extrasului Revisal, motivat de faptul că aceste documente nu au fost solicitate, astfel cum în mod greșit reține entitatea în răspunsul la notificarea prealabilă. Lipsa specificării necesității depunerii anumitor documente prin fișa de date nu poate justifica neîndeplinirea obligațiilor impuse prin prevederile legale în materie, prevederi legale care sunt cunoscute tuturor operatorilor și care trebuie respectate de aceștia.

În ipoteza în care nu a fost depus contractul individual de muncă și extrasul Revisal, se poate prezuma că „RTE”-ul ofertantului câștigător nu are statut de angajat al ofertantului. Cu toate acestea, dacă i se permite utilizarea sa (persoana fizică autorizată, dacă este cazul), atunci poziția lui este de terț susținător, pentru care ofertantul nu a depus DUAE și angajament. În situația în care ofertantul nu deține personal necesar în vederea îndeplinirii obligațiilor contractuale și apelează la un terț, devin incidente prevederile art. 196 alin. (3) și (4) din Legea nr. 99/2016 și ale art. 55 și 57 din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

SC ..... SRL nu are experiența similară necesară, iar entitatea nu a verificat toate contractele. Dintre cele nouă contracte de lucrări feroviare, doar unul este executat exclusiv de către SC ..... SRL, restul de opt fiind executate în cadrul unor asocieri. Este important a se verifica procentul de lucrări efectuate în cadrul fiecărui contract și ce tipuri de lucrări a executat societatea în cadrul fiecăruia, pentru a putea fi dovedită experiența similară.

SC ..... SRL nu are certificate ISO de mediu și calitate pentru lucrări hidrotehnice. Deoarece obiectul contractului, prevăzut în fișa de date, are în vedere, pe lângă lucrări de construcție, reparație și consolidare poduri, și lucrări hidrotehnice (care includ activități de apărări mal și regularizări albii), în mod greșit a reținut entitatea contractantă că nu trebuiau depuse certificate ISO pentru lucrări hidrotehnice.

Oferta în discuție este inacceptabilă, întrucât prețul este neobișnuit de scăzut față de lucrările ce constituie obiectul contractului, iar documentele și clarificările depuse de ofertant nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului, astfel că în cazul de față erau incidente dispozițiile art. 222 din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 143 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016. Entitatea nu a solicitat explicații detaliate cu privire la prețul neobișnuit de scăzut și, în consecință, ofertantul nu a justificat în mod real prețurile propuse.

Comisia a considerat că singurul aspect care trebuia lămurit era cel legat de prețurile/ora de funcționare ale utilajelor pe care ofertantul le folosește în execuție, restul prețurilor din oferta financiară fiind acceptate fără să existe suspiciuni. Deși Consiliul a impus justificarea prețurilor privind închirierea utilajelor, acestea nu au fost justificate. Față de împrejurarea că, odată cu oferta, au fost depuse și o serie de contracte de închiriere, angajamentul de a folosi doar utilajele din proprietate, asumat de către SC ..... SRL, nu este de natură a aduce clarificări cu privire la acest aspect și, prin urmare, nu este de natură a justifica în mod real prețurile propuse.

...SRL a fost numit subantreprenor pentru lucrări de protecție pile cu piloți forați, activitate ce reprezintă o etapă a lucrărilor de reabilitare a infrastructurii podului feroviar, care se execută cu dotare specifică, respectiv cu echipament/instalație de forat. Executantul nominalizat trebuia să facă dovada calității de furnizor feroviar.

În partea scrisă a proiectului tehnic și în caietul de sarcini corespunzător secțiunii „Protecție pile cu piloți forați/protecție culee cu gabioane" se menționează obligația executării lucrărilor de infrastructură a podului cu instalația de forat. În cazul în care SC ..... SRL nu deține acest utilaj în proprietate, trebuie să clarifice tarifele menționate în propunerea tehnică și care fundamentează oferta de preț a constructorului pentru acest segment de lucrare.

Situația este similară procentului de subcontractare alocat societății ...SRL, care execută lucrări de amenajare a albiei râului/malurilor podului feroviar și nu are calitate de furnizor feroviar. La reevaluare, nu au fost clarificate lucrările ce se execută și modul de fundamentare a prețului pentru procentul de 6,99% alocat acestui subantreprenor.

În realitate, dispozițiile deciziei Consiliului nu au fost aduse la îndeplinire de către entitatea contractantă, aceasta nesolicitând clarificări cu privire la actele de autorizare sau agrementare în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare și în ceea ce privește subcontractanții acesteia și nici clarificări cu privire la prețul neobișnuit de scăzut.

În consecință, comunicarea nr. 48/AP/l454/29.11....., comunicările transmise către SC ..... SRL și către asocierea ... - SC ..... SRL, raportul procedurii și toate actele subsecvente sunt nule, prin prisma art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Motivarea entității contractante cu privire la tardivitatea criticilor formulate la adresa ofertei asocierii ... - SC ..... SRL este neîntemeiată, dat fiind că, prin decizia nr. 2946/...../...../08.11....., Consiliul a dispus anularea raportul procedurii de atribuire a contractului și a adreselor de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, cu emiterea unui nou raport al procedurii.

Entitatea a procedat la reevaluarea ofertelor, reevaluare care s-a finalizat prin emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire a contractului, respectiv raportul nr. 48/AP/1451/29.11....., și a unei noi comunicări, respectiv comunicarea nr. 48/AP/1454/ 29.11..... Cu alte cuvinte, ca urmare a anulării raportului inițial și a adreselor de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii

ne aflăm într-o situație asemănătoare celei existente anterior emiterii acestora, aspect față de care devin incidente prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Față de această împrejurare, apare ca fiind irelevant argumentul entității contractante potrivit căruia oferta depusă de către asocierea ... - SC ..... SRL nu a făcut obiectul deciziei Consiliului, de vreme ce prin notificarea prealabilă formulată nu a fost criticată această decizie ci rezultatul reevaluării ofertelor ca urmare a anulării evaluării anterioare.

În susținerea acestui argument, că ofertele au făcut obiectul unei noi evaluări, fiind incidente prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016, este și împrejurarea că, odată cu emiterea raportului procedurii de atribuire a contractului nr. 48/AP/1451/29.11....., entitatea contractantă a procedat în mod corect la o nouă comunicare, cu nr. 48/AP/1454/29.11....., prin care a fost informată că „[...] în urma reevaluării, oferta depusă de dumneavoastră nu a fost declarată câștigătoare, deoarece nu a avut «prețul cel mai scăzut».”

Cu privire la oferta depusă de asocierea ... - SC ....., ea este inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește cerințele fișei de date a achiziției referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel că, în cazul de față, erau incidente dispozițiile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 143 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016. Față de solicitările din fișa de date, din lucrările menționate de către asociere nu rezultă că ar deține experiența similară, dat fiind că nu au avut ca obiect lucrări de construcție/ reparație/reabilitare/consolidare poduri și nici lucrări de regularizare albii.

De asemenea, asocierea nu îndeplinește condițiile privind capacitatea profesională de a desfășura activități, având în vedere că printre lucrările declarate în obiectul de activitate nu sunt menționate și lucrări hidrotehnice, astfel încât nu face dovada că poate efectua astfel de lucrări.

Totodată, asocierea nu îndeplinește cerințele privind personalul calificat, întrucât „RTE” trebuia să fie angajat al constructorului, conform prevederilor Legii nr. 10/1995 și Ordinului nr. 1895/2016.

De asemenea, ... nu are experiența similară necesară, iar entitatea contractantă nu a verificat toate contractele din care au ..... lucrările similare/ procentul de asociere/cota de proiectare etc.

Asocierea propune un preț neobișnuit de scăzut, însă nu justifică prețul neobișnuit de scăzut, iar entitatea nu a făcut niciun fel de verificări, conform art. 222 din Legea nr. 99/2016.

Oferta este inacceptabilă și prin raportare la neîndeplinirea cerințelor privind capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Contestatoarea solicită studierea dosarului cauzei și, în măsura în care este necesară, audierea părților.

În punctul său de vedere nr. 48/AP/1589/21.12..... asupra contestației depusă de SC ..... SRL, înregistrat la Consiliu cu nr. 54739/21.12....., entitatea contractantă susține în apărare că, pentru punerea în executare a deciziei Consiliului, comisia a procedat la reanalizarea ofertei depusă de SC ..... SRL.

După cum rezultă din conținutul fișei de date, legat de capacitatea de exercitare a fost solicitată autorizație de furnizor feroviar eliberată de AFER, conform Hotărârii Guvernului nr. 626/ 1998 și art. (1) alin. (1) și (2) din Ordinul nr. 290/2000, însoțită de agrement tehnic AFER pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de arta și lucrări de construcții, consolidări, apărări de maluri și terasamente CF” sau echivalentul din țara ofertantului.

La reevaluarea desfășurată potrivit proceselor-verbale nr. 48/ AP/C/199/20.11....., 48/AP/C/204/22.11..... și 48/AP/C/209/ 27.11....., precum și solicitărilor de clarificare nr. 48/AP/C/200/ 20.11..... și 48/AP/C/205/22.11....., comisia de evaluare a constatat că ofertantul SC ..... SRL a făcut dovada îndeplinirii cerinței din fișa de date a achiziției în ceea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Referitor la autorizarea/agrementarea pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă” ofertantul demonstrează, punând în concordanță prevederile Ordinului nr. 290/2000 cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 581/1998. Ordinul, în lista produselor, lucrărilor și serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc (1A, 1B, 2A, 2B, 3), detaliază explicit tipurile de lucrări destinate domeniului infrastructurii feroviare pentru care AFER acordă agrement tehnic feroviar. La capitolul C - *Lucrări, servicii și produse destinate domeniului infrastructurii feroviare*, subcap. 1 - *Lucrări de artă și terasamente*, se regăsesc pct. 1 - *Construcții si lucrări de terasamente: rambleu, debleu, profil mix*, cu încadrare în clasa de risc 1A, și pct. 6 - *Lucrări de construire, reparare, reabilitare, consolidare și întreținere a podurilor, podețelor și viaductelor*, cu încadrare în clasa de risc 1A. Această listă se utilizează în cadrul AFER pentru încadrarea în clasele de risc a produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice.

Totodată, Hotărârea Guvernului nr. 581/1998 în anexa nr. 2 - *Elementele concrete ale infrastructurii feroviare publice*, la lit. b) și c) definește împărțirea lucrărilor de artă pe zona de interes a căii ferate, respectiv:

1. lucrările de artă destinate traversării unor obstacole și terenul aferent - ansamblul elementelor constructive ale podurilor, podețelor, tunetelor, viaductelor, pasajelor inferioare, camerelor pentru conducte și cabluri, cu terenul aferent;

2. lucrările de artă destinate consolidării și apărării terasamentelor de cale ferată - zidurile de sprijin, horele, contraforturile, polatele, pereurile, pragurile, epiurile, apărările de maluri și terenul aferent.

Prin urmare, din cele expuse rezultă că ofertantul deține autorizația AFER pentru lucrarea solicitată, respectiv autorizația nr. 6918, valabilă până la data de 10.04....., cu viza anuală până la data de 10.04.2018, pentru mai multe servicii feroviare critice, dintre care cele care prezintă interes pentru entitatea contractantă în execuția contractului sunt:

- construcții, consolidări terasamente de cale ferată și apărări de maluri, inclusiv decolmatări poduri, podețe, șanțuri, rigole, drenuri de cale ferată;

- construcții, reparații și întreținere poduri, podețe și viaducte de cale ferată.

Autorizația AFER este însoțită de agremente AFER valabile pentru aceste tipuri de lucrări.

Comisia de evaluare a considerat că tipurile de lucrări pentru care operatorul SC ..... SRL are autorizare AFER acoperă solicitarea din fișa de date a achiziției, în care, pentru o definire generală a lucrărilor, s-a formulat solicitarea autorizației AFER pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă”, aceasta însemnând „construcții reparații și întreținere poduri de cale ferată”, așa cum bine a înțeles operatorul economic care a depus oferta pentru executarea contractului.

În susținerea celor enunțate mai sus, sunt precizările comunicate prin adresa nr. 3140/6184/04.12..... de către AFER, ca urmare a solicitării ofertantului câștigător SC ..... SRL:

Având în vedere clasificarea construcțiilor și lucrărilor din punct de vedere al destinației, lucrările de artă reprezintă lucrări de mari proporții care se referă la completarea căilor de comunicații pentru traversarea râurilor, zonelor denivelate, precum și consolidarea fundațiilor căilor de comunicații și a zonelor aferente: poduri, podețe, viaducte-poduri peste văi fără ape - tuneluri, ziduri de sprijin, pereuri etc.

Din punct de vedere al încadrării în clase de risc a produselor/ serviciilor feroviare critice, în conformitate cu Lista produselor, lucrărilor și serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc (listă difuzată pe site-ul www.afer.ro/Modele documente), Cap. C lucrările de construire, reparare, reabilitare, consolidare și

întreținere a podurilor, podețelor și viaductelor fac parte din categoria Infrastructură - Lucrări de artă și de terasamente.

