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 nr. ...../....., 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 J03/866/ 1997, reprezentată de domnul ..... - director, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea acordului-cadru de lucrări „extinderi conducte gaze naturale mai mici sau egale cu 3.000 m și branșamente gaze naturale”, coduri CPV 45231221-0 și 71322200-3, cu data limită de depunere a ofertelor 10.10.2016, organizată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., CUI 13093222, număr de înregistrare în registrul comerțului J40/5447/2000, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. 2974/....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul .... - director general, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ..... SA, cu datele de identificare menționate mai sus, contestatoarea a solicitat .....

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea 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.

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 de față, prin care ofertanții SC ..... SRL și SC ..... SA reclamă decizia entității contractante ..... SA de respingere a ofertelor lor, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În motivarea primei contestație, SC ..... SRL învederează că și-a însușit documentația de atribuire, astfel cum a fost clarificată. Referitor la cerința autorizării PDSB și PDIB, respectiv EDSB și EDIB, SC ..... SRL deține autorizații de tip PDS și PDI, respectiv EDS și EDI, emise de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE). Chiar dacă sunt denumite altfel, ele atestă faptul că societatea poate efectua serviciile și lucrările care fac obiectul procedurii, entitatea neavând niciun motiv să îi respingă oferta doar pentru că autorizațiile sunt obținute în baza Ordinului nr. 89/2009, nu a Ordinului nr. 98/2015, ambele emise de președintele ANRE. În speță, entitatea contractantă nu i-a cerut clarificări și nici nu a respins oferta pe motiv de incapacitate a exercitării activității profesionale, recunoscând, astfel, că ofertantul are capacitatea de exercitarea a activității profesionale și că este obligat să respecte condițiile-cadru (parte integrantă a autorizațiilor) impuse de autoritatea de reglementare (ANRE) pentru toate autorizațiile depuse:

- autorizația de tip PDS nr. 15078, emisă la 09.02.2015 (anterior intrării în vigoare a Ordinului nr. 98/2015), cu valabilitate până la 08.02.2018;
- autorizația de tip EDS nr. 15079, emisă la 09.02.2015, cu valabilitate până la 08.02.2018;
- autorizația de tip PDI nr. 15275, emisă la 30.03.2015, cu valabilitate până la 29.03.2018;
- autorizația de tip EDI nr. 15276, emisă la 30.03.2015, cu valabilitate până la 29.03.2018.

În ceea ce privește cerința experienței similare, entitatea contractantă a permis dovedirea ei prin raportare doar la servicii și lucrări executate în baza autorizațiilor de tip PDIB și EDIB (PDI și EDI), respectiv proiectare și execuție instalații de utilizare a gazelor naturale/biogaz/biometan având regimul de medie, redusă și joasă presiune, aferente autorizațiilor (cu toate că, la licitație, procentul acestora este mai mic, în comparație cu celelalte servicii și lucrări desfășurate cu autorizațiile de tip PDSB și EDSB).

Entitatea a avut în vedere să nu îngrădească libera concurență, întrucât, până la momentul demarării licitației, la nivelul județului ..... (lotul 1), doar 9 operatori au autorizații valabile PDSB/EDSB, dintre care doar 3 au efectuat lucrări și servicii, deci

puteau dovedi experiență similară. În aceste condiții, s-a dorit experiența similară dovedită privind proiectarea și execuția de instalații de utilizare a gazelor naturale/biogaz/biometan având regimul de medie, redusă și joasă presiune, aferente autorizațiilor PDI și EDI.

Achizitoarea a reținut că SC ..... SRL îndeplinește cerința certificării ISO 14001 în totalitate și pe cea a certificării ISO 9001 doar pentru execuția sisteme de distribuție gaze naturale în conformitate cu Ordinul nr. 98/2015, cu toate că societatea deține și un domeniu de proiectare certificat, care a stat la baza autorizării ei de către ANRE.

S-a răspuns solicitărilor de clarificări prin adresa nr. 2446/ 29.12.2016, depunându-se proceduri din sistemul integrat de calitate, sistem certificat de două organisme, indicându-se și existența unei condiționări indubitabile între certificarea ISO 9001 și obținerea autorizațiilor de tip PDS 15078, respectiv EDS 15079.

Experiența similară a fost recunoscută de o altă comisie de evaluare a aceleiași entități contractante, la o altă licitație deschisă.

Una dintre condițiile de autorizare de tip PDS, stabilită la art. 12 lit. b) din Ordinul nr. 89/2009, este de prezentare a *„actului de certificare a sistemului de management al calității în copie, sau extras din manualul calității, respectiv procedurile operaționale și instrucțiunile de lucru*”.

De altfel, SC ..... SRL a prestat servicii de proiectare în favoarea entității contractante, de genul celor din cadrul acestei proceduri.

Entitatea a considerat că răspunsul este neconcludent și a luat decizia respingerii ofertei, motivând: *„Certificatele ISO 9001 depuse, nr. 26489/04/R și C nr. 2116, nu fac dovada implementării unui sistem de management al calității, în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent, pentru activitatea principală de proiectare, astfel cum entitatea a impus în mod imperativ la nivelul cerinței de calificare*”, însă certificatul 26489/04/R conține și domeniul pentru activitatea principală de proiectare, cod CAEN 7112. Totodată, a concluzionat în mod eronat că: *„Autorizațiile depuse de ofertant în cadrul documentelor de calificare, respectiv autorizațiile ANRE tip PDS nr. 15078/09.02.2015 și respectiv EDS 15079/09.02.2015 fac dovada îndeplinirii cerinței privind capacitatea de exercitare a activității profesionale nefiind în măsura să prezume, astfel cum susține ofertantul, dovada implementării unui sistem de management al calității, în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru activitatea de proiectare.”*

În fișa de date s-a solicitat: *„Ofertantul să facă dovada implementării unui sistem de management al calității, în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru proiectare și*

execuție sisteme de distribuție gaze naturale în conformitate cu Ordinul nr. 98/2015". În analizarea ofertei, comisia de evaluare a comparat documentele depuse doar cu o parte din cerință, respectiv ofertantul să facă dovada implementării unui sistem de management al calității, în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru proiectare și execuție sisteme de distribuție gaze naturale. Comisia de evaluare a omis esențialul: acest certificat SR EN ISO 9001 sau echivalent, pentru proiectare și execuție sisteme de distribuție gaze naturale să fie în conformitate cu Ordinul nr. 98/ 2015. În Ordinul nr. 98/2015 nu se precizează că, pentru obținerea autorizației ANRE aferentă oricărui domeniu de proiectare, operatorul să prezinte un certificat ISO 9001 cu menționarea anumitor categorii de lucrări. În plus, fiind emis în 2015, ordinul nu impune ca operatorii economici care dețin deja autorizații aflate în termen de valabilitate, emise anterior 2015, să-și reînnoiască autorizațiile. Autorizațiile emise anterior 2015 sunt valabile în forma în care au fost eliberate, în baza Ordinului nr. 89/2009, care nici el nu le condiționa de certificatul ISO 9001.

Este adevărat că autorizațiile de tipul celor depuse fac dovada îndeplinirii capacității de exercitare a activității profesionale și la fel de adevărat este și că procedura după care s-a realizat autorizarea în baza Ordinului nr. 89/2009 conferă acestor documente calitatea de dovezi permise de art. 200 alin (3) din lege, deci prezumă existența implementării sistemului de calitate, aspect certificat de autoritatea în domeniu (ANRE).

Practic, entitatea contractantă neagă capabilitatea ANRE de a determina existența/inexistența unui sistem de calitate implementat în domeniul gazelor naturale. Niciun operator economic nu putea obține autorizațiile în baza Ordinului nr. 89/2009 dacă nu are un sistem de calitate implementat, sistem care să acopere cerințele domeniilor care fac obiectul prezentei proceduri. ANRE este singura instituție de pe teritoriul României care deține aceste competențe în domeniul gazelor naturale.

Entitatea nu a ținut seama nici de referatul domnului verificator de proiecte ..., întocmit în vederea avizării etapei de proiectare: *„privind verificarea de calitate pentru specialitatea lg (gaze naturale) la cerințele esențiale:*

a) Rezistența mecanică la stabilitate

b) Securitate la incendiu

c) Igienă, sănătate și mediu

d) Siguranță în exploatare

e) Protecție împotriva zgomotului

f) Economie de energie și izolare termică".

Omite și faptul că chiar în cadrul procedurii de față, entitatea definește termenul „similar", trebuind să admită și să ia în

considerare proiectarea și execuția de instalații de utilizare a gazelor naturale/biogaz/biometan, având regimul de medie, redusă și joasă presiune, aferente autorizațiilor PDIB și EDIB.

În concluzie, entitatea a evaluat oferta fără să țină cont de întreaga cerință din fișa de date (*„ofertantul să facă dovada implementării unui sistem de management al calității în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru proiectare și execuție sisteme de distribuție gaze naturale în conformitate cu Ordinul 98/2015*”). Comisia de evaluare a utilizat o nouă regulă, inexistentă în documentația de atribuire.

Prin modul de evaluare a ofertei și de interpretare a răspunsurilor la clarificările furnizate, entitatea contractantă a încălcat:

- art. 132 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, întrucât nu a verificat modul de respectare a cerinței ISO 9001, astfel cum a fost redactată în fișa de date, ci a utilizat o regulă nescrisă în fișa de date;

- art. 200 alin. (3) din Legea 98/20156, întrucât nu și-a îndeplinit obligația de a accepta orice alte probe sau dovezi prezentate de operatorul economic, în măsura în care acestea confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității ori, după caz, al protecției mediului, echivalent cu cel solicitat.

În punctul său de vedere nr. 166/23.01..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 2797/....., entitatea contractantă susține, în apărare, că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic interesat, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forță obligatorie atât pentru entitate, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru contestatoare.

