CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 9605/12.11.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46958/13.11.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., având domiciliul ales în vederea comunicării actelor de procedură la punctul de lucru din ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin ... - administrator și director general, formulată împotriva actelor emise pentru loturile nr. 1, 3, 4, 5, 9, 10, 13 și 15 și anume specificațiile tehnice, caietul de sarcini pentru ..., clauze contractuale obligatorii (proiect contract furnizare), raportul intermediar-parțial al procedurii FN din 29.10.2018, prin care s-au pus în aplicare decizia CNSC nr. ... și Hotărârea ... nr. 3880/2017 și s-a dispus de către ... calificarea și selectarea candidaturilor depuse de către SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, asocierea SC ... SRL - ... și de invitare a acestora în etapa de depunere a ofertei, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă organizată pentru atribuirea contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației, așa cum a fost formulată, și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, respectiv:

- anularea în parte a actelor: caiet de sarcini, specificații tehnice și clauze contractuale obligatorii, deoarece nu au fost implementate măsurile dispuse de CNSC și menținute de către ... privind anumite cerințe tehnice;

- emiterea unor noi acte: caiet de sarcini, specificații tehnice și clauze contractuale obligatorii, în care să fie implementate măsurile dispuse de CNSC și menținute de către ... privind anumite cerințe tehnice;

- anularea adresei de comunicare a rezultatului etapei I de calificare și selecție și a invitației de participare la etapa a II-a de ofertare adresate candidaților nelegal selectați, a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu oferta a candidaților nelegal selectați;

- reevaluarea candidaturilor depuse de către candidații nelegal selectați, prin aplicarea strictă a prevederilor documentației de atribuire și, în consecință, emiterea unui nou raport intermediar al procedurii aferent etapei I în care să fie înscrise în mod obiectiv modalitățile de îndeplinire a cerințelor de calificare și selecție, cu consecința respingerii candidaturilor depuse de către candidații nelegal selectați ca neîndeplinind criteriile de calificare și selecție, așa cum au fost prevăzute în documentația de atribuire.

Prin Încheierea nr. ..., s-a admis solicitarea SC ... SRL de suspendare a procedurii de licitație restrânsă organizată de către ....

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

Consiliul a fost sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL, critică nelegalitatea actelor autorității contractante emise pentru loturile nr. 1, 3, 4, 5, 9, 10, 13 și 15 și anume Specificațiile tehnice aferente, Caietul de sarcini pentru ..., Clauze contractuale obligatorii (Proiect contract furnizare), Raportul intermediar - parțial al procedurii FN din 29.10.2018, prin care s-au pus în aplicare decizia CNSC nr. ... și Hotărârea ... nr. 3880/2017 și s-a dispus de către ... calificarea și selectarea candidaturilor depuse de către SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, asocierea SC ... SRL - ... și de invitare a acestora în etapa de depunere a ofertei

În preambul, SC ... SRL menționează că nu datorează cauțiune, deoarece contestația nu se încadrează în condițiile prevăzute de Legea nr. 101/2016, modificată prin OUG nr. 45/2018, privind constituirea cauțiunii prevăzute la art. 61^1, prevederile acestui articol neaplicându-se procedurilor derulate în baza OUG nr. 114/2011, din moment ce în cuprinsul acestui articol sunt enumerate în clar procedurile de atribuire cărora li se aplică, respectiv exclusiv celor derulate în baza Legilor nr. 98/2016, nr. 99/2016 și nr. 100/2016. Astfel, având în vedere că pragurile stabilite pentru procedurile organizate în baza OUG 114/2011 sunt diferite de cele prevăzute prin cele 3 acte normative menționate, ele trebuiau precizate clar în textul acestui articol dacă intenția

legiuitorului era aceea de a stabili o cauțiune și pentru contestațiile formulate în cadrul procedurilor organizate în baza OUG nr. 114/2011. De asemenea, arată petenta, trebuie avut în vedere că cele 5 acte normative de bază din materia achizițiilor publice - Legea nr. 98/2016, Legea nr. 99/2016, Legea nr. 100/2016, Legea nr. 101/2016 și OUG nr. 114/2011 - sunt acte normative speciale, de rang egal, iar prevederile lor trebuie interpretate strict.

În acest sens, contestatoarea învederează și art. 10 Cod Civil: Interzicerea analogiei: „Legile care derogă de la o dispoziție generală, care restrâng exercițiul unor drepturi civile sau care prevăd sancțiuni civile se aplică numai în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege”, prevederile art. 20 alin. (2) din OUG nr. 114/2011, astfel cum a fost Nu în ultimul rând este relevant răspunsul Președintelui CNSC la plângerea prealabilă formulată de SC ... SRL împotriva Hotărârii plenului Consiliului dată în interpretarea art. 61^1.

Referitor la calitatea de persoană vătămată, contestatoarea susține că are un interes legitim în participarea în procedură, care este profund vătămat de actualele acte ale autorității contractante, fiind unul dintre furnizorii principali de produse ... pentru instituțiile armate ale României, având o experiență de 15 ani în participarea la procedurile de achiziție de astfel de produse. Vătămarea rezultă în mod cert din faptul că fiind candidat selectat și invitat în etapa de ofertare și având cea mai semnificativă experiență similară dintre toți candidații selectați, se află în situația de a-i fi periclitată șansa de a deveni contractant pentru unele dintre loturile obiect al procedurii din cauza unor specificații tehnice cu cerințe restrictive și a unor prevederi ale caietelor de sarcini contrare celor ale documentației de atribuire.

În fapt, contestatoarea precizează următoarele:

1. Caietele de sarcini și modelul de contract conțin prevederi contrare deciziei CNSC, menținută de ..., astfel:

1.1. Referitor la modificarea duratei contractului, autoritatea contractantă a desconsiderat dispoziția CNSC și a impus un termen de 120 de zile pentru loturile 6-19 și 90 zile pentru lotul 20 și a menținut sintagma „dar nu mai târziu de "în modelul de contract, situație care conduce la nelegalitatea actelor, fiind necesară remedierea.

2. Specificațiile tehnice nu au fost modificate în conformitate cu dispozițiile CNSC:

Lotul 3 - ...

Referitor la cerința 3.1.2.1, autoritatea contractantă a menținut cerințele nelegale, desconsiderând în tot dispoziția CNSC, aceasta trebuind a fi modificată în sensul dispus de CNSC, inclusiv pentru lotul 4.

Lotul 4 - ...

Referitor la cerințele 3.3, 3.3.6.1 și 3.3.7.1, privind materialul cutiei mecanismelor și acoperirea prin eloxare, CNSC a dispus că ele trebuie modificate pentru aceleași motive și în același mod ca cele de la lotul nr. 3 cerința 3.3, iar ... a modificat cerințele prin indicarea unui

standard caracteristic exclusiv ..., care nu are echivalent în UE și nu este obligatoriu de aplicat de către fabricanții din UE, prin aceasta restricționându-se concurența. În plus, trimiterea la acest standard menține procedeul de eloxare, considerat restrictiv de către Consiliu și nu reprezintă o reformulare legală, în sensul celor dispuse de către acesta, prin referirea la cerințe funcționale sau de performantă. Această situație se întâlnește și la lotul 3, unde trebuie implementate aceleași măsuri.

Or, cerințele de performanță se formulează prin cerința unei „rezistență corespunzătoare efortului de ... și a unei rezistențe superioare la coroziune și abraziune” și prin aceea de a „oferi o funcționare lină a elementelor în mișcare”, deziderat care se poate realiza la nivelul tehnologic actual inclusiv prin aplicarea de vopseluri speciale. O cerință funcțională este aceea ca „...”.

Petenta solicită reformularea cerințelor greșit implementate de către ..., în sensul celor de mai sus, inclusiv pentru lotul 3, conform deciziei CNSC.

3. Calificarea, selectarea și invitarea în etapa a II-a a procedurii a candidaților nelegal selectați este contrară considerentelor și dispozitivului deciziei CNSC, deoarece:

3.1 Referitor la neîndeplinirea criteriului privind capacitatea de exercitare a profesiei, solicitat la cap. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, prin care fiecare candidat trebuind să prezinte certificatul constatator emis de ONRC din care să rezulte că acesta „are în obiectul de activitate furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției”, contestatoarea arată că:

- în certificatul constatator emis de către ONRC pentru SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL nu există menționat obiectul de activitate comercializare de .... SC ... SRL și SC ... SRL, nu au nicio mențiune în acest sens, iar SC ... SRL are un text explicitat pentru unele coduri CAEN, dar acestea sunt aferente codului CAEN 4778, care autorizează doar vânzarea cu amănuntul în magazine specializate. SC ... SRL are un text explicitat exclusiv pentru operațiunile de import și intermediere, operațiuni care nu fac obiectul actualului contract.

- neîndeplinirea cerinței de către SC ... SRL a fost stabilită de Consiliu, prin decizia nr. ..., prin care autoritatea contractantă a respins candidatura ca urmare a reevaluării dispuse de Consiliu, aceasta aflându-se în aceeași situație și în această procedură;

- ca urmare a acestui considerent, constatându-se lipsa obiectului de activitate "comercializare" de ..., toate candidaturile depuse de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL trebuiau respinse.

- conform raportului intermediar nou întocmit, autoritatea contractantă, nici măcar nu reanalizează obiectul de activitate, deși situația candidaților nelegal selectați a făcut obiectul criticilor contestatoarei, iar CNSC a dispus în acest sens.

2.3 Privitor la cerința privind autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu ... pentru obiectul contractului, impusă prin pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, contestatoarea susține că:

- cerința nu este îndeplinită în mod corespunzător de către SC ... SRL, care deține o autorizație strict pentru import și intermediere, iar aceste operațiuni sunt distincte și diferite de cea de comerț/comercializare/vânzare. SC ... SRL poate doar să intermedieze autorității contractante găsirea unui furnizor de ... sau să îi importe acesteia cantitatea de ... pe care aceasta le-a cumpărat singură din afara teritoriului țării, dar nu are dreptul de a efectua în nume propriu nicio altă operațiune și cu atât mai puțin pe cea de vânzare. Consiliul a statuat în acest sens nu doar în decizia actuală, dar și în alte 2 decizii referitoare la situația SC ... SRL: decizia nr. ... și decizia nr. ...;

- refuzând să facă o analiză concretă a condițiilor de autorizare a SC ... SRL pentru operațiunea de comerț, dar și la situația concretă a contractului obiect al procedurii, autoritatea contractantă se referă la situații conjuncturale pe care refuză să le înțeleagă. Astfel, autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu ... este acordată de către organul de ... competent teritorial în baza avizului prealabil pentru introducerea în obiectul de activitate a operațiunilor cu ... și pentru 2 categorii de persoane: ... sau intermediari. Intermediarul nu poate efectua operațiunea de comercializare, așa cum este ea descrisă în Legea nr. 295/2004 pentru ..., deci nu poate efectua operațiunea de cumpărare și de vânzare a produselor, deoarece nu poate deține în proprietate ... obiect al operațiunii, conform art. 157 din HG nr. 11/2018;

- în reanalizarea candidaturii SC ... SRL, autoritatea contractantă a eludat norma legală privind diferențele între ... și intermediari, nu s-a raportat la tipul de contract pe care dorește să îl încheie și nu a analizat complet documentele de autorizare ale candidatului, a citat doar din definiția intermediarului, conchizând că dacă în definiția este precizat dreptul acestuia de a comercializa ..., și că, din moment ce autorizația conține operațiunea de intermediere, rezultă și că cerința este îndeplinită.

Această concluzie este profund eronată deoarece dreptul intermediarului de a comercializa ... este subsumat limitelor sale de acțiune, adică exclusiv ca prestare de servicii de intermediere. O comercializare în aceste condiții este doar cea prin "consignație", formă care nu este corespunzătoare contractului de furnizare de ... atribuit prin procedura actuală din moment ce ar însemna ca ... să încheie contractul de furnizare cu fabricantul produsului, nu cu SC ... SRL, cu care să aibă încheiat doar un contract de comision, situații imposibile în contractele de furnizare din materia achizițiilor publice;

- mai mult, SC ... SRL nu este autorizat pentru operațiunea de transport, impusă către autoritatea contractantă operatorului economic câștigător al contractului, prin clarificările comunicate înainte de data limită de depunere a candidaturilor.