Referitor la faptul că subcontractanții propuși nu prezintă autorizații AFER și agremente pentru partea de contract pe care o vor executa, prin decizia Consiliului, entitatea nu a fost obligată la clarificarea aspectelor privind subcontractanții SC ...SRL și SC ...SRL, în ceea ce privește obligația prezentării autorizării și agrementului AFER pentru lucrările ce revin acestora. Această obligație nu este reținută de Consiliu în dispozitivul deciziei.

Subcontractanții propuși vor realiza o cotă parte din lucrările aferente achiziției, respectiv forare, transport și săpături cu utilajele din dotare, pentru care nu au fost solicitate autorizații și agremente tehnice feroviare, acestea neregăsindu-se nici în Ordinul nr. 290/ 2000. Conform art. 185 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, entitatea nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens. Toate cerințele privind subcontractarea au fost îndeplinite, fiind depuse acte în acest sens:

- acord subcontractare nr. 1/29.08..... și 1/30.08..... cu precizarea părților din contract ce se executa efectiv;
- DUAE pentru subcontractanți;
- declarații privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr. 99/2016;
- certificate constatatoare emise de Oficiul Registrului Comerțului;
- certificate fiscale la zi.

Referitor la inacceptabilitatea ofertei, prețul ofertat fiind neobișnuit de scăzut față de lucrările ce constituie obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar documentele și clarificările depuse de ofertant nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului, entitatea contractantă arată că, în ceea ce privește elementele ce stau la baza formării prețului criticat, se va avea în vedere că stabilirea prețului reprezintă un drept al unui operator economic, dependent de interesele economice ale acestuia, ce nu poate fi cenzurat de către entitate, decât în temeiul unor elemente concrete din care să reiasă că nu este sustenabil. Or, din documentele transmise și existente la dosarul achiziției, comisia de evaluare a constatat că oferta financiară a societății declarate câștigătoare este conformă, respectă cerințele documentației de atribuire și a avut în vedere toate prevederile legislative în materie.

Referitor la prețurile ofertate, comisia de reevaluare a considerat că singurul aspect care trebuia lămurit era cel legat de prețurile/ora de funcționare pentru utilajele pe care ofertantul le folosește în execuție, restul prețurilor din oferta financiară fiind acceptate fără să existe suspiciuni asupra acestora.

Pentru elucidarea aspectului de mai sus, s-a reanalizat lista utilajelor pe care ofertantul le pune la dispoziție pentru execuția lucrării, constatându-se că acesta deține în proprietate utilajele necesare. Formularul C8 - Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții include utilajele pe care ofertantul le are în dotare. Referitor la prețul utilajelor închiriate, conform răspunsului la solicitarea de clarificări dat de SC ..... SRL, utilajele aflate în proprietatea sa și cele ale subcontractanților nominalizați sunt suficiente și acoperă în integralitate categoriile de lucrări solicitate prin documentația de atribuire. Pentru susținerea celor de mai sus, ofertantul își ia angajamentul că, în cadrul contractului de achiziție publică, se vor folosi doar utilajele din proprietate, iar utilajele închiriabile, conform celor două contracte de închiriere, nu au nicio implicare asupra ofertei.

Prin urmare, criticile invocate cu privire la contractul de închiriere utilaje nr. 25/18.01....., încheiat între SC ..... SRL și ... SRL, pe care contestatoarea îl exemplifică, nu sunt justificate, având în vedere că „închirierea" nu a făcut obiectul reevaluării ofertei declarate câștigătoare, acest aspect fiind pe deplin stabilit și argumentat în acest sens.

Concluzionând, entitatea contractantă consideră că decizia Consiliului a fost dusă la îndeplinire, astfel că atât comunicarea nr. 48/AP/1494/07.12....., adresată contestatoarei, cât și comunicările către ceilalți ofertanți, precum și raportul procedurii și toate actele subsecvente sunt valabile, temeinic justificate și produc efecte juridice.

Luând în considerare aspectele mai sus enunțate, entitatea solicită Consiliului să respingă contestația formulată de SC ..... SRL, ca neîntemeiată.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 55121/27.12....., SC ..... SRL a solicitat respingerea contestației SC ..... SRL, oferta sa fiind desemnată câștigătoare în mod corect.

Intervenienta arată că deține:

- autorizația de furnizor feroviar seria AF nr. 6918, eliberată la data de 11.04.2016, cu valabilitate până la 10.04.2018;

- agrementul tehnic feroviar seria AT Nr. 348/..... pentru „construcție, reparații și întreținere poduri de cale ferată", eliberat la data de 17.05....., cu valabilitate până la 16.05.2019.

În vederea punerii în aplicare a celor dispuse de Consiliu, entitatea i-a solicitat clarificări cu privire la deținerea agrementului tehnic AFER pentru „lucrări de construcții, consolidări, apărări de maluri și terasamente CF”. Din documentele prezentate în ofertă și răspunsul la solicitare rezultă că posedă agrement tehnic feroviar pentru categoriile de lucrări dorite de entitatea contractantă. Răspunsul AFER nr. 3140/6184/04.12....., demonstrează veridicitatea celor afirmate.

Și cu privire la prețul ofertat, entitatea contractantă a pus în aplicare în mod corect dispozitivul deciziei Consiliului.

Legea nr. 99/2016 și Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 nu instituie un prag valoric sau procent din valoarea estimată a achiziției raportat la care o ofertă este considerată că ar avea un preț neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa. Propunerea financiară este întocmită la un nivel corespunzător, raportat la prețurile pieței, aferente lucrărilor prezentei achiziții, având posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate din documentația de atribuire. Prețul ofertat pentru utilizarea a două utilaje (pompă hidraulică de beton, betonieră) nu reflectă un preț neobișnuit al ofertei, în ansamblul ei.

Din cuprinsul deciziei Consiliului trebuie reținut că, „[...] chiar dacă o ofertă are costuri/tarife deosebit de scăzute, ea nu poate fi respinsă decât dacă se probează dincolo de orice îndoială rezonabilă că, din cauza acelor prețuri nu se poate asigura îndeplinirea contactului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.”

Aspectele au fost clarificate prin răspunsurile furnizate, cele două prețuri pentru care contestatoarea insistă că oferta ar fi „inacceptabilă” având un impact nesemnificativ în raport cu prețul ofertat, în ansamblul său.

În situația în care, ca urmare a studiului dosarului, contestatoarea își va motiva în concret criticile, o astfel de completare este inadmisibilă/tardivă. Legea nr. 101/2016 prevede calea de atac a contestației pentru motive de nelegalitate și netemeinicie care îi sunt cunoscute persoanei vătămate la momentul formulării ei, iar nu pentru motive necunoscute. Contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept, sens în care dispune art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În punctul său de vedere nr. 48/AP/1607/28.12..... asupra contestației depusă de SC ..... SRL, înregistrat la Consiliu cu nr. 55410/28.12....., entitatea contractantă arată că societatea se subrogă în atribuțiile entității și declară oferta SC ..... SRL neconformă sau/și inacceptabilă.

În combaterea pe fond a criticilor sunt reiterate argumentele regăsite în punctul său de vedere nr. 48/AP/1589/21.12....., asupra contestației SC ..... SRL.

Cu privire la criticile referitoare la faptul că oferta declarată câștigătoare este inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește cerințele fișei de date a achiziției referitoare la documentele care trebuiau depuse pentru personalul utilizat, entitatea contractantă afirmă că a solicitat, în fișa de date, o declarație cu privire la numărul mediu anual de personal care execută lucrări și al personalului de conducere din ultimii 3 ani, declarație depusă de SC ..... SRL.

În propunerea tehnică a fost solicitată doar prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea executării lucrărilor, nu s-a solicitat în mod expres prezentarea deținerii unui personal anume. Dar ofertantul câștigător a prezentat acte în vederea asigurării accesului la specialiști pentru: șef de șantier, manager de proiect, responsabil controlul calității, responsabil „SC”, responsabil pentru calitatea materialelor și folosirea utilajelor/echipamentelor, responsabil pentru teste, probe.

După cum în mod corect reține Consiliul în decizia anterioară, entitatea a solicitat declarația fără a particulariza specialiștii și numărul lor. Prin urmare, SC ..... SRL a prezentat acte în vederea asigurării accesului la specialiști, inclusiv diplome, certificate, atestate și CV-uri pentru diverse categorii de personal. Nu era necesară depunerea de contracte individuale de muncă sau extrase Revisal (nu s-au cerut).

În ceea ce privește persoana nominalizată pentru postul de RTE, Consiliul a concluzionat, în mod temeinic și justificat, că documentele prezentate (declarație de disponibilitate, CV, autorizație de responsabil tehnic cu execuția) sunt valabile, produc efecte juridice și trebuie recunoscute de entitatea contractantă, până la înscrierea lor în fals, respectiv nu pot fi considerate nelegale sau ignorate de către entitate. Așadar, SC ..... SRL poate beneficia de serviciile persoanei nominalizate pentru postul de RTE.

Cu privire la neconformitatea ofertei câștigătoare, întrucât nu răspunde cerințelor fișei de date referitoare la experiența similară, entitatea afirmă că ofertantul declarat câștigător îndeplinește în totalitate această cerință, conform DUAE și contractelor depuse în demonstrarea acesteia, fără a veni cu susținerea vreunui terț (subcontractantul nu este terț susținător). Prin urmare, critica contestatoarei nu este fondată, întrucât și acest aspect a fost analizat de către Consiliu, care a reținut că experiența similară a SC ..... SRL a fost dovedită prin mai multe documente, însumând o valoare a lucrărilor de 26.307.827,70 lei, peste pragul minim de 16.000.000 lei.

Referitor la critica cu privire la faptul că ofertantul nu are certificate ISO mediu și calitate pentru lucrări hidrotehnice, entitatea precizează că a solicitat certificarea pentru activitatea principală care face obiectul contractului - consolidări terasamente de cale ferată și reparații poduri, iar SC ..... SRL a inclus în documentele sale de calificare:

- certificatul seria SMC nr. 056/26.03.2004 (valabil până la 14.09.2018) pentru sistemul de management al calității ISO 9001, pentru mai multe categorii de lucrări și servicii, inclusiv construcții, reparații, întreținere linii de cale ferată, consolidări terasamente de cale ferată și reparații poduri;
- certificatul seria SMC nr. 069/30.10.2012 (valabil până la 29.10.2018) pentru sistemul de management de mediu ISO 14001, pentru mai multe categorii de lucrări și servicii, inclusiv construcții, reparații, întreținere linii de cale ferată, consolidări terasamente de cale ferată și reparații poduri.

Certificatele ISO depuse de SC ..... SRL sunt în perioada de valabilitate și cuprind domeniul de activitate necesar executării lucrării solicitate de reparații pod feroviar - obiectul principal al contractului de execuție lucrări.

Obligația de a depune certificate ISO este în sarcina ofertantului (după cum e menționat și în conținutul fișei de date - ofertant, asociat), nu a subcontractanților.

Obiectul contractului are în vedere lucrări de reparație pod, nu lucrări hidrotehnice, iar SC ..... SRL este certificat pentru lucrări la poduri, terasamente și proiecte utilitare, astfel că a îndeplinit condițiile precizate în acest sens.

Comisia de reevaluare a procedat la reevaluarea/reanalizarea ofertei SC ..... SRL, clarificând, conform proceselor-verbale nr.48/AP/C/199/20.11....., nr. 48/AP/C/204/22.11..... și nr. 48/ AP/C/209/27.11....., precum și în baza solicitărilor de clarificări nr. 48/AP/C/200/20.11..... și nr. 48/AP/C/205/22.11..... adresate ofertantului, următoarele aspecte:

- autorizarea/agrementarea pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă”;
- prețurile ofertate.

Neîntemeiate sunt și criticile privind oferta depusă de către asocierea ... - SC ..... SRL, ofertă clasată de locul II și care nu a făcut obiectul reevaluării. Criticile sunt tardive, deoarece puteau fi formulate în etapa inițială, SC ..... SRL având dreptul de a formula notificare prealabilă și, ulterior, contestație, după comunicarea către contestatoare a rezultatului procedurii de

evaluare cu nr. 48/AP/ 1163/27.09....., prin care oferta sa a fost declarata necâștigătoare.

Luând în considerare aspectele enunțate, entitatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația SC ..... SRL, ca neîntemeiată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 832/08.01.2018, SC ..... SRL a formulat concluzii scrise prin care a solicitat obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată și a susținut că oferta SC ..... SRL este inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește cerințele fișei de date a achiziției.

Potrivit clauzei cuprinsă la art. 1 din acordul de subcontractare nr. 1/29.08..... încheiat între SC ..... SRL și SC ...SRL, obiectul său este reprezentat de:

„- Lucrări de transport materii prime, materiale cu mijloace de transport din dotare;

- Lucrări de săpături și încărcări cu utilaje din dotare."

Potrivit clauzei cuprinsă la art. 1 din acordul de subcontractare nr. 1/30.08....., încheiat între SC ..... SRL și ...SRL, obiectul său este reprezentat de:

„- Forare coloane pentru prag de fund D = 880 mm;

- Forare coloane pentru protecție pile D = 880 mm."