Considerând că documentele prezentate pentru îndeplinirea cerinței: *„Ofertantul trebuie să facă dovada implementării unui sistem de management al calității, in conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent <u>pentru proiectare</u>* [...]”, nu sunt în măsură să facă dovada îndeplinirii ei, s-au solicitat contestatorului clarificări privind modul de îndeplinire a cerinței. Acesta a răspuns după cum urmează: *„În ceea ce privește cerința 1, societatea a depus certificatele ISO 9001 nr. 26489/04/R, precum și autorizațiile emise de ANRE tip PDS nr. 15078/09.02.2015 și respectiv EDS 15079/ 09.02.2015, documente care atestă faptul că societatea deține procedurile necesare efectuării categoriilor de lucrări care fac obiectul prezentei proceduri, întrucât în caz contrar este imposibilă obținerea celor două autorizații în conformitate cu Ordinul nr. 98/2015. Atașam prezentei procedurile de lucru din cadrul sistemului integrat care dovedesc cele menționate anterio*r.”

Răspunsul este neconcludent, întrucât certificatele ISO 9001 nr. 26489/04/R și C nr. 2116 nu fac dovada implementării unui sistem de management al calității în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru activitatea principală de proiectare. De asemenea, nu se poate face o echivalență cu autorizațiile ANRE tip PDS nr. 15078/09.02.2015 și EDS nr. 15079/09.02.2015, care nu furnizează dovezi certe privind conformitatea/similitudinea cu standardul ISO 9001. În logica societății contestatoare, deținerea atestatului ANRE ar conduce automat la acordarea de către un organism de certificare a certificatului de calitate, fără ca organismul să efectueze vreun demers, ipoteză în mod evident falsă.

În condițiile în care contestatoarea cunoștea faptul că nu deține certificatul ISO pentru activitatea de proiectare la nivelul organizației sale, cum s-a cerut în fișa de date, avea dreptul de a solicita clarificări/lămuriri.

Autorizațiile emise de ANRE nu probează decât că operatorul economic deține autorizațiile necesare în vederea îndeplinirii cerinței solicitate la capacitatea de exercitare a activității profesionale, fiind evident că aceste documente nu sunt în măsură să garanteze deținerea unui sistem de management al calității/de mediu (în caz contrar, nu s-ar mai fi impus cerințe privind deținerea standardelor).

Decizia comisiei de evaluare privind respingerea ofertei are la bază următoarele argumente:

- certificatele ISO 9001 nr. 26489/04/R și C nr. 2116 nu fac dovada implementării unui sistem de management al calității, în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent, pentru activitatea principală de proiectare, respectiv autorizațiile emise de ANRE tip PDS nr. 15078/09.02.2015 și EDS nr. 15079/09.02.2015 nu dovedesc faptul că societatea aplică sistemul de management al calității ISO 9001 pentru activitatea de proiectare;

- nu se poate dovedi, pe baza unei prezumții însoțite de documente sumare de nivel general intitulate „proceduri de lucru”, că la nivelul entității există un sistem al calității real, dacă acestea nu sunt similare celor prevăzute, ca o condiție pentru emiterea certificatului, și acestea nu sunt verificate/auditate de nimeni;

- nu există o terță parte obiectivă și imparțială care să își asume că firma ofertantă respectă cerințele legislative specifice domeniului său de activitate și nu livrează servicii în condiții care să pună în pericol entitatea contractantă.

Susținerea „certificatul ISO nr. 26489/04R conține și domeniul principal pentru activitatea de proiectare aferent codului CAEN 7112” este în contradicție cu informațiile din conținutul documentului prezentat.

Certificatul trebuia obținut în conformitate cu prescripțiile ISO 9001, activitățile principale ce formează obiectul achiziției urmând a

fi prestate/executate în domeniul sistemelor de distribuție gaze naturale reglementate de Ordinul nr. 98/2015, iar nu certificatul.

Chiar dacă informațiile publicate la nivelul cerinței asigură ofertanților dreptul de a prezenta orice probe/dovezi care să confirme asigurarea unui nivel corespunzător al calității, în lipsa certificatului de calitate solicitat de entitatea contractantă, documentele înaintate de societatea contestatoare, urmare a solicitărilor de clarificări la ofertă, nu au procurat informații care să ateste echivalența cu cele ale standardului ISO 9001.

În cazul în care operatorul economic nu deține un certificat de calitate astfel cum este solicitat, entitatea contractantă are obligația de a accepta orice alte probe sau dovezi prezentate de operatorul economic respectiv, în măsura în care probele/dovezile prezentate confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității. Sensul acestor prevederi este de a dovedi existența la nivel intern a unor politici, măsuri, sisteme de control a modului în care se asigură îndeplinirea cerințelor de calitate la nivelul societății. Mai mult decât atât, probele, dovezile echivalente trebuie să facă dovada asigurării unui nivel corespunzător al calității în conformitate cu ISO 9001 la momentul prezentării, în caz contrar s-ar crea o situație disproporționată și lipsită de tratament egal față de operatorii economici, care au fost obligați să prezinte un certificat în domeniul calității în conformitate cu standardul ISO 9001 pentru activitatea de proiectare în termen de valabilitate la momentul prezentării lui, fiind de notorietate că certificatele ISO se emit de către un organism de certificare pe o perioada de timp limitată, de obicei pe o perioadă de 3 ani. Pentru păstrarea validității certificatului pe această perioadă, se va efectua periodic un audit. Dacă sunt identificate abateri de la cerințele standardului, se poate aplica măsura retragerii certificatului. Prin urmare, atunci când o companie decide să implementeze și să respecte un standard ISO, această decizie reprezintă un angajament voluntar pentru îmbunătățire continuă și dezvoltare.

Obligația entității contractante referitoare la acceptarea de probe/dovezi care să îndeplinească fără dubiu condiția echivalenței, echivalență a cărei probă reprezintă exclusiv obligația ofertantului, devine incidentă astfel cum distinge legiuitorul prin conținutul art. 195 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, dacă un operator economic nu a avut acces la un certificat de calitate astfel cum este solicitat de entitatea contractantă sau nu are posibilitatea de a-l obține în termenele stabilite, din motive care nu îi sunt imputabile, probă ce revine tot ofertantului și față de care ofertantul nu a manifestat nicio diligență.

Documentul intitulat „proceduri de lucru” nu este în măsură să facă dovada asigurării unui nivel corespunzător al calității, similar cu

cel prevăzut drept condiție pentru obținerea unei certificări SR EN ISO 9001, procedurile prezentate fiind sumare/generice, nefiind respectat modul de îndeplinire a cerinței.

Ofertantul, pentru a putea demonstra că are „implementat și menține” un sistem de management al calității, ar fi trebuit să facă dovada că a fost supus unor auditări externe care să confirme acest fapt. Pentru a fi considerat document echivalent, era necesar un raport de audit sau documente care să dovedească derularea procesului de certificare a sistemului de calitate la nivelul societății, procedură care se finalizează prin emiterea unui certificat.

Referitor la afirmația că societatea a participat la alte proceduri de atribuire și că a fost acceptată este lipsită de relevanță, câtă vreme verificarea îndeplinirii cerinței analizate are în vedere doar documentația întocmită pentru procedura contestată.

Evaluarea ofertei SC ..... SRL a fost realizată cu respectarea prevederilor legale în domeniu, iar contestația nu conține elemente clare de fundamentare și creează inconveniente majore în atingerea obiectivelor propuse și planificate, considerente față de care entitatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată.

În contestația secundă, transmisă Consiliului de SC ..... SA la ....., se arată că entitatea contractantă a stabilit următoarea cerință în fișa de date:

„Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016

Condiție de calificare: Ofertantul/ofertantul asociat/ subcontractantul/terțul susținător nu trebuie să se afle în niciuna din situațiile prevăzute la art. 177, 178, 180 din Legea nr. 99/2016.

Modalitate de îndeplinire: Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertanții clasați pe primele 3 locuri în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evoluării ofertelor.

Aceste documente pot fi:

1. certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării;

2. cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv;

3. după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 178 alin. (3), art. 179 alin. (2), art. 180 alin. (2), conform art. 184 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Precizări:

Entitatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în cazul în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.

În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul nu se emit documente de natura cazierului judiciar, entitatea contractantă va accepta o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei forme privind organizarea profesiilor liberale care are competențe în acest sens."

Prin solicitarea de clarificări nr. 2820/13.12.2016, entitatea contractantă i-a cerut, între altele, transmiterea cazierului judiciar pentru toți membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control, după cum rezultă din certificatul constatator emis de „ONRC"/actul constitutiv al ofertantului, respectiv pentru domnii .....

În răspunsul nr. 13615/28.12.2016, societatea a precizat:

(i) pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut în art. 80 din Directiva 2014/25/UE (cu trimitere la art. 57 par. (1) fraza finală din Directiva 2014/24/UE și transpus în art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/2016) trebuie determinat în concret modul de organizare al fiecărui operator economic, în sensul art. 192 Cod civil, pentru a se stabili care sunt persoanele ce dețin calitatea de membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau dacă o anumită persoană are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul operatorului economic;

(ii) SC ..... SA este de naționalitate română, organizată în forma de societate pe acțiuni, conform Legii societăților nr. 31/1990;

(iii) persoanele nominalizate în solicitarea de clarificări - .... - au fost ori sunt acționari ai societății;

(iv) în cazul societăților pe acțiuni de drept privat nu există „membri" ai adunării generale a acționarilor;

(v) organele de administrare, de conducere și de control ale unei societăți pe acțiuni nu cuprind adunarea generală a acționarilor;

(vi) în cazul societăților pe acțiuni, acționarii nu au putere de reprezentare a societății;

(vii) în cazul societăților pe acțiuni, acționarii nu au putere de control;

(viii) ...nu mai este acționar al societății, cesionându-și acțiunile;

(ix) deși nu acesta este sensul art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, raportat la procentele deținute de fiecare dintre acționarii ..., ...și ..., niciunul nu are putere de decizie (ori de control);

(x) este contrar principiului proporționalității ca, în cazul unei societăți pe acțiuni, pentru orice acționar care ar depăși 2% sau 5% din totalul numărului de acțiuni să fie solicitat cazier judiciar.