2.5 Cu privire la neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, contestatoarea susține că niciunul dintre cei 4 candidați nelegal selectați nu îndeplinește cerința, deoarece:

- SC ... SRL nu a prezentat experiența sa similară dintr-un singur contract de aceeași valoare cu valoarea contractului. Acordul-cadru de ... încheiat cu ... a fost deja respins din analiză de către ..., iar contractele de ... nu pot fi avute în vedere, ele nefiind produse similare de tipul celor obiect al contractului, iar unul dintre ele a fost derulat în afara perioadei de 5 ani. În cazul contractelor de ... trebuie îndeplinită condiția valorică, nu cea cantitativă, având în vedere că 120 de ... nu sunt echivalentul a 120 de .... Cu toate acestea, indiferent de ce contract a fost avut în vedere, valoarea maximă a unui singur contract care poate fi avută în vedere este de 534.000 lei, ceea ce nu permitea calificarea acestuia pentru loturile nr. 2, 5 și 14;

SC ... SRL a prezentat în mod fals experiența sa similară, deoarece în formularul completat a indicat valoarea cu TVA a ceea ce a livrat în baza acordului-cadru, fapt care trebuia verificat de către autoritatea contractantă.

Reanalizând candidatura SC ... SRL, urmarea deciziei CNSC, ... a desconsiderat concluziile Consiliului, deoarece nu există, din nou, niciun considerent în raportul intermediar din care să rezulte în mod clar și transparent care contracte au fost avute în vedere, care sunt valorile exacte și modul de raportare a lor la fiecare lot în parte (valoric sau cantitativ), dacă valorile declarate de către candidat sunt cu TVA sau fără, singurele eligibile fiind cele fără TVA.

De exemplu, conform celor înscrise în raport, SC ... SRL a prezentat la data limită de depunere a candidaturilor un acord-cadru în valoare de 1.327.188,00 lei, din care a selectat, pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței „de a prezenta un singur contract de furnizare”, un contract subsecvent în valoare de 643.188,00 lei, fără a preciza dacă valoare este cu TVA sau fără. În urma solicitării de clarificări adresate de către ..., SC ... SRL clarifică experiența sa similară, prin invocarea unui acord-cadru cu valoare de 1.759.932,00 lei, cu aceeași valoare a contractului de furnizare ales pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței, ceea este contradictoriu cu cele declarate anterior și nu poate fi real, în condițiile în care acordul-cadru are același număr. Mai mult, la prima analiză a candidaturii, ... a respins unele contracte din analiză ca nefiind concludente (data de finalizare fiind ulterioară datei de depunere a candidaturilor sau anterioară limitei retroactive de 5 ani), excludere care în raportul actual nu se mai regăsește, în condițiile în care în toate răspunsurile la clarificări SC ... SRL nu a invocat decât un singur acord-cadru, practic redepunând de fiecare dată aceleași documente.

Astfel, autoritatea contractantă nu face altceva decât să îi permită ofertantului să își completeze în mod nepermis candidatura cu documente diferite față de cele inițial depuse, ceea ce este nelegal. De

exemplu, a invocat ulterior și 2 contracte de furnizare "...", pe care nu le-a prezentat și invocat odată cu depunerea candidaturii.

În acest sens și decizia CJUE din cauza C42/13 Cartiera dellAda SpA.

În aceste condiții, este evident că ... nu putea admite candidatura, aceasta neîndeplinind cerința de experiență similară cel puțin pentru loturile nr. 2, 5 și 14, care au valori mai mari decât valoarea contractului eligibil;

- situația candidatului SC ... SRL este similară, acesta prezentând inițial formularul de experiență similară al terțului susținător ..., în care prezintă un presupus contract în valoare de peste 6 milioane euro, fără a indica cantitatea contractului, menționând totodată că nu poate prezenta alte informații sau documente, prevalându-se de caracterul lor confidențial. La insistențele autorității contractante a depus, urmare unei solicitării de clarificări nelegală, deoarece avea obligația de a prezenta documentele probante încă de la început, un set de foi de magazie care indică doar cantități de produse, care nu fac referire la un contract anume și care nu confirmă livrarea efectivă a acestora și care nu sunt documente emise sau contrasemnate de clientul beneficiar. Nu se poate face nicio corelație între informațiile prezentate în formular și cele din pretinsele documente de confirmare a livrărilor.

În urma reanalizării candidaturii ca urmare a dispoziției Consiliului, ... cere și acestuia să își completeze în mod nepermis candidatura. Conform celor precizate în raport, SC ... SRL a depus un certificat constatator față de care ... nu prezintă detalii despre modalitatea concretă în care acesta răspunde cerinței.

SC ... SRL contestă faptul că cerința este îndeplinită în conformitate cu modul său de formulare în ceea ce privește numărul contractului, caracterul său de acord-cadru sau de contract de furnizare, modalitatea de executare a acestuia cu încadrarea în limitele temporale impuse, precum și cantitatea acestuia, apreciind că cerința nu este îndeplinită, motiv pentru care și ... a refuzat să prezinte în raport detaliile necesare care să permită un control de legalitate eficient.

Mai mult, este evident că documentul acum depus, sub rezerva că el chiar este edificator, fapt pe care Consiliul este ținut să îl analizeze, deoarece nu este edificator, se află în posesia terțului încă de la data limită de depunere a candidaturilor. Faptul că a refuzat în mod voit să îl depună, sub considerentul confidențialității, nu îi poate permite acum să îl invoce, deoarece este favorizat evident în raport cu SC ... SRL, care a prezentat încă de la început toate documentele probante cerute, unele având un grad de "sensibilitate" mult mai mare decât cel al terțului lui SC ... SRL, fiind nelegal ca acestuia să îi fie recunoscut un document depus după 3 solicitări de clarificări;

- o situație identică se regăsește și în cazul candidaților SC ... SRL și asocierea SC ... SRL - ..., candidaturile neputând fi admise;

- pentru candidatul SC ... SRL, care a recurs la susținerea lui ..., terțul său susținător nu a demonstrat livrările de produse similare în condițiile impuse de fișa de date a achiziției. Acesta a depus inițial o listă de livrări, dintre care unele erau deja ieșite din termenul de 5 ani, adică derulate în anul 2010, fără a depune niciun document probant care să confirme livrările, pretinzând că acestea sunt confidențiale.

Urmare a solicitării de clarificări, depune, la data de 17.02.2017, o nouă listă și unele documente probante, specificând, în mod lipsit de echivoc, în adresa nr. 964/17.02.2017, că „ne-a pus la dispoziție o nouă listă cu contracte desfășurate în ultimii 5 ani".

Dincolo de nelegalitatea de a permite înlocuirea experienței similare anterior depuse cu una nouă, se observă atitudinea favorizantă a ... prin faptul că ia în considerare un certificat de utilizator final din 03.03.2016, care este un document premergător unei tranzacții și are unicul scop de a permite emiterea unei licențe de export sau import, după caz, în niciun caz nu confirmă livrarea efectivă și fără obiecțiuni a produselor. Deci cerința este neîndeplinită chiar și în situația absurdă în care s-ar considera legală înlocuirea experienței similare inițiale.

- în ceea ce privește situația candidatului asocierea SC ... SRL - ..., sunt valabile aceleași considerente și critici ca în cazul SC ... SRL, fiind surprinzătoare modalitatea de acțiune. Astfel critica inițială, la care Consiliul a achiesat, viza documentul de transport nr. 14012421/16.12.2014, despre care s-a stabilit că nu conținea nicio referire la contractul ar. 1749/18.09.2014, că era emis de către asociatul ... și nu era emis sau contrasemnat de către clientul beneficiar sau de către o autoritate și că nu atesta livrarea efectivă a produselor și acceptarea lor fără obiecțiuni. Cu alte cuvinte, nu demonstra finalizarea contractului, nereieșind dacă livrarea a fost efectuată, dacă produsele au corespuns și dacă a fost realizată plata lor.

În raportul actual, autoritatea contractantă ia în considerare același document de transport, de data aceasta pretinzând că acesta conține menționarea contractului nr. 1749/18.09.2014, dar și că destinatarul contractului și-a însușit prin semnătură documentul în cauză.

SC ... SRL învederează frauda profundă pe care o tolerează ..., fiind evident că un același document nu poate să existe în două forme atât de diferite, ceea ce indică faptul că el a fost "produs", conform clarificării transmise candidatului de către ....

În același timp, nu poate fi reparată eroarea de a nu îl fi depus în forma eligibilă încă de la momentul depunerii candidaturii, nefiind permisă depunerea lui ulterioară în forma "adaptată" solicitării ....

Mai mult, dacă acest document a fost emis ulterior, el nu poate fi luat în considerare.

Concluzionând, contestatoarea apreciază ca evidentă desconsiderarea permanentă de către autoritatea contractantă a prevederilor documentației de atribuire, a legislației achizițiilor publice și deciziilor CNSC și ale ..., care îi sunt cunoscute, conduită menită a

asigura favorizarea unor operatori economici care nu îndeplinesc, în mod evident, cerințele minime de calificare.

În drept, contestatoarea invocă OUG nr. 114/2011 și Legea nr. 101/2016.

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

Prin adresa nr. 1638312/1/SAP/ML din 16.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 47921/19.11.2018, autoritatea contractantă transmite punct de vedere solicitând respingerea contestației ca nefondată, nesusținută și netemeinică, pentru următoarele motive:

În preambul, autoritatea contractantă prezintă istoricul desfășurării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă menționează că este de acord cu modificarea duratei contractului din proiectul contractului aferent documentației de atribuire și, de asemenea, prevederile caietului de sarcini pentru loturile 6-20 vor fi actualizate corespunzător, în raport cu prevederile fișei de date și ale proiectului contractului, fiind totodată, eliminată și sintagma *nu mai târziu de...* În acest scop, la nivelul autorității contractante au fost întreprinse demersuri pentru elaborarea și aprobarea noilor caiete de sarcini, termenul necesar pentru aprobarea acestora fiind mai mare decât cel de 3 zile stabilit pentru adoptarea măsurilor de remediere, respectiv 1 zi lucrătoare pentru comunicarea acestora.

Referitor la lotul 3 – ..., autoritatea contractantă este de acord cu modificarea solicitată de contestatoare și dispusa de către CNSC, cu privire la capacitatea de minim 5 ... a ...ului, fiind întreprinse demersuri pentru elaborarea și aprobarea noii specificații tehnice, termenul necesar pentru aprobarea acesteia fiind mai mare decât cel de 3 zile stabilit pentru adoptarea măsurilor de remediere, respectiv o zi lucrătoare pentru comunicarea acestora.

În ceea ce privește la cerințele 3.3, 3.3.4.1 și 3.3.5.1, autoritatea contractantă precizează că acestea vor fi modificate conform specificației tehnice aferenta lotului 4.

Privitor la lotul 4 - ..., autoritatea contractantă arată că, prin noua specificație tehnică nr. 649.964 din 05.10.2017, modificată conform decizie CNSC, s-a introdus un standard ..., în cuprinsul căruia sunt regăsite criterii funcționale și de performanță, respectând și prevederile legislative referitoare la întocmirea specificațiilor tehnice, în sensul că nu a limitat concurența la respectarea unui singur standard ci a menționai și termenul de echivalent.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că, petenta propune înlocuirea standardului cu sintagma rezistență superioară la coroziune, fără a indica cum se poate măsura (cuantifica) această rezistență superioară sau cine ar putea stabili acest lucru. De asemenea, contestatoarea nu indică niciun text de lege care să impună menținerea în cadrul specificațiilor tehnice exclusiv a unor standarde europene sau care sa impună achiziționarea de produse fabricate exclusiv în Europa.

Astfel, autoritatea contractantă solicită menținerea cerințelor tehnice din specificația tehnică aferentă lotului 4 așa cum acestea au fost modificate pentru punerea în aplicare a deciziei CNSC.

Totodată, pentru îndreptarea omisiunii autorității contractante de a remedia cerințele tehnice aferente lotului 3, ... solicită a se avea în vedere că, în prezent, noua specificație tehnică se află în curs de elaborare și aprobare, având la bază aceleași noi cerințe tehnice similare cu cele ale lotului 4.

În opinia autorității contractante este contrara considerentelor și dispozitivului deciziei CNSC calificarea, selectarea și invitarea în etapa a II-a a procedurii a candidaților nelegal selectați.

Referitor la neîndeplinirea criteriului privind capacitatea de exercitare a profesiei și autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu ..., autoritatea contractantă arată că, potrivit art. 2 Definiții, pct. V - Categorii de persoane din Legea 295/2004, republicată, cu modificările și completările ulterioare, intermediarul reprezintă: „orice persoana fizica sau juridica, cu excepția ..., autorizata, în condițiile prezentei legi, a cărei activitate consta, integral ori parțial, în achiziționarea, comercializarea sau realizarea de transferuri de ...", iar autorizația SC ... SRL conține mențiunea referitoare la intermedieri ... și, prin urmare, comisia de evaluare consideră ca fiind îndeplinită această cerință de către operatorul economic. Mai mult, conform Hotărârii Civile nr. 4312/2018, pronunțată de Tribunalul ..., secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, într-o speță similară, autorizația depusă de operatorul economic SC ... SRL (autorizație pentru intermediere ... și import-export ...) întrunește condițiile legale pentru ca aceasta să poată efectua și vânzări/cumpărări de ..., fiind conformă cu ce a solicitat autoritatea contractantă prin anunțul de participare.