Prin urmare, se poate constata că subcontractanții urmează a executa, printre altele, lucrări de săpături și forare coloane, lucrări pentru care se impune deținerea de autorizații și agrement AFER. În aceste sens sunt și considerentele reținute de Consiliu în decizie: *„În contextul în care nu rezultă cu certitudine că societatea posedă agrement AFER pentru categoriile de lucrări nominalizate, entitatea contractantă trebuie să aprecieze că există un risc privind îndeplinirea cerinței de calificare, împrejurare în care îi revenea obligația să clarifice acest aspect anterior considerării admisibilității ofertei. Dacă răspunsul care va fi primit nu demonstrează cu claritate agrementarea și pentru acele lucrări, entitatea îndrituită și obligată să respingă oferta în cauză.* [...] *Deopotrivă, văzând că subcontractanții urmează a executa aproximativ 15% din lucrările contractului, inclusiv săpături și forare de coloane, revine autorității contractante sarcina de a determina cu exactitate care sunt lucrările ce revin celor doi subcontractanți, astfel încât să se poată stabili dacă acestea intră sub incidența Ordinului ministrului transporturilor nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul. Prestarea serviciilor privind întreținere materialului rulant, precum și construirea, modernizarea, repararea și întreținerea infrastructurii de transport feroviar și cu metroul, denumite servicii feroviare*

critice poate fi efectuată numai de către furnizorii feroviari, dacă aceștia fac dovada că dețin un agrement tehnic pentru fiecare serviciu prestat."

Așadar, sunt neîntemeiate susținerile entității contractante că, „în dispozitivul deciziei nr. 2946/...../...../08.11....., nu este reținută în sarcina entității contractante obligația de a clarifica aspectele privind subcontractanții SC ...SRL și SC ...SRL, în ceea ce privește obligația prezentării autorizării și agrementului AFER pentru lucrările ce revin acestora."

Lucrările de săpături și forare coloane sunt de natură a impune necesitatea obținerii unei autorizații și a unui agrement AFER. Câtă vreme entitatea contractantă nu a înțeles să îndeplinească obligațiile puse în vedere de către Consiliu, de a solicita clarificări suplimentare în vederea stabilirii lucrărilor ce revin celor doi subcontractanți și în vederea analizării dacă aceste lucrări necesită autorizații și agremente AFER nu se poate determina dacă oferta declarată câștigătoare îndeplinește cerințele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale și nu poate fi considerată câștigătoare.

Mai mult, decât atât, din analiza celor două acorduri de subcontractare rezultă că lucrările care urmează a fi efectuate de către cei doi subcontractanți necesită autorizații și agremente AFER, astfel încât absența acestora conduce la inacceptabilitatea ofertei declarate câștigătoare.

Oferta SC ..... SRL este inacceptabilă întrucât nu îndeplinește cerințele fișei de date a achiziției referitoare la documentele care trebuiau depuse pentru personalul utilizat. Din documentele aflate la dosarul de achiziție publică se poate constata că, pentru responsabilul RTE, inginer ..., au fost depuse doar următoarele documente:

- declarație de disponibilitate;
- CV;
- autorizație responsabil tehnic cu execuția.

Modalitățile în care se poate participa la o procedură de achiziții publice sunt:

- în asociere;
- ca terț susținător;
- ca subcontractant.

În ipoteza participării responsabilului RTE în calitate de terț susținător sau subcontractant era necesară depunerea unei serii de documente, printre care angajamentul de susținere și DUAE. Or, de vreme ce astfel de documente nu au fost depuse, se poate prezuma că responsabilul nu participă nici în calitate de terț susținător, nici în calitate de subcontractant, iar singura modalitate în care el mai

putea participa la licitație ca responsabil tehnic era în calitate de angajat al constructorului, astfel cum dispun prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, coroborate cu dispozițiile Ordinul nr. 1895/2016. Dovada îndeplinirii acestei condiții, respectiv a calității de angajat al ofertantului declarat câștigător, poate fi făcută doar cu contractul de muncă și extrasul Revisal. În lipsa existenței unui act juridic încheiat între responsabilul RTE și SC ..... SRL nu se poate susține că documentele existente, respectiv declarația de disponibilitate, CV, autorizația de responsabil tehnic cu execuția sunt de natură a obliga în mod valabil responsabilul tehnic în cadrul procedurii de achiziție.

SC ..... SRL nu are experiența similară necesară, entitatea contractantă nu a verificat toate contractele din care au ..... lucrările similare/procentul de asociere/cota de proiectare etc. Experiența similară prezentată de către SC ..... SRL nu este în cuantumul solicitat de către entitatea în fișa de date, respectiv de 16.000.000 lei. Din cele nouă contracte de lucrări:

- patru sunt eligibile, îndeplinind condiția de lucrare similară, însă valoarea cumulată a lucrărilor executate de către societatea ..... SRL nu atinge plafonul de 16.000.000 lei. În ceea ce privește contractul în valoare de 10.385.144,49 lei, încheiat între asocierea SC ..... SRL - SC …SA și …, a fost depus actul adițional nr. 1 prin care a fost schimbată ponderea valorică și/sau activitățile pentru care SC ..... SRL a fost responsabilă, care excede cadrului achizițiilor publice, fiind semnat de către cei doi asociați la o dată ulterioară semnării contractului de lucrări cu entitatea contractantă, fără ca aceasta să fie înștiințată de modificare și să o ratifice/confirme.

- cinci contracte de lucrări de poduri feroviare executate de către SC ..... SRL în asociere, fără a se cunoaște procentul care îi revine din valoarea execuției, nu au fost finalizate până la data depunerii ofertei. În speță, lucrările de poduri feroviare realizate ca urmare a semnării între … și asocierea SC ..... SRL - ….. SA a acordului contractual nr. 14 din data de 10 februarie 2015 „Lucrări de reabilitare poduri și tuneluri de cale ferată … Lotul 2 - Poduri și podețe Linia CF Dărmănești – Dornișoara” nu au fost finalizate și nici nu se face dovada finalizării acestora. În cazul de față, justificarea lucrărilor similare menționate în DUAE se încearcă a fi făcută prin prezentarea de procese-verbale de prerecepție, care nu pot fi confundate cu procese-verbale de recepție la terminarea lucrărilor sau cu procese-verbale de recepție finală, în sensul dispozițiilor Hotărârii Guvernului nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepție a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, la care face trimitere fișa de date.

SC ..... SRL nu are certificate ISO de mediu și calitate pentru lucrări hidrotehnice.

În cadrul procedurii au fost întocmite două caiete de sarcini, respectiv:

- caiet de sarcini reparație infrastructură si suprastructură pod CF - Proiect nr. 1918/2013 „Reparație pod km 20+864 FIR I+II, linia CF 416 Dej - Ilva Mică, între stațiile CF Coldău-Beclean pe Someș peste râul Someșul Mare";

- caiet de sarcini canal de deviere râu Someșul Mare - Proiect nr. 1918/2013 „Reparație pod km 20+864 FIR I+II, linia CF 416 Dej - Ilva Mică, între stațiile CF Coldău-Beclean pe Someș peste râul Someșul Mare",

împrejurare față de care nu se poate susține că sunt întemeiate susținerile entității contractante din cadrul punctului de vedere exprimat, potrivit cărora pentru lucrările hidrotehnice nu trebuia obținut certificat ISO, deoarece, potrivit fișei de date, sistemul de management al calității conform SR EN ISO 9001 sau echivalent trebuie depus doar pentru activitatea principală ce face obiectul contractului.

Lucrările hidrotehnice constituie obiect principal al contractului, alături de lucrările specifice de reparare a infrastructurii și suprastructurii podurilor, cu atât mai mult cu cât, în cadrul procedurii a fost solicitată dovedirea experienței similare și pentru astfel de lucrări, lucrări pentru care ofertantul declarat câștigător a înțeles să depună contracte în dovedirea experienței similare.

Prezentarea de către ofertantul câștigător a certificatului ISO 9001 și 14001 doar pentru lucrări de construcții de poduri, nu și pentru lucrări hidrotehnice, reprezintă o neîndeplinire a cerințelor fișei de date.

Detalierea privind lucrările contractului conduce și la următoarea problemă: responsabilul tehnic cu execuția nominalizat nu deține în autorizația sa și domeniul 5.1 „Lucrări hidrotehnice", fiind autorizat să desfășoare activitate profesională doar pentru construcția de poduri. Așadar, și din această privință se poate trage concluzia că ofertantul declarat câștigător nu are capacitatea profesională necesară execuției, contrar fișei de date (capitolele: capacitatea tehnică/profesională și propunerea tehnică - echipa experților cheie responsabili cu implementarea contractului și asigurarea calității - prezentarea modalității de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea executării lucrărilor).

Oferta este inacceptabilă, întrucât prețul ofertat este neobișnuit de scăzut față de lucrările ce constituie obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar documentele și clarificările

depuse de ofertant nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului, astfel, că în cazul de față, erau incidente dispozițiile art. 222 din Legea nr. 99/2016, coroborate cu dispozițiile art. 143 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

În punctul său de vedere, entitatea contractantă a apreciat că singurul aspect care trebuia lămurit era cel legat de prețul/ora de funcționare ale utilajelor pe care ofertantul le folosește în execuție, iar ofertantul declarat câștigător și-a luat angajamentul de a utiliza doar utilajele aflate în proprietatea acestuia, utilaje care sunt suficiente și performante, dar trebuiau solicitate clarificări pentru a se determina dacă utilajele cuprinse în listele privind cantitățile de utilaje, instalații și echipamente tehnice privind lucrarea sunt singurele utilaje care se regăsesc în cuprinsul formularului C8 - Lista cuprinzând consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții. Procedând la o analiză comparativă a utilajelor care se regăsesc în cuprinsul formularului, se poate observa că, spre exemplu:

- betoniera cu cădere liberă (poz. 21 din formular) și pompa hidraulică de beton (poz. 11 din formular) fac obiectul contractului de închiriere nr. 25/18.01.....;

- buldozerul pe șenile (poz. 18 din formular) face obiectul contractului de închiriere nr. 20/17.01.....

Față de această împrejurare, entitatea contractantă era ținută să procedeze la analiza celor afirmate de către ofertantul declarat câștigător și, constatând că în cuprinsul formularului se regăsesc utilaje ce fac obiectul contractelor de închiriere, să solicite acestuia să justifice prețul ofertei. De altfel, din această perspectivă se poate observa că declarația ofertantului câștigător în sensul că ar utiliza doar utilajele pe care le deține în proprietate apare ca fiind nereală, contrazisă de documentația depusă chiar de către acesta.

De asemenea, se impune a se observa că, potrivit fișei de date, ofertantul trebuia să facă dovada dotării tehnice necesară execuției lucrării.

Proiectul tehnic cuprinde lucrări de consolidare a podului feroviar care se realizează prin execuția unei protecții a pilelor podului (picioarele podului) cu beton injectat în pământul de fundare prin intermediul unor piloți secanți forați. În caietul de sarcini intitulat „Protecție pile cu piloți forați. Protecție culee cu gabioane”, la fila nr. 19 se menționează faptul că protecția pilelor prin metoda piloților forați se execută cu echipament tehnic compus din: instalație de foraj, instalație de pompare, instalație de pregătire a fluidului de pompare. Această dotare tehnică aparține subantreprenorului ...SRL și reprezintă motivul prezenței acestui operator economic în procedura de achiziție publică cu care societatea ..... SRL dovedește, prin cumul de resurse, capacitatea

tehnică necesară execuției și propunerea tehnică conformă cu prevederile caietului de sarcini. În acest context, afirmația ofertantului din adresa nr. 3784/24.11.....: „Urmare a solicitării dvs. de la punctul 2, precizăm clar că utilajele puse la dispoziție pentru îndeplinirea contractului sunt doar cele aflate în proprietate nu și cele închiriate.”, nu poate veni în susținerea eligibilității acestuia.

În lipsa subantreprenorului ... SRL, ofertantului îi revine sarcina de a dovedi realitatea și legalitatea prețului ofertat pentru realizarea lucrărilor de consolidare pilă pod cu piloți forați pentru care a precizat un tarif care nu poate fi justificat, întrucât SC ..... SRL nu este proprietarul unui astfel de utilaj și nu poate determina costul real al implicării utilajului în execuția contractului, în lipsa unui contract de utilizare/folosință/subantrepriză.

Pe de altă parte, la dosarul achiziției nu se află și anexa la contractul de subantrepriză încheiat cu societatea ... SRL, pentru a se verifica formarea tarifului pentru lucrările de foraj, despre care se poate presupune în mod rezonabil că a fost diminuat de către ofertant în propunerea financiară.

Cu alte cuvinte, societatea ... SRL are dublă calitate: proprietar al echipamentului și executant nominalizat al acestui segment de lucrare. În raportul juridic cu ofertantul, locatorul-subantreprenor stabilește un tarif al subantreprizei care include costul echipamentului, însă ofertantul cotează în propunerea financiară această activitate la un preț mai mic decât prețul din contractul de subantrepriză, pentru a diminua în mod artificial valoarea totală a contractului de achiziție publică în care criteriul „prețul cel mai scăzut” primează.

Ofertantul declarat câștigător a aplicat această strategie și în privința tarifelor la utilaje și, prin urmare, în cadrul reevaluării a declarat că renunță la contractele de închiriere depuse la entitatea contractantă, iar entitatea nu a fost interesată de justificarea prețului la utilaje atât timp cât a fost asigurată verbal de către SC ..... SRL că „lucrarea poate fi execută la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin proiectul tehnic”. Însă, în lista utilajelor intră și echipamentul de forat, iar situația acestuia nu este una clară, ofertantul câștigător neavând în proprietate o atare dotare tehnică.