Depunând actul constitutiv actualizat al societății și extras din registrul de acțiuni, s-a concluzionat că persoanele indicate de entitatea contractantă în solicitarea de clarificări nu se încadrează în categoriile indicate în art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și prevăzute la pct. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției, iar societatea pe acțiuni ..... se găsește în imposibilitate obiectivă și absolută de a furniza cazierele judiciare ale acționarilor săi.

Prin solicitarea de clarificări nr. 2973/28.12.2016, entitatea a revenit și a cerut transmiterea cazierului judiciar pentru domnii ..., ...și ..., iar în răspunsul nr. 13806/29.12.2016 s-au precizat următoarele:

(i) cerința privind motivele de excludere solicitate la cap. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției - Situația personală a candidatului sau ofertantului: transmiterea cazierului judiciar pentru toți membrii organului de administrare, de conducere sau de supraveghere, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control, astfel cum rezultă din certificatul constatator emis de „ONRC”/actul constitutiv al ofertantului, a fost îndeplinită pentru toate persoanele care se încadrează în aceste categorii;

(ii) ..., ...și ... nu se încadrează în nicio categorie dintre cele menționate la cap. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției.

Potrivit comunicării privind rezultatul procedurii, oferta SC ..... SA fost declarată inacceptabilă, în baza art. 140 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, întrucât s-a răspuns neconcludent solicitării de clarificări nr. 2973/28.12.2016, entitatea motivând respingerea astfel:

(i) prin adresa nr. 2820/13.12.2016 s-au solicitat clarificări în sensul depunerii cazierului judiciar pentru membrii ofertantului cu putere de decizie din cadrul acesteia;

(ii) cu adresa nr. 13615/19.12.2016, SC ..... SA a justificat faptul că acționarii unei societăți pe acțiuni nu fac parte din organele de administrare, conducere, control și supraveghere;

(iii) acționarii unei societăți pe acțiuni făcând parte, fără putință de tăgadă, din membrii cu putere de decizie, entitatea contractantă revine cu adresa nr. 2973/28.12.2016 și solicită depunerea cazierului judiciar pentru îndeplinirea cerinței privind neîncadrarea în motivele de excludere;

(iv) deși SC ..... SA și-a însușit atât documentația de atribuire, cât și solicitarea de clarificări, nedepunând notificare/ contestație, prin adresa nr. 13806/29.12.2016 a răspuns neconcludent entității contractante.

Însă, nici în documentația de atribuire și nici în solicitările de clarificări nr. 2820/13.12.2016 și 2973/28.12.2016 nu se regăsește noțiunea „membri cu putere de decizie". În privința motivului (iv), răspunsul nr. 13615/28.12.2016 este concludent asupra puterii de decizie a acționarilor ..., ...și .... Este nefondat a se considera acționarii unei societăți pe acțiuni ca făcând parte dintre „membrii cu putere de decizie".

Cerința de calificare stabilită la cap. III.2.1.a) este ca ofertantul să nu se afle în niciuna dintre situațiile de la art. 177 din Legea nr. 99/2016.

În cazul unei societăți pe acțiuni conform Legii societăților nr. 31/1990, cum este cazul SC ..... SA, trebuie stabilit în concret dacă unul ori altul dintre acționarii societății are putere de decizie, iar nu cum greșit a procedat entitatea contractantă, când a afirmat că orice acționar ar avea putere de decizie în cadrul societății. Organele de administrare, de conducere și de control ale unei societăți pe acțiuni nu cuprind adunarea generală a acționarilor, cum rezultă din art. 130 alin. (2) și art. 244 alin. (1) din Legea nr. 31/1990. În plus, în cazul SC ..... SA sunt incidente și prevederile art. 143 din Legea nr. 31/1990, consiliul de administrație delegând directorilor conducerea societății.

În cazul societăților pe acțiuni, acționarii nu au putere de reprezentare și nici de control.

S-a dovedit că domnul ...nu mai deține calitatea de acționar, întrucât și-a cesionat acțiunile deținute către domnul Cilibia Dumitru-Ion. Certificatul constatator nr. 526539/05.12.2016 cuprinde mențiunea expresă: „*Transmiterea dreptului de proprietate asupra acțiunilor, cu excepția acțiunilor aparținând comanditaților din societățile în comandită pe acțiuni, nu se înregistrează la registrul comerțului, ci se evidențiază în registrul acționarilor ținut de societate sau de depozitarul central, în cazul societăților comerciale ale căror acțiuni sunt tranzacționate pe o piață reglementată.*" Informațiile privind acționarii erau actuale la data la care s-a depus la Oficiul Registrului Comerțului certificarea transmiterii proprietății asupra acțiunilor, potrivit art. 134 alin. (3) din Normele metodologice privind modul de ținere a registrelor

comerțului, de efectuare a înregistrărilor și de eliberare a informațiilor, aprobate prin Ordinul ministrului justiției nr. 2594/C/ 2008. Ca atare, informațiile din certificatul constatator emis de „ONRC” nu au nicio relevanță în privința acționarilor unei societăți pe acțiuni.

Din actul constitutiv al SC ..... SA, depus cu răspunsul nr. 13615/19.12.2016, sunt relevante următoarele prevederi:

„Art. 7 - Acțiunile

(1) Acțiunile se emit în formă dematerializată și se înregistrează în registrul acționarilor. (...)

(5) Dovada calității de acționar se face în baza înregistrărilor din registrul acționarilor. La cererea acționarilor, societatea va emite certificate de acționar care vor cuprinde toate elementele prevăzute de lege și vor fi semnate de către Președintele Consiliului de Administrație.

Art. 9 - Drepturi și obligații decurgând din acțiuni

(1) Fiecare acțiune conferă dreptul la un vot în adunarea generală a acționarilor. Drepturile și obligațiile acționarilor sunt cele prevăzute în Legea societăților și alte acte normative cu incidență în materia societăților. Distribuirea beneficiilor și suportarea eventualelor pierderi se fac între acționari proporțional cu procentul deținut din capitalul social. (...)

(4) Patrimoniul societății nu poate fi grevat de datorii sau alte obligații personale ale acționarilor, afară de garanțiile autorizate prin hotărâre a adunării generale.

Art. 14 - Organizarea ședințelor adunărilor

(...)

(2) Pentru validitatea deliberărilor adunării generale ordinare este necesară prezența sau reprezentarea acționarilor care să reprezinte cel puțin o treime din numărul total de drepturi de vot, iar hotărârile adunării generale ordinare se iau cu majoritatea voturilor exprimate.

(3) Dacă adunarea generală ordinară nu poate lucra din cauza neîndeplinirii condițiilor de cvorum și majoritate, adunarea ce se va întruni la o a doua convocare, poate să delibereze asupra problemelor puse la ordinea de zi a celei dintâi adunări, indiferent de cvorumul întrunit, luând hotărâri cu majoritatea voturilor exprimate.

(4) Pentru validitatea deliberărilor adunării generale extraordinare este necesară la prima convocare prezența sau reprezentarea acționarilor deținând cel puțin jumătate din numărul total de drepturi de vot, iar hotărârile adunării generale extraordinare se iau cu votul acționarilor ce reprezintă cel puțin o treime din numărul total de drepturi de vot, dar nu mai puțin de jumătate plus unul din numărul total al voturilor acționarilor

prezenți sau reprezentați, afară dacă legea nu cere o majoritate mai mare. Decizia de modificare a obiectului principal de activitate al societății, de reducere sau majorare a capitalului social, de schimbare a formei juridice, de fuziune, divizare sau de dizolvare a societății se ia cu o majoritate de cel puțin două treimi din drepturile de vot deținute de acționarii prezenți sau reprezentați.

(5) Dacă adunarea generală extraordinară nu poate lucra din cauza neîndeplinirii condițiilor de cvorum și majoritate, adunarea ce se va întruni la a doua convocare întrunește condiția de cvorum dacă sunt prezenți sau reprezentați acționari ce dețin o treime din numărul total de drepturi de vot iar hotărârile se iau cu votul acționarilor ce reprezintă cel puțin o pătrime din numărul total de drepturi de vot afară dacă legea nu cere o majoritate mai mare."

Puterea de decizie se poate manifesta și trebuie analizată numai prin raportare la modul în care acționarii ar putea adopta, prin votul lor, o hotărâre a adunării generale. În afară de faptul că nu acesta este sensul art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, acționarii ..., ...și ... dețin fiecare 12,96316%, 4,53818% și 9,32529% din numărul total al acțiunilor emise de societate, vădind că nu au putere de decizie ori de control.

Este contrar principiului proporționalității ca, în cazul unei societăți pe acțiuni, pentru orice acționar care ar depăși 2% din totalul numărului de acțiuni să fie solicitat cazier judiciar. În cazul unei societăți cu un număr de mare de acționari, cum este și SC ..... SA, cerința este imposibil de adus la îndeplinire.

Nu există niciun obiectiv legitim de interes general de a exclude dintr-o procedură de achiziție publică o societate pe acțiuni pe motiv că nu ar fi prezentat caziere judiciare pentru acționari minoritari, având în vedere că aceștia nu se circumscriu noțiunii de persoane cu putere de decizie în societate.

Cu bunăvoința acționarilor indicați s-au putut obține certificatele de cazier judiciar ale acestora, dar cu întârziere, situație ce dovedește că o societate pe acțiuni, atunci când are un număr mare de acționari, se găsește în imposibilitate obiectivă și absolută de a furniza în timp util cazierele judiciare ale acționarilor, vădindu-se că acesta nu este nici sensul legii și nici al cerinței din documentația de atribuire.