Totodată, subliniază autoritatea contractantă, comisia de evaluare a avut în vedere și dispozițiile Hotărârii nr. 4249/28.08.2018, pronunțată de Curtea de Apel ..., în dosarul nr. 14389/3/2018, precum și a Hotărârii nr. 4685/20.09.2018, pronunțată de Curtea de Apel ..., în dosarul nr. ....

Cu privire la neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, autoritatea contractantă învederează că, reexaminând experiența similară, a constatat următoarele:

- SC ... SRL a depus ofertă pentru loturile 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19;

- conform raportului intermediar, lotul 2 nu a făcut obiectul evaluării;

- dintre loturile ofertate și care au făcut obiectul evaluării, valoarea estimată cea mai mare este valoarea lotului 7 - ..., de 1.756.960,00 lei, fără TVA;

- analizând documentele depuse de către SC ... SRL pentru dovedirea experienței similare, cel mai mare contract îl reprezintă contractul încheiat cu ..., ce a avut ca obiect furnizarea a 1.000.300 de ..., cu o valoare de 643.188,00 lei, cu TVA, respectiv 535.990,00 lei,

fără TVA. Documentația care demonstrează îndeplinirea experienței similare a candidatului a fost depusa odată cu documentele ce compun candidatura acestuia la procedura de atribuire;

- cu ocazia analizării contestației, s-a constatat că SC ... SRL nu îndeplinește condiția privind experiența similară pentru lotul nr. 5;

- dintre loturile ofertate (cu excepția lotului 2, 5 și 7), valoarea estimată cea mai mare o are lotul 14 - ..., de 692.500,00 lei, fără TVA, având cantitatea de 25.000 buc;

- analizând valoarea și cantitatea aferentă lotului 14, comparativ cu experiența similară arătată de către candidat prin procesul-verbal de predare primire din data de 20.05.2016, încheiat între SC ... SRL și ..., pentru ..., având o cantitate de 910.300, se demonstrează îndeplinirea cerinței prin experiența similară pentru loturile 1, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19.

În probațiune, autoritatea contractantă depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Urmare a analizei punctului de vedere al autorității contractante nr. 1638312/1/SAP/ML din 16.11.2018 și a studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 9576/26.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 49096/26.11.2018, SC ... SRL transmite „Concluzii scrise”, precizând, pe lângă cele deja menționate, următoarele:

Conform opiniei petentei, prin afirmațiile pe care le face în punctul de vedere, autoritatea confirmă, de fapt, cele criticate în contestație, din moment ce acum acceptă unele dintre critici și dispune remedierea, dar, cu toate acestea, ... declară deschis că nu dorește să pună în aplicare deciziile CNSC și ale ... legate de eliminarea cerințelor referitoare la materialul cutiei mecanismelor și la procedeul de eloxare pentru lotul 3 și lotul 4. Mai mult, afirmă că va modifica și specificația pentru lotul 3 în aceeași manieră nelegală ca pentru lotul 4, prin indicarea unui standard restrictiv și care afectează concurența.

Referitor la modificarea duratei contractului, contestatoarea precizează următoarele:

- cu privire la lotul 3 - ..., cerințele 3.3, 3.3.4.1 și 3.3.5.1, actuala poziție a ... contravine dispoziției deciziei CNSC. Consiliul a dispus modificarea cerinței, în sensul eliminării referirii la materialul cutiei mecanismelor și a cerinței privind acoperirea prin eloxare, acoperire caracteristică aluminiului și privind presiunea de rezistență a materialului, care trebuiau a fi implementate și pentru cerințele 3.3, 3.3.6.1 și 3.3.7.1 de la lotul 4. Or, este evident că eliminarea cerinței privind materialul din care să fie confecționată cutia mecanismelor conduce implicit la eliminarea oricărei cerințe legate de situația în care componenta ar fi confecționată din aluminiu.

- cu privire la lotul 4 - ..., „noua specificație tehnică nr. 649.964 din 05.10.2017, modificată conform Decizie CNSC” este contrară celor dispuse de Consiliu, prin faptul că nu numai că a menținut referirea la materialul cutiei mecanismelor, dar și pentru că a "ascuns" procedeul

eloxării sub masca unui standard .... În esență, noua specificație menține o cerință privind materialul și pentru că standardul ... nu este altceva decât un document prin care se explică ce acoperiri de tip eloxidic se pot face pe aluminiu și aliajele de aluminiu;

- la replica ... referitoare la propunerea de reformulare a cerinței pentru încadrarea în dispozițiile Consiliului, faptul că nu s-ar fi indicat „cum se poate măsura/cuantifica această rezistență superioară sau cine ar putea stabili acest lucru”, contestatoarea indică cerința 3.19 de la lotul 1, unde se cere o acoperire anticorozivă, fără a se condiționa acest fapt de materialul sau metoda de acoperire folosită;

- legat de alegația conform căreia nu s-a indicat niciun text de lege care să impună "menținerea" unui standard european, contestatoarea indică faptul că OUG nr. 114/2011 este transpunerea unei directive europene care stabilește o ordine de prioritate a standardelor ce pot fi folosite în redactarea cerințelor tehnice, cele europene fiind prioritare în fața celor internaționale;

- răspunzând criticilor privindu-i pe candidații nelegal selectați, autoritatea contractantă admite unele dintre ele, strict referitoare la situația candidatului SC ... SRL, și nu formulează nicio apărare referitor la situația celorlalți candidați nelegal selectați.

Referitor la neîndeplinirea criteriului privind capacitatea de exercitare a profesiei, contestatoarea observă că ... persistă în a "unifica" cerința privind obiectul de activitate și pe cea privind autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu ..., în pofida dispozițiilor clare ale Consiliului, fără a explica în niciun fel cum a trecut peste considerentele deciziei CNSC privind obiectul de activitate, pe care niciunul dintre candidații nelegal selectați nu îl îndeplinește.

Referitor la autorizația pentru efectuarea de operațiuni cu ... pentru obiectul contractului, deținută de SC ... SRL, contestatoarea precizează următoarele:

- chiar candidatul SC ... SRL cunoaște situația de nelegalitate în care se află, din moment ce în litigiile pe care le menționează ... în ultima pagină a punctul de vedere a ascuns situația propriei sale neautorizări pentru comercializare;

- conform normelor metodologice ale Legii nr. 295/2004 - HG 130/2005, în baza căruia a fost autorizat intermediarul SC ... SRL, acum abrogat și, respectiv, actualul HG nr. 11/2018 care a înlocuit actul normativ anterior, autorizarea are o etapă prealabilă de obținere a „avizului de principiu privind includerea în obiectul de activitate a operațiunilor cu ...”. Astfel, anterior formulării cererii de autorizare, persoana interesată cere eliberarea avizului de principiu pentru operațiunile pe care dorește să le includă în obiectul de activitate și să le autorizeze ulterior. Această etapă este necesar a fi parcursă și în situația în care persoana este deja autorizată, dar dorește să își extindă obiectul de activitate;

- or, la începutul anului 2016, SC ... SRL începe formalitățile pentru obținerea unei autorizații, având în vedere că făcea obiectul unui dosar penal legat de faptul că derulase acordul-cadru cu ... în absența oricărei autorizații;

- singurele operațiuni pe care autoritatea competentă de ... o găsește ca îndeplinind condițiile legale sunt cele de intermediere și import, insuficiente însă pentru ca SC ... SRL să se poată angaja legal în contracte de furnizare de tipul celui actual. Cunoscând acest fapt, la începutul anului 2017, SC ... SRL încearcă, pentru a 2 oară, să obțină autorizarea pentru comerț cu .... Îi este eliberat avizul de principiu nr. 472765 din 06.04.2017, valabil 30 de zile, în care se observă că operațiunile de comerț și intermediere sunt menționate distinct, deci se vor și autoriza distinct dacă sunt îndeplinite condițiile legale;

- din analiza autorizației se observă că nu a primit autorizarea pentru comerț, deci nu a îndeplinit și nici nu îndeplinește condițiile legale, deci nu este autorizat pentru comerț, adică pentru obiectul actualului contract de furnizare;

- totodată, ... nu poate aduce în sprijinul deciziei sale de a-l califica nelegal pe acest candidat deciziile TMB și ale ... din anul 2018, deoarece acestea sunt date pentru situații diferite de cea a prezentei proceduri. Mai mult, deciziile ... nici nu sunt motivate, deci nu se știe ce anume considerente au fost avute în vedere. Actuala contestație vizează situația candidatului SC ... SRL de la momentul depunerii candidaturilor, adică 20.09.2016, dată la care acesta deținea altă autorizație și cu alte coduri CAEN. Or, deciziile din 2018 nu au avut ca obiect autorizația din anul 2016, nefiind relevante în cauză, iar litigiile soluționate cu aceste decizii au avut alt obiect decât cel actual.

Referitor la neîndeplinirea cerinței privind experiența similară, contestatoarea arată că:

- este elocvent faptul că ... îi dă dreptate și la această critică, chiar dacă parțial, referitor la situația SC ... SRL, și că nu formulează niciun fel de apărări referitoare la situația celorlalți candidați nelegal selectați;

- recunoașterea, de către autoritatea contractantă, a faptului că SC ... SRL a declarat valorile cu TVA ale acestor contracte, aspect, de altfel, cunoscut încă de la început de către ..., echivalează cu recunoașterea că ofertantul a oferit informații denaturate și chiar false, în mod deliberat și repetat, cu scopul obținerii calificării candidaturii sale, situație care trebuie să conducă la respingerea imediată a acestei candidaturi, cu atât mai mult cu cât este evident că ... a intervenit în favoarea candidatului, ascunzând situația reală a acestuia;

- privitor la lotul 14, autoritatea contractantă aplică din nou regula favoritismului atunci când constată că valoarea invocată a experienței similare este sub valoarea estimată a lotului, dar că din punct de vedere cantitativ cerința este îndeplinită. Se observă că pentru toate loturile pentru care a analizat îndeplinirea cerinței de experiență similară a folosit criteriul valoric, nu pe cel cantitativ. Este absolut logic să fie

folosit criteriul valoric, din moment ce produsele aferente celor 20 de loturi ale procedurii sunt complet diferite între ele, lipsind caracterul de similaritate. ... nu putea aplica odată criteriul valoric și altădată pe cele în analiza candidaturii SC ... SRL;

- mai mult, autoritatea contractantă se încurcă în cantitățile contractelor, o dată prezintă contractul a având 1.000.300 de ..., mai apoi ca având 910.300 de ..., ceea ce arată subțirimea analizei;

- cu privire la candidatura SC ... SRL, documentul prezentat în dosarul cauzei, certificat constatator, emisă de către ... cu privire la îndeplinirea contractului de livrare ... mici, nu clarifică nimic din ceea ce trebuia clarificat. SC ... SRL a depus inițial o listă a principalelor livrări (depusă în anexă) referitoare la livrarea unor ..., fără ca în document să fie precizat un număr de contract. Mijloacele probante constau în foi de magazie emise de către terțul său susținător și în care, după s-a criticat și Consiliul a achiesat, nu era menționat un număr de contract și nu se putea face legătura cu lista depusă.

Documentul denumit de către ... "certificat constatator" nu este, nici el, edificator din moment ce nu precizează că obiectul contractului este ..., iar numărul de contract nu poate fi verificat din moment ce el nu a mai fost menționat în documentele depuse la data limită de depunere a candidaturilor.

Mai mult, este vorba de un acord-cadru, ori acesta nu poate fi avut în vedere, ci doar un singur contract subsecvent. Din documentele depuse inițial, rezultă că au fost invocate 4 livrări, fără a se ști dacă acestea au fost livrări parțiale în cadrul unui contract unic sau dacă au fost 4 contracte subsecvente aferente unui acord-cadru.

