



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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 nr.451/17.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr..., formulată ..., cu sediul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului ..., având Cod Unic de înregistrare ..., cu sediul de corespondență ales la ..., Str..., reprezentată legal de ..., împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, comunicată cu adresa nr..., emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „...”, s-a solicitat: constatarea netemeinicii deciziei susmenționată; constatarea încălcării principiului tratamentului egal; constatarea împrejurării că ... nu a modificat propunerea tehnică prin răspunsul la clarificări; anularea în parte a raportului procedurii și a comunicării privind rezultatul procedurii, în ceea ce privește oferta ... S.A. și oferta desemnată câștigătoare, și reluarea evaluării acestora, sau anularea procedurii de atribuire.

Prin cererea de intervenție nr.10157/24.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr..., S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr..., având Cod Unic de înregistrare ...reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin Cabinet de Avocat ... cu sediul de corespondență în ..., a solicitat: admiterea, în principiu, a cererii de intervenție; respingerea contestației formulate de către ... S.A., în principal, ca inadmisibilă și, în subsidiar, ca nefondată.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... S.A. critică decizia de respingere a ofertei sale, comunicată cu adresa nr.156510/21.09.2016, emisă ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „...”, solicitând: constatarea netemeinicii deciziei susmenționată; constatarea încălcării principiului tratamentului egal; constatarea împrejurării că ... S.A. nu a modificat propunerea tehnică prin răspunsul la clarificări; anularea în parte a raportului procedurii și a comunicării privind rezultatul procedurii, în ceea ce privește oferta ... S.A. și oferta desemnată câștigătoare, și reluarea evaluării acestora, sau anularea procedurii de atribuire.

În motivarea contestației, ... S.A. precizează, în prealabil, că, urmarea primirii comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, a formulat notificarea prealabilă nr.447/04.10.2016, la care, prin adresa nr...., autoritatea contractantă a răspuns în sensul că menține rezultatul procedurii de atribuire, context în care, arată contestatorul, formulează prezenta contestație, în temeiul art.8 alin.1 din Legea nr.101/2016.

Motivele concrete avute în vedere sunt următoarele:

1. Cu privire la încălcarea art.2, art.44 alin.2 și/sau a art.53 alin.2 din Directiva 2004/18/CE, contestatorul arată că, față de Ghidul orientativ pentru responsabili cu achizițiile publice privind evitarea celor mai obișnuite erori în proiectele finanțate din fondurile structurale și de investiții europene al Comisiei Europene, se regăsesc și următoarele circumstanțe:

- Nespecificarea criteriilor de selecție și/sau atribuire (și a ponderilor lor) în AP sau în caietul de sarcini;

- Modificarea criteriilor de selecție după deschiderea ofertelor, fapt care duce la respingerea incorectă a ofertanților;

Contestatorul arată că, în conformitate cu prevederile Fișei de date a achiziției, Secțiunea III.2.2) Cerința 2, al cărei conținut îl redă, expresia *„servicii de natura celor supuse achiziției publice”* nu poate fi înțeleasă dincolo de sfera serviciilor de proiectare indicate a face obiectul viitorului contract și, mai departe, extinsă în sensul că s-ar subînțelege că autoritatea contractantă s-a referit și la elementele sub-componente ale activității de proiectare, cum ar fi studiile tehnice de realizat în cadrul acesteia, din moment ce autoritatea contractantă nu a indicat în Fișa de date și Anunțul de participare că solicită autorizație AFER și pentru planurile topografice, studiile geotehnice și documentația de mediu etc.

Concluzionează contestatorul că, prin extinderea sferei de aplicare a cerinței dincolo de înțelesul semantic al acesteia și, în continuare, respingerea ofertei sale uzând de o astfel de interpretare, conduce la încălcarea art.2, art.44 alin.2 și/sau art.53 alin.2 din Directiva 2004/18/CE, motiv pentru care, în ipoteza în care nu vor fi dispuse măsuri de remediere constând în revenirea asupra deciziei de respingere

a ofertei sale ori anularea procedurii de atribuire, va sesiza Comisia Europeană cu privire la practicile autorității contractante.

2. Cu privire la încălcarea art.33 alin.3 și art.170 din OUG nr.34/2006:

Revenind la cerința de calificare în discuție, arată contestatorul, mai înainte de a proceda la modificare acesteia prin extinderea obiectului de aplicabilitate și respingerea ofertei sale, comisia de evaluare trebuia să aibă în vedere cel puțin două condiționalități legale:

- potrivit dispozițiilor art.170 din OUG nr.34/2006, ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar mai departe, raportat la normele subsecvente aplicabile în ceea ce privește atribuțiile comisiei de evaluare, astfel cum sunt acestea prin HG nr.925/2006, comisia de evaluare se raportează, în procesul de evaluare a ofertelor, în mod exclusiv la conținutul documentației de atribuire.