Ulterior consultării documentelor aflate la dosarul cauzei, SC ..... SRL a depus concluziile scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 3385/30.01....., în care afirmă că cerința a fost ca ofertantul să facă dovada deținerii unui sistem de management al calității, în conformitate cu SR EN ISO 9001, cu posibilitatea prezentării unui sistem de management al calității echivalent, pentru partea de proiectare și execuție sisteme de distribuție gaze naturale.

Comisia nu a evaluat oferta conform acestei cerințe, nu a luat în calcul toate dovezile depuse la dosar ori le-a interpretat eronat.

În răspunsul la notificare se arată că singura dovadă echivalentă era raportul de audit, care să ateste derularea procesului de certificare. Derularea nu înseamnă existența/ implementarea, lucru recunoscut de entitatea contractantă la pag. 4 din adresa nr. 166/23.01..... Prin raportul de audit nr. 17SX123 MQ și 17SX58 ME, un organism de certificare întărește afirmația și condiția obligatorie de deținere a codului CAEN 7112 pentru certificarea proiectării.

Contestatoarea consideră că susținerile entității din punctul său de vedere sunt doar pentru a distrage atenția de la erorile comisiei de evaluare în aplicarea legislației, prin interpretări și diverse afirmații.

SC ..... SRL depune raportul de audit încheiat în urma auditării societății în perioada 11 - 12.01..... de către Rina Simtex OC (organism de certificare acreditat RENAR). Concluziile raportului, întocmit în ziua imediat următoare primirii răspunsului la notificarea prealabilă, sunt opuse celei trase de comisia de evaluare și atestă că:

a) s-a efectuat un audit pentru extinderea domeniului de proiectare, ceea ce atestă existența unei certificări ISO 9001 la un moment anterior;

b) societatea menține nivelul de integrare al sistemului de management determinat la certificarea inițială;

c) auditarea a fost realizată fără a fi necesară auditarea de șantiere, ceea ce implică existența în cadrul organizației a unor dovezi anterioare;

d) pe parcursul auditului nu s-au constatat neconformități;

e) sistemul de management al organizației este în conformitate cu cerințele standardului/standardelor de referință, documentele normative specifice și regulile organismului de certificare.

Sunt anexate și certificatele ISO extinse.

În consecință, SC ..... SRL solicită Consiliului să constate ca evaluarea ofertei sale a fost efectuata fără respectarea prevederilor legale, demersul său fiind justificat, întrucât oferta conține atât certificarea ISO 9001 cerută inițial prin fișa de date, cât și probe/dovezi care atestă îndeplinirea cerințelor.

În punctul său de vedere nr. 249/30.01..... asupra contestației depuse de SC ..... SA, înregistrat la Consiliu cu nr. 3603/31.01....., entitatea contractantă susține, în apărare, că în fișa de date a achiziției, pct. III.2.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, s-a solicitat „cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de

conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv.”

Ca urmare a transmiterii documentelor de calificare, constatându-se faptul că nu s-au depus caziere judiciare pentru acționarii ofertantului, comisia de evaluare, în temeiul art. 221 din Legea nr. 99/2016, a luat decizia de a clarifica îndeplinirea cerinței privind neîncadrarea în niciuna din situațiile prevăzute la art. 177 din Legea nr. 99/2016. În acest scop, prin adresa nr. 2820/ 13.12.2016, s-au cerut cazierele judiciare pentru domnii ....

Prin răspunsul nr 13615/19.12.2016, ofertantul nu a transmis cazierele judiciare, justificând că acționarii unei societăți pe acțiuni nu fac parte din organele cu putere de conducere, control și reprezentare, justificare care a fost considerată nefondată.

Comisia de evaluare a decis să revină cu o nouă solicitare de clarificări, prin adresa nr. 2973/28.12.2016, în sensul depunerii cazierelor judiciare ale acționarilor .... și ..., însă ofertanta a păstrat aceeași atitudine. Societatea contestatoare a ales să nu depună înscrisurile solicitate în mod expres pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor în discuție, iar acum nu poate să își invoce propria culpă.

Respectarea cerințelor prescrise la nivelul documentelor achiziției și formularea de răspunsuri concludente la solicitările de clarificări adresate reprezintă obligații esențiale, fără de care entitatea contractantă nu are dreptul de a declara nicio ofertă ca fiind admisibilă.

Ofertantul exclude intenționat, în cuprinsul motivării contestației, din cadrul documentelor ce trebuiau prezentate pentru dovada neîncadrării în prevederile art. 177, obligația depunerii cazierului judiciar pentru membrii cu putere de decizie din cadrul operatorului economic. Adunarea asociaților este organul de deliberare și decizie al societății pe acțiuni. Ea exprimă voința acestora și, în consecință, decide în toate problemele esențiale ale activității societății, prin adoptarea de hotărâri în adunarea generală a asociaților.

Voința „socială” – ca voință a persoanei juridice – se exprimă, în principal, de către adunarea generală a asociaților, cât și de către alte categorii de organe, în subsidiar și în special cele deliberative, care sunt desemnate de către adunările generale. Ofertantul face confuzie între puterea de reprezentare a unei persoane juridice de către o altă persoană și puterea unor persoane de participare la formarea voinței juridice „sociale”.

Potrivit art. 177 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: *„Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, in conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care*

persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia." Art. 177 alin. (2) stabilește că verificările entității contractante se pot referi la orice persoană cu putere de reprezentare, de decizie ori de control în ceea ce privește ofertantul. Mai mult, art. 72 din Legea nr. 31/1990 dispune că „obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege". Rezultă că raporturile dintre administrator și societate (asociați) sunt raporturi de mandat, având natură contractuală, ceea ce înseamnă că administratorul are doar putere de reprezentare în baza mandatului, iar puterea de decizie și control aparține, exclusiv, asociaților societății. Adunarea asociaților este organul de deliberare și decizie al societății, iar în conformitate cu art. 73 alin. (1) lit. d) administratorul este răspunzător pentru exacta îndeplinire a hotărârilor adunării generale. În consecință, în mod corect s-au solicitat informații cu privire la asociați, persoane cu putere de decizie, conform celor evocate mai înainte.

Având în vedere faptul că, în pofida celor două solicitări de clarificare, ofertantul se situează pe o poziție de refuz în a furniza informațiile necesare și luând în considerare conținutul neconcludent al ultimului răspuns, comisia de evaluare a constatat că oferta contestatoarei trebuie respinsă ca fiind inacceptabilă - art. 143 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului 394/2016.

Entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că evaluarea ofertei SC ..... SA a fost realizată cu respectarea prevederilor legale în domeniu, iar contestația trebuie respinsă ca nefondată.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, SC ..... SA a formulat concluziile scrise nr. 773/01.02....., în care evidențiază că entitatea contractantă face confuzie între acțiuni și părți sociale, respectiv acționari și asociați. Societatea este de capitaluri, motiv pentru care entitatea contractantă avea îndatorirea să examineze în concret argumentele detaliate de SC ..... SA în sensul că acționarii pentru care s-a solicitat prezentarea cazierului judiciar nu sunt persoane cu putere de decizie în cadrul societății.

Informațiile din certificatul constatator emis de „ONRC" nu au nicio relevanță în privința acționarilor unei societăți pe acțiuni. De altfel, această mențiune expresă privind evidențierea doar în registrul acționarilor a transmiterii dreptului de proprietate asupra acțiunilor se regăsește în finalul certificatului constatator „ONRC" nr. 526539/05.12.2016. În egală măsură, din certificatul constatator nu rezultă că acționarii acolo enumerați au putere de decizie. Dacă s-ar accepta punctul de vedere al entității contractante, atunci ar trebui

prezentat cazier judiciar și pentru „acționari listă - alți acționari”, cu un aport de 309.265 lei, care dețin un număr total de 123.706 acțiuni, reprezentând 42,77006% din capitalul social. Consecințele fiind vădit eronate, rezultă că punctul de vedere al entității contractante nu poate fi acceptat.

Argumentul entității contractante privind puterea acționarului de participare la formarea voinței „sociale” nu echivalează cu puterea de decizie a acționarului respectiv. Puterea de decizie se poate manifesta și trebuie analizată numai prin raportare la modul în care acționarii ar putea adopta, prin votul lor, o hotărâre a adunării generale, adică ar reuși să formeze voința deliberativă.

Raportat la majoritățile stabilite în art. 9 și 14 din actul constitutiv al SC ..... SA, contestatoarea menține argumentele că acționarii indicați de entitatea contractantă nu sunt persoane cu putere de decizie, deoarece niciunul nu deține un număr de voturi (de acțiuni) care să îi permită să formeze ori să influențeze decizia adunării: acționarul ... -12,96316%, acționarul ...- 4,53818% și iar acționarul ... - 9,32529%.

Nu există niciun obiectiv legitim de interes general de a exclude dintr-o procedură de achiziție publică o societate pe acțiuni pe motiv că nu ar fi prezentat caziere judiciare pentru acționarii minoritari, având în vedere că aceștia nu se circumscriu noțiunii de persoane cu putere de decizie în societate. Acționarii nu sunt implicați curent în viața societății, nu au astfel de obligații față de societate, iar societatea nu îi poate găsi în timp rezonabil pentru a le solicita aceste caziere. O societate pe acțiuni, atunci când are un număr foarte mare de acționari minoritari, se găsește în imposibilitate obiectivă și absolută de a furniza în timp util astfel de caziere judiciare ale acționarilor săi minoritari, vădindu-se astfel că acesta nu este sensul legii și nici al cerinței din documentația de atribuire.

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 ..... SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de proiectare și execuție de lucrări pentru extinderi conducte gaze naturale și branșamente gaze naturale. Achiziția a fost estimată valoric la 199.366.308 lei, fără TVA, și divizată în 20 de loturi, pe diverse zone. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare.