Acest candidat nu a demonstrat nici în acest moment, prin documente care să fie corelate între ele și lămuritoare în ceea ce privește încadrarea în cerința minimă impusă prin fișa de date a achiziției, faptul că poate demonstra îndeplinirea cerinței de experiență similară;

- nici SC ... SRL nu îndeplinește cerința impusă, prin depunerea certificatul de utilizator final din 03.03.2016 emis de ..., care nu este un document care să demonstreze efectuarea sau finalizarea unor livrări sau a unui contract, ci un document premergător obținerii licenței de import sau export, după caz, și nu are nicio valoare probantă, deoarece existența lui nu garantează emiterea licenței pentru tranzacția respectivă, dar nici efectuarea livrării sau acceptarea bunurilor și finalizarea cu succes a contractului;

- în ceea ce privește asocierea SC ... SRL - ..., autoritatea contractantă a făcut mențiuni inexacte în raport. La dosarul format la Consiliu nu există primele două documente menționate la pag. 20 a raportului - documentele din care rezultă identificarea/menționarea contractului 1749/18.09.2014 și documentul de transport cu nr. 1401247/16.12.2014 (de fapt nr. corect este 14012421/16.12.2014) prin care beneficiarul și-a asumat prin semnătură documentul în cauză, ci doar factura electronică prin care se pretinde că a fost identificat

contractul în cauză. Or, factura în cauză nu demonstrează nici livrarea efectivă a produselor, nici finalizarea contractului prin acceptarea produselor și plata acestora. Mai mult, documentul nu îndeplinește condiția de a fi certificat prin semnătură de o autoritate sau de clientul beneficiar, iar la ultima rubrică se precizează că data scadentă a plății este 14 iunie 2015, situație față de care nu există niciun document probant, cerința rămânând nedemonstrată, deci neîndeplinită.

In nota nr. ..., emisa de completul nr. 5 de solutionare din cadrul Consiliului, se precizeaza:

„Având în vedere următoarele:

- la data de 13.11.2018, Dosarul nr. .../2018 a fost distribuit, spre soluţionare, Completului ..., dosar având ca părţi SC ... SRL - în calitate de contestatoare şi ... - în calitate de autoritate contractantă;

- autoarea contestaţiei a formulat, prin cererea sa introductiva nr. 9605/12.11.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 46958/13.11.2018, critici cu privire la documentaţia de atribuire (dupa data de depunere a candidaturilor);

- pe rolul Consiliului au mai fost înregistrate contestaţiile formulate împotriva documentaţiei de atribuire (dupa data de depunere a candidaturilor), de către SC ... SRL în cadrul aceleiaşi proceduri de atribuire iniţiat de ..., solutionate prin decizia nr. ...,

- minuta şedinţei de plen din data de 02.08.2018, va rugăm să redistribuiţi Dosarul nr. ..., pe continuitate, Completului ....”

Drept urmare, acest dosar a revenit spre legala solutionare completului nr. ... din cadrul Consiliului.

In nota nr. ..., emisa de completul nr. 8 și adresata Presedintelui Consiliului, se precizeaza urmatoarele:

„Având în vedere cererea de îndreptare eroare materială nr. 546/03.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 50017/03.12.2018, transmisă de SC ... SRL, prin care se comunică faptul că:

- în preambulul cererii de intervenție nr. 538/23.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 49037/26.11.2018, s-a indicat, din eroare, dosarul la CNSC nr. .../2018 în loc de nr. .../2018;

- cererea de intervenție nr. 538/23.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 49037/26.11.2018, se referă la procedura de achiziție restrânsă privind încheierea unui contract de furnizare având ca obiect „... diferite ...”, cod CPV: 35331500-8; 35331300-3, aferentă anunțului de participare nr. ..., publicat de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ...;

- cererea de intervenție nr. 538/23.11.2018 se referă la contestația formulat de SC ... SRL, înregistrată la emitent sub nr. 9604/13.11.2018, în legătură cu anunțul de participare nr. ... – dosar la CNSC nr. .../2018, Complet ...;

- solicitarea SC ... SRL de înaintare a cererii sale de intervenție nr. 538/23.11.2018 spre soluționare Completului ...,

Vă rugăm să fiți de acord cu transmiterea cererii de intervenție nr. 538/23.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 49037/26.11.2018, a exemplarului original al acesteia, înregistrat la Consiliu cu nr. 49131/26.11.2018, a cererii de îndreptare eroare materială nr. 546/03.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 50017/03.12.2018 și cu nr. 50047/03.12.2018, ambele formulate de SC ... SRL, spre legală soluționare Completului nr. ..., din cadrul Consiliului, dosar nr. .../2018."

Drept urmare, nu vor fi avute în vedere în solutionarea acestei cauze demersurile Consiliului din adresele sale nr. ... și nr. ... (prin care au fost puse în discutia autoritatii contractante și a contestatoarei exceptiile invocate de SC ... SRL în cererea sa de intervenție accesorie) și nici raspunsurile la acestea aduse de autoritatea contractantă (prin adresa nr. 1639311/SAP/ML/28.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 49655/28.11.2018) și de contestatoarea SC ... SRL (prin adresa nr. 9598/28.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 49696/28.11.2018), ele fiind rezultatul erorii materiale din cererea de interventie depusa de SC ... SRL cu privire la cauza din dosarul nr. ... de pe rolul Consiliului.

In acord cu dispozitia de la art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, data fiind complexitatea cauzei, Consiliul a dispus prelungirea termenului de solutionare cu 2 zile.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură licitație restrânsă, organizată pentru atribuirea contractului de furnizare, divizat pe loturi, având ca obiect „...", prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ..., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind 7,089,930.90 lei, fără TVA. Depunerea ofertelor pentru etapa a II-a a fost stabilită pentru data de 10.12.2018, ora 11:00.

Consiliul constată că, în cadrul aceleiași proceduri au fost formulate și contestația nr. 7863/22.05.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 20134/22.05.2017, contestația nr. 7919/12.06.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 23317/13.06.2017 și contestația nr. 7962/29.06.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 26221/30.06.2017, toate depuse de SC ... SRL și soluționate prin decizia nr. .... Prin această decizie, Consiliul:

- a respins excepția lipsei calității de persoana vătămată, invocată de autoritatea contractantă, cu privire la contestația nr. 7962/29.06.2017 depusă de SC ... SRL;

- a încuviințat în principiu cererile de intervenție formulate de către SC ... SRL și SC ... SRL cu privire la contestația nr. 7962/29.06.2017 depusă de SC ... SRL;

- a admis contestația nr. 7863/22.05.2017 depusă de SC ... SRL;

- a anulat răspunsul autorității contractante (adresa nr. 674205/1/SAP/ML din 15.05.2017) la notificarea prealabilă nr. 7833 din 12.05.2017 primită de la SC ... SRL și dispus remedierea caietului de sarcini;

- a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să modifice caietul de sarcini și proiectul de contract, conform celor stabilite în considerentele deciziei, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici implicați în procedura de atribuire și să stabilească o noua dată de depunere a ofertelor, cu asigurarea unei perioade de timp suficientă pentru elaborarea ofertelor în acord cu dispozițiile modificate ale caietului de sarcini și proiectului de contract;

- a admis contestația nr. 7919/12.06.2017 depusă de SC ... SRL;

- a anulat actele autorității contractante prin care s-a luat decizia de anulare a proceduri de atribuire pentru lotul 2;

- a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reia procedura de atribuire pentru lotul 2 de la etapa anterioară emiterii raportului nr. 674205/3/SAP/ML din 23.05.2017;

- a admis contestația nr. 7962/29.06.2017 depusă de SC ... SRL;

- a anulat actele autorității contractante cu privire la calificarea și selectarea următoarelor candidate în vederea participării la etapa a doua a procedurii de achiziție publică: SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, asocierea SC ... SRL – ... și asocierea SC ... SRL – .... Anulează și invitațiile transmise acestora în vederea depunerii de ofertă în cea de-a doua etapă a procedurii;

- a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze candidaturile depuse de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, asocierea SC ... SRL – ... și asocierea SC ... SRL – ...., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare;

- a respins ca nefondate cererile de intervenție depuse de SC ... SRL și SC ... SRL.

Împotriva acestei decizii a Consiliului a formulat plângere autoritatea contractantă, plângere ce a fost respinsă, ca nefondată, de către Curtea de Apel ...i prin decizia civilă nr. 3380 din 06.10.2017.

Punând în aplicare decizia Consiliului, păstrată de Curtea de Apel ..., autoritatea contractantă a emis, în data de 29.10.2018, raportul intermediar-parțial (- Selectarea candidaților-).

SC ... SRL a primit din partea autorității contractante invitația de participare nr. 1636803/1/SAP/ML din 31.10.2018 la etapa a doua a licitației restrânse, constând în depunerea de oferte. Documentația de atribuire a fost comunicată SC ... SRL ca anexă la invitația de participare.

Împotriva actelor emise pentru loturile nr. 1, 3, 4, 5, 9, 10, 13 și 15 și anume specificațiile tehnice, caietul de sarcini pentru ..., clauze contractuale obligatorii (proiect contract furnizare), raportul intermediar-parțial al procedurii FN din 29.10.2018, prin care s-au pus în aplicare decizia CNSC nr. ... și Hotărârea ... nr. 3880/2017 și s-a dispus de către ... calificarea și selectarea candidaturilor depuse de către SC ...

SRL, SC ... SRL, SC ... SRL, asocierea SC ... SRL - ... și de invitare a acestora în etapa de depunere a ofertei, SC ... SRL a înaintat Consiliului de față (consemnând cauțiunea în valoare de 49.437,50 lei cu recipisa de consemnare nr. 205053348/1 din 19.11.2018, emisă de CEC Bank SA – Sucursala ...), solicitând admiterea contestației, așa cum a fost formulată, și obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere, respectiv:

- anularea în parte a actelor: caiet de sarcini, specificații tehnice și clauze contractuale obligatorii, deoarece nu au fost implementate măsurile dispuse de CNSC și menținute de către ... privind anumite cerințe tehnice;

- emiterea unor noi acte: caiet de sarcini, specificații tehnice și clauze contractuale obligatorii, în care să fie implementate măsurile dispuse de CNSC și menținute de către ... privind anumite cerințe tehnice;

- anularea adresei de comunicare a rezultatului etapei I de calificare și selecție și a invitației de participare la etapa a II-a de ofertare adresate candidaților nelegal selectați, a raportului intermediar al procedurii și a tuturor actelor subsecvente pentru partea corespunzătoare calificării, selectării și invitării cu oferta a candidaților nelegal selectați;

- reevaluarea candidaturilor depuse de către candidații nelegal selectați, prin aplicarea strictă a prevederilor documentației de atribuire și, în consecință, emiterea unui nou raport intermediar al procedurii aferent etapei I în care să fie înscrise în mod obiectiv modalitățile de îndeplinire a cerințelor de calificare și selecție, cu consecința respingerii candidaturilor depuse de către candidații nelegal selectați ca neîndeplinind criteriile de calificare și selecție, așa cum au fost prevăzute în documentația de atribuire.

O primă critică exprimată de SC ... SRL se referă la faptul că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia anterioară a Consiliului în ceea ce privește durata contractului.

Astfel, Consiliul reține că, în motivarea deciziei sale nr. ..., stabilea următoarele:

««O primă critică exprimată de către SC ... SRL se referă la faptul că, deși în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a indicat (punctul II.3) că durata contactului/acordului-cadru/sad sau termenul pentru finalizare este de „180 zile începând de la data atribuirii contractului / emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor”, în caietul de sarcini (punctul 5 „Condiții de livrare”) aferent loturilor 6-19 este menționat că „Livrarea produselor va fi efectuata în termen de maxim 120 de zile de la data incheierii contractului de furnizare, conform graficului de livrare stabilit de comun acord la semnarea contractului”, iar în caietul de sarcini aferent lotului 20 se precizează că „Produsele se vor livra (...) în termen de 90 de zile de la semnarea contractului.” Contestatoarea arată că aceste prevederi sunt în contradicție și cu Proiectul de contract de furnizare în care se arată, la art. 6.1., că

„Furnizorul se obliga sa livreze produsele prezentate la art. 4.1., în maxim 180 de zile, dar nu mai tarziu de.....”.

Prin punctul său de vedere cu privire la contestație, autoritatea contractantă arată că „Termenul maxim de livrare al produselor din categoria ... aferente caietului de sarcini (...) este de 180 de zile.” Aceasta mai arată și că, din punct de vedere tehnic, SEAP nu permite inserarea mai multor termene de livrare la punctul II.3. În același timp, autoritatea precizează cî, în cazul în care Consiliul va aprecia că necesar, consideră oportună modificarea prevederilor caietului de sarcini, în mod corespunzător mențiunii din fișă, deși acest aspect afectează calendarul implementării proiectului.