Nu în ultimul rând, în ceea ce privește propunerea financiară, se impun a fi făcute următoarele precizări:

a) ofertantul nu a respectat lista cu resursele de materiale pusă la dispoziție de către entitatea contractantă prin clarificarea nr. 48/AP/967/21.08.2018, astfel încât:

- unele materiale nu se regăsesc în lista de materiale/prețul final (nisip sortat spălat de râu și lacuri în cantitate de 460,85 mc, scânduri rășinoase lungi tivite clasa 5A gr 12 mm în cantitate de 9,34 mc, dulapi rășini lungi tiviți clasa D în cantitate de 0,58 mc, placă pfl dură standard în cantitate de 0,19 mc, tub aducto premo 6 buc);

- unele materiale au fost cotate cu 0 lei: apa industrială pentru lucrări de drumuri și terasamente în cisterne, apă industrială și mortare și betoane de la rețea;

- unele materiale au fost ofertate în cantități mai mici (scoabe oțel pentru construcții din lemn în cantitate de 180 kg, în loc de 4.000 kg, distanțier din mase plastice pentru poziționare armături în beton pentru grinzi, 924 de bucăți, în loc de 1842 bucăți).

b) în fișa de date se menționează: „Ofertantul va avea în vedere să includă în valoarea ofertei financiare și prețul serviciilor ce urmează a fi prestate de SC … pentru asistență tehnică constând în scoaterea liniei de contact de sub tensiune și aducerea în stare legată la pământ a liniei de contact aferentă porțiunii pe care va avea loc lucrarea precum și prețul serviciilor prestate de … pentru asistență tehnică acordată la lucrările de protecție cabluri TTR, pentru lucrări care pot afecta zona cablurilor Tc - conform Dispoziției Directorului General … nr. 75/27.08.2008 privind reparația infrastructurii feroviare atașată prezentei documentații (aceste costuri vor fi suportate de ofertanți, întrucât nu sunt puse la dispoziție de entitatea contractantă).”

Valoarea din formularul F3 - Devizul 2013 protecție instalații cale și vecinătăți nu este reală, fiind subevaluată față de valoarea comunicată operatorilor economici de către ..., astfel cum rezultă din corespondența atașată, dintre SC ..... SRL și .... SC ..... SRL a cotat aceste lucrări la valoarea de 49.303 lei fără recapitulații (cheltuieli directe, cheltuieli indirecte și profit), în timp ce ofertantul declarat câștigător a cotat cu 9.152 lei aceleași lucrări. Astfel, se poate trage în mod rezonabil concluzia că acesta nu a solicitat o ofertă de preț de la ... și a precizat în Propunerea financiară un preț care nu poate fi justificat.

c) în fișa de date se menționează: „În prețurile unitare se vor include toate cheltuielile directe, taxele și impozitele considerate ca obligații legale ale ofertantului, cheltuielile indirecte, profitul, exclusiv T.V.A.”

În propunerea financiară, la filele 4-21, rubrica cheltuielilor directe corespunzătoare tuturor formularelor F3 - Lista cantităților de lucrări completate pe capitole, aferente categoriilor de lucrări, ofertantul calculează o cotă de contribuție la accidente de muncă și boli profesionale de 0,27%, în loc de 0,46%. Hotărârea Guvernului nr. 225/2013 pentru modificarea și completarea Hotărârii Guvernului

nr. 144/2008 privind aprobarea Normelor metodologice de calcul al contribuției de asigurare pentru accidente de muncă și boli profesionale - tabelul cu Tariful de risc pe sectoare de activitate ale economiei naționale - clase CAEN cuprinde:

- poziția 303 - Lucrări de construcții ale clădirilor rezidențiale și nerezidențiale: cod CAEN 4120, cotă risc 0,270;

- poziția 306 - Construcția de poduri și tuneluri: cod CAEN 4213, cotă risc 0,463.

Acest lucru are loc întrucât ofertantul declară că desfășoară activități circumscrise codului CAEN 4120 - Lucrări de construcții ale clădirilor rezidențiale și nerezidențiale, deși desfășoară activități de construcții poduri conform cod CAEN 4213.

Acest lucru afectează atât prețul ofertei, cât și obligația de a respecta mențiunea stabilită în fișa de date, în ceea ce privește modul de prezentare a propunerii tehnice: „Ofertanții au obligația să indice în cadrul propunerii tehnice faptul că la elaborarea ofertei au ținut cont de obligațiile relevante din domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă completând o declarație în acest sens, în vederea respectării prevederilor art. 64 din Legea nr. 99/2016 (anexa nr. 9 din Modele formulare).” Ofertantul a prezentat această declarație, însă cota de risc indică contrariul obligației de a respecta obligațiile din domeniul social și al relațiilor de muncă, fapt pe care entitatea trebuie să îl sancționeze prin respingerea ofertei ca inacceptabilă.

d) prețul la beton este unul mic față de prețul pieței și pentru care entitatea contractantă ar fi trebuit să solicite justificare, valoarea cumulată a acestui material având o pondere majoră în valoarea totală a contractului de lucrări.

În ceea ce privește susținerile referitoare la comunicările transmise către SC ..... SRL și către asocierea ... - SC ..... SRL și criticile aduse ofertei depuse de asociere, SC ..... SRL reia aspectele prezentate în contestație.

Este neîntemeiată soluția de a i se restricționa accesul la propunerea tehnică și la cea financiară a asocierii, deoarece aceasta nu a făcut vreo dovadă în ceea ce privește confidențialitatea actelor depuse la dosar.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 844/08.01.2018, SC ..... SRL a formulat concluzii scrise cu privire la cererea de intervenție depusă de SC ..... SA și la punctul de vedere al entității contractante, reiterând o serie de aspecte prezentate în contestație.

Nu pot fi primite ca pertinente susținerile entității contractante din punctul de vedere potrivit cărora „ofertantul SC ..... SA a

făcut dovada îndeplinirii cerinței din fisa de date a achiziției în ceea ce privește capacitatea de exercitare a activității profesionale.”

Susținerea entității contractante potrivit căreia „pentru o definire generală a lucrărilor a formulat solicitarea autorizației AFER pentru lucrări de construcție, reparații și întreținere lucrări de artă, însă aceasta înseamnă de fapt construcții, reparații și întreținere poduri de cale ferată”, dincolo de faptul ca este neîntemeiată pe fondul său, se constituie într-o modificare a cerințelor documentației de atribuire, ulterioară etapei evaluării ofertelor, în beneficiul unuia dintre ofertanți. Procedând în acest fel, entitatea încalcă principiul egalității de tratament, statuat de prevederile Legii nr. 99/2016. Un element esențial al acestui principiu este acela că impune entității contractante obligația de a stabili reguli care să fie aplicate în cursul procedurii de atribuire și pe întreg parcursul acesteia. Numai prin impunerea unor reguli concrete care să guverneze procedura de atribuire se poate asigura tratament egal operatorilor economici.

Adresa AFER nr. 3140/04.12..... (pe care entitatea o invocă, deși este ulterioară finalizării procesului de evaluare a ofertelor și a fost solicitată de intervenienta SC ..... SRL), cât și analiza normelor si normativelor în vigoare referitoare la agrementarea și autorizarea furnizorilor feroviari, infirmă teza propusă de entitate, aceea că lucrări de construcție, reparații și întreținere lucrări de artă înseamnă de fapt construcții, reparații și întreținere poduri de cale ferată. Textul adresei AFER nr. 3140/04.12..... relevă foarte clar ca lucrările de construcții, reparații și întreținere poduri de cale ferată fac parte din categoria lucrări de artă, așadar nu se identifică cu acestea, raportul dintre cele două noțiuni fiind de la parte la întreg. În plus, potrivit normei din 13 aprilie 2000 privind acordarea de agremente tehnice feroviare în transportul feroviar (art. 2): „Agrementul tehnic feroviar, denumit în continuare agrement tehnic, este documentul care definește caracteristicile și performanțele tehnice, precum și aptitudinea de utilizare a produselor și/sau serviciilor feroviare critice specificate în agrementul tehnic respectiv.”

Prin urmare, nu se poate susține că agrementul tehnic feroviar deținut de SC ..... SRL pentru construcții, reparații și întreținere poduri de cale ferată răspunde cerinței din documentația de atribuire ce vizează agrementarea pentru categoria mai largă de lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă.

Potrivit anexei nr. 5 la Ordinul ministrului transporturilor nr. 290/2000, art. 5 și 7: „Agrementul tehnic este un document cu regim special, nominal și netransmisibil, care se acordă, la cerere, furnizorilor de produse și/sau servicii precizate la art. 1 alin. (2). Agrementul tehnic în transportul feroviar și cu metroul se poate acorda agenților economici care îndeplinesc cumulativ următoarele

cerințe: [...] c) dețin autorizația de furnizor feroviar în cazul serviciilor prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. b) și c); [...] e) dețin documentația care prezintă caracteristicile tehnice și performanțele produsului, avizată în prealabil de utilizatorul final și de AFER, precum și documentația necesară pentru înțelegerea, funcționarea, utilizarea, întreținerea și repararea acestuia."

În ceea ce îi privește pe subcontractanții ...SRL și ...SRL, pentru care nu a fost prezentată autorizația de furnizor feroviar eliberată de AFER, însoțită de agrementul tehnic AFER, pentru partea din contract pe care aceștia o realizează, este nefondată susținerea entității contractante potrivit căreia, prin decizia Consiliului, nu s-a impus clarificarea modalității de participare a acestora la îndeplinirea contractului. Caracter obligatoriu pentru entitate are nu numai dispozitivul deciziei, ci și considerentele care îl precedă.

Mai mult decât atât, potrivit art. 7 din Ordinul nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție: „în cazul în care se impune, la criteriul de calificare «capacitatea de exercitare a activității profesionale», autorizarea Autorității Feroviare Române (AFER), Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE), Inspecției de Stat pentru Controlul Cazonelor, Recipientelor sub Presiune și Instalațiilor de Ridicat (ISCIR) etc. pentru entități juridice, în cazul unui grup de operatori economici care depun ofertă comună, cerința este considerată îndeplinită dacă unul dintre asociați - respectiv subcontractantul, dacă este cazul, s.n.) deține autorizarea solicitată și numai cu condiția ca acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitată autorizarea respectivă."

Prin urmare, lucrările (inclusiv cele realizate prin subcontractori) pot fi executate numai de firme ce dețin agrementările tehnice feroviare și autorizații de furnizor feroviar eliberate de AFER pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă" și „lucrări de construcții, consolidări, apărări de maluri și terasamente CF" - condiție neîndeplinită în cazul ofertei declarate câștigătoare.

În chiar punctul de vedere al autorității contractante sunt enumerate, printre activitățile propuse de SC ..... SRL a se realiza prin subcontractori, și lucrările de apărare maluri amonte și aval, însă entitatea contractantă, susține, negând evidența, că nu a solicitat niciun fel de autorizare pentru această activitate.

În ceea ce privește cel de al doilea aspect de nelegalitate, deși prin decizia Consiliul s-a impus autorității contractante să analizeze realitatea prețurilor ofertate de SC ..... SRL și să clarifice

discrepanțele majore dintre prețurile prezentate în ofertă și contractele de închiriere atașate acesteia, comisia de evaluare a solicitat ofertantului să precizeze „dacă utilajele cuprinse în Listele de utilaje în proprietatea ofertantului și subcontractanților acoperă necesarul pentru execuția contractului” și „care este scopul celor două contracte de închiriere utilaje pe care le-a evidențiat în documentele care probează DUAE”.

În mod evident, scopul prezentării celor două contracte de închiriere utilaje nu este și nu putea fi altul decât de a susține prețurile prezentate în ofertă, iar prin modul în care a formulat solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a permis ofertantului declarat câștigător să își modifice oferta inițială, raportându-se pentru fundamentarea economică a acesteia la alte elemente decât cele prezentate inițial comisiei de evaluare.

După cum rezultă din răspunsul intervenientei la solicitarea de clarificări adresată de entitatea contractantă, aceasta a înțeles să justifice prețul prin excluderea acelor utilaje pentru care a prezentat contractele de închiriere în legătură cu care s-au impus de către Consiliu clarificări. Procedând astfel, este indubitabil că intervenienta nu a justificat în fapt prețul, astfel cum a fost acesta propus în oferta depusă inițial, ci a prezentat o nouă ofertă, aspect pe care entitatea contractantă îl ignoră cu ocazia reevaluării, încălcând principiul tratamentului egal al ofertanților.

În raport de cele expuse, inclusiv în contestație, prețul neobișnuit de scăzut ofertat de SC ..... SRL nu numai că nu este justificat, dar nici nu poate fi justificat. Din aceasta perspectivă și raportat la dispozițiile art. 205 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă avea obligația nu numai de a solicita formal clarificări, ci și de a evalua corect clarificările furnizate de ofertant.

Obligația ce revine entității contractante cu privire la efectuarea acestor verificări privește toate componentele propunerii financiare, iar verificarea acestor aspecte nu poate fi formală. Mai mult, este de neconceput ca, sesizată fiind cu neconcordanțele dintre documentele depuse de ofertant și prețul propus, entitatea să nu adopte măsuri de remediere corespunzătoare.