- mai înainte de a uza de interpretarea extinsă pe care a dat-o cerinței de calificare în etapa de reevaluare a ofertelor, comisia de evaluare trebuia să aibă în vedere că, potrivit dispozițiilor art.33 alin.3 din OUG nr.34/2006, cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă. dar care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare, sunt considerate clauze nescrise.

Pornind de la aceste norme imperative care, deși au fost avute în vedere de Consiliu în soluționarea primului capăt de cerere din contestație, au fost omise în soluționarea celui de-al doilea punct din contestație, și care conduc la extinderea efectului de clauză nescrisă inclusiv asupra deciziei Consiliului prin care s-a dispus anularea primului raport al procedurii de atribuire, consideră contestatorul că respingerea ofertei sale este nefondată și nelegală, întrucât a făcut dovada deținerii autorizației AFER pentru prestarea de servicii de proiectare.

Prin urmare, după cum se susține, comunicarea rezultatului procedurii de atribuire este nelegală, întrucât se face cu nerespectarea/depășirea întinderii cerinței de calificare nr.2, mai ales că decizia Consiliului nu poate să ignore, să desconsidere, să surmonteze dispozițiile anterior citate și să opereze retroactiv prin modificarea documentației de atribuire pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor, respectiv evaluarea ofertelor putându-se raporta doar la cerințele solicitate prin anunțul de participare și fișa de date a achiziției, comisia de evaluare nefiind exonerată de obligația de a respecta cu prioritate art.33 și art.170 din OUG nr.34/2006 în raport de decizia Consiliului.

3. Cu privire la încălcarea principiului tratamentului egal în cadrul procedurii de atribuire, contestatorul arată:

Plecând de la accepțiunea că interpretarea pe care comisia de evaluare a dat-o cerinței nr.2 din Capitolul III.2.1.b) din Fișa de date a achiziției, ar fi cea corectă și legală, în sensul că, deși nu s-a precizat obiectul și aplicabilitatea cerinței de calificare în discuție în documentația de atribuire, în logica în care s-a interpretat și aplicat această cerință de

calificare în etapa de reevaluare a ofertelor, comisia de evaluare era obligată să asigure respectarea principiului tratamentului egal.

Cu alte cuvinte, după cum se arată, comisia de evaluare era obligată să verifice, prin propriile diligențe, dacă motivul de respingere invocat în privința ofertei depusă de S.C... S.A. nu se regăsește și în cazul altor oferte și, mai ales, în cazul ofertei declarate câștigătoare.

Contestatorul susține că o minimă verificare în acest sens ar fi condus la rezultatul că nicio ofertă nu se află în situația de a îndeplini în totalitate cerința nr.2 din Capitolul III.2.1.b) din Fișa de date a achiziției și, în consecință, situație în care comisia de evaluare ar fi trebuit fie să propună anularea procedurii de atribuire, fie să își reevalueze modul în care a procedat la aplicarea acestei cerințe.

Într-o astfel de situație, precizează contestatorul, s-ar afla și oferta declarată câștigătoare, spre exemplu niciunul dintre membrii asocierii ... nu dețin autorizarea AFER pentru componenta de proiectare instalații electrice pe calea ferată, precum și avizul ANRE de amplasament și aviz tehnic de racordare pentru gradul IVA.

Se menționează că această referire este doar una punctuală, în condițiile în care, procedându-se la identificarea tuturor activităților solicitate prin caietul de sarcini, se va constata că acestor activități le pot fi asociate o multitudine de avize/autorizații/acorduri pe care nicio entitate care ar intenționa să participe la procedura de atribuire nu le deține, nefiind în atenția contestatorului să se substituie comisiei de evaluare prin indicarea/inventarierea tuturor acestor avize/autorizații/acorduri.

Mai mult, în această logică, opinează contestatorul, s-ar putea ajunge în situația în care, chiar și ulterior semnării contractului de achiziție publică, funcție de diversitatea serviciilor ce urmează să fie prestate, s-ar putea constata că erau necesare anumite autorizări AFER care nu fost prezentate în etapa de evaluare a ofertelor și, prin urmare, decizia de atribuire a contractului către acel ofertant a fost nelegală.

4. Cu privire la netemeinicia afirmației că și-ar fi modificat propunerea tehnică, contestatorul arată că documentele anexate răspunsului său nu pot fi interpretate ca reprezentând altceva decât un acord preliminar de subcontractare, având ca obiect posibilitatea prestării unor servicii care la acest moment sunt incerte, scopul exclusiv al acestor documente fiind acela de a arăta ... S.A. are capacitatea de a întocmi studiile în discuție, prin intermediul unor entități autorizate de AFER, chiar și în ipoteza intervenirii unor împrejurări neprevăzute.