Având în vedere că informațiile cuprinse în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției au stat la baza aprecierii oportunității de participare la procedura de către toți operatoriii economici interesați, fiind utilizate la analizarea îndeplinirii condițiilor de calificare și de selectare a candidaturilor (prima etapă a procedurii), Consiliul stabilește că regulile evocate prin aceste acte nu pot fi modificate cu ocazia desfășurării celei de a doua etape a procedurii, în caz contrar fiind încălcate principiile transparenței, nediscriminării și tratamentului egal consacrate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 114/2011.

În aceste condiții, Consiliul ia act de achiesarea formulată de către autoritatea contractantă, urmând ca aceasta să modifice caietul de sarcini aferent loturilor 6-20, proiectul de contract și orice alte documente ale achiziției, în care se regăsesc mențiuni privind durata contractului/livrarea produselor, astfel încât, în acestea, să se regăsească exclusiv condiția menționată în fișa de date a achiziției, respectiv „180 zile incepand de la data atribuirii contractului/emiterii ordinelor de incepere a serviciilor sau lucrarilor”. De asemenea, va fi eliminată din proiectul de contract (art. 6.1.) și din textul oricărui act al acestei achiziții, sintagma „dar nu mai tarziu de.....”, aceasta fiind de natură să poată aduce modificări termenului de 180 de zile, stabilit prin fișa de date a achiziției.»»

Față de critica autoarei contestației privind impunerea unui termen de 120 de zile pentru loturile 6-19 și de 90 de zile pentru lotul 20, și privind păstrarea sintagmei „dar nu mai târziu de...”, autoritatea contractantă precizează, în punctul său de vedere la contestație, faptul că este de acord cu modificarea duratei contractului din proiectul contractului aferent documentației de atribuire, prevederile caietului de sarcini pentru loturile 6-20 urmând a fi actualizate corespunzător, în raport cu prevederile fișei de date a achiziției și ale proiectului contractului, fiind, totodată, eliminată și sintagma „dar nu mai târziu de...”.

Având în vedere cele evocate, Consiliul constată că, deși avea obligația de a respecta dispozițiile deciziei sale anterioare, conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a ignorat punerea în aplicare a acesteia în subiectul analizat.

Drept urmare, reținând cele dispuse anterior, precum și luând act de achiesarea formulată în prezenta cauză, Consiliul stabilește că urmează ca autoritatea contractantă să pună în aplicare cele consemnate

în decizia nr. ..., așa cum sunt citate mai înainte, critica din contestație vădindu-se întemeiată.

În ceea ce privește capacitatea ... (lot 3), Consiliul observă considerentele sale din decizia nr. ...:

««Prin contestația sa, SC ... SRL cere și obligarea autorității contractante la modificarea cerinței 3.1.2.1 din specificația tehnică aferentă lotului 3, în sensul de a fi permisă și ofertarea unor ... cu capacitate mai mică de 10 ....

Cerința criticată a autorității contractante vizează ... a minim 10 ....

Văzând că autoritatea contractantă nu motivează de ce numai un astfel de ... îi satisface nevoia de achiziție, Consiliul constată că, prin cerința impusă, este restricționată participarea la procedură a produselor cu ... mai mici de 10 ..., situație în care Consiliul stabilește că este necesară modificarea acestei cerințe, în sensul de a fi permisă ofertarea de produse cu ... a minim 5 ....»»

Față de mențiunea contestatoarei, potrivit căreia autoritatea contractantă a încălcat cele dispuse de Consiliu, păstrând cerința capacității de 10 ... a ... (lot 3), în punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că este de acord cu modificarea cerută de contestatoare și dispusă de Consiliu cu privire la capacitatea de minim 5 ... a ...ului.

Ca și în cazul anterior analizat, Consiliul reține încălcarea obligației autorității contractante de a respecta și a pune în executare cele stabilite anterior prin decizia sa, urmând ca aceasta să pună în aplicare cele consemnate în decizia nr. ..., așa cum sunt citate mai înainte, critica din contestație vădindu-se întemeiată.

SC ... SRL susține și că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia Consiliului în ceea ce privește cerințele 3.3, 3.3.4.1 și 3.3.5.1 (din specificația tehnică aferentă lotului 3) și cerințele 3.3, 3.3.6.1 și 3.3.7.1 (din specificația tehnică aferentă lotului 4). Astfel, arată contestatoarea, autoritatea a modificat cerințele prin indicarea unui standard caracteristic exclusiv ..., care nu are echivalent în UE și nu este obligatoriu de aplicat de către fabricanții din UE, prin aceasta fiind restrânsă concurența. De asemenea, menționează autoarea contestației, trimiterea la acest standard menține procedeul de eloxare, considerat restrictiv de către Consiliu și nu reprezintă o reformulare în sensul celor dispuse de Consiliu, prin referirea la cerințe funcționale sau de performanță.

Cu privire la aceste cerințe, în decizia sa nr. ..., Consiliul stabilea:

««SC ... SRL solicită și obligarea autorității contractante să modifice cerința 3.3 aferentă lotului 3, astfel: „Cutia mecanismelor fabricată din materiale care să asigure corecta funcționare a ... în condițiile de la punctele 3.2 și în condiții climatice adverse, având acoperiri anticorozive de calitate.”

Consiliul constată că, în Specificația tehnică a ... (lot 3), este menționată și cerința 3.3, astfel:

„Cutia mecanismelor fabricata din otel sau aliaj de aluminiu ELOXAT, insotit de certificat de calitate din care sa reiasa ca are o rezistenta la o presiune de minim 80 kg pe cm^2, iar portiunea de rabatare a ... sa fie din aliaj

metalic (otel) cu rezistenta mare la uzura prin frecare, torsiune și care sa permita o alunecare usoara."

Cerința este criticată, deoarece, în opinia contestatoarei, aceasta indică fără echivoc un tip de procedeu de fabricație, un anumit material și un parametru valoric care nu au nicio legătură cu necesitatea obiectivă a autorității contractante legată de rolul cutiei mecanismelor în funcționarea unei ....

Față de critica impunerii unui anumit material din care să fie fabricată cutia mecanismelor, Consiliul reține ca relevante următoarele dispoziții ale art. 31 din OUG nr. 114/2011:

«(1) Caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice.

(2) Specificaţiile tehnice, astfel cum sunt definite în anexa nr. 3 pct. 1, reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau fiecărei lucrări să fie descris/descrisă, în mod obiectiv, în aşa manieră încât să corespundă necesităţii autorităţii contractante.

(4) Specificaţiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire şi nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurenţa dintre operatorii economici.

(5) Fără a aduce atingere normelor tehnice naţionale obligatorii (inclusiv celor legate de siguranţa produselor) sau cerinţelor tehnice pe care statul român, în temeiul acordurilor internaţionale în materie de standardizare, trebuie să le îndeplinească pentru a garanta interoperabilitatea impusă de acordurile menţionate anterior şi cu condiţia să fie compatibile cu dreptul Uniunii Europene, autoritatea contractantă are obligaţia de a defini specificaţiile tehnice:

a) fie prin trimitere, însoţită de menţiunea "sau echivalent", la specificaţiile tehnice definite în anexa nr. 3 și în următoarea ordine de prioritate:

- standardele naţionale civile care transpun standardele europene;

- aprobările tehnice europene;

- specificaţiile tehnice comune civile;

- standardele naţionale civile care transpun standardele internaţionale;

- alte standarde internaţionale civile;

- alte sisteme tehnice de referinţă stabilite de organismele europene de standardizare sau, în cazul în care acestea nu există, alte standarde naţionale civile, aprobări tehnice naţionale sau specificaţii tehnice naţionale în materie de proiectare, calcul și execuţie a lucrărilor, precum și de utilizare a produselor;

- specificaţiile tehnice civile elaborate de întreprinderi şi care se bucură de o largă recunoaştere în rândul acestora; sau

- "standardele pentru apărare" naţionale definite în anexa nr. 3 pct. 3 și specificaţiile echipamentelor de apărare similare standardelor respective;

b) fie în termeni de performanţe sau de cerinţe funcţionale; acestea pot include caracteristici de mediu;

c) fie în termeni de performanţe sau de cerinţe funcţionale, prevăzute la lit. b), făcând trimitere la specificaţiile menţionate la lit. a) ca mijloc de prezumţie a conformităţii cu respectivele performanţe sau cerinţe funcţionale;

d) fie prin trimitere la specificaţiile prevăzute la lit. a), pentru anumite caracteristici, și la performanţele sau cerinţele funcţionale prevăzute la lit. b), pentru alte caracteristici.

(13) Cu excepţia cazului în care sunt justificate de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu pot preciza un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu şi nici nu se pot referi la o marcă, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producţie anumită, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. O astfel de menţiune sau referire este autorizată, cu titlu excepţional, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu prevederile alin. (5) şi (7); o astfel de menţiune sau referire este însoţită de cuvintele "sau echivalent".»

Este fără dubiu că rolul organizării unei proceduri de atribuire este acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedură, fiind astfel asigurata o concurență reală care să permită stabilirea unor oferte admisibile și a ofertei câștigătoare, nefiind în interesul achizitoarei participarea unui număr restrâns de societăți la procedură.

Este adevărat că autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa produse cu performanțe calitative ridicate, însă acest lucru nu înseamnă că pot fi eliminate din competiție produsele a căror cutie a mecanismelor este confecționată din alt material, dar care îi asigură nivelul calitativ cerut. Eventual achizitoarea ar putea stabili caracteristici de performanță sau funcționale care trebuie asigurate de ofertanți, dar nu poate stabili materialul din care este confecționată cutia mecanismelor.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă arată că, la nivel mondial, toate ... de acest gen sunt confecționate cu unul din aceste două metale (oțel sau aluminiu), ca urmare, apreciază că eliminarea materialului este inutilă. Păstrând premisa autorității contractante, se poate concluziona și că precizarea materialului, în cadrul cerinței, este la fel de inutilă, având în vedere că numai unul dintre aceste două materiale poate fi utilizat în confecționarea cutiei mecanismelor.

Cât privește indicarea, în cadrul cerinței, a faptului că aliajul de aluminiu urmează a fi obținut prin metoda eloxării, Consiliul constată că singura apărare a autorității contractante față de critica autoarei contestației este aceea că „legislația nu interzice menționarea procedeului de fabricație (anexa 3 din OUG nr. 114/2011), iar termenul „sau echivalent” se folosește doar conform cu lit. a) alin. (5) art. 31 din OUG nr. 114/2011, numai raportat la standarde”.

Că interpretarea autorității contractante este una eronată derivă din textul art. 31 alin. (13) din OUG nr. 114/2011: «Cu excepţia cazului în care sunt justificate de obiectul contractului, specificaţiile tehnice nu pot preciza un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu şi nici nu se pot referi la o marcă, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producţie anumită, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse. O astfel de menţiune sau referire este autorizată, cu titlu excepţional, în cazul în care nu este posibilă o descriere suficient de exactă și de inteligibilă a obiectului contractului în conformitate cu prevederile alin. (5) şi (7); o astfel de menţiune sau referire este însoţită de cuvintele "sau echivalent".»

Rezultă, din prevederea legală, faptul că indicarea procedeului de obținere a aliajului de aluminiu, fără a fi introdusă sintagma „sau echivalent" reprezintă o încălcare a dispoziției citate.

Nejustificată apare și rezistența la o presiune de minim 80 kg pe cm^2, indicată în cuprinsul cerinței, aceasta fiind asociată de autoritatea contractantă, potrivit punctului său de vedere, procedeului de eloxare solicitat.

Consiliul reține că nu se identifică în speță acele considerente obiective, de ordin tehnic, care să conducă la concluzia că numai prin îndeplinirea cerințelor autorității contractante, așa cum sunt ele criticate, pot fi achiziționate produse care să satisfacă cerințele sale.

Astfel cum a fost impusă această cerință a caietului de sarcini este restrictivă și nejustificată, îngrădind în mod artificial accesul la procedură al operatorilor economici.

În consecință, față de cele de mai sus, se constată că sunt întemeiate criticile contestatoarei fiind necesară modificarea/completarea cerinței în cauză prin eliminarea menționării materialului din care este confecționată cutia mecanismelor și porțiunea de rabatare a patului ...i, prin eliminarea indicării procedeului de eloxare sau însoțirea acestuia de sintagma „sau echivalent", precum și prin eliminarea valorii rezistenței la presiune. Urmează ca autoritatea contractantă să reformuleze cerința prin menționarea caracteristicilor funcționale și de performanță urmărite, astfel încât să fie permisă participarea cât mai multor operatori economici la procedură.