Nu poate fi acceptată ca pertinentă justificarea prezentată de intervenientă în răspunsul la solicitarea de clarificări, unde se indică, în ceea ce privește contractele de închiriere utilaje depuse în cadrul ofertei, că acestea au fost prezentate „ca măsură de siguranță”, ofertantul înțelegând să realizeze obiectul contractului cu utilajele proprii și cu cele aflate în proprietatea subcontractanților nominalizați. Un astfel de răspuns se constituie într-o modificare a propunerii tehnice, aptă a determina neconformitatea ofertei în condițiile art. 140 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

În plus, dincolo de aspectul de neconformitate semnalat, ofertantul ..... SRL nu a făcut dovada că are capacitatea de a îndeplini contractul la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, odată ce nu a dovedit că deține în nume propriu sau prin subcontractanții nominalizați utilajele la care face referire în răspunsul la solicitarea de clarificări.

Notele de consum nu fac dovada deținerii utilajelor și, mai mult, nu indică la care utilaje se referă - utilaje proprii sau utilajele pentru care s-au depus contractele de închiriere în legătură cu care apar discrepanțele constatate de Consiliu.

Nu în ultimul rând, prețul ofertat de SC ..... SRL nu este unul ferm, odată ce ar putea fi majorat cu prețul utilajelor „posibil închiriabile", conform exprimării intervenientei preluată de entitatea contractantă în punctul de vedere.

Prin cererea de intervenție nr. 845/08.01.2018, SC ..... SRL solicită respingerea contestației depusă de SC ..... SRL, ca tardivă. În dezacord cu susținerile acestei din urmă societăți, decizia Consiliului nr. 2946/...../...../08.11..... nu a impus reevaluarea tuturor ofertelor, ci doar a celei declarate câștigătoare, și, în consecință, rezultatul procedurii de atribuire a rămas definitiv în ceea ce privește admisibilitatea celorlalte oferte. După cum chiar contestatoarea admite, rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicat prin adresa entității contractante nr. 48/ AP/1201/04.10....., în luna octombrie a anului ....., contestatoarea neînțelegând să formuleze notificare de remediere și contestație.

Prin contestația depusă acum, SC ..... SRL înțelege să atace nu numai rezultatul procedurii în urma reevaluării ofertei declarate câștigătoare, ci și rezultatul procedurii în ceea ce privește oferta sa, comunicat de entitatea contractantă în luna octombrie, deși oferta SC ..... SRL nu a constituit obiect al reevaluării, cu încălcarea evidentă a termenului prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Ca atare, toate și oricare dintre criticile contestatoarei ce tind la declararea ofertei SC ..... SRL inacceptabilă și neconformă vor trebui respinse, ca tardive. Termenul de contestare a curs de la data la care contestatoarea a primit prima comunicare privind rezultatul procedurii de atribuire, împotriva căreia nu a înțeles să formuleze notificare de remediere. Pe cale de consecință, SC ..... SRL nu este îndreptățită să conteste rezultatul final al procedurii de atribuire, iar împrejurarea că entitatea i-a comunicat acest ..... este lipsită de orice relevanță - dreptul de a formula sau nu contestație derivă din lege, iar nu din comunicarea adresată de entitatea contractantă.

Cu privire la netemeinicia contestației formulată de SC ..... SRL, SC ..... SRL susține că toate argumentele contestatoarei au un vădit caracter pro causa, în condițiile în care oferta sa a fost depusă la nivel de DUAE, nefiind declarată câștigătoare, din perspectiva criteriului de atribuire - prețul cel mai scăzut.

Prin raportare la prevederile Hotărârii Guvernului nr. 394/2016 și la succesiunea logică a etapelor care se parcurg în cadrul operațiunii de evaluare, o ofertă nu poate fi în același timp neconformă și inacceptabilă, ci, cel mult, neconformă sau inacceptabilă. Din aceasta perspectivă, contestația SC ..... SRL, vădit nesigură și originală din perspectiva încadrării ofertei în cazurile de neconformitate și/sau în cele ce conduc la calificarea ei ca inacceptabilă, apare ca având unicul rol de a tergiversa continuarea procedurii, prin exercitarea abuzivă a unui drept.

Susținerile contestatoarei sunt argumentative, în condițiile în care admite că nu a studiat dosarul achiziției. Nu ne aflăm în prezența unor motive reale de contestare, ci a unor supoziții.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 2468/17.01.2018, SC ..... SRL a depus note scrise referitoare la cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL, în care arată că, deoarece prin decizia nr. 2946/...../...../08.11..... s-a dispus:

- anularea raportului procedurii de atribuire a contractului nr. 48/AP/1159/27.09....., precum și a adreselor de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii;

- emiterea unui nou raport al procedurii,

nu se poate susține că singura ofertă reevaluată a fost aceea a ofertantului declarat câștigător.

De vreme ce măsura dispusă este anularea raportului procedurii și a adreselor de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, ne aflăm într-o situație asemănătoare celei existente anterior emiterii acestora, aspect față de care devin incidente prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016. Această împrejurare este susținută și de modalitatea în care entitatea contractantă a procedat ulterior emiterii deciziei, identică cu aceea anterioră:

- a procedat la reevaluarea ofertelor;

- reevaluarea s-a finalizat prin emiterea unui nou raport și a unei noi comunicări.

În ipoteza în care s-ar admite opinia SC ..... SRL, potrivit căreia nu au fost supuse reevaluării toate ofertele depuse, nu s-ar mai fi impus informarea sa prin comunicarea nr. 48/AP/ 1454/29.11..... cu privire la faptul că: „[...] în urma reevaluării oferta depusă de dumneavoastră nu a fost declarată câștigătoare, deoarece nu a avut «prețul cel mai scăzut».”

Principalul argument în susținerea depunerii în termen a contestației este măsura dispusă de către Consiliu, respectiv

anularea raportul procedurii de atribuire din data de 29 noiembrie ..... și a tuturor actelor subsecvente, fapt care echivalează cu o repunere în situația anterioară emiterii acestuia și, prin urmare, cu necesitatea reevaluării tuturor ofertelor. Împrejurarea că prin comunicarea nr. 48/AP/1454/29.11..... a fost informată că, nici în urma celei de a doua reevaluări, oferta nu a fost declarată câștigătoare, este doar de natură a veni în susținerea celor afirmate anterior, fiind în realitate o consecință a anulării raportului din 29 noiembrie ..... și a actelor subsecvente.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., entitatea contractantă …., ..., a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de lucrări de reparație a podului de la km 20+864 de pe linia de cale ferată 416 Dej Călători - Ilva Mica, între stațiile CF Coldau – Beclean, peste Someș, lucrări estimate valoric la 16.375.732,36 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură au fost primite cinci oferte, între care și aceea a SC ..... SRL, care a fost declarată câștigătoare de către entitatea achizitoare, fiind considerată admisibilă și cu prețul cel mai scăzut (criteriul de atribuire). Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a entității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, ofertantul concurent SC ..... SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației nr. 26/09.10....., asupra căreia Consiliul s-a pronunțat prin decizia nr. 2946/...../...../ 08.11....., cu următorul dispozitiv:

Admite contestația SC ..... SRL nr. 26/09.10....., în contradictoriu cu Compania Națională de Căi Ferate „CFR” SA - ..., și anulează raportul procedurii nr. 48/AP/1159/27.09....., precum și adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă entitatea contractantă la clarificarea cu SC ..... SRL a modalității de îndeplinire a cerinței privind autorizarea/agrementarea pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă”, precum și a prețurilor ofertate, la reevaluarea amintitei oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea noului raport al procedurii, entitatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Elocvente sunt și următoarele considerente ale deciziei:

Prima critică pe care o aduce contestatoarea evaluării ofertei SC ..... SRL vizează neîndeplinirea de către această din urmă societate a cerinței de calificare privind

autorizarea și agrementarea AFER. Cerința figurează atât în anunțul de participare, cât și în fișa de date a achiziției:

***Autorizatie de furnizor feroviar eliberata de AFER**, conform H.G. nr. 626/1998 privind organizarea si functionarea Autoritatii Feroviare Române si în conformitate cu prev. de la art. 1 alin. (1) si (2) OMT nr. 290/13.04.2000, **însotita de agrement tehnic AFER** pentru:*

- "Lucrari de constructii, reparatii si întretinere lucrari de arta"

- "Lucrari de constructii, consolidari, aparari de maluri si terasamente C.F." sau echivalentul din tara ofertantului.

Modalitatea de indeplinire: completarea DUAE, urmand ca documentele justificative, respectiv Autorizatia de furnizor feroviar, agrementul tehnic feroviar - care trebuie sa fie valabile la momentul prezentarii - sa fie prezentate (inclusiv pagina cu vizele anuale) doar la solicitarea autoritatii contractante de catre ofertantul clasat pe locul I in clasamentul întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.

Ofertantii straini care nu detin autorizari/agremente AFER valabile vor prezenta copii ale documentelor echivalente eliberate de autoritatile relevante din tarile de origine (copiile vor fi traduse de un traducator autorizat) si recunoscute de AFER.

Relevantă este și nota de la pag. 5 din fișă, potrivit căreia:

*În cazul în care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participa în comun la procedura de atribuire subcontracteaza o parte din contractul sectorial care urmeaza sa fie atribuit, **criteriil***

solici

r

e *.*

SC ..... SRL a declarat că participă la licitație împreună cu doi subcontractanți: SC ...SRL și SC ...SRL. Societatea a prezentat companiei două agremente tehnice feroviare și o autorizație de furnizor feroviar, eliberate pe numele său de AFER:

- agrementul tehnic feroviar seria AT nr. 348/....., valabil la momentul prezentării, pentru serviciul feroviar critic „construcții, reparații și întreținere poduri de cale ferată", cu anexă;

- agrementul tehnic feroviar seria AT nr. 942/2013, valabil la momentul prezentării, pentru serviciul feroviar critic „construcții, consolidări terasamente de cale ferată și apărări de maluri", cu anexă;

- autorizația de furnizor feroviar seria AF nr. 6918/2016, valabilă la momentul prezentării, pentru mai multe categorii de servicii feroviare critice.

Din parcurgerea conținutului acestor documente, organul administrativ-jurisdicțional determină că SC ..... SRL nu a furnizat niciun act de autorizare/agrementare pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă", astfel cum s-a impus expres în fișa de date. În întâmpinarea nr. 48/AP/1289/ 17.10..... asupra contestației, reprezentanții semnatari ai achizitoarei declară că SC ..... SRL „a depus la dosarul achiziției autorizația de furnizor feroviar eliberată de AFER, însoțită de agrement tehnic AFER pentru lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă și lucrări de construcții, consolidări, apărări de maluri și terasamente CF", declarație contrară realității în ceea ce privește categoria „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă", neexistând transmis la dosarul cauzei de către organizatoare niciun înscris în acest sens. Există doar pentru lucrări de construcții, consolidări, apărări de maluri și terasamente.

Totodată, în cele 165 de file cu documente aparținând SC ...SRL și în cele 140 de file cu documente aparținând SC ...SRL nu a fost identificat niciun agrement tehnic și nicio autorizație AFER. Așadar, SC ..... SRL nu se poate bizui, pentru îndeplinirea cerinței de calificare în discuție, pe documente specifice din partea subcontractanților săi.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, la un moment dat, de către entitatea achizitoare, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca aceasta din urmă să asigure ofertanților o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele de calificare din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate/majorate ori ameliorate/agravate). Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că

este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (a se vedea, de pildă, Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

În temeiul art. 138 alin. (1) și (2) din normele metodologice aferente Hotărârii Guvernului nr. 394/2016:

(1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. V secțiunea a 6-a paragraful 2 din Lege, ***comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant****/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE.*

(2) Comisia de evaluare are obligația solicitării ***documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare*** *ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.*

Relevante sunt și următoarele dispoziții din aceleași norme:

Art. 133. - (1) Comisia de evaluare are următoare atribuții:

[...]

b) ***verificarea ofertelor/candidaturilor;***

[...]

f) ***verificarea sarcinilor****;*

[...]

h) ***verificarea*** *, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 222 din Lege;*

i) ***elaborarea*** *solicitărilor de participare și/sau* ***o*** *;*

j) stabilirea ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare dintre aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile;

l) aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, astfel cum a fost prevăzut în fișa de date a achiziției;

m) stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii;

n) elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape și a raportului procedurii de atribuire.

Art. 137. - (4) ***Fiecare decizie a comisiei de evaluare este fundamentată prin identificarea elementelor concrete ale solicitării de participare/ofertelor în raport cu cerințele definite prin documentele achiziției și prevederile legale****.*

Art. 139. - (1) ***Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică****.*

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

(3) Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 222 din Lege, în caz contrar oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

Art. 143. - (4) Ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile.

(5) Comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile.

Prin prisma celor reținute, compania organizatoare trebuia să manifeste rol activ și să ceară ofertantei SC ..... SRL informațiile care îi lipsesc în legătură cu agrementarea AFER pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă”. Solicitarea de clarificare din partea companiei nu are ca scop avantajarea în vreun fel a ofertantei, ci dobândirea acelor informații ce nu au putut fi extrase din documentele depuse inițial. Stabilirea caracterului (in-)acceptabil și/sau (ne-)conform al ofertei reclamate urmează a se determina ulterior primirii și examinării răspunsului de clarificare din partea acesteia, iar nu la acest moment.