Astfel, arată contestatorul, nu a făcut altceva decât să facă trimitere la mecanismul de lucru stabilit la art.30 alin.2 din clauzele contractuale, potrivit căruia, pentru a putea deveni efectiv, un acord de subcontractare trebuie să fie aprobat în scris de beneficiar.

Prin urmare, după cum se susține, din moment ce aceste acorduri preliminare nu puteau fi/au fost aprobate de beneficiar, nu se poate vorbi despre o presupusă modificare a propunerii tehnice, ci doar o modalitate

prin care contestatorul a înțeles să răspundă complet și edificator la o solicitare de clarificare primită din partea comisiei de evaluare.

În concluzie, în temeiul principiului tratamentului egal, al nediscriminării, al proporționalității, reglementate de art.2 alin.2 din OUG nr. 34/2006, contestatorul solicită să se revină asupra deciziei de respingere, în sensul celor mai sus menționate.

Ca temei legal, se invocă normele legale menționate pe parcursul prezentei.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr..., înregistrat la C.N.S.C. cu nr..., ... S.A. a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

În conținutul punctului de vedere, autoritatea contractantă arată că declararea ofertei depusă de ... S.A. ca inacceptabilă și neconformă, s-a făcut cu respectarea deciziei C.N.S.C. nr..., obligatorie pentru părți, conform art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

Prin Procesul-verbal de reevaluare nr.1, înregistrat cu nr.11/2/3093/13.09.2016, după cum se susține, comisia de evaluare a hotărât să solicite ofertantului EGIS RAIL S.A. să facă dovada "îndeplinirii autorizării serviciilor prevăzute de Caietul de sarcini, respectiv întocmirea de studii geotehnice, topografice și de mediu, cu termen de răspuns până la data de 16.09.2016, ora 12.00".

Enumerând documentele prezentate de contestator anexat răspunsului nr.440/15.09.2016, autoritatea contractantă susține că nu s-au prezentat autorizările necesare pentru serviciile de întocmire de studii geotehnice, topografice și de mediu, care să aparțină ofertantului SC ... SA și/sau ... SRL, adăugându-se subcontractanții ... SRL și ...SRL, nedeclarați inițial prin Formularul D.

Astfel, după cum se arată, oferta a fost modificată, situație în care a fost respinsă, în conformitate cu art.36 alin.1 lit.b) din HG 925/2006, ca inacceptabilă și, în conformitate cu art.36 alin.2 lit.a) din HG 925/2006, ca neconformă.

Cu privire la constatarea încălcării art.44 alin.2 și/sau a art.53 alin.2 din Directiva 2004/18/CE prin utilizarea, în cadrul procesului de evaluare a ofertelor, a unor cerințe de calificare care nu au fost menționate ca atare în cadrul anunțului de participare și a fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă arată că nu a modificat criteriile de selecție pe parcursul evaluării ofertelor, evaluarea ofertelor s-a făcut cu respectarea cerințelor din fișa de date și din caietul de sarcini.

Pe de altă parte, critica contestatorului este apreciată ca fiind una ce vizează fișa de date, astfel că, dacă ... S.A. avea neclarități cu privire la serviciile de natura celor supuse achiziției publice, avea deschisă cale de atac împotriva documentației de atribuire, pe care trebuia să o exercite în termenul legal și prin care să solicite completarea fișei de date cu criterii de calificare pe care le considera necesare.

Referitor la constatarea netemeinicii deciziei de respingere a ofertei EGIS RAIL S.A. în raport cu dispozițiile aplicabile ale art.33 alin.3 și art.170 din OUG 34/2006 prin prisma sancțiunii nulității absolute a acelor

cerințe de calificare care se regăsesc în caietul de sarcini, autoritatea contractantă arată că, întrucât documentația de atribuire a rămas definitivă în forma în care a fost elaborată, obligația ofertanților a fost aceea de a-și întocmi ofertele cu respectarea acesteia, în conformitate cu art.170 din OUG nr.34/2006, iar obligația comisiei de evaluare a fost aceea de a evalua ofertele prin raportare la aceeași documentație de atribuire, respectiv verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare solicitate prin fișa de date și, de asemenea, verificarea propunerilor tehnice din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini.

În cadrul procesului de evaluare, se precizează, nu s-au modificat cerințele de calificare, având în vedere că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat explicit efectuarea de studii geotehnice, hidrologice, topografice, iar, prin fișa de date, autoritatea contractantă a solicitat expres ca ofertanții să facă dovada că dețin documente care să certifice capacitatea de a presta servicii de natura celor supuse achiziției, emise de AFER, dovadă pe care ofertantul trebuia să o facă la data depunerii ofertelor.