La procedură, la lotul 1, au fost depuse patru oferte, între care și aceea a SC ..... SRL, care a fost respinsă de entitatea

achizitoare ca inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește cerința de calificare constând în dovedirea implementării unui sistem de management al calității conform SR EN ISO 9001. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, operatorul economic ofertant a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul cauzei nr. ...../.....

Pentru lotul 18, au fost depuse tot patru oferte, între care și aceea a SC ..... SA, care a fost respinsă de entitatea achizitoare ca inacceptabilă, întrucât nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări nr. 2973/28.12.2016. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, operatorul economic ofertant a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul cauzei nr. ...../.....

Cele două cauze au fost conexate.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamante, este de remarcat, după cum a evidențiat și entitatea cumpărătoare, că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru de lucrări și cel al contractului subsecvent, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată cu succes de niciun agent economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea cumpărătoare (*patere legem quam ipse fecisti*), cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru cei doi contestatori. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informaţiile şi cerinţele prevăzute în documentaţia de atribuire, însoţită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informaţii privind îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu

(relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

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, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de entitatea contractantă în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de prima

reclamantă, Consiliul ia act că, pentru lotul 1, rezultatul evaluării a fost stabilit de entitate prin raportul procedurii de atribuire nr. 14/ 04.01....., rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 09.01....., luni, SC ..... SRL s-a plâns entității contractante de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 26/09.01....., iar entitatea i-a răspuns petentei cu adresa nr. 74/10.01....., 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 ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Pentru lotul 18, rezultatul evaluării a fost stabilit de entitate prin raportul procedurii de atribuire nr. 78/12.01....., rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La ....., luni, SC ..... SA s-a plâns entității contractante de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. 270/....., iar entitatea nu i-a răspuns petentei (conform susținerilor acesteia), context în care a formulat contestația nr. ...../..... la Consiliu, în interiorul termenului legal de contestare, calculat potrivit art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Relativ la motivele respingerii ofertei SC ..... SRL, ele sunt preluate din raport și cuprinse în comunicarea nr. 18/ 04.01.....:

Oferta dumneavoastră a fost declarată inacceptabila in conformitate cu prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, si art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 intrucat nu ati indeplinit cerinţa de calificare potrivit careia "Ofertantul trebuie sa faca dovada implementării unui sistem de management al calitatii, in conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru **proiectare si execuţie** sisteme de distributie gaze naturale in conformitate cu Ordinul 98/2015 ..." si ati răspuns neconcludent solicitării de clarificari nr. 1 din adresa 2965/27.12.2016.

In Fisa de Date a achiziţiei in cadrul cap. III.2.3.b) Standarde de asigurare a calitatii si de protectie a mediului, Entitatea Contractanta a solicitat:

"*Cerinţa nr. 1 (pentru toate loturile). Ofertantul trebuie sa faca dovada implementării unui sistem de management al calitatii, in conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru proiectare si execuţie sisteme de distributie gaze naturale in conformitate cu Ordinul 98/2015 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfasoara activitati in domeniul gazelor naturale si a condiţiilor cadru de valabilitate aferente autorizaţiilor, potrivit pârtii de implicare in derularea acordului-cadru. Nota: In cazul unei asocieri, cerinţa se considera indeplinita daca fiecare asociat demonstrează ca deţine un sistem al calitatii pentru domeniile aferente serviciilor/ lucrărilor asumate in realizarea obiectului achiziţiei prin acordul de asociere.*

Modalit d in *: Completarea DUAE - in conformitate cu prevederile art 202 alin. 1 din Legea 99/2016. Documentele privind dovada implementării unui sistem de management al calitatii, in conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru proiectare si execuţie sisteme de distributie gaze naturale, urmeaza sa fie prezentate, la solicitarea Entitatii Contractante, doar de către ofertantii clasaţi pe primele 3 locuri in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor pentru fiecare lot in parte. Se va prezenta un certificat emis de un organism de certificare sau alte probe/dovezi care confirma asigurarea unui nivel corespunzător al calitatii,similare cu cele prevăzute drept ca si condiţie pentru obţinerea unei certificări SR EN ISO 9001. Documentul trebuie sa fie valabil la data prezentării lui*".

Pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor, ca urmare a transmiterii documentelor de calificare Entitatea Contractanta v-a solicitat clarificari privind cerinţa de calificare "dovada implementării unui sistem de management al calitatii, in

conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru **proiectare si execuţie** sisteme de distributie gaze natural", clarificari materializate prin adresa inregistrata sub nr. 2965/ 27.12.2016 Prin adresa inaintata sub nr. 2446/29.12.2016 ati răspuns Entitatii Contractante dupa cum urmeaza:

„In ceea ce priveşte cerinţa 1 societatea a depus certificatele ISO 9001 nr. 26489/04/R precum si autorizaţiile emise de ANRE tip PDS nr. 15078/09.02.2015 si respectiv EDS 15079/09.02.2015 documente care atesta faptul ca societatea deţine procedurile necesare efectuării categoriilor de lucrări care fac obiectul prezentei proceduri intrucat in caz contrar este imposibila obţinerea celor doua autorizata in conformitate cu Ordinul 98/2015. Ataşam prezentei procedurile de lucru din cadrul sistemului integrat care dovedesc cele mentionate anterior".

Comisia de Evaluare a considerat răspunsul ca fiind neconcludent din urmatoarele considerente:

- Certificatele ISO 9001 depuse nr. 26489/04/R si C nr. 2116 nu fac dovada implementării unui unui sistem de management al calitatii, in conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru activitatea principala de proiectare, astfel cum entitatea a impus in mod imperativ la nivelul cerinţei de calificare;

- Autorizaţiile depuse de ofertant in cadrul documentelor de calificare, respectiv autorizaţiile ANRE tip PDS nr. 15078/09.02.2015 si respectiv EDS 15079/09.02.2015 fac dovada indeplinirii cerinţei privind capacitatea de exercitare a activitatii profesionale nefiind in masura sa prezume astfel cum susţine ofertantul dovada implementării unui sistem de management al calitatii, in conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent pentru activitatea de **proiectare**.

- Autorizaţiile ANRE nu fac dovada echivalentei cu certificatul ISO 9001 neincadrandu-se nici in categoria alte probe/dovezi care confirma asigurarea unui nivel corespunzător al calitatii, similare cu cele prevăzute drept ca si condiţie pentru obţinerea unei certificări SR EN ISO 9001.

Legat de procedurile proprii de lucru depuse, Entitatea Contractanta a considerat ca aceste documente nu sunt in masura sa faca dovada asigurarii unui nivel corespunzător al calitatii, similare cu cele prevăzute drept ca si condiţie pentru obţinerea unei certificări SR EN ISO 9001.

Entitatea Contractanta a solicitat pentru ofertanţii care nu deţin un certificat de atestare a implementării standardului solicitat, ISO 9001 sau echivalent, orice alte probe sau dovezi prezentate de operatorul economic respectiv, în măsura în care probele/dovezile prezentate confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calităţii. In cauză, ofertantul pentru a putea demonstra că are „implementat şi menţine" un sistem de management al calităţii ar fi trebuit să facă dovada că a făcut obiectul unor auditări externe care să confirme acest fapt. Pentru a fi considerat document echivalent care să confirme implementarea şi menţinerea unui sistem de management al calităţii conform cerinţelor standardului ISO 9001 , era necesar un raport de audit, documente care să dovedească derularea procesului de certificare a sistemului de calitate la nivelul societăţii, procedură care se finalizează prin emiterea unui certificat.

Sublinierile aparțin entității contractante.

Niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește existența cerinței de calificare constând în obligația ofertantului de a prezenta o dovadă că are implementat sistemul de management al calității în conformitate cu SR EN ISO 9001 sau echivalent, pentru proiectare și execuție sisteme de distribuție gaze naturale. Din interpretarea logică și gramaticală a modului de redactare al cerinței rezultă că sistemul de management al calității trebuie raportat la standardul ISO 9001 sau echivalent, iar proiectarea și execuția sistemelor de distribuție gaze naturale intră sub incidența Ordinului preşedintelui Autorităţii Naţionale de Reglementare în Domeniul Energiei nr. 98/2015 privind aprobarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor

naturale şi a condițiilor-cadru de valabilitate aferente autorizațiilor. Așadar, certificarea managementului calității este supusă ISO 9001 sau echivalent, iar nu Ordinului nr. 98/2015, al cărui obiect de reglementare este altul – stabilirea condițiilor, termenelor şi procedurilor de acordare, prelungire, modificare, suspendare şi retragere a autorizațiilor pentru activitățile de proiectare, execuţie şi exploatare a obiectivelor/sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale [art. 1 din alin. (1) din regulamentul aprobat prin ordin, regulament care se aplică operatorilor economici care solicită acordarea/prelungirea/modificarea/suspendarea/retragerea autorizaţiilor pentru activităţile de proiectare, execuţie şi exploatare a obiectivelor/sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale].

În privința modalității de îndeplinire a cerinței de calificare, ofertanții erau ținuți să prezinte un certificat emis de un organism de certificare sau alte probe/dovezi care confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității, similare cu cele prevăzute drept condiție pentru obținerea certificării SR EN ISO 9001.

Din parcurgerea celor peste 40 de clarificări furnizate de achizitor la cererile operatorilor se observă că niciuna nu tratează cerința de calificare aflată în dezbatere, respectiv că niciun operator, SC ..... SRL sau altul, nu s-a arătat interesat de clarificarea ei.