În contextul în care nu rezultă cu certitudine că societatea posedă agrement AFER pentru categoriile de lucrări nominalizate, entitatea contractantă trebuie să aprecieze că există un risc privind îndeplinirea cerinței de calificare, împrejurare în care îi revenea obligația să clarifice acest aspect anterior considerării admisibilității ofertei. **Dacă răspunsul care va fi primit nu demonstrează cu claritate agrementarea și pentru acele lucrări, entitatea este îndrituită și obligată să respingă oferta în cauză.** Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe simple aprecieri ale membrilor comisiei de evaluare, care în speță pot favoriza o ofertantă care a prezentat un agrement AFER cu încălcarea cerinței fișei de date și a legislației privind achizițiile sectoriale. Este evident că omiterea anumitor elemente de agrementare conduce și la încălcarea principiului tratamentului egal între ofertanți.

Deopotrivă, văzând că subcontractanții SC ...SRL și SC ...SRL urmează a executa aproximativ 15% din lucrările contractului, inclusiv săpături și forare de coloane, revine …., ..., sarcina de a determina cu exactitate care sunt lucrările ce revin celor doi subcontractanți, astfel încât să se poată stabili dacă acestea intră sub incidența Ordinului ministrului transporturilor nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul. Prestarea serviciilor privind întreținerea materialului rulant, precum și construirea, modernizarea, repararea și întreținerea infrastructurii de transport feroviar și cu metroul, denumite servicii feroviare critice, poate fi efectuată numai de către furnizorii feroviari, dacă aceștia fac dovada că dețin un agrement tehnic pentru fiecare serviciu prestat. În scopul respectării cerințelor privind siguranța circulației și securitatea transportului, calitatea serviciilor, sănătatea oamenilor și protecția mediului în transportul feroviar și cu metroul, activitățile de construire, modernizare, reparare și de întreținere a materialului rulant și a infrastructurii feroviare pot fi efectuate numai de agenții economici autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic de AFER. Produsele și serviciile feroviare care pot influența siguranța circulației și securitatea

transporturilor, calitatea serviciilor de transport, sănătatea oamenilor sau protecția mediului, care se procură din import sau pentru care nu au fost definite aptitudinile de utilizare în domeniul transportului feroviar și cu metroul, pot fi utilizate în activitățile de construire, modernizare, reparare și întreținere a materialului rulant și a infrastructurii de transport feroviar și cu metroul, numai pe baza unor agremente tehnice feroviare acordate de AFER. Agremente tehnice feroviare se pot acorda pentru construirea, modernizarea, repararea și întreținerea infrastructurii de transport feroviar.

Dacă specialiștii companiei beneficiare probează că intervențiile subcontractanților se circumscriu unei lucrări la infrastructura de transport feroviar, atunci subcontractanților le revine obligația prezentării autorizării și agrementului AFER specifice. În speță, din explicațiile produse de beneficiara investiției nu reiese cu certitudine că săpăturile, încărcările și forările de coloane nu au tangență cu lucrările la infrastructura amintită (sunt independente de acestea). Cât timp, contractul este pentru lucrări feroviare, se prezumă (există indicii rezonabile) că ansamblul lucrărilor sunt de specialitate și trebuie executate de antreprenori calificați.

Relevantă este și nota de la pag. 5 din fișa de date a achiziției, reprodusă mai sus.

Entitatea achizitoare trebuie să conștientizeze răspunderea care îi revine în privința desemnării ofertei câștigătoare, asupra căreia nu poate exista nicio îndoială legată de îndeplinirea întocmai a tuturor condițiilor de calificare. Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 statuează că entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului sectorial, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de realizare atentă a verificărilor pe marginea calificării ofertanților.

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile litigante, inclusiv pentru autoritatea contractantă. Aceasta este ținută de obligația punerii în executare a deciziei, inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ., mai cu seamă că respectarea deciziei era și este sub sancțiunea amenzii contravenționale, între 5.000 lei și 30.000 lei, sub imperiul art. 245 din Legea nr. 99/2016.

Decizia Consiliului nu constituie un act facultativ, în al cărui conținut s-ar găsi „recomandări” pentru părți, ci are caracter imperativ, după cum judicios a subliniat și Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3903 din 3 octombrie 2013.

Este elocventă și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012, Artegodan/Comisia, C-221/ 10, din care citățm:

86. Curtea a amintit deja importanța pe care o are principiul autorității de lucru judecat, atât în ordinea juridică a Uniunii, cât și în ordinile juridice naționale. Astfel, pentru a garanta atât stabilitatea dreptului și a raporturilor juridice, cât și o bună administrare a justiției, este necesar ca hotărârile judecătorești rămase definitive după epuizarea căilor de atac disponibile sau după expirarea termenelor de exercitare a acestor căi de atac să nu mai poată fi contestate (Hotărârea din 16 martie 2006, Kapferer, C-234/04, Rec., p. I-2585, punctul 20, Hotărârea din 29 iunie 2010, Comisia/Luxemburg, C-526/08, Rep., p. I-6151, punctul 26, și Hotărârea din 29 martie 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Comisia, C-352/09 P, Rep., p. I-2359, punctul 123).

87. În această privință, Curtea a statuat, pe de o parte, că autoritatea de lucru judecat nu se referă decât la aspectele de fapt și de drept care au fost în mod efectiv sau

necesar soluționate prin hotărârea judecătorească în cauză (Hotărârile Comisia/Luxemburg, punctul 27, și ThyssenKrupp Nirosta/Comisia, punctul 123, citate anterior) și, pe de altă parte, că această autoritate nu se referă doar la dispozitivul acestei hotărâri, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi disociate [Hotărârea din 1 iunie 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, Rec., p. I-4845, punctul 44].

Din consultarea portalului instanțelor de judecată (http:// portal.just.ro) reiese că nu a fost înregistrată nicio plângere depusă de vreuna dintre părți sau de către terți împotriva deciziei Consiliului, inclusiv a considerentelor acesteia, la curțile de apel Cluj sau .....

Decizia a fost adusă la cunoștința tuturor persoanelor interesate prin intermediul SEAP, la 16.11....., în baza art. 27 alin. (11) teza I din Legea nr. 101/2016, și le este opozabilă reclamantelor și entității achizitoare și prin prisma considerentelor, acceptate în mod tacit. În virtutea art. 435 alin. (2) C. proc. civ., aplicabil prin analogie, se prezumă că decizia Consiliului îi este opozabilă și SC ..... SRL – „Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, în mod corect a procedat entitatea achizitoare la transmiterea către SC ..... SA a solicitărilor de clarificare nr. 48/AP/C/200/20.11..... și 48/AP/C/ 205/21.11.....:

Pana in data de 21.11..... va solicitam sa răspundeți la urmatoarele solicitări de clarificari:

- Conform Deciziei CNSC, va rugam sa clarificați diferența intre cerința din fisa de date privind Autorizația de Furnizor Feroviar si Agrementul Tehnic AFER respectiv: Lucrări de constructii, reparații si intretinere lucrări de arta si documentele prezentate de D-voastra.

și

Pana in data de 24.11..... va solicitam sa răspundeți la urmatoarele:

1. Coroborând prevederile legale in vigoare (OMT 290/2000 si HG 581/1998), cum intelegeti sa respectati prevederea din fisa de date in ceea ce privește prezentarea autorizației AFER/agrement AFER pentru Lucrări de constructii, reparații si intretinere lucrări de arta.

SC ..... SA a răspuns după cum urmează:

- cu adresa nr. 3742/21.11.....:

1. Referitor la solicitarea dumneavoastră în ceea ce privește clarificarea diferenței, îndeplinirii cerinței din fișa de date a achiziției de la cap. III.2.1.b) pct.2 privind agrementarea tehnică AFER respectiv - Lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă - facem următoarele precizări:

Subscrisa SC ..... SRL deține:

- Autorizație de furnizor feroviar Seria AF Nr. 6918, eliberata la data de 11.04.2016, cu valabilitate pana la data de 10.04.2018

- Agrement tehnic feroviar seria AT Nr. 348/..... pentru "Construcții, reparații si intretinere poduri de cale ferata", eliberat la data de 17.05..... cu valabilitate pana la data de 16.05.2019

Firma noastră este un agent economic autorizat și supravegheat din punct de vedere tehnic de Autoritatea Feroviară Română pentru tipul acesta de lucrări, respectiv

construcție, reparație și întreținere poduri de cale ferată, cu tot ceea ce înseamnă, suprastructură, infrastructură, lucrări de amenajare fund de albie, apărări de maluri, lucrări de calibrare în albia minoră etc.

Vă rugăm să constatați prin prisma celor reglementate de ordinul OMT 290/2000 și a listei/categoriilor de lucrări/servicii/produse feroviare critice de pe site-ul www.afer.ro pentru care autoritatea de reglemetare în domeniu acordă agrementele tehnice, faptul că agrementele tehnice acordate pentru lucrări de construcții, reparații și întreținere poduri sunt similare/echivalente cu cele acordate pentru lucrări de construcții, consolidări, întreținere lucrări de artă.

Entitatea contractantă (prin comisia de evaluare) este în măsură să constate faptul că agrementul tehnic AFER prezentat în ofertă acoperă toate tipurile de lucrări solicitate și demonstrează îndeplinirea de către noi a cerințelor din fișa de date privind deținerea agrementelor tehnice AFER.

- cu adresa nr. 3784/24.11.....:

1. Așa cum am prezentat și în răspunsurile anterioare, SC ..... SRL este un agent economic autorizat și supravegheat din punct de vedere tehnic de Autoritatea Feroviară Română pentru tipul acesta de lucrări, respectiv construcție, reparație și întreținere poduri de cale ferată.

Prin agrementul tehnic AFER seria AT nr.348/..... depus în ofertă, considerăm că am demonstrat îndeplinirea cerinței din fișa de date.

Prevederile actelor normative invocate OMT 290/2000 și HG 581/1998 au creat cadrul legal în ceea ce privește condițiile pentru acordarea agrementelor tehnice feroviare în transportul feroviar și cu metroul, respectiv înființarea … gestionara rețelei de infrastructură feroviară din Romania. Potrivit obiectului de activitate, … urmărește realizarea activității de ansamblu a transportului feroviar public, intern și internațional, în conformitate cu cerințele siguranței circulației și ale tehnologiilor specifice de transport.

OMT 290/2000 în lista de clasificare și încadrare în clasele de risc (IA, 1B, 2A, 2B, 3), detaliază explicit tipurile de lucrări destinate domeniului infrastructurii feroviare pentru care Autoritatea Feroviară Română acordă agrement tehnic feroviar.

La pct. 1 INFRASTRUCTURA apare denumirea capitolului generic de Lucrări de artă și de terasamente, aceasta neavand încadrare în nicio clasă de risc dintre cele menționate mai sus. In cadrul acestui capitol regăsim la pct. 1 categoria de lucrări "Construcții și lucrări de terasamente: rambleu, debleu, profil mixt" - clasa de risc IA, iar la pct. 6 "Lucrări de construire, reparare, reabilitare, consolidare și întreținere a podurilor, podețelor și viaductelor"- clasa de risc IA. Prin urmare, OMT 290/2000 face o clasificare exactă a tipurilor de lucrări aferente unui capitol întreg denumit generic Lucrări de artă și de terasamente, AFER neacordând practic agrement tehnic cu această titulatură, ci pentru categoriile de lucrări prevăzute în cadrul capitolului.

Entitatea contractantă prin fișa de date a achiziției, a solicitat deținerea de agremente tehnice feroviare AFER pentru:

a) - "Lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă"

b) - "Lucrări de construcții, consolidări, aparari de maluri si terasamente C.F."

Având în vedere cele menționate mai sus, considerăm că oferta noastră a demonstrat îndeplinirea cerinței din fișa de date a achiziției prin depunerea agrementului tehnic feroviar seria AT nr. 348/..... al SC ..... SRL și agremenul tehnic feroviar seria AT nr. 942/2013 al SC ..... SRL.

Suplimentar, menționăm că am solicitat un punct de vedere oficial de la AFER în legătură cu acest aspect, prin actul nr. 3771/23.11..... pe care îl anexăm în copie prezentului răspuns la solicitările dvs de clarificări. Până la această data nu am primit răspuns. De îndată ce vom fi în posesia lui, vi-l vom transmite.

Din lecturarea acestor explicații reiese că SC ..... SA nu deține niciun agrement tehnic pentru „Lucrări de construcții, reparații si întreținere lucrări de artă”, cum a impus expres beneficiara investiției în fișa de date. În precedenta decizie a

Consiliului, acesta a subliniat că: „În contextul în care nu rezultă cu certitudine că societatea posedă agrement AFER pentru categoriile de lucrări nominalizate, entitatea contractantă trebuie să aprecieze că există un risc privind îndeplinirea cerinței de calificare, împrejurare în care îi revenea obligația să clarifice acest aspect anterior considerării admisibilității ofertei. Dacă răspunsul care va fi primit nu demonstrează cu claritate agrementarea și pentru acele lucrări, entitatea este îndrituită și obligată să respingă oferta în cauză."