În sensul stabilit mai sus, s-a pronunțat anterior Consiliul și prin decizia nr. ..., menținută prin hotărârea Curții de Apel ... nr. 2319 din 23.05.2017 în ceea ce privește aspectele expuse mai sus.

Cele evocate în analiza imediat anterioară sunt valabile și în ceea ce privește cerințele 3.3.4.1 și 3.3.5.1 din specificația tehnică aferentă lotului 3.

[...]

Cele evocate în analiza cerinței 3.3 din specificația tehnică aferentă lotului 3, referitor la materialul și metoda eloxării, sunt valabile și în ceea ce privește cerințele 3.3, 3.3.6.1 și 3.3.7.1 din specificația tehnică aferentă lotului 4.»»

În punctul său de vedere la contestație, autoritatea contractantă nu combate susținerile contestatoarei, ci doar se limitează la a preciza că modificarea cerințelor respective constă în menționarea unui standard ... în cuprinsul căruia sunt regăsite criterii funcționale și de performanță, respectând și prevederile legislative referitoare la întocmirea specificațiilor tehnice în sensul că nu a limitat concurența la respectarea unui singur standard, ci a menționat și termenul de echivalent.

Văzând modificarea adoptată de autoritate, cu privire la cerințele menționate, Consiliul stabilește că aceasta este în contradicție cu cele stabilite de Consiliu prin decizia sa, măsura impusă de organismul de soluționare fiind clară, respectiv *„Urmează ca autoritatea contractantă să reformuleze cerința prin menționarea caracteristicilor funcționale și de performanță urmărite, astfel încât să fie permisă participarea cât mai multor operatori economici la procedură."*

Și de această dată se reține încălcarea obligației autorității contractante de a respecta și a pune în executare cele stabilite anterior

prin decizia sa, urmând ca aceasta să pună în aplicare cele consemnate în decizia nr. ....

Modificarea făcută de autoritate este nelegală și prin prisma dispozițiilor art. 31 alin. (5) lit. a) din OUG nr. 114/2011, care impun o ordine de prioritate în stabilirea specificațiilor tehnice prin trimitere, însoţită de menţiunea "sau echivalent", la diverse standarde naționale și europene.

Drept urmare, Consiliul impune autorității contractante respectarea celor stabilite prin decizia sa anterioară, în ceea ce privește cerințele 3.3, 3.3.4.1 și 3.3.5.1 (din specificația tehnică aferentă lotului 3) și cerințele 3.3, 3.3.6.1 și 3.3.7.1 (din specificația tehnică aferentă lotului 4), critica din contestație fiind întemeiată.

Prin contestația sa, SC ... SRL critică și invitarea la etapa a doua a procedurii a unor candidați care, în aprecierea sa, nu îndeplinesc condițiile de selecție.

Astfel, contestatoarea arată că SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asociatul SC ... SRL nu dețin ca obiect de activitate comercializarea cu ..., neîndeplinind astfel cerința de selecție, din fișa de date a achiziției, potrivit căreia candidatul trebuie să prezinte certificat constatator emis de ONRC din care să rezulte că are, în obiectul de activitate, furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției.

Cu privire la această chestiune, Consiliul s-a pronunțat astfel în decizia sa nr. ...:

««« O altă critică exprimată de SC ... SRL cu privire la unele dintre celelalte candidate constă în faptul că acestea nu ar deține capacitatea de exercitare a activității profesionale, cerută de autoritatea contractantă, și care trebuia să fie concretizată în prezentarea certificatului emis de ONRC din care să rezulte că au în obiectul de activitate furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției.

Consiliul constată că această cerință de calificare se regăsește în fișa de date a achiziției, punctul III.2.1.b) „Capacitatea de exercitare a activității profesionale”, și constă în prezentarea certificatului constatator emis de ONRC din care să rezulte că ofertantul are în obiectul de activitate furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției, datele precizate în certificat trebuind să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor.

Candidații referitor la care este exprimată această critică sunt SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, despre care afirmă că nu au menționat, în certificatele prezentate, obiectul de activitate „comercializarea de ...”.

Verificând, Consiliul constată că acestea au prezentat următoarele documente:

- SC ... SRL – certificat constatator nr. 362703 din 08.09.2016, emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... în care este menționat:

„Sedii și/sau activități autorizate conform art. 15 din L 359/2004

Tip activitate autorizată: terți

Activități desfășurate în afara sediului social și a sediilor secundare (CAEN Rev.2):

4690 – Comerț cu ridicata nespecializat

4619 – Intermedieri în comerțul cu produse diverse [...]

Text suplimentar: 4619 – inclusiv intermedieri cu ...; 4690 – inclusiv import-export ....”

- SC ... SRL – certificat constatator nr. 372677 din 16.09.2016, emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul ... în care este menționat:

„Activități la sediu

4778 – Comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate

4690 – Comerț cu ridicata nespecializat

4619 – Intermedieri în comerțul cu produse diverse

2540 – Fabricarea ....”

- SC ... SRL – certificat constatator nr. 68637 din 16.09.2016, emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Cluj în care este menționat:

„Activitate principală

Domeniul de activitate principal: conform codificării (Ordin 337/2007) Rev. Caen (2)

4778 – Comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate

Text suplimentar activitate principală: comerț cu ....”

- SC ... SRL – certificat constatator nr. 1596246, emis electronic de către Oficiul Național al Registrului Comerțului în care este menționat:

„Activitate principală: conform codificării (Ordin 337/2007) Rev. Caen (2)

4778 – Comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate [...]

4619 – Intermedieri în comerțul cu produse diverse

4690 – Comerț cu ridicata nespecializat

[...]

Activități la sediu

4778 – Comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate [...]

4690 – Comerț cu ridicata nespecializat

4619 – Intermedieri în comerțul cu produse diverse.

[...]

Activități la sediu

4778 – Comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate.”

Așa cum se observă din certificatele constatatoare menționate, în discuție, pentru stabilirea îndeplinirii cerinței de calificare vizând prezentarea certificatului constatator emis de ONRC din care să rezulte că ofertantul are în obiectul de activitate furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției, sunt activitățile de „comerț cu ridicata nespecializat, inclusiv import-export ...”, „intermedieri în comerțul cu produse diverse, inclusiv intermedieri cu ...”, „comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate”, „comerț cu ridicata nespecializat”, „intermedieri în comerțul cu produse diverse”, „comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate - comerț cu ...”.

Referitor la această critică, prin punctul său de vedere cu privire la contestație, autoritatea contractantă arată că toți candidații au prezentat certificate ONRC din care rezultă că au ca obiect de activitate

comerțul/intermedierea de produse de natura celor ce fac obiectul achiziției, prezentând și autorizații eliberate de către structurile abilitate pentru efectuarea de operațiuni cu ....

Față de chestiunea în analiză, Consiliul reține că, prin decizia civilă nr. 3809/30.06.2015, pronunțată de Curtea de Apel ..., citată și în decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. ..., aceasta a statuat:

««(...) În dovedirea îndeplinirii acestui criteriu, petenta (...) a depus copia certificatului constatator eliberat de ONRC, prin care se atestă posibilitatea realizării de activităţi comerciale prin indicarea codurilor CAEN 8422 (Activităţi de ...), 4619 (intermedieri în comerţul cu produse diverse), 4690 (Comerţ cu ridicata nespecializat).

Cu privire la acest aspect, reţine Curtea, după cum, de altfel, recunoaşte chiar petenta, că niciunul dintre codurile CAEN prezentate nu fac dovada, prin ele însele, că obiectul de activitate al ofertantului se circumscrie obiectului contractului de achiziţie – furnizarea de ... (...).

[...]

De asemenea, se observă că autoritatea contractantă a stabilit expres că singurul înscris prin intermediul căruia se face dovada pentru acest criteriu îl constituie certificatul constatator emis de ONRC.

Prin urmare, în condiţiile în care partea interesată nu a contestat această cerinţă de calificare sub aspectul modalităţii de probare, petenta nu se poate folosi de alte înscrisuri, care, prin coroborare, să poată dovedi capacitatea de exercitare a activităţii profesionale.

Mai mult, chiar dacă s-ar proceda la analiza celorlalte documente depuse în susţinere, Curtea constată că petenta nu îndeplineşte cerinţa menţionată. Astfel, faptul că aceasta se află în subordinea ..., conform H.G. nr.60/1995 și are în docmeniul de activitate efectuarea de operaţiuni de import-export în legătură cu activităţile proprii ale ... şi ale altor beneficiari, inclusiv cu produse speciale, nu conduce la concluzia că produsele speciale se referă la ... – ..., pentru a corespunde obiectului contractului.

Nici Raportul nr.608362 privind Furnizarea informaţii extinse, emis de ONRC în data de 02.04.2015, în care sunt menţionate următoarele coduri CAEN: 4778 – Comerţ cu amănuntul al altor bunuri, în magazine specializate, cod CAEN în defiţia căruia este menţionat, într-adevăr, comerţul cu ..., nu face dovada în sensul cerut, întrucât se referă la comerţ «cu amănuntul în magazine specializate»; 4618 – Intermedieri în comerţul specializat în vânzarea produselor cu caracter specific, n.c.a., se referă la comerţul cu ridicata pentru produse neclasificate altundeva (n.c.a.), dar se referă la activităţile intermediarilor, broker-ilor de bunuri de consum și ale tuturor celorlalţi comercianţi cu ridicata care fac comerţ în numele sau pe contul altora, la activităţi ale celor implicaţi în stabilirea contactelordintre vânzători şi cumpărărtor sau care preiau tranzacţii comerciale în numele unui patron, inclusiv pe Internet, activităţi ale caselor de licitaţie pentru comerţul cu ridicate, inclusiv licitaţii pe Internet; 4690 – Comerţ cu ridicate nespecializat, se referă la comerţul cu ridicata al diverselor produse fără nicio specializare, ceea ce, încă o dată, nu constituie o dovadă în favoarea petentei.

Adresa numărul 605.528/SA/PR din 11.04.2014, emisă de ..., ..., Direcţia ..., ..., prin care se arată că Regia Autonom (...) face parte din categoria ... de drept, în conformitate cu prevederile articolului 67 alin.1 din

*Legea nr.295/2004 privind regimul ... şi ... republicată, nu face dovada cerută, întrucât la articolul menţionat se prevede că: «(1) Instituţiile publice cu atribuţii în domeniul ... sunt autorizate să procure, să înstrăineze, să deţină și să folosească ... și ... neletale, precum și muniţia corespunzătoare, **pentru înarmarea personalului propriu** (subl. n), în condiţiile stabilite prin legi speciale.» Or, prevederile art.99 alin.2 din Legea nr.295/2004, prin care se stabileşte că «Unităţile din subordinea sau coordonarea instituţiilor publice cu atribuţii în domeniul ... pot efectua operaţiuni cu ..., piese și ..., în condiţiile stabilite prin ordin al conducătorului fiecăruia dintre instituţii.», nu susţin afirmaţiile petentei, fiind evident că unităţile subordonate instituţiilor publice de la art.67 alin.1 nu dispun de prerogative mai largi decât ale acestora din urmă (iar, instituţiilor publice amintite li se permit operaţiuni cu ... doar pentru ... personalului propriu). A mai precizat petenta că legiuitorul nu ar fi făcut nicio distincţie între operaţiunile cu ..., piese și ... pentru personalul propriu și cele desfăşurat pentru alţi beneficiari, însă, afirmaţia sa este contrazisă clar de texul art.67 alin.1 din Legea nr.295/2004.*

În sfârşit, a mai invocat petenta și că deţine înregistrare pentru efectuarea de operaţiuni de comerţ exterior cu produse ... din categoria ..., emisă de Ministerul Afacerilor Externe, Departamentul pentru controlul exporturilor valabilă de la 13.11.2014 până la 12.11.2017. Or, realizarea de operaţiuni de comerţ exterior cu produse ... nu face dovada obiectului de activitate aferent contractului – producerea sau furnizarea de .... (...).»»

Față de cele evocate mai sus, Consiliul își menține punctul de vedere exprimat prin deciziile anterioare (decizia nr.... şi decizia nr....), confirmat şi de instanţa de judecată prin decizia rămasă definitivă (decizia civilă nr.3809/30.06.2015 pronunțată de Curtea de Apel ...), în ceea ce privește activitățile de „intermedieri în comerțul cu produse diverse, inclusiv intermedieri cu ...", „comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate", „comerț cu ridicata nespecializat", „intermedieri în comerțul cu produse diverse", „comerț cu amănuntul al altor bunuri noi, în magazine specializate - comerț cu ...".

Obiectul de activitate rămas în analiză este cel deținut de SC ... SRL, respectiv 4690 – Comerț cu ridicata nespecializat, „text suplimentar: 4690 – inclusiv import-export ...."