Referitor la constatarea încălcării principiului tratamentului egal prin împrejurarea că nici ofertantul declarat câștigător nu se află în situația de a putea proba că deține toate avizele și certificatele care pot deveni incidente pe parcursul derulării contractului și care într-o formă sau alta sunt indicate în caietul de sarcini:

În ceea ce privește încălcarea principiului tratamentului egal în cadrul procedurii de atribuire, în sensul că niciunul din membrii asocierii Consis & Baicons nu deține autorizarea AFER pentru componenta de proiectare instalații electrice pe calea ferată și avizul ANRE de amplasament și aviz tehnic de racordare pentru gradul IVA, se precizează faptul că nu s-au solicitat aceste autorizații/avize prin fișa de date sau caietul de sarcini, având în vedere că prevederile art.14.3, 14.4 și 35.1 din modelul de contract stabilesc faptul că proiectantul/ofertantul participant la procedura de atribuire, respectând legislația națională în vigoare aplicabilă domeniului de activitate, are capacitatea de a realiza contractul de prestări servicii/de a întocmi studiul de fezabilitate și implicit se îngrijește să dețină toate avizele/autorizațiile/acordurile necesare prestării și derulării cu succes a contractului de servicii.

Referitor la constatarea împrejurării că ... S.A. nu se afla în situația de a-și fi modificat propunerea tehnică prin răspunsul la clarificare, autoritatea contractantă arată că ofertantul ... S.A. a răspuns în termenul acordat și a transmis două acorduri de subcontractare, cu S.C. ...S.R.L. și S.C. ... S.R.L., răspuns prin care, în accepțiunea comisiei de evaluare, ofertantul și-a modificat oferta, întrucât, potrivit fișei de date, acesta trebuie să facă dovada îndeplinirii cerințelor la data depunerii ofertei, și nu ulterior încheierii contractului.

Ofertantul face o confuzie, după cum se susține, între data depunerii ofertei, când ofertantul trebuie să facă dovada îndeplinirii cerințelor din documentația de atribuire și data ulterioară semnării contractului,

invocând în acest sens prevederile art.30 din modelul de contract, prevederi care la momentul acesta nu sunt incidente și nu sunt aplicabile.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente emise ulterior pronunțării deciziei C.N.S.C. nr.....

Cu adresa nr.10157/24.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr..., S.C. ... S.R.L. a înaintat:

-în principal, temeiul art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 raportat la art.61 alin.2 C.proc.civ., cerere de intervenție principală, prin care a solicitat: admiterea, în principiu, a cererii; admiterea excepțiilor inadmisibilității contestației și a lipsei de interes în promovarea contestației, iar

-în subsidiar, în temeiul art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016 raportat la art.61 alin.3 C.proc.civ., cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractant, prin care a solicitat: admiterea, în principiu, a cererii; respingerea contestației, în principal, ca inadmisibilă și, în subsidiar, ca nefondată.

Referitor la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție principală, intervenientul susține că pretinde un drept strâns legat de dreptul dedus judecății, iar cererea este admisibilă în temeiul art.17 alin.3 din Legea nr.101/2106.

Arată intervenientul că dreptul său propriu derivă din calitatea de participant desemnat câștigător al procedurii de atribuire a contractului și din caracterul definitiv al deciziei C.N.S.C. nr.1541/C6/1800 din 02.09.2016, care a dobândit autoritate de lucru judecat.

Cu privire la excepția inadmisibilității contestației, intervenientul arată că ... S.A. critică, de fapt, decizia C.N.S.C. nr.1541/C6/1800 din 02.09.2016, împotriva căreia nu a formulat plângere, astfel că a rămas definitivă, aspectele judecate definitive nemaiputând fi puse în discuție.

De asemenea, se arată că actul autorității contractante contestat în prezenta cauză nu face altceva decât să pună în aplicare decizia C.N.S.C.

În susținerea excepției lipsei de interes a ... S.A. în promovarea contestației, intervenientul arată că, potrivit art.33 C.proc.civ., raportat la art.68 din Legea nr.101/2016, interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual, or, dacă s-ar admite punctul 3 din contestația formulată, contestatorul nu ar avea niciun folos practic, personal și legitim, în excluderea S.C. ... S.R.L. de la licitație, deoarece ar fi exclus, la rândul său, și contestatorul.

Intervenientul prezintă, în continuare, argumente în susținerea temeiniciei deciziei de respingere a ofertei contestatorului.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Relativ la cererile de intervenție principală/accesorie formulate de S.C. ... S.R.L., Consiliul ia act de faptul că acesta nu solicită desființarea vreunui act emis în cadrul procedurii, ci, din contră, urmărește menținerea lor în vederea conservării calității sale de ofertant câștigător, sprijinind, astfel, poziția autorității contractante. Prin urmare, intervenția nu poate fi decât una accesoriei în favoarea autorității contractante.