Plecând de la definiția „autorizației/licenței”, dată la art. 100 pct. 8 din Legea energiei electrice şi a gazelor naturale nr. 123/2012, de „act administrativ individual emis de ANRE, acordat unei persoane fizice sau juridice, pentru exercitarea unui drept şi executarea unor obligaţii”, precum și de la definiția „autorizației”, regăsită în regulamentul aprobat prin Ordinul nr. 98/2015, de „act administrativ individual emis de către ANRE prin care se acordă dreptul unui operator economic să desfăşoare activităţi de proiectare, de execuţie sau de exploatare pentru obiective/sisteme din domeniul gazelor naturale, cu respectarea condiţiilor de valabilitate asociate”, Consiliul stabilește că niciuna dintre autorizațiile specifice (de tip PDS, EDS, PDI sau EDI) aduse de SC ..... SRL nu pot suplini certificatul de management al sistemului de calitate ISO 9001. Nici Ordinul preşedintelui Autorităţii Naţionale de Reglementare în Domeniul Energiei nr. 89/2009 privind aprobarea regulamentelor pentru autorizarea şi verificarea persoanelor fizice şi a operatorilor economici care desfăşoară activităţi de proiectare, execuţie şi exploatare în domeniul gazelor naturale și nici Ordinul nr. 98/2015 nu sunt în măsură a valida o concluzie precum cea promovată de societatea contestatoare.

Indiferent dacă regulamentele pentru autorizarea şi verificarea operatorilor economici care desfăşoară activităţi de proiectare, execuţie şi exploatare în domeniul gazelor naturale prescriu, drept condiție pentru autorizare, aducerea de către operatori a unui act de

certificare a sistemului de management al calităţii, în copie, sau extras din manualul calităţii, respectiv procedurile operaţionale şi instrucţiunile de lucru, autorizația pe care o va obține operatorul economic nu constituie un act de certificare a sistemului de management al calităţii prin prisma ISO 9001. Alta este semnificația legală și funcțiunea autorizațiilor specifice, după cum reiese din textele normative expuse anterior.

ISO 9001 constituie un standard internațional ce cuprinde cerințe specifice unui sistem de management al calității pentru orice companie.

Potrivit Asociaţiei de Standardizare din România (organismul naţional de standardizare recunoscut prin hotărâre a Guvernului, notificat Comisiei Europene), SR EN ISO 9001:2015 „specifică cerinţele pentru un sistem de management al calităţii atunci când o organizaţie: a) are nevoie să demonstreze capabilitatea sa de a furniza consecvent produse şi servicii care satisfac cerinţele clientului şi cerinţele legale şi reglementate aplicabile şi b) urmăreşte să crească satisfacţia clientului prin aplicarea eficace a sistemului, inclusiv a proceselor pentru îmbunătăţirea sistemului şi asigurarea conformităţii cu cerinţele clientului şi cu cerinţele legale şi reglementate aplicabile. Toate cerinţele acestui standard sunt generice şi sunt destinate a fi aplicabile oricărei organizaţii, indiferent de tipul sau mărimea sa, ori de produsele şi serviciile pe care le furnizează."

„Familia de standarde ISO 9000 a fost elaborată pentru a ajuta organizaţiile, indiferent de tip, mărime şi produsul furnizat, să proiecteze, să implementeze şi să conducă eficace sistemele de management al calităţii."

Potrivit Legii nr. 163/2015 privind standardizarea naţională, conformitatea cu un standard semnifică „îndeplinirea tuturor cerinţelor dintr-un standard", iar oricine declară conformitatea cu un standard român, printr-o marcă, declaraţie sau certificat, trebuie să facă dovada deţinerii în mod legal a standardului respectiv în condiţiile legii amintite. Standardele române sunt standardele care se elaborează şi se aprobă în cadrul standardizării naţionale. Ele se identifică cu indicativul alcătuit din sigla SR, numărul standardului şi anul publicării acestuia. Sigla SR semnifică „standard român" şi se aplică numai pe standardele române. Atunci când standardele române adoptă standarde europene şi/sau internaţionale, sigla SR va fi urmată de combinaţia de litere care identifică standardele europene şi/sau internaţionale adoptate.

În speță, SC ..... SRL a furnizat ..... SA, în vederea îndeplinirii cerinței de calificare, certificatul ISO 9001:2008 nr. 26489/04/R, eliberat de Rina Simtex-OC SRL, pentru următoarele domenii de activitate:

LABORATOR METROLOGIC - B-DUL BASARABILOR NR. 94, ..., JUD. ....., ROMANIA: ACTIVITATI DE TESTARI SI ANALIZE TEHNICE.

MAGAZIN - STR. ELENA CUZA, BL. E6, PARTER, ..., JUD. ....., ROMANIA: COMERT CU RIDICATA PENTRU ARTICOLE SI PRODUSE FARA O SPECIALIZARE PARTICULARA. PROIECTARE PENTRU INSTALATII SANITARE SI DE INCALZIRE CENTRALA.

ATELIER DE REPARATII - STR. TUDOR VLADIMIRESCU NR. 1, PITESTI, JUD. ....., ROMANIA: PRODUCTIA DE APARATURA SI INSTRUMENTE DE MASURA, VERIFICARE SI CONTROL. ALTE ACTIVITATI DE SERVICII SUPORT PENTRU INTREPRINDERI. PROIECTARE PENTRU INSTALATII SANITARE SI DE INCALZIRE CENTRALA.

Activitati desfasurate in afara sediului social si a sediilor secundare: LUCRARI DE INSTALATII SANITARE SI DE INCALZIRE CENTRALA. COLECTAREA, TRATAREA SI DISTRIBUTIA APEI. COLECTAREA SI EPURAREA APELOR UZATE. LUCRARI DE IMBUNATATIRI FUNCIARE. LUCRARI DE CONSTRUCTII A PROIECTELOR UTILITARE PENTRU FLUIDE.

Acest certificat este similar celui nr. IT-85298, eliberat de „IQNet” și „Cisq”, în care figurează aceleași domenii de activitate.

Din lecturarea acestora se observă că ele nu acoperă certificarea SR EN ISO 9001 sau echivalent aferentă domeniului proiectare sisteme de distribuție gaze naturale, astfel cum a impus autoritatea în fișa de date. Nici certificatul seria C nr. 2116/ 13.05.2014, emis de „Management Certification” nu include certificarea pentru acest domeniu, deci nu poate fi valorificat în sensul îndeplinirii cerinței de calificare.

În atare situație, entitatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului, cu adresa nr. 2965/27.12.2016, iar acesta a răspuns, după cum urmează: *„societatea a depus certificatele ISO 9001 nr 26489/04/R precum si autorizaţiile emise de ANRE tip PDS nr. 15078 /09.02.2015 si respectiv EDS 15079 /09.02.2015 documente care atesta faptul ca societatea deţine procedurile necesare efectuării categoriilor de lucrări care fac obiectul prezentei proceduri întrucât în caz contrar este imposibilă obţinerea celor două autorizaţii in conformitatea cu prevederile Ordinului 98/2015. Ataşam prezentei procedurile de lucru din cadrul sistemului integrat de calitate care dovedesc cele mentionate anterior*.”

A fost atașată procedura de lucru *PO-SD. Proiectarea și avizarea proiectelor tehnice pentru obiectivele/sistemele de distribuție a gazelor naturale*, procedură ce *„descrie etapele care se parcurg în vederea urmăririi derulării activității de proiectare pentru obiectivele și/sau sistemele de distribuție a gazelor naturale, respectiv verificarea și avizarea acestora de către un verificator de proiecte autorizat ANRE, din faza de contractare a serviciului, până în faza de începere a execuției*”. Această procedură, în cele 14 pagini ale sale, nu amintește nimic despre standardul de calitate SR EN ISO 9001 și, în mod evident, nu poate fi reținut că probează îndeplinirea tuturor cerințelor din acel standard, după cum prescrie Legea nr. 163/2015, când definește conformitatea cu un standard.

Aceeași concluzie se vădește a fi valabilă și în privința procedurii de lucru PL-02. Procesul de execuție sisteme de distribuție gaze naturale, care totalizează 4 pagini, care își declară drept scop: „stabilirea metodologiei de lucru pentru ținerea sub control a procesului de execuție a sistemelor de distribuție gaze naturale, cu ajutorul planului calității, în cadrul organizației ..... SRL”.

Cele două proceduri nu sunt în măsură să acopere nici exigențele Regulamentului privind conducerea şi asigurarea calităţii în construcţii, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 766/1997, cum sunt:

Art. 5. - Pentru agenţii economici implicaţi în activitatea de realizare a construcţiilor se recomandă ca aplicarea conducerii şi asigurării calităţii în construcţii să fie însoţită şi de obţinerea certificării profesionale, **atestată pentru domeniile de specialitate ale obiectului lor de activitate**.

Art. 6. - Agenţii economici şi persoanele juridice care aplică sistemul calităţii pe baza standardelor SR EN ISO seria 9000, precum şi beneficiarii contractelor încheiate cu aceştia pot solicita **certificarea sistemului respectiv de către organisme de certificare acreditate** în acest scop.

Art. 13. - În situaţia în care sistemul calităţii, aplicat pe baza standardelor SR EN ISO seria 9000, nu este certificat, **documentele principale ale sistemului calităţii vor fi avizate de organisme acreditate**, în condiţiile legii, în următoarele cazuri:

- pentru participarea la licitaţii;

- pentru construcţii având categoria de importanţă excepţională sau deosebită;
- pentru construcţiile finanţate din fondurile statului;
- pentru alte cazuri în care aceste documente pot fi opozabile.