În speță, cele două răspunsuri nu dovedesc nici pe departe că SC ..... SA posedă vreun agrement pentru lucrări de artă. Independent de orice fel de pretexte furnizate de ofertantă sau de o terță persoană, cerința autorității a fost limpede – agrement tehnic pentru „lucrări de construcții, reparații si întreținere lucrări de artă", nu altceva. Nici măcar răspunsul AFER nr. 3140/6184/04.12..... (ulterior corespondenței cu entitatea contractantă) nu este în măsură să dovedească faptul că SC ..... SA deține agrementul cerut:

Având in vedere clasificarea construcțiilor si lucrărilor din punct de vedere al destinației, lucrările de arta reprezintă lucrări de mari proporții care se refera la completarea cailor de comunicații, pentru traversarea râurilor, zonelor denivelate, precum si consolidarea fundațiilor cailor de comunicații si a zonelor aferente: poduri, podețe, viaducte-poduri peste vai fara ape - tuneluri, ziduri de sprijin, pereuri etc.

Din punct de vedere al incadrarii in clase de risc a produselor/serviciilor feroviare critice, in conformitate cu LISTA PRODUSELOR, LUCRĂRILOR SI SERVICIILOR FEROVIARE CRITICE SI ÎNCADRAREA ACESTORA ÎN CLASA DE RISC (lista difuzata pe site-ul www.afer.ro/Modele documente), Capitolul C, lucrările de construire, reparare, reabilitare, consolidare si intretinere a podurilor, podețelor si viaductelor fac parte din categoria INFRASTRUCTURA - Lucrări de arta si de terasamente.

Prin decizia Consiliului, ca efect al acesteia, societății i-a fost acordată șansa de a își demonstra dincolo de echivoc îndeplinirea cerinței prin furnizarea către entitatea contractantă a agrementului impus, șansă pe care societatea nu a reușit să o fructifice. Scuza că *„agrementele tehnice acordate pentru lucrări de construcții, reparații și întreținere poduri sunt similare/echivalente cu cele acordate pentru lucrări de construcții, consolidări, întreținere lucrări de artă*" nu poate fi primită de Consiliu, în contextul în care condiția organizatoarei viza lucrări de artă, nu lucrări de poduri.

Însuși răspunsul provenit de la AFER, precitat, probează că lucrările de artă nu sunt identice cu lucrările de poduri și nici măcar echivalente, acestea din urmă constituind doar o parte a lucrărilor de artă și de terasamente (raportul este de genul general-particular sau parte-întreg, cum judicios a remarcat și contestatoarea). Așadar, nu se poate pune semnul echivalenței între cele două categorii de lucrări.

Nici măcar în cererea sa de intervenție, SC ..... SA nu reușește să probeze că deține agrement tehnic pentru „lucrări de construcții, reparații si întreținere lucrări de artă".

În considerarea celor evocate, văzând că societatea în discuție nu a depus la autoritate documente care să dovedească îndeplinirea integrală a cerinței de calificare, Consiliul determină că, în mod nelegal, entitatea i-a admis și declarat câștigătoare oferta.

Consecința lipsei din oferta reclamată a unui agrement tehnic pentru lucrări de artă constă în respingerea fără ezitare a ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) teza din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 (oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire) și cele ale alin. (1) din același articol (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind cea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu companiei investitoare, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației. Comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire și clarificate pe parcurs, de către fiecare ofertant în parte. Implicit, răspunsurile date de societate la 21 și 24.11..... trebuiau apreciate drept neconcludente, nereieșind, din cuprinsul lor, acoperirea întregii game de lucrări. De altminteri, primul răspuns, cel din 21.11....., trebuia supus dispozițiilor imperative ale art. 140 alin. (4) din norme: „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.” Repetarea întrebării nu face decât să dovedească faptul că primul răspuns al ofertantei a fost neconcludent.

În decizia civilă nr. 3450 din 19 decembrie 2011, Curtea de Apel ....., Secția a VIII a de contencios administrativ și fiscal, a statuat că este nelegală repetarea solicitării de clarificări către ofertant, autoritatea având obligația de a i respinge oferta dacă nu a răspuns concludent la prima solicitare:

În ceea ce privește critica referitoare la neîndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea profesională Consiliul a considerat că este neîntemeiată, invocând faptul că, „în legislația în vigoare în materia achizițiilor publice nu există nicio dispoziție care să limiteze numărul de solicitări de clarificări ale autorității contractante, asupra unui aspect din documentele de calificare depuse de către un ofertant. În aceste condiții repetarea

solicitării de clarificări a unui document depus nu încalcă nicio prevedere legală, mai ales că declarația notarială solicitată în cea de a doua etapă nu este de natură a modifica situația consemnată de ofertant în primul document depus, astfel că această solicitare nu este de natura să determine un avantaj evident în favoarea respectivului ofertant".

Potrivit art. 201 alin. (2) din ordonanță, „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat". De asemenea, potrivit art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, „în cazul in care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă".

Prin urmare, dispozițiile legale din materia achizițiilor publice, ignorate de către Consiliu, prevăd două limitări ale solicitării de clarificări:

- solicitarea de clarificări să nu determine apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți;
- în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă.

Speța de față se încadrează în ambele limitări prevăzute de dispozițiile legale.

Ca urmare a răspunsului neconcludent, autoritatea contractantă i-a transmis ofertantei a doua solicitare de clarificări, având un conținut identic cu prima solicitare de clarificări, prin aceasta autoritatea încălcând în mod vădit dispozițiile legale anterior menționate.

Pledoaria pe care o exersează organizatoarea achiziției în punctul de vedere nr. 48/AP/1589/21.12..... asupra contestației tinde spre modificarea cerinței de calificare din fișa de date, în sensul că, deși nu a fost adus agrementul tehnic pentru lucrări de artă, tipurile de lucrări pentru care operatorul SC ..... SRL are autorizare AFER acoperă solicitarea din fișa de date a achiziției, în care, pentru o definire generală a lucrărilor, s-a formulat solicitarea autorizației AFER pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă", aceasta însemnând „construcții reparații și întreținere poduri de cale ferată", așa cum bine a înțeles operatorul economic care a depus ofertă pentru executarea contractului. O asemenea abordare extensivă este interzisă de cadrul legal actual, favorizând în mod evident ofertanta. În precedenta decizie, Consiliul a învederat părților că:

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile **în același fel pe parcursul întregii proceduri**. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate (entitate), astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod nelegal … a admis și declarat câștigătoare oferta SC ..... SA, existând motive solide pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea acestei oferte.

În condițiile date, cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de contestatoare este de prisos, ea neputând schimba situația ofertei SC ..... SA, în sensul transformării ei în una admisibilă. Astfel cum s-a statuat irevocabil în decizia civilă nr.

2514 din 30 noiembrie 2009 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, „nu are nicio relevanță că autoritatea a declarat oferta petentei ca neconformă pentru șase motive și doar unul dintre cele șase a fost reținut de Consiliu sau de instanță, deoarece și un singur motiv, dacă este întemeiat, poate duce la constatarea ofertei ca neconformă.” Similar, în decizia civilă nr. 1117 din 19 mai 2011, aceeași instanță a reținut că: „În mod judicios Consiliul a apreciat că, găsind întemeiat un singur motiv de respingere ca inacceptabilă a ofertei petentei, nu se mai impune analizarea și a celorlalte, câtă vreme cel analizat este apt prin el însuși a conduce la concluzia că oferta este inadmisibilă. Evident, în acest context, analizarea celorlalte motive ale contestației se constituia într-un demers inutil soluționării cauzei deduse judecății.” Totodată, în decizia civilă nr. 129 din 14 ianuarie 2013, instanța a consemnat: „Atât timp cât oferta este declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea unei singure cerințe de calificare, chiar dacă le îndeplinește pe toate celelalte, ar fi fost inutil ca, Consiliul, să analizeze și restul motivelor invocate în cuprinsul contestației, vizând alte cerințe de calificare cu privire la care autoritatea contractantă a reținut că nu au fost îndeplinite, un asemenea demers nemaiprezentând niciun interes pentru contestatoare.”

În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../ ....., în contradictoriu cu …, va anula raportul procedurii nr. 48/AP/1451/29.11..... și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ..... SRL, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele entității contractante de comunicare către ofertanții cu oferte admise a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga entitatea să le comunice noul ..... al procedurii de atribuire, conform Legii nr. 99/2016 și normelor de aplicare.

Relativ la cererea de intervenție a SC ..... SA, Consiliul ia act că această societate are calitatea de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în termenul legal de 10 zile de la postarea în SEAP a contestației SC ..... SRL în cadrul anunțului de participare nr. ...../....., motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Societatea nu își declară expres cererea ca fiind una de

intervenție în interes propriu (principală) sau în interesul autorității contractante (accesorie), însă din parcurgerea cuprinsului ei se vădește că este de sprijinire a poziției și apărării autorității contractante, fără nicio pretenție proprie cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională. În virtutea rolului său activ, Consiliul apreciază că cererea de intervenție este voluntară accesorie în favoarea autorității contractante și o va trata ca atare.

Față de cele reținute cu prilejul examinării contestației, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție aparținând SC ..... SA.

Contestația secundă aparține SC ..... SRL, ofertantă clasată pe locul III prin raportul procedurii nr. 48/AP/1159/ 27.09....., din perspectiva prețurilor propuse. Prin raportul procedurii nr. 48/AP/1451/29.11....., clasamentul nu a fost modificat.

Este veridic faptul că SC ..... SRL nu a notificat și nici contestat primul raport de evaluare, plângerea sa pendinte fiind îndreptată împotriva actualului raport, ca urmare a primirii comunicării rezultatului evaluării nr. 48/AP/1454/29.11..... La 04.12....., SC ..... SRL a reclamat entității nelegalitatea rezultatului, printr-o notificare prealabilă fără număr și dată de înregistrare, transmisă prin serviciul poștal, cu confirmare de primire, iar achizitoarea i-a răspuns cu adresa nr. 48/AP/1455/11.12....., în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, SC ..... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de .....

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către achizitoare și intervenienta SC ..... SRL a excepției depășirii termenului legal de contestare, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea ei. Însă, la ordine, anterioară analizării excepției ce tinde la respingerea incipientă a contestației, este necesară determinarea admisibilității în principiu a cererii în cuprinsul căreia a fost invocată, respectiv a cererii de intervenție depusă de SC ..... SRL. Astfel fiind, Consiliul ia act că această societate are calitatea de ofertantă la procedura de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, constând în maximizarea șanselor de a fi desemnată ofertantă câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Din parcurgerea cuprinsului cererii se vădește că ea este de sprijinire a poziției și apărării entității contractante, fără nicio pretenție proprie

cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care se deduce că cererea este de intervenție voluntară accesorie în favoarea entității contractante.

Astfel fiind, se poate trece la cercetarea excepției ridicate de intervenientă și de entitate, față de care Consiliul apreciază că nu este întemeiată, legea neprevăzând sancțiunea decăderii sau a inadmisibilității contestației din cauză că autoarea acesteia din urmă, care se consideră vătămată de ultimul act de evaluare a ofertelor, nu a atacat anterior rezultatul consemnat în raportul procedurii nr. 48/AP/1159/27.09.....

Contestația în discuție a fost depusă la data de ....., luni, în ultima zi a termenului legal de contestare, față de termenul indicat chiar de către … în finalul comunicării din 29.11..... și raportat la normele art. 5 din Legea nr. 101/2016:

(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

Pe fondul cauzei, față de actul atacat și de motivele expuse în contestație, Consiliul i-a act că nu există nicio dispoziție legală care să interzică persoanei vătămate atacarea raportului de reevaluare a ofertelor pentru nereguli cunoscute cu prilejul primei evaluări. Nici studierea dosarului achiziției publice la sediul entității contractante sau al Consiliului nu înseamnă că persoana trebuie să descopere absolut toate neregulile din procedură și să le învedereze imediat Consiliului. Nimic nu exclude ca persoana să realizeze ulterior că informațiile aflate din dosar pot proba diverse nereguli. Altfel spus, dacă nu a sesizat imediat Consiliul cu abaterile identificate în urma unei comunicări din istorie, anulată pe parcurs, sau a studierii dosarului, persoana vătămată nu își pierde dreptul de a le sesiza printr-o contestație ulterioară (la reevaluarea ofertelor), nu decade din acest drept. De asemenea, pasivitatea persoanei nu poate fi asimilată unei achiesări tacite ori unei renunțări la dreptul său de a supune jurisdicției unei instanțe neregulile, cu prilejul primirii ulterioare a comunicării rezultatului reevaluării ofertelor.

Renunțarea la un drept, cum este și dreptul constituțional de a accede la o jurisdicție, nu se prezumă (art. 13 C. civ.), ceea ce înseamnă că renunțare trebuie dovedită.

Nu se poate porni de la premisa că, prin neatacarea precedentului raport al procedurii, a fost de acord cu noul raport al procedurii, chiar dacă nu s-a schimbat clasamentul, și pierde dreptul de invoca vreodată neregulile (cel mai probabil aflate ulterior). Dacă

încălcările observate pe parcurs se regăsesc în noul ..... primit de la entitatea contractantă, este normal ca ele să poată fi aduse în discuția Consiliului sau a instanței de judecată, iar termenul de invocare trebuie raportat la data noii înștiințări primite de la entitate, iar nu la aceea a primei comunicări, mai cu seamă că în cuprinsul ei nu se menționa clasamentul ofertanților.