În temeiul dispozițiilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, potrivit căroră „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii [nr.134/2010](#) privind [Codul de procedură civilă](#), republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art 6 [alin. \(7\)](#), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație”, Consiliul constată că cererea de intervenție a fost depusă în termen.

Astfel, având în vedere dispozițiile art.68 din Legea nr.101/2016, art.61 alin.3, art.63, art.65 și art.67 din Codul de procedură civilă, precum și faptul că prin cererea de intervenție s-a solicitat respingerea contestației și menținerea actelor întocmite de autoritatea contractantă, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de S.C. ... S.R.L., acesta având un interes mai mult decât evident în a interveni în prezentul litigiu, deoarece este ofertantul a căruia ofertă este declarată câștigătoare.

Prin adresa nr.455/26.10.2016, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.32689/27.10.2016... S.A. a arătat următoarele:

Cu privire la excepția inadmisibilității contestației, contestatorul arată că nu este în situația de a ataca decizia Consiliului, ci împrejurarea că autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei depusă de EGIS RAIL S.A. pentru cele două motive din comunicarea rezultatului procedurii de atribuire.

Astfel, după cum se susține, există o linie de demarcație evidentă între decizia Consiliului, care s-a pronunțat anterior într-o anumită privință, dispunând anularea raportului procedurii de atribuire și reluarea evaluării ofertelor, decizie pe care ... S.A. nu a înțeles să o atace cu plângere și, pe de altă parte, decizia autorității contractante de a proceda la respingerea ofertei, aceasta fiind ținută să respecte atât documentația de atribuire cât și legislația achizițiilor publice în integralitatea acesteia și nu doar pasaje punctuale scoase din context.

Contestatorul arată, de asemenea, că C.N.S.C. nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, or, printre altele, admiterea excepției fără judecarea fondului dosarului nu ar reprezenta decât o intervenție directă în privința atribuirii contractului, dar și că obiect al contestației îl reprezintă și mențiunile referitoare la încălcarea art.2, art.44 alin.2 și/sau a art.53 alin.2 din Directiva 2004/18/CE.

Cu privire la excepția lipsei de interes, contestatorul susține că principiul legalității este prioritar, iar, în calitatea sa de contribuabil are dreptul de a se considera prejudiciat de orice decizie luată cu încălcarea legii.

De vreme ce respingerea ofertei ... S.A. s-a făcut cu încălcarea legii, cu avantajarea ofertantului câștigător, arată contestatorul, simplul aspect

al încălcării principiului tratamentului egal îl îndreptățește la formularea contestației, mai ales că se poate ajunge la reluarea procedurii de atribuire.

În continuare, sunt reiterate aspecte legate de fondul cauzei.

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, S.C. ... S.R.L. a depus "Concluzii scrise", prin care a susținut că EGIS RAIL S.A. nu face altceva decât să atace decizia C.N.S.C. nr.... din 02.09.2016, decizie ce putea fi atacată de contestator doar cu plângere la Curtea de Apel București, însă acesta nu a înțeles să uzeze de acest drept, situație în care decizia Consiliului a rămas definitivă.

Pe fond, intervenientul prezintă argumente în susținerea temeiniciei deciziei autorității contractante de a respinge oferta depusă de ... S.A.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de servicii având ca obiect „...”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr....

Valoarea estimată a contractului este de ... lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Au fost depuse 6 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost deschise la data de 05.04.2016, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.11/1/1063.

Prin raportul procedurii de atribuire nr...., autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de ... cu o propunere financiară de ... lei, fără TVA.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, respectiv a deciziei de desemnare drept câștigătoare a ofertei depusă de ... S.A., S.C. ... S.R.L. a depus contestația soluționată de C.N.S.C., prin decizia nr....

Decizia C.N.S.C. nr. ... nu a fost atacată cu plângere de niciuna dintre părți.

Urmarea continuării procedurii, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii de atribuire nr...., prin care a desemnat câștigătoare oferta depusă de Asocierea formată din S.C... S.R.L. și S.C. ... S.R.L.

Împotriva acestui nou rezultat al procedurii de atribuire, ... S.A. a depus, ulterior parcurgerii procedurii prealabile a notificării, contestația de față.

În temeiul dispozițiilor art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției lipsei de interes a ... S.A. în promovarea contestației, excepție invocată de intervenientul S.C. ... S.R.L.

Examinând excepția, Consiliul o va admite, pentru următoarele considerente:

Prin decizia nr...., C.N.S.C. a dispus:

"Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., (...), anulează raportul procedurii de atribuire nr.... în partea referitoare la evaluarea ofertei depusă de S.C. ... S.A. și decizia de atribuire.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei menționată, în considerarea celor arătate în motivarea decizie, și la stabilirea ofertei câștigătoare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei. (...)