Art. 14. - Organizarea aferentă conducerii şi asigurării calităţii în construcţii, integrată în sistemul general de organizare şi funcţionare a agentului economic sau a persoanei juridice, trebuie să cuprindă:

- definirea politicii privind calitatea, a obiectivelor, a metodelor de conducere şi a responsabilităţilor privind implementarea şi funcţionarea conducerii şi asigurării calităţii;
- identificarea problemelor reale sau potenţiale în materie de calitate, stabilirea de soluţii pentru rezolvarea lor şi urmărirea aplicării acestora;
- organizarea, învestirea cu autoritatea şi cu competenţele necesare şi asigurarea independenţei compartimentelor şi a personalului de asigurare a calităţii şi de control al calităţii;
- asigurarea mijloacelor şi resurselor adecvate pentru aplicarea politicii calităţii şi realizarea obiectivelor acesteia;
- formarea şi instruirea personalului implicat în asigurarea şi controlul calităţii;
- analizarea periodică, de către conducerea unităţii, a conducerii şi asigurării calităţii sub aspectul eficacităţii şi satisfacerii cerinţelor specificate.

Art. 15. - Condiţiile referitoare la sistemul calităţii, aplicat pe baza standardelor SR EN ISO seria 9000, corelate cu celelalte elemente ale acestui sistem, faţă de care se stabilesc cerinţele specifice ale diferitelor modele de asigurare a calităţii, sunt următoarele:

- responsabilitatea managementului - analiza sistemului;
- sistemul calităţii - documente;
- analiza contractului;
- controlul proiectării;
- controlul documentelor şi al datelor;
- aprovizionarea;
- controlul produsului furnizat de client;
- identificarea şi trasabilitatea produsului (lucrării);
- controlul proceselor;
- inspecţii (control) şi încercări;

- controlul echipamentelor de inspecţie, măsurare şi încercare;
- stadiul inspecţiilor (controlului) şi al încercărilor;
- controlul produsului (lucrării) neconform;
- acţiunile corective şi preventive;
- manipularea, depozitarea, ambalarea, conservarea şi livrarea;
- controlul înregistrărilor calităţii;
- auditurile interne ale calităţii;
- instruirea;
- service şi urmărirea comportării lucrărilor;
- tehnicile statistice.

În cadrul sistemului calităţii, elaborat şi aplicat de către agenţii economici şi persoanele juridice, se reţin acele condiţii referitoare la sistemul calităţii care corespund modelului de asigurare a calităţii adoptat conform art. 19 şi care sunt specifice etapei şi activităţilor ce fac obiectul contractelor încheiate: proiectare, fabricaţie, execuţie.

Art. 19. - În domeniul construcţiilor se aplică trei modele, notate cu 1, 2 şi 3, reprezentând niveluri distincte de asigurare a calităţii, corespunzătoare standardelor SR EN ISO seria 9001; SR EN ISO seria 9002 sau SR EN ISO seria 9003, diferenţiate între ele, în principal, prin numărul şi conţinutul cerinţelor de asigurare a calităţii faţă de elementele şi condiţiile referitoare la sistemul calităţii, luate în considerare, care descresc de la modelul 1, cel mai complex şi mai pretenţios, spre modelul 3, mai simplu şi mai puţin pretenţios în ceea ce priveşte numărul şi nivelul cerinţelor şi al condiţiilor.

SC ..... SRL nu a reușit să producă în fața entității contractante documente probante în sensul satisfacerii tuturor condițiilor impuse de SR EN ISO 9001 ori echivalent. De asemenea, nici nu a prezentat entității, în timp util, vreun document prin care un organismul notificat să fi evaluat sistemul de management al calităţii pentru a stabili dacă acesta îndeplineşte cerinţele standardului pentru domeniul proiectare sisteme de distribuție gaze naturale. Prevederea din documentația de atribuire a fost clară: „Se va prezenta un certificat emis de un organism de certificare sau alte probe/dovezi care confirma asigurarea unui nivel corespunzator al calitatii, similare cu cele prevazute drept ca si conditie pentru obtinerea unei certificari SR EN ISO 9001.”

Cele două proceduri de lucru aduse de SC ..... SRL nu confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calității și, în plus, ofertantul nu a demonstrat în niciun fel că sunt similare cu cele prevăzute drept condiție pentru obținerea unei certificări SR EN ISO 9001. Nici referatul domnului inginer Dinu Preda, datat 04.09.2013, nu este în măsură să constituie o asemenea dovadă, concluzia din referat mărginindu-se la constatarea caracterului corespunzător al unui proiect tehnic pentru Primăria Târgu Mureș, iar nu a certificarea sistemului de management de calitate la nivelul SC ..... SRL.

Indiferent de versiune, standardul SR EN ISO 9001 - *Sisteme de management al calităţii. Cerinţe*, în cele aproximativ 40 de pagini ale sale, include zeci, dacă nu chiar sute de cerințe care trebuie îndeplinite pentru certificarea organizației, grupate pe capitole și secțiuni (Cerințe generale; Cerințe referitoare la documentație; Responsabilitatea managementului; Angajamentul managementului; Orientarea către client; Politica referitoare la calitate; Planificare; Responsabilitate, autoritate și comunicare; Analiza efectuata de

management; Managementul resurselor; Asigurarea resurselor; Resurse umane; Infrastructura; Mediu de lucru; Realizarea produsului; Planificarea realizării produsului; Procese referitoare la relația cu clientul; Proiectare și dezvoltare; Aprovizionare; Producție și furnizare de servicii; Controlul dispozitivelor de măsurare și monitorizare; Măsurare, analiza și îmbunătățire; Generalități; Monitorizare și măsurare; Controlul produsului neconform; Analiza datelor; Îmbunătățire).

De altminteri, faptul că societatea nu era certificată pentru domeniul proiectare sisteme de distribuție gaze naturale este întărit chiar de către raportul de audit nr. 17SX123 MQ și 17SX58 ME, urmat de certificatele noi emise de Rina Simtex-OC SRL, la 18.01....., ulterior finalizării evaluării ofertei și chiar depunerii contestației la Consiliu. Nicăieri, nu se specifică de către Rina Simtex-OC SRL că societatea contestatoare avea implementat anterior SR EN ISO 9001 în domeniul amintit ori că procedurile de lucru PO-SD (Proiectarea și avizarea proiectelor tehnice pentru obiectivele/sistemele de distribuție a gazelor naturale) și PL-02 (Procesul de execuție sisteme de distribuție gaze naturale) „confirma asigurarea unui nivel corespunzator al calitatii, similare cu cele prevazute drept ca si conditie pentru obtinerea unei certificari SR EN ISO 9001”.

La art. 195 din Legea nr. 99/2016 se prevede:

(1) Entitatea contractantă are dreptul de a impune operatorilor economici obligaţia prezentării unor certificări specifice, **acordate de organisme de certificare acreditate**, care atestă respectarea de către aceştia a anumitor standarde de asigurare a calităţii, inclusiv privind accesibilitatea pentru persoanele cu dizabilităţi, sau standarde ori sisteme de management de mediu.

(2) Entitatea contractantă are obligaţia, în conformitate cu principiul recunoaşterii reciproce, de a accepta certificate echivalente cu cele prevăzute la alin. (1), **emise de organisme de certificare acreditate stabilite în alte state membre**.

(3) În cazul în care se poate **demonstra** că un operator economic **nu a avut acces la un certificat de calitate** ori de mediu astfel cum este solicitat de entitatea contractantă sau nu are posibilitatea de a-l obţine în termenele stabilite, **din motive care nu îi sunt imputabile**, entitatea contractantă are obligaţia de a accepta orice alte probe sau dovezi prezentate de operatorul economic respectiv, în măsura în care probele/dovezile prezentate confirmă asigurarea unui nivel corespunzător al calităţii sau, după caz, al protecţiei mediului, echivalent cu cel solicitat de entitatea contractantă.

Contestatoarea nu a furnizat nici Consiliului și nici entității achizitoare vreo dovadă că nu a avut acces la un certificat de calitate ori că nu a avut posibilitatea de a îl obţine în timp util, din motive care să nu îi fi fost imputabile, cu cer prevederile reproduse din Legea nr. 99/2016.

Din toată pledoaria construită de contestatoare nu rezultă că a dovedit că are implementat un sistem de management al calităţii conform sau echivalent standardului ISO 9001 pentru domeniul aflat în discuție, la momentul ofertării ori măcar până la data finalizării evaluării ofertei sale. Ceea ce susţine reclamanta nu dovedeşte nici pe departe că a prezentat beneficiarei ..... SA probe care să

confirme asigurarea unui nivel corespunzător al calităţii echivalent ISO 9001, în domeniul proiectării. Actele atașate concluziilor scrise din 27.01..... sunt lipsite de relevanță, câtă vreme nu fac parte din ofertă și nu au fost supuse analizei comisiei de evaluare (nici nu aveau cum să fie supuse, întrucât au fost emise ulterior finalizării evaluării prin raportul nr. 14/04.01.....).

În considerarea celor evocate, văzând că SC ..... SRL nu a depus la autoritate documente care să dovedească îndeplinirea integrală a cerinţei de calificare, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta în referinţă.

Consecința lipsei din oferta reclamantei a unui certificat sau altui document care să probeze asigurarea managementului de calitate ISO 9001/echivalent și pentru proiectare constă în respingerea fără ezitare a ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 143 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 îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia 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 entității contractante, 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, de către fiecare ofertant în parte.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta SC ..... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor pentru lotul 1, la care a participat societatea. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu entitatea achizitoare ..... SA.