În interpretarea contrară, s-ar ajunge la concluzia de neacceptat că ofertantul vătămat anterior printr-un act al autorității, infirmat de organul jurisdicțional sesizat, nu ar mai avea dreptul să conteste noul ..... al evaluării ofertelor, care îl vatămă, pe considerentul că nu a formulat contestația anterioară împotriva primului ..... și că doar atunci trebuia să expună neregulile evaluării ofertelor. De bună seamă că o astfel de interpretare este incompatibilă cu art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, dar și cu art. 21 din Constituție, întrucât i-ar nega persoanei care se consideră vătămată la acest moment dreptul de a ataca la o instanță actul vătămător adoptat de entitatea contractantă în etapa de reevaluare a ofertelor.

Indiferent cât de mici șanse ar avea contestatoarea în a obține contractul licitat, câtă vreme ele există, atunci și interesul în demararea demersului de față trebuie considerat că există. SC ..... SRL nu a fost eliminată vreodată din competiție, pentru a se putea socoti că și-a pierdut interesul în prezent.

Deopotrivă, dacă „CFR” SA ar fi eliminat din competiție oferta SC ..... SA și ar fi desemnat câștigătoare oferta asocierii ... - SC ..... SRL, iar oferta SC ..... SRL ar fi ajuns pe locul secund, interesul ei în atacarea rezultatului reevaluării ar fi fost mai pregnant. Pe de altă parte, tardivitatea contestației nu se poate analiza în funcție de rezultatul reevaluării ofertelor. De asemenea, dacă SC ..... SRL ar ajunge în poziția de câștigătoare a licitației, participanții de pe locurile inferioare vor putea contesta noul ....., dacă dispun de motive. Altminteri, s-ar ajunge ca acest din urmă contestator să fie amendat procesual prin împiedicarea accesului său la jurisdicția la care are dreptul (respingerea contestației fără analizarea fondului, ca inadmisibilă), împotriva unei ultime evaluări pe care o consideră nelegală. Raționamentul se păstrează și pentru situația în care autoritatea ar fi procedat, în urma primirii unei notificări prealabile ori a unei contestații, la adoptarea măsurii de remediere a reevaluării ofertelor.

Actul de reevaluare nu poate scăpa controlului de legalitate și temeinicie din partea Consiliului sau al instanțelor judecătorești (sub pretextul că trebuia contestat un alt act, anterior), ceea ce contravine flagrant atât scopului Legii nr. 101/2016 („asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze

respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor”), art. 1 din Directiva 89/665/CEE, art. 1 din Directiva 92/13/CEE, cât și art. 21 din Constituție. Practic, i s-ar nega persoanei care se consideră vătămată dreptul de a ataca actul vătămător adoptat de autoritatea contractantă sub forma măsurii de reevaluare a ofertelor.

Drept urmare, teza promovată de investitoare și de intervenientă, a tardivității/inadmisibilității contestației SC ..... SRL, nu este întemeiată din perspectiva Consiliului, context în care contestația nu poate fi respinsă ca tardivă sau ca inadmisibilă din cauza expusă.

Contestația SC ..... SRL este construită pe două paliere: a) nelegalitatea evaluării ofertei de pe locul I (SC ..... SRL); și b) nelegalitatea evaluării ofertei de pe locul II (... - SC ..... SRL).

În privința primului palier, contestația va fi admisă prin prisma nedovedirii deținerii de către SC ..... SRL a agrementului tehnic pentru „lucrări de construcții, reparații și întreținere lucrări de artă” și a neconcludenței răspunsurilor furnizate.

Legat de evaluarea ofertei de pe locul II, provenind de la asociere, sunt invocate critici referitoare la experiența similară, capacitatea de a executa lucrări hidrotehnice, angajarea RTE, prețul neobișnuit de scăzut și capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Contestatoarea solicită să fie audiată de către Consiliu, cerere pe care acesta o consideră a fi de depunere de concluzii orale, în baza art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, și față de care apreciază că, în soluționarea contestației, nu se impune susținerea orală a pozițiilor exprimate în scris de către părțile litigante. Conform art. 21 din Legea nr. 101/2016: *„(1) Procedura în fața Consiliului este scrisă, iar părțile sunt audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de către completul de soluționare a contestației. (2) Părțile pot fi reprezentate de avocați sau de consilieri juridici și pot depune concluzii scrise în cursul procedurii. De asemenea, părțile pot solicita să depună concluzii oral în fața Consiliului, fără ca prin aceasta să fie afectat termenul legal de soluționare a contestației, prevăzut la art. 24. (3) Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.*”, texte din care rezultă, fără echivoc, că organizarea unei ședințe de dezbateri sau de concluzii orale este lăsată la aprecierea Consiliului, care nu o găsește necesară în cauză.

Argumentele expuse în scris și mijloacele de probă depuse de părți sunt suficiente pentru analiza dosarului, iar neconvocarea părților la o ședință de audieri nu este de natură a aduce atingere dreptului lor la apărare, ele beneficiind de toate garanțiile unui proces echitabil și în contextul caracterului scris al procedurii jurisdicționale. Părțile nu au fost îngrădite în dreptul de a aduce probe în apărare, timpul scurs de la primirea contestației fiind suficient pentru întregirea probatoriului.

Pe de altă parte, SC ..... SRL, fiind partea care a solicitat (prin cererea nr. 63/03.01.2018) prelungirea termenului de prezentare a concluziilor scrise, tocmai pentru a documenta în amănunt aceste concluzii, a avut la dispoziție o perioadă de timp suficientă pentru a dezvolta toate argumentele în favoarea sa.

Construcția reclamantei față de evaluarea ofertei asocierii este extrem de succintă și nu este combătută pe fond în niciun fel de către ....

Pentru responsabilul tehnic cu execuția (RTE), „nu era necesară depunerea de contracte individuale de muncă sau de extrase Revisal (nu s-au cerut)”, s-a statuat definitiv în decizia Consiliului nr. 2946/...../...../08.11..... Așadar, este nefondată și se va respinge critica aferentă (angajarea prealabilă de către constructor), mai ales că SC ..... SRL nici măcar nu nominalizează persoana desemnată de asociere să ocupe poziția de RTE.

Nefondată este și obiecția vizând nejustificarea prețului neobișnuit de scăzut și care nu este rezultatul liberei concurențe, întrucât reclamanta nu o motivează deloc. Nici măcar nu s-a îngrijit să indice formal care este prețul ofertei asocierii, nemaivorbind de o minimă argumentare asupra caracterului neobișnuit de scăzut, a imposibilității de justificare și a denaturării liberei concurențe.

SC ..... SRL nu indică și nici nu prezintă Consiliului vreo dovadă asupra caracterului nerealist ori nesustenabil al prețului asocierii ori care ar fi costurile minimale practicate pe piața de profil, pentru a permite organului administrativ-jurisdicțional o eventuală comparație cu cele propuse de asociere. În lumina art. 15 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea avea obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile sale în mod complet, fără a omite informațiile care îi sunt cunoscute [text echivalent art. 14 alin. (3) C. proc. civ.]. Cum s-a văzut, reclamanta nici măcar nu identifică în oferta concurentă care ar fi acele componente de preț care afectează iremediabil buna execuție a contractului.

Legislația pe linie de achiziție publică nu interzice atribuirea contractului de achiziție publică la o valoare de aproximativ 80% din cea estimată și anunțată de entitate. Dimpotrivă, respectiva legislație promovează libera concurență între operatorii economici,

ca premisă a cheltuirii cât mai economicoase a fondurilor publice, respectiv a obținerii obiectului supus competiției la costuri cât mai reduse. Așadar, nu este contrară legislației specifice atribuirea contractului la un preț de 13.070.314,94 lei, în contextul în care estimarea făcută de autoritate a fost de 16.375.732,36 lei.

În privința atingerii pragului valoric de 16.000.000 lei pentru experiență similară, din DUAE aparținând ... reiese că acest prag este atins și depășit în mod substanțial, cele două contracte menționate în DUAE totalizând peste 32.000.000 lei, contracte care pot fi utilizate ca experiență similară, în faza de evaluare preliminară (DUAE).

Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 dispun, în cazul procedurilor de licitație deschisă, la art. 72:

(1) Comisia de evaluare **analizează DUAE** în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. V secțiunea a 7-a din Lege.

(2) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(3) **În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), entitatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalți li se aduce la cunoștință faptul că se trece la etapa următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. V secțiunea a 13-a din Lege.**

(4) Comisia de evaluare are obligația, **în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) și (2), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins**, să comunice motivele de respingere ofertanților respinși, să deschisă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum și să acorde un termen de răspuns.

Așadar, licitația cunoaște mai multe faze de verificare a ofertelor, succesive. Relevante, din punctul de vedere al etapizării evaluării, sunt și următoarele prevederi din norme:

Art. 138. - (1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. V secțiunea a 6-a paragraful 2 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte **prin analizarea conținutului DUAE**.

(2) Comisia de evaluare are obligația solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare **ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire**.

(3) În condițiile art. 228 alin. (4) din Lege, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă a garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor.

Art. 139. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

(3) Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv, precum și să nu se afle în situația prevăzută la art. 222 din Lege, în caz contrar oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

În speță, esențial de reținut este că formularele DUAE aparținând celor două asociate includ informații care să permită calificarea preliminară a acestora, ceea ce conduce la respingerea restului criticilor contestatoarei, legate de experiența similară și capacitatea de a exercita activitatea profesională de către asociere, mai cu seamă că nu sunt argumentate decât la modul general, fără date concrete.

La dosarul cauzei nu există documente doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare de către asociere, deoarece aceasta nu era „ofertantul clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire", astfel cum se dispune la art. 138 alin. (2) reprodus mai sus (nu i-au fost cerute). Dacă se va ajunge la clasarea ofertei pe primul loc, … - ... va avea prilejul să analizeze modul în care ... - SC ..... SRL îndeplinește, în concret, cerințele de calificare. Desigur, SC ..... SRL va avea deschisă posibilitatea contestării rezultatului analizei, în funcție de documentele disponibile în oferta asocierii.

Eventualele motivele de contestare noi (neregulile nou-invocate) pe care SC ..... SRL le-a formulat în concluziile scrise nr. 832/08.01.2018 se vădesc a fi inadmisibile, nefiind supuse în prealabil discuției cu entitatea contractantă, prin intermediul notificării prealabile și al contestației. În același sens este și art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care dispune că este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia. Pe baza acestui text legal, apare a fi inadmisibil și capătul de cerere nou pe care îl formulează contestatoarea în finalul concluziilor scrise din 08.01.2018. În consecință, se respinge, ca inadmisibil, acest capăt de cerere accesoriu (calificat astfel și de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în decizia nr. 59 din 18 septembrie ....., publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 871 din 6 noiembrie .....).

Art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 nu face distincție după cum cererile sunt principale, accesorii, adiționale și incidentale („*Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia*."), iar *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

În contestația SC ..... SRL nr. ...../..... nu se regăsește niciun capăt de cerere de acordare a cheltuielilor de judecată, la care autoritatea să poată răspundă și să se poată apăra. Abia prin concluziile scrise din 08.01.2018 este formulată cererea în discuție, cerere care nu își află locul în concluzii scrise. Ea trebuia să existe încă de la începutul procesului, chiar dacă există posibilitatea detalierii și dovedirii lor pe parcursul procesului.

Raportat la cele înfățișate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu … - ..., va anula raportul procedurii nr. 48/AP/1451/29.11..... și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ..... SRL, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga entitatea să le comunice noul ..... al procedurii de atribuire, conform Legii nr. 99/2016 și normelor de aplicare.

Capetele de cerere relative la evaluarea ofertei ... - SC ..... SRL și acordarea cheltuielilor de judecată vor fi respinse, conform considerentelor de mai sus.

Cererea de intervenție depusă de SC ..... SRL, încuviințată în principiu, va fi admisă în partea care privește contestarea rezultatului evaluării ofertei asocierii intervenientei și respinsă în partea care privește contestarea rezultatului evaluării ofertei SC ..... SA, față de cele reținute cu prilejul examinării contestației SC ..... SRL.

Analiza actului atacat al entității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea admisibilă [și câștigătoare] a unei anumite oferte revine entității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ ofertă a tuturor cerințelor de calificare și a specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 statuează că entitatea contractantă este responsabilă

pentru modul de atribuire a contractului, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificării îndeplinirii cerințelor de calificare și a celor de ordin tehnic.

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

Admite integral contestația SC ..... SRL nr. ...../..... și parțial contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu … - ..., și anulează raportul procedurii nr. 48/AP/1451/29.11....., precum și adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ..... SRL, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult treizeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea noului raport al procedurii, entitatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Respinge capetele de cerere relative la evaluarea ofertei ... - SC ..... SRL și acordarea cheltuielilor de judecată din contestația SC ..... SRL, potrivit considerentelor de mai sus.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 4085/22.12....., depusă de SC ..... SA, și o respinge ca nefondată.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 845/08.01.2018, depusă de SC ..... SRL, pe care o admite în partea care privește contestarea rezultatului evaluării ofertei asocierii intervenientei și o respinge în partea care privește contestarea rezultatului evaluării ofertei SC ..... SA, față de cele reținute cu prilejul examinării contestației SC ..... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în șase exemplare, conține patruzeci și opt de pagini.