Respinge cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de S.C. ... S.A., (...)"

Pentru a decide astfel, Consiliul a reținut cu privire la oferta depusă de ... S.A., contestatorul din prezenta cauză, printre altele, și următoarele:

"În analiza celei de a doua critici de nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, constând în faptul că, la data depunerii ofertei, S.C... S.A. și subcontractanții declarați (S.C. ... S.A. și S.C. ... S.R.L.) nu erau autorizați de A.F.E.R. pentru a fi furnizori feroviari și nu dețineau agremente tehnice eliberate de A.F.E.R. pentru a furniza servicii topografice, geotehnice și de mediu, față de informațiile publice de pe portalul A.F.E.R. și din declarația S.C. ... S.A. menționată la pct.B2 pct.21 din anexa nr.1 a procesului-verbal de deschidere a ofertelor, Consiliul constată:

Potrivit cap.III.2.1) – „Situția personală a operatorilor economici, inclusiv cerințele referitoare la înscrierea în registrul comerțului sau al profesiei” din fișa de date, cerința nr.2, ofertanții aveau obligația de a prezenta:

„Cerința 2. **Documente AFER**

Prestatorul/ofertantul trebuie să facă dovada că deține documente care să certifice capacitatea de a presta servicii de natura celor supuse achiziției publice, emise de AFER conform legislației aferente în vigoare sau similar.

Se recomandă consultarea site-ului www.afer.ro.

În cazul asocierilor, cerința trebuie îndeplinită de fiecare asociat pentru partea din contract pe care o realizează."

Potrivit caietului de sarcini, printre activitățile ce urmează a fi prestate în baza contractului ce se va încheia, se regăsesc:

-pct.2.4 – „Rezultate așteptate din partea Prestatorului (...)

g) Actualizarea documentației de mediu, întocmirea documentației solicitată de către Autoritatea competentă pentru protecția mediului la derularea procedurii de evaluare asupra mediului pentru modificările aduse proiectului;"

-pct.2.5 – „Rezultatele așteptate în urma derulării contractului de prestări servicii: (...)

c) Notificarea Autorității pentru protecția mediului cu privire la modificările aduse proiectului;

d) Întocmirea documentației soliciate de către Autoritatea competentă pentru protecția mediului la derularea procedurii de evaluare asupra mediului pentru modificările aduse proiectului; (...)

f) Analizarea și inventarierea datelor existente: studii topografice, geotehnice, identificarea utilităților publice, expertize, investigații de sol și materiale; acolo unde este cazul aceste date existente, se vor completa/modifica (Studiile de teren – Studii Topografice, Studii Geotehnice complete) vizate de OCPI, ANCPI;"

- pct. 2.6 – „Cerințe de prezentare (...)

h) Studii geotehnice, hidrologice, topografice actualizate/completate;

- 4.2 – Activități specifice (...)

B. Evaluarea caracteristicilor tehnice și operaționale ale rutelor alternative

2) Analiza și completarea investigațiilor de teren cuprinde: (...)

Prestatorul va întocmi: (...)

-planuri topografice suplimentare; (...)

-studii geotehnice suplimentare;

- investigații de sol și material pentru identificarea surselor de material, gropi de împrumut, distanțe de transport, zone de depozitare; (...)

G. Actualizarea documentației de mediu

- pct.4.9 – „**Evaluarea impactului asupra mediului (...)**”

Prestatorul va obține Acordul de Mediu, în numele Beneficiarului, iar Studiul de Fezabilitate Final va conține și Acordul de Mediu. (...)”

Ofertantul desemnat câștigător, după cum rezultă din documentele de calificare, a depus ofertă individual, nominalizând ca subcontractanți, prin Formularul D – „Declarație privind subcontractanții”, pe S.C. ... S.A. și S.C. ... S.R.L.

În vederea dovedirii îndeplinirii cerinței susenunțată, S.C. ... S.A. a prezentat:

- Declarație privind prezentarea autorizațiilor/agrementelor AFER, prin care se obligă să obțină până la semnarea contractului „Agrement Tehnic Feroviar Seria AT nr.16/2016”;

- Agrementul Tehnic Feroviar Seria AT, nr.16/2016, prin care se atestă că serviciul feroviar critic „Proiectare, consultanță și asistență tehnică în domeniul infrastructurii feroviare și de metrou”, furnizat de S.C. EGIS RAIL S.A., îndeplinește condițiile pentru utilizare în domeniul transportului feroviar și cu metroul, cu valabilitate până la data de 02.12.2016, însoțit de Anexă.