În aceeași direcție se situează și practica instanțelor judecătorești, elocvente fiind următoarele decizii, redate cu titlu exemplificativ:

a) decizia civilă nr. 1292/R din 14 aprilie 2014, Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal (Ofertant în curs de certificare a extinderii domeniilor pentru care are implementate ISO 9001 și 14001. Ofertă inadmisibilă.):

Instanța, examinând primul motiv al plângerii contestatoarei referitor la faptul că a îndeplinit condițiile de la cap. III.2.3.b din fișa de date a achiziției, reține cuprinsul

acestora: „Cerința nr. 1 - implementarea standardului de management al calității ISO 9001 sau echivalent: Ofertantul va prezenta un certificat emis de un organism independent care atestă faptul că acesta are implementat, conform ISO 9001, un sistem de management al calității pentru activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit. Operatorii economici care nu dețin un astfel de certificat vor furniza dovezi prin care să ateste conformitatea cu standardul specificat sau, dacă nu urmează aceleași metode standard, trebuie să dovedească că îndeplinesc nivelurile de performanță stabilite de acesta. Documentele trebuie să fie valabile la data limită de depunere a ofertelor. Cerința nr. 2 - implementarea standardului de management de mediu ISO 14001 sau echivalent: Ofertantul va prezenta un certificat emis de un organism independent care atestă faptul că acesta are implementat, conform ISO 14001, un sistem de management de mediu pentru activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit. Operatorii economici care nu dețin un astfel de certificat vor furniza dovezi prin care să demonstreze că acțiunile/activitățile pe care le aplică în îndeplinirea contractului de lucrări, nu afectează mediul. Documentele trebuie să fie valabile la data limită de depunere a ofertelor.”

Este prevăzută și modalitatea de îndeplinire a cerințelor, prin prezentarea certificatelor sau a dovezilor mai sus precizate.

În speță, autoritatea a solicitat contestatoarei să prezinte documentele solicitate la cap. III.2.3.b, întrucât din certificatele depuse nu reiese atestarea implementării sistemului de management de mediu și de management al calității pentru activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit.

Contestatoarea comunică documentele justificative din care reiese extinderea certificatelor pentru activitățile care fac obiectul contractului, respectiv: adeverința prin care se demonstrează declanșarea procedurii de certificare (extindere), actul adițional nr. 4 la contractul de certificare, factura fiscală și ordinul de plată, prin care demonstrează declanșarea procedurii de extindere a sistemului integrat pentru activitățile (domeniile) specifice solicitate.

Din adeverință reiese că a fost încheiat cu contestatoarea, în urma comenzii ferme, actul adițional nr. 4 la contractul de certificare nr. 11864/2009, de extindere a domeniului de certificare a sistemului de management integrat calitate - mediu - sănătate și securitate ocupațională, conform standardelor ISO 9001:2008, ISO 14001:2004 și OHSAS 18001:2007 pentru următoarele activități: transporturi urbane, suburbane și metropolitane de călători; alte transporturi terestre de călători; alte lucrări speciale de construcții (construcții fundații, inclusiv fixarea pilonilor). S-a precizat că procesul de extindere a certificării este în derulare, iar auditul va fi programat în funcție de disponibilitatea auditorilor și a societății.

Instanța constată că autoritatea contractantă a solicitat oricărui ofertant în cadrul procedurii să îndeplinească mai multe cerințe de calificare, între care și cea prevăzută de cap. III.2.3.b, al cărei conținut a fost expus mai sus. Contestatoarea nu a depus certificatele în discuție, solicitate de autoritatea contractantă, arătând ulterior, în urma solicitării efectuate de autoritate, că se află în procedura de obținere a acestor certificate. Deci, prima cerință nu a fost îndeplinită la data depunerii ofertelor.

Contestatoarea a susținut că situația se încadrează în cea de a doua cerință, alternativă, respectiv, în cazul certificatului ISO 9001, a dovezilor care atestă conformitatea cu aceste standarde sau care arată că îndeplinesc nivelurile de performanță stabilite de acestea, iar în cazul certificatului ISO 14001, a dovezilor dovezi prin care să demonstreze că acțiunile/activitățile pe care le aplică în îndeplinirea contractului de lucrări, nu afectează mediul. Instanța constată că contestatoarea, care nu avea aceste certificate, se afla în procedura de obținere a acestora, iar această stare de fapt nu se include în sfera de cuprindere a dovezilor indicate în fișa de date a achiziției, care se referă la orice dovezi care privesc faptul că oferta sa tehnică este conformă cu standardele sau că îndeplinește nivelurile de performanță ale acestora ori nu afectează mediul.

Ca urmare, instanța constată că primul motiv al plângerii se dovedește a fi nefondat, față de art. 34 alin. (1), art. 36 alin. (1) lit. b), art. 37, 81 și 82 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

b) decizia nr. 682 din 28 februarie 2007, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal (Este adevărat că petenta a inclus în ofertă adeverința din care rezultă că se află în proces de certificare, însă aceasta nu suplinește lipsa certificatului. Totodată, manualul de management al calității adus este un act general întocmit de către societatea petentă, care nu poate asigura cerința impusă de autoritate și nici nu răspunde condiției de orice alte probe sau dovezi care să certifice calitatea.).

Relativ la cea de a doua contestație, depusă de SC ..... SA, Consiliu are în vedere următoarea cerință din fișa de date a achiziției, constând în aducerea de către fiecare ofertant a „cazierului judiciar al operatorului economic si al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia, asa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC/actul constitutiv".

Particula disjunctivă „sau" din redactarea fișei are funcția de a separa cele două posibilități ale ofertanților. Mai mult, virgula situată în fața acesteia vine să întărească funcția separatoare a opțiunilor.

Redactorii fișei de date nu au exprimat înțelesul sintagmei „celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul operatorului economic", inspirată din textul art. 177 din Legea 99/2016:

(1) Entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informaţiilor şi documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoştinţă în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanţe judecătoreşti, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracţiuni: [...]

(2) Obligaţia de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispoziţiile alin. (1), se aplică şi în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic **sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia**.

La procedură, societatea contestatoare a furnizat entității achizitoare, prin adresa nr. 12787/07.12.2016, certificatele de cazier judiciar pentru SC ..... SA, Cilibia Dumitru-Ion (administrator), Constantinescu Viorel-Gheorghe (director general), Stere Elena (director economic), Roșculeț Adrian (director tehnic), Abaseacă Marin (administrator) și Petre Marin-Marcel (administrator), care figurează în certificatul constatator de la Oficiul Național al Registrului Comerțului nr. 526539/05.12.2016. Prin urmare, societatea s-a achitat de datoria de a prezenta achizitoarei cazierele judiciare al său și ale „membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere".

Întrucât cerința din fișa de date a achiziției a fost elaborată la modul reprodus anterior, respectiv a inclus disjuncția „sau", care a permis ofertantului să aleagă între a aduce, pe lângă propriul cazier,

fie pe cele ale „membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic”, fie pe cele ale „celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control in cadrul acestuia”, Consiliul apreciază că ofertantul nu era ținut să aducă și cazierele acestora din urmă. Situația se prezintă astfel și îndoielile pe care stilul de redactare a cerinței le aruncă asupra modului de îndeplinire a ei justifica aplicarea argumentului de interpretare in dubio pro reo [prin analogie, art. 1.269 alin. (1) C. civ.]. Așadar, îndoiala profită SC ..... SA, iar nu ..... SA.

În plus, trebuie observat că cerința fișei de date nu concordă cu dispoziția art. 177 alin. (2) din Legea 99/2016, neconcordanță care, de asemenea, profită operatorilor economici și nu le poate fi imputată. Neconcordanță există și față de art. 106 din Regulamentul (UE, Euratom) nr. 966/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 25 octombrie 2012 privind normele financiare aplicabile bugetului general al Uniunii și de abrogare a Regulamentului (CE, Euratom) nr. 1605/2002 al Consiliului (utilizat, probabil, ca reper legislativ general).

Interpretarea noastră este de ordin funcţional şi tributară lui *in dubio pro reo*, în sensul că, dacă persoana optează să depună cazierele judiciare pentru personalul din prima categorie, cerința etalon se consideră îndeplinită și nu poate fi obligată să le depună și pentru personalul pentru cea de a doua. Altminteri, disjuncția „sau” nu ar diferi cu nimic de conjuncția „și”, preferată și înlocuită nepermis de către comisia de evaluare în etapa evaluării ofertelor.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese, la un moment dat, de către o autoritate 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.

Problema verificării admisibilității ofertei prin prisma altei cerințe de calificare, desprinsă din reformularea celei inițiale, este tranșată în sensul că entitatea contractantă nu își poate întemeia decizia de admitere sau respingere a oferte pe eventuala lipsă a unor documente de calificare care nu au fost cerute, pentru alte persoane sau față de care ofertantul avea un drept de opțiune ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație, afirmație valabilă și pentru ipoteza controlului jurisdicțional. 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). Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54 – principiul egalității de tratament al ofertanților, precum și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă

întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și

care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte).

În atari circumstanțe, devine de prisos cercetarea și tranșarea de către organul administrativ-jurisdicțional a disputei dacă acționarii respectivei societăți pe acțiuni au sau nu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acesteia. Cu titlu colateral, cazierele judiciare ale domnilor ...-Ion, ...și ..., atașate contestației, reflectă inexistența vreunor antecedente ale acestora.

Raportat la cele înfățișate, Consiliul determină că, în mod nelegal, autoritatea a respins oferta SC ..... SA sub aspectul dezbătut mai sus, situație de natură să atragă infirmarea rezultatului procedurii de atribuire pentru lotul 18. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia SC ..... SA nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... SA, va anula raportul procedurii nr. 78/12.01..... şi va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei contestatoarei şi la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, pentru lotul în cauză, cu respectarea documentației de atribuire şi a legislației privind achizițiile sectoriale.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente şi dependente de raportul procedurii, şi va obliga autoritatea să le comunice noul rezultat al procedurii de atribuire, pentru lotul 18, conform Legii nr. 99/2016 și normelor de aplicare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... SA.

Admite contestația SC ..... SA nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... SA, şi anulează raportul procedurii nr. 78/12.01....., precum şi adresele entității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii pentru lotul 18. Obligă entitatea la reevaluarea ofertei SC ..... SA, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, pentru lotul 18, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire şi a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei şi aprobarea noului raport al procedurii, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii pentru lotul 18, potrivit legislației aplicabile.

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 cinci exemplare, conține treizeci și trei de pagini.