Analizând documentele susmenționate, Consiliul constată că primul dintre ele reprezintă, în fapt, o declarație prin care ofertantul își asumă obligația de a efectua demersuri în vederea prelungirii valabilității Agrementul Tehnic Feroviar Seria AT, nr.16/2016 depus, care expiră la data de 02.12.2016, iar cel de al doilea, fiind chiar Agrementul Tehnic Feroviar Seria AT, nr.16/2016, demonstrează, după cum rezultă din anexa sa, că **„Prezentul agreement tehnic permite deținătorului efectuarea serviciilor de proiectare, consultanță și asistență tehnică în domeniul infrastructurii feroviare și de metrou cu excepția serviciilor de furnizare a studiilor topografice, geotehnice și asimilate acestora, a studiilor de impact și monitorizare a factorilor de mediu precum și a încercărilor și determinărilor în laborator și în situ ce fac obiectul unor agreemente separate.”**

Așadar, S.C. EGIS RAIL S.A., în baza agreementului tehnic prezentat, poate presta servicii de proiectare, consultanță și asistență tehnică în domeniul infrastructurii feroviare și de metrou, NU însă și studii topografice, geotehnice și asimilate acestora, studii de impact și monitorizare a factorilor de mediu precum și încercări și determinări în laborator și în situ, care fac obiectul unor agreemente separate.

Având în vedere că, prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă a solicitat explicit efectuarea de studii de natura celor susmenționate, iar, prin fișa de date, a solicitat expres ca ofertanții să facă dovada că dețin documente care să certifice capacitatea de a presta servicii de natura celor supuse achiziției, emise de AFER, rezultă că documentul depus de ofertantul câștigător nu este suficient pentru prestarea activităților din caietul de sarcini.

Nu poate fi primită în soluționare susținerea intervenientului privind echivalența dintre expresia „natura serviciilor supuse achizițiilor publice”

utilizată în cadrul criteriului de calificare, și codul CPV 79314000-8 – „Studii de fezabilitate”, fiind evident că expresia susenunțată face trimitere la ceea ce urmează a fi efectiv prestat în baza contractului ce se va încheia, adică activitățile din cadrul caietului de sarcini.

Faptul că prestarea serviciilor pentru care s-a solicitat prezentarea documentelor AFER ar fi afectată de o serie de necunoscute, nu reprezintă un argument pentru care ofertantul desemnat câștigător să nu facă dovada îndeplinirii unui criteriu de calificare impus prin fișa de date a achiziției și pe care l-a cunoscut încă de la data de 20.01.2016, a publicării în SEAP a documentației de atribuire.

De asemenea, apărările autorității contractante nu pot fi reținute, deoarece, spre deosebire de situația criticii anterioare, în cazul de față este vorba despre dovada îndeplinirii unui criteriu de calificare stabilit în fișa de date, dovadă pe care ofertantul trebuie să o facă la data depunerii ofertei, după cum corect susține contestatorul, iar nu ulterior încheierii contractului.

Pe de altă parte, lipsa de relevanță a prevederilor din documentația de atribuire invocate de autoritatea contractantă rezultă și din perspectiva faptului că documentele AFER ce se impuneau a fi depuse pentru dovada îndeplinirii criteriului de calificare se eliberează persoanelor juridice, dovadă fiind chiar cel prezentat de ofertantul câștigător, iar nu persoanelor fizice, astfel că sub nicio formă nu pot fi invocate prevederile referitoare la experții secundari, aceștia neputând fi decât persoane fizice după cum rezultă din redactarea prevederilor referitoare la situația acestora.

Cum în cauză dovada îndeplinirii criteriului de calificare nu a fost făcută nici de subcontractanții S.C. ... S.A. și S.C. ... S.R.L., susținerile contestatorului sunt întemeiate, respectiv autoritatea contractantă a procedat cu încălcarea art.37 din H.G. nr.925/2006, la declararea admisibilă și ulterior câștigătoare a unei oferte depusă de un ofertant care nu a făcut dovada îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare impuse prin fișa de date, incidente în privința acestei oferte fiind dispozițiile art.36 alin.1 lit.b din aceeași hotărâre de guvern.”

Având în vedere faptul că Decizia Consiliului nu a fost atacată cu plângere de către niciuna dintre părți, intrând astfel în puterea lucrului judecat, chestiunile anterior dezlegate nu mai pot face obiectul unui nou litigiu, așa cum încearcă să provoace contestatorul.

După cum corect susține intervenientul, criticile ... S.A. reprezintă, în fapt, critici cu privire la Decizia C.N.S.C. nr.... din 02.09.2016, care ar fi trebuit formulate de contestator pe calea căii de atac a plângerii.

Consiliul constată că, prin contestația depusă, ... S.A. încearcă să readucă în discuție evaluarea ofertei sale, dintr-o perspectivă diferită, respectiv aceea a încălcării art.2, art.44 alin.2 și/sau a art.53 alin.2 din Directiva 2004/18/CE, precum și a principiului tratamentului egal, dar și a art.33 alin.3 și art.170 din O.U.G. nr.34/2006.

În fapt, contestatorul formulează critici care tind să conteste aspecte tranșate prin Decizia C.N.S.C. nr....din 02.09.2016, decizie care a intrat în puterea lucrului judecat prevăzut de art.431 NCPC, producându-se efectul pozitiv care prohibește un al doilea proces care să pună în discuție aspecte dezlegate. Ca atare, contestatorul urmărește, prin contestația de față, să lipsească de efectele puterii de lucru judecat o hotărâre

anterioară, prin care s-a stabilit că oferta în cauză nu respectă prevederile documentației de atribuire.

Consiliul nu poate considera că ... S.A. justifică un interes în promovarea prezentei căi de atac, câtă vreme, așa cum s-a arătat în cele ce preced, în legătură cu caracterul admisibil al ofertei, a statuat explicit că oferta intră sub incidența dispozițiilor art.36 alin.1 lit.b din H.G. nr.925/2006.

Ori, odată stabilit faptul că oferta contestatorului este inacceptabilă, sub niciun alt motiv invocat ulterior nu se va putea acționa în sensul înlăturării acestui aspect constatat, deoarece s-ar încălca dispozițiile art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

Prin urmare, față de cele mai sus prezentate, Consiliul determină că, neexistând posibilitatea legală a înlăturării caracterului inacceptabil al ofertei contestatorului, acesta nu justifică un interes în promovarea contestației, decizia de respingere atacată prin contestația de față reprezentând consecința logică a deciziei anterioare a C.N.S.C.

Potrivit dispozițiilor art.8 alin.1 din Legea nr.101/2016, *“Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de către Consiliu, poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului (...)”*.

La art.3 lit.f din Legea nr.101/2016, se stabilește că prin *“persoană care se consideră vătămată”* se înțelege:

“(...) orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu procedura de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.”

Consiliul apreciază că sintagma *„are sau a avut un interes legitim (...)”* trebuie aplicată în contextul principiilor generale din materia dreptului procesual civil.

Deși, nici ordonanța de urgență și nici codul de procedură civilă, nu definesc această condiție a acțiunii, în doctrină s-a arătat că, prin interes, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate.

În atare situație, se desprinde lesne concluzia că, de vreme ce oferta ... S.A. nu poate fi declarată câștigătoare, oricare ar fi rezultatul analizei criticilor formulate de către contestator, acesta nu justifică un interes personal în formularea contestației.

Mai mult decât atât, anularea procedurii de atribuire, către care tinde contestatorul printr-unul dintre capetele de cerere, nu poate justifica un interes al contestatorului, deoarece organizarea unei alte proceduri ca și participarea acestuia cu ofertă la respectiva procedură, reprezintă evenimente viitoare și nesigure, în timp ce interesul trebuie să fie născut și actual, iar nu eventual, adică să existe la momentul exercitării acțiunii civile, în sensul că partea s-ar expune unui prejudiciu dacă ar rămâne în pasivitate și un ar recurge în acel moment la acțiune.

De asemenea, nu se poate considera îndeplinită, de către contestator, nici condiția cumulativă privitoare la prejudiciu de vreme ce oferta acestuia nu este una admisibilă în sensul art.37 din hotărârea de guvern, astfel că nu are vocația de a deveni ofertant câștigător.

În ceea ce privește demersul autorității contractante de a solicita contestatorului clarificări ulterior Deciziei nr.1541/C6/1800 din 02.09.2016, Consiliul îl reține ca fiind efectuat cu depășirea cadrului deciziei menționate, în care autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertei contestatorului în considerarea celor arătate în motivare, motivare în care, ca de altfel și în dispozitivul decizie, nu se face referire la efectuarea vreunui demers față de ... S.A.

Pentru toate acestea, constatând că ... S.A. nu justifică un interes în promovarea contestației sale, în temeiul dispozițiilor art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează să admită excepția lipsei de interes a contestatorului, invocată de intervenient, iar contestația va fi respinsă în consecință.

Față de soluția ce va fi pronunțată, Consiliul admite cererea de intervenție accesorie formulată de către S.C. ... S.R.L.

Fără pronunțare asupra excepției inadmisibilității contestației și asupra fondului cauzei.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu prevederile art. 28 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția lipsei de interes a ... S.R.L., invocată de S.C. ... S.R.L. și, pe cale de consecință, respinge contestația depusă de ...S.A., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ... cu sediul în ..., ca lipsită de interes.

Admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de S.C. ... S.R.L., cu sediul în

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,

... ..

Redactată în 5 exemplare originale, conține 15 pagini.