*Cu privire la acesta, Consiliul reține că, potrivit art. 2 punct 6 din Legea nr. 295/2004 privind regimul ... și al ..., operaţiunile cu ..., piese și ... sunt urmatoarele: „producerea, confecţionarea, asamblarea, intermedierea, modificarea, prelucrarea, repararea, experimentarea, **vânzarea**, **cumpărarea**, închirierea, schimbul, donaţia, comodatul, sponsorizarea, **importul**, **exportul**, transportul, tranzitul, transferul, transbordarea, depozitarea, casarea şi distrugerea ..., a pieselor și a ... pentru acestea".*

După cum se observa, legiuitorul realizează o distincție clară între operațiunile de vânzare și cumpărare, specifice activității de comerț, și cele de import și export.

Consiliul reține, astfel, că certificarea pentru activitatea de import-export ... nu face dovada îndeplinirii cerinței de calificare vizând deținerea certificatului constatator emis de ONRC din care să rezulte că ofertantul are în obiectul de activitate furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției.

Cât privește susținerea autorității contractante potrivit căreia candidatele au prezentat și autorizații eliberate de către structurile abilitate pentru efectuarea de operațiuni cu ..., astfel încât acestea au fost luate în considerare la îndeplinirea cerinței în analiză, Consiliul reține că, prin fișa de date, aceasta a solicitat exclusiv prezentarea certificatului ONRC în dovedirea deținerii, în obiectul de activitate, a furnizării produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției. Prin urmare, dovada acestui fapt trebuia realizată doar prin certificatul ONRC prezentat, în acest sens fiind și considerentele citate mai sus ale Curții de Apel ....»»»

În decizia civilă nr. 3380 din 06.10.2017, prin care a soluționat și a respins ca nefondată plângerea autorității contractante cu privire la decizia Consiliului nr. ..., Curtea de Apel ... stabilea următoarele:

««Prin plângerea care face obiectul litigiului pendinte petenta a solicitat instanței constatarea faptului că unele candidate în procedură de atribuire nu au dovedit capacitatea de exercitare a activității profesionale, solicitată prin documentația de atribuire și a învederat că. în mod eronat. CNSC a reținut prin decizia atacată faptul că autoritatea contractantă a solicitat exclusiv prezentarea certificatului ONRC, în dovedirea deținerii, în obiectul de activitate a furnizării produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției.

Astfel, cerința de calificare referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale este prevăzută în F.D.A la III.2.1 .b), fila 67, volumul 1/4, Dosar CNSC .../2017 și constă în prezentarea certificatului constatator emis de către ONRC (original, copie legalizată, copie conform cu originalul), din care să rezulte că ofertantul are în obiectul de activitate furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției. Datele precizate în certificat trebuind să fie reale/actuale la data limită de depunere a ofertelor.

Analizând cerința de calificare referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesional, prevăzută în F.D.A la III.2.1.b), fila 67, volumul 1/4, curtea reține că aceasta trebuie să fie dovedită prin prezentarea certificatului constatator emis de către ONRC (original, copie legalizată, copie conform cu originalul), din care să rezulte că ofertantul are în obiectul de activitate furnizarea produselor de natura celor ce fac obiectul achiziției, iar nu prin prezentarea altor documente și nici din coroborarea altor documente.

Or, evaluarea îndeplinirii cerințelor se face pe baza prezentării documentelor strict impuse în documentația de atribuire și a conținutului acestora, care trebuie sa fie în concordanta cu cerința, iar nu pe baza analizei altor documente decât cele impuse și nici pe baza comparării diferitelor candidaturi între ele.

Conform documentației de atribuire, cerința obiectului de activitate trebuie sa rezulte exclusiv din certificatul constatator emis de ONRC, nu din alt document și nici din coroborarea altor documente.

În situația în care participanții la procedura de atribuire ar fin considerat că cerințele din documentația de atribuire neclare/restrictive, aceștia aveau posibilitatea de a solicita clarificări în temeiul art. 69 din OUG nr. 114/2011.

De asemenea, potrivit disp. 69 din OUG nr. 114/2011:

(1) Orice candidat selectat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată,

într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea operatorului economic.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite răspunsurile - însoțite de întrebările aferente - către toți candidații selectați, luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea celui care a solicitat clarificările respective.

În speță, participanții la procedura de atribuire nu a dorit să uzeze de aceste drepturi exprese, motiv pentru care documentația de atribuire și-a dobândit forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți.

Or, în conformitate cu prevederile art. 175 și 176 alin. (1) din OUG 114/2011, o oferta nu este admisă daca ofertantul nu îndeplinește criteriile de calificare impuse sau dacă nu a efectuat demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare, prin modalitățile stricte de îndeplinire impuse de către autoritatea contractanta, adică cele impuse prin documentația de atribuire.

Totodată, în ce privește îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesional, prevăzută în F.D.A la III.2.1 .b), codurile CAEN nu fac dovada, prin ele însele, că obiectul de activitate al ofertantului se circumscrie obiectului contractului de achiziție, autoritatea contractantă stabilind în mod expres că singurul înscris prin intermediul căruia se face dovada pentru acest criteriu îl constituie certificatul constatator emis de ONRC.

Prin urmare, în condițiile în care partea interesată nu a contestat această cerință de calificare sub aspectul modalității de probare, petenta nu se poate folosi de alte înscrisuri, care, prin coroborare, sa poată dovedi capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Totodată, critica petentei are un caracter general și nu se referă la situația concretă a fiecărui participant la procedura de achiziției publică, care nu a îndeplinit cerința de calificare prevăzută de art. III.2.1.b) din F.D.A, respectiv SC ... SRL. SC ... SRL. SC ... SRL și SC ... SRL,

În aceste condiții, prin modul în care sunt formulate, susținerile petentei se subsumează unei interpretări a cerinței de calificare prevăzută de art. III.2.1.b) din F.D.A., fără a fi însoțită de o veritabilă critică de nelegalitate în ce privește stabilirea neconformității ofertelor depuse de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzute de art. III.2.1 .b) din F.D.A.

Totodată, curtea reține că trebuie făcută o distincție între cerința de exercitare a activității profesionale prevăzută de art. III.2.1 .b) din F.D.A și cerința prevăzută de art. III.2.3.a) referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, potrivit căreia participanții la procedura de atribuire vor prezenta autorizații pentru efectuarea operațiunilor cu ..., eliberate de unitatea de ... pe raza căruia societatea își are sediul, precum și autorizația sau confirmarea de înregistrare, pentru efectuarea de operațiuni de comerț exterior cu produse ..., eliberată de ..., valabilă pentru importul/transferul de produse din categoria celor care se solicită a fi furnizate către ... numai pentru agenții economici care importă produsele care fac obiectul procedurii de achiziție.

Așadar, cele două cerințe de calificare sunt distincte, iar cerința de calificare prevăzută de art. III.2.1.b) din F.D.A nu poate fi dovedită prin prezentarea cerințelor prevăzute de art.III.2.3.a) referitoare la capacitatea

tehnică și/sau profesională a participanților la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică

Pentru aceste motive curtea va respinge plângerea ca nefondată.»»

Verificând raportul intermediar-parțial, emis de comisia de evaluare conform deciziei anterioare a Consiliului și deciziei Curții de Apel ..., care a respins ca nefondată plângerea formulată împotriva acesteia, Consiliul constată că, luând în considerare aceleași documente menționate în soluționarea citată mai sus, autoritatea contractantă a considerat îndeplinită cerința de către candidatele la care se referă contestatoarea.

Drept urmare, Consiliul stabilește că acceptarea candidaturilor depuse de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asociatul SC ... SRL s-a realizat cu nerespectarea celor stabilite prin decizia Consiliului nr. ... și prin decizia Curții de Apel ..., autoritatea contractantă încălcând, încă o dată, dispoziția art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stabilește că „Decizia Consiliului este obligatorie pentru părţile cauzei."

În aceste condiții, Consiliul stabilește caracterul fondat al celor susținute de contestatoare.

Referitor la candidata SC ... SRL, SC ... SRL arată că aceasta, contrar celor stabilite de Consiliu, atât prin decizia pronunțată în această procedura, cât și prin alte decizii, a fost considerată că îndeplinește cerința de selecție privind deținerea autorizației pentru efectuarea de operațiuni cu ... și ... pentru obiectul contractului.

Cu privire la acest aspect, Consiliul s-a pronunțat astfel în decizia sa nr. ...:

««O altă critică formulată de SC ... SRL cu privire la candidata SC ... SRL, se referă la pretinsa neîndeplinire de către aceasta a cerinței de calificare vizând deținerea autorizației pentru efectuarea operațiunilor cu ....

Verificând, Consiliul constată că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională", s-a cerut îndeplinirea următoarei cerințe:

„Se va prezenta Autorizatia pentru efectuarea operatiunilor cu ... și ..., eliberata de unitatea de ... pe raza caruia societatea isi are sediul social."

SC ... SRL a prezentat Autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu ... nr. 425060 din 29.08.2016, seria AO nr. 02648, eliberată de Direcția Generală de ... a Municipiului ..., prin care societatea este autorizată pentru următoarele operațiuni cu ...:

- Import-export ... – cod CAEN 4690;

- Intermedieri ... – cod CAEN 4619.

Văzând că obiectul prezentei achiziții îl reprezintă furnizarea de ... și având în vedere domeniile pentru care SC ... SRL a prezentat Autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu ..., Consiliul stabilește că îi revenea autorității contractante sarcina de a clarifica cu candidata în ce măsură autorizarea deținută acoperă activitatea de furnizare ce face obiectul procedurii. Așa cum rezultă din raportul intermediar al procedurii, autoritatea contractantă a stabilit că cerința este îndeplinită prin autorizația menționată, fără să ceară clarificări privind neconcordanța dintre obiectul achiziției și domeniile pentru care a fost eliberată această autorizație.

În punctul său de vedere cu privire la acest aspect criticat, autoritatea contractantă arată că autorizațiile deținute de SC ... SRL sunt suficiente pentru derularea contractului, fiind posibil ca, pentru orice alte activități supuse autorizării, ofertanții să apeleze și la încheierea unor contracte de prestări servicii cu firme ce dețin acest gen de autorizări.

Consiliul reține că aceste apărări ale autorității vin în contradicție cu concluzia consemnată în raportul intermediar al procedurii, conform căreia cerința a fost considerată îndeplinită prin autorizația menționată mai sus.

Date fiind cele expuse, Consiliul stabilește caracterul fondat al criticii contestatoarei cu privire la această chestiune.»»

Verificând raportul intermediar-parțial, emis de comisia de evaluare conform deciziei anterioare a Consiliului și deciziei Curții de Apel ..., care a respins ca nefondată plângerea formulată împotriva acesteia, Consiliul constată că, luând în considerare același document menționat în soluționarea citată mai sus, autoritatea contractantă a considerat îndeplinită cerința de către SC ... SRL, prin faptul că în documentul depus apare înscrisă mențiunea referitoare la intermedieri ..., activitate pe care autoritatea contractantă a considerat-o suficientă pentru a stabili că operatorul economic are posibilitatea legală de a efectua vânzări/cumpărări de .... Nu rezultă, din acest raport intermediar-parțial, și nici din celelalte acte emise în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ulterior primirii deciziei anterioare a Consiliului, așa cum au fost depuse probe la dosarul prezentei cauze, faptul că aspectul în discuție ar fi făcut obiectul vreunei clarificări cu ofertanta, reieșind că autoritatea nu a pus în aplicare cele dispuse de Consiliu privind această cerință.

Văzând, încă o dată, autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu ... nr. 425060 din 29.08.2016, seria AO nr. 02648, eliberată de Direcția Generală de ... a Municipiului ..., prin care SC ... SRL este autorizată pentru import-export ... (cod CAEN 4690) și intermedieri ... (cod CAEN 4619), Consiliul reține că, potrivit art. 2 punct 6 din Legea nr. 295/2004 privind regimul ... și al ..., operaţiunile cu ..., piese și ... sunt următoarele: *„producerea, confecţionarea, asamblarea, **intermedierea**, modificarea, prelucrarea, repararea, experimentarea, **vânzarea**, **cumpărarea**, închirierea, schimbul, donaţia, comodatul, sponsorizarea, **importul**, **exportul**, transportul, tranzitul, transferul, transbordarea, depozitarea, casarea şi distrugerea ..., a pieselor și a ... pentru acestea”.*

După cum se observa, legiuitorul realizează o distincție clară între operațiunile de vânzare și cumpărare, specifice activității de comerț, și cele de intermediere.

În Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 295/2004 privind regimul ... şi al ..., aprobate prin HG nr. 11/2018, se regăsesc următoarele prevederi:

„art. 157. - (1) Operaţiunile de intermediere ..., piese şi componente esenţiale ale acestora, precum şi ... se pot realiza numai în baza unui contract de prestări servicii încheiat între intermediar şi

expeditorul sau, după caz, destinatarul acestora, în baza căruia poate solicita autorităţilor competente eliberarea autorizaţiei de import-export, a permisului de transfer sau, după caz, a acordului prealabil, în condiţiile prevăzute la secţiunea a 2-a a Capitolului VI.

(2) Intermediarii nu pot deţine în proprietate ...le, piesele şi componentele esenţiale ale acestora, precum şi ... ce fac obiectul operaţiunii de intermediere.

(3) Transportul şi, după caz, depozitarea ..., pieselor şi componentelor esenţiale ale acestora, precum şi ... ce fac obiectul operaţiunii de intermediere, pot fi efectuate numai de către ...i autorizaţi în condiţiile prezentelor norme metodologice."

Având în vedere faptul că SC ... SRL este autorizată pentru intermedieri ..., așa cum operațiunile de intermediere sunt descrise în art. 157 din HG nr. 11/2018, Consiliul stabilește că aceasta nu are posibilitatea legală de a încheia contractul de furnizare cu autoritatea contractantă. Acest contract de achiziție publică implică transferul dreptului de proprietate între semnatarii lui, ceea ce determină deținerea acestui drept de către operatorul economic care furnizează bunurile autorității contractante. Or, dată fiind înțelegerea legiuitorului asupra activității de intermediere, Consiliul reține că cel care este autorizat să o desfășoare nu deține dreptul de proprietate asupra bunurilor, drept pe care să îl transfere autorității contractante.

În lumina prevederilor art. 157 din HG nr. 11/2018, autoritatea contractantă nu va putea încheia cu SC ... SRL un contract de furnizare, ci doar un *„contract de prestări servicii încheiat între intermediar şi expeditorul sau, după caz, destinatarul acestora",* ceea ce nu este de natura contractului de achiziție publică de furnizare produse.

Văzând cele analizate, Consiliul stabilește că prin autorizația pentru efectuarea operațiunilor cu ... nr. 425060 din 29.08.2016, seria AO nr. 02648, eliberată de Direcția Generală de ... a Municipiului ..., SC ... SRL nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței citate din fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională".

În aceste condiții, Consiliul stabilește caracterul fondat și al acestei susțineri a contestatoarei.

Cât privește aprecierea SC ... SRL că SC ... SRL nu este autorizată nici pentru operațiunea de transport, condiție ce ar fi fost impusă de autoritatea contractantă prin clarificările comunicate înainte de data limită de depunere a candidaturilor, Consiliul reiterează cele reținute în considerentele deciziei sale nr. ...:

««Cât privește susținerea contestatoarei potrivit căreia, prin clarificările anterioare etapei de prezentare a candidaturilor, autoritatea contractantă a precizat că inclusiv operațiunea de transport a produselor la locul livrării este în sarcina operatorului economic câștigător, Consiliul observă, din analiza clarificărilor postate în SEAP, că o astfel de mențiune nu a fost realizată prin acestea.»»

Drept urmare, această susținere se relevă ca nefondată.

O ultimă critică formulată de SC ... SRL vizează îndeplinirea cerinței de experiență similară de către candidatele SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asocierea SC ... SRL - ....

Referitor la îndeplinirea acestei cerințe de selecție de către SC ... SRL, Consiliul stabilea următoarele prin decizia sa nr. ...:

««SC ... SRL critică și îndeplinirea cerinței de experiență similară de către candidatele SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asocierile din care face parte SC ... SRL.

Cu privire la SC ... SRL arată că acordul-cadru încheiat de aceasta cu ... a fost înlăturat de către autoritatea contractantă, iar livrările de ... nu pot fi avute în vedere, deoarece nu reprezintă bunuri similare celor ce vor fi achiziționate în urma aceste proceduri.

Față de această critică, se reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională", autoritatea contractantă a solicitat îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, astfel:

«Lista produselor furnizate în ultimii 5 ani.

1. Candidatul trebuie sa faca dovada ca detine o experienta necesara pentru derularea contractului. Candidatul trebuie sa fii derulat, în ultimii 5 ani dinainte de data limita de depunere a candidaturii, cel putin un contract (de aceeasi valoare fara T.V.A. sau cu aceeasi cantitate de produse) de furnizare de ..., ... sau produse .... Evaluarea capacitatii profesionale a candidatului se va raporta la lotul pentru care acesta va depune candidatura. în cazul în care se va depune candidatura pe mai multe loturi, aceasta se va evalua raportandu-se la lotul cu valoarea cea mai mare.

1.2. în cazul în care beneficiarul este un client privat si, din motive obiective, operatorul economic nu are posibilitatea obtinerii unei certificari/confirmari din partea acestuia, demonstrarea furnizarii produselor se realizeaza printr- o declaratie a operatorului economic.

Modalitatea de indeplinire

Candidatul va prezenta o lista cu principalele livrari de ..., munitii sau produse ... efectuate în ultimii 5 ani, continand valori, perioade de livrare, beneficiari, indiferent daca acestia din urma sunt autoritati contractante sau clienti privati. Livrarile de produse se confirma prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de catre clientul beneficiar. Documentele se vor prezenta în copie legalizata sau în copie lizibila certificata „conform cu originalul", semnate și stampilate.»

Potrivit anunțului de participare postat în SEAP, obiectul prezentei achiziții îl reprezintă furnizarea de ....

Potrivit raportului intermediar nr. 667630 din 27.04.2017, candidata SC ... SRL a prezentat, alături de experiența similară din raporturile cu ... (acord-cadru nr. 85 din 15.10.2014), având ca obiect furnizare de ..., și experiența rezultând din livrarea de simulatoare tactice de antrenament tactic de baza pe timp de noapte al ... (contract nr. A1836 din 02.08.2013 și contract nr. A1395 din 08.06.2011).

Având în vedere situația analizată mai înainte, în ceea ce privește decizia autorității contractante de a nu avea o abordare unitară asupra experienței similare a acestei candidate rezultată din raporturile cu ..., Consiliul constată că aprecierea finală asupra îndeplinirii cerinței este determinată de această

analiză ce va fi realizată de autoritate ca urmare a celor stabilite de Consiliu mai înainte.

Consiliul constată că autoritatea contractantă nu formulează apărări față de criticile din contestație cu privire la neîndeplinirea cerinței de experiență similară de către candidatele amintite mai sus.

De asemenea, Consiliul nu regăsește nici considerentele pentru care autoritatea contractantă a apreciat că ... reprezintă un produs ..., astfel încât să poate lua în considerarea îndeplinirea cerinței de experiență similară cele două contracte de furnizare de astfel de simulatoare, invocate de către SC ... SRL.

Date fiind cele precizate, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu a finalizat evaluarea documentelor prezentate de această candidată în dovedirea îndeplinirii cerințelor impuse.»»

În raportul intermediar-parțial, emis de comisia de evaluare conform deciziei anterioare a Consiliului și deciziei Curții de Apel ..., care a respins ca nefondată plângerea formulată împotriva acesteia, sunt consemnate informații privind documentele depuse de candidată înainte de emiterea deciziei anterioare a Consiliului, fără a fi făcută vreo mențiune referitoare la eventuale clarificări ulterioare acesteia.

În punctul său de vedere la contestația prezentă, autoritatea contractantă arată că, reexaminând experiența similară la candidatei SC ... SRL, stabilește că aceasta nu îndeplinește condiția pentru lotul 5. Astfel, arată autoritatea, exceptând loturile 2, 5 și 7, valoarea estimată cea mai mare dintre loturile pentru care SC ... SRL a depus candidatura o are lotul 14, respectiv 692.500 lei, fără TVA, cantitatea de ... calibru 338 mm corespunzătoare acestui lot 14 fiind de 25.000 bucăți. Drept urmare, autoritatea menționează că, raportând valoarea și cantitatea lotului 14 la experiența similară invocată de societate din raporturile cu ... (910.300 bucăți ...), se demonstrează îndeplinirea cerinței pentru loturile 1, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 și 19.

Văzând mențiunile autorității contractante, Consiliul reține achiesarea la susținerile contestatoarei în ceea ce privește experiența similară a SC ... SRL pentru lotul 5.

În referire la celelalte loturi arătate, Consiliul reține că cerința de calificare a fost stabilită ca putând fi îndeplinită fie prin valoarea, fie prin cantitatea prestațiilor anterioare.

Conform celor expuse de autoritate, rezultă că aceasta a înțeles să aprecieze experiența SC ... SRL luând în considerare cantitatea de produse, deși produsele lotului 14-lot reper (...) nu sunt aceleași cu produsele furnizate anterior (...).

Mai mult, Consiliul constată că, în punctul său de vedere la contestație, deși precizează că cea mai mare prestație dovedită de SC ... SRL este cea din contractul subsecvent încheiat cu ... având ca obiect furnizarea a 1.000.300 bucăți ... cu o valoare de 535.990 lei, fără TVA, când stabilește îndeplinirea cerinței are în vedere un alt contract subsecvent încheiat cu aceeași ... având ca obiect 910.300 bucăți ....

Rezultă din aceasta o inconsecvență a autorității contractante în alegerea informațiilor pe baza cărora a selectat candidatura SC ... SRL.

Cât privește metoda cantitativă aplicată în stabilirea îndeplinirii cerinței, Consiliul constată că nu rezultă, din cele consemnate în raportul intermediar și în punctul de vedere al autorității contractante, motivele pentru care, în compararea experienței similare cu reperele lotului reper 14, a avut o astfel de abordare în interpretarea cerinței de selecție.

Așa cum se menționa mai sus, cele două tipuri de ... avute în vedere, respectiv ...le obiect al lotului 14 și cele furnizate anterior de candidată nu sunt aceleași. Prin urmare, așa cum arată contestatoarea, acestea având valori de achiziție diferite, Consiliul nu identifică raționamentul autorității în a alege compararea cantității furnizate anterior și nu valoarea prestației.

Câtă vreme autoritatea contractantă a prevăzut cele două alternative în stabilirea îndeplinirii cerinței de experiență similară, este lesne de conchis că metoda cantitativă nu putea fi aplicată decât în măsura în care obiectul experienței similare este același cu cel al achiziției, pentru alte situații fiind relevantă metoda valorică.

Drept urmare, Consiliul stabilește caracterul fondat al celor susținute de contestatoare în sensul în care evaluarea realizată de autoritatea contractantă cu privire la candidata SC ... SRL în privința experienței similare a acesteia nu a fost una obiectivă și argumentată.

Referitor la candidata SC ... SRL, în decizia sa nr. ..., Consiliul consemna următoarele în analiza realizată cu privire la criticile contestatoarei în ceea ce privește experiența similară a acesteia:

««Cu privire la modul în care SC ... SRL a înțeles să dovedească îndeplinirea cerinței de experiență similară, contestatoarea arată că aceasta a prezentat, ca urmare a solicitării autorității contractante, documente din care nu se face dovada corelării informațiilor conținute cu cele înscrise în formularul depus. De asemenea, contestatoarea arată că documentele de confirmare a livrărilor confirmă doar cantități de produse, fără a se face referire la un contract anume, nu confirmă livrarea efectivă a acestora și nu sunt emise sau contrasemnate de beneficiar.

Verificând, Consiliul constată că, în dovedirea îndeplinirii cerinței de experiență similară, SC ... SRL a invocat susținerea terțului .... Pentru experiența similară a acestui terț, candidata a prezentat informații privind o furnizare de produse ... ... de mici dimensiuni (...) către ..., în valoare de 6.951.815 euro. Ca urmare a solicitării autorității contractante (adresa nr. 1910583/7/SAP/ML din 31.01.2017) de a prezenta documente relevante emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar, care să confirme livrările de produse aferente contractului invocat ca experiență similară, candidata a depus 4 foi de livrare, autoritatea considerând cerința îndeplinită.

Verificând legalitatea deciziei autorității, Consiliul constată că, din documentele de livrare depuse, rezultă exclusiv informația referitoare la cantitatea de produse (...) care a fost livrată, fără a fi identificate informații privind prețul livrării ori legătura cu contractul invocat ca experiență similară.

De asemenea, aceste acte sunt semnate pentru primirea livrării de către „Serviciul ...” ori „Depozit de materiale ...”.

Consiliul constată că informațiile cuprinse în aceste documente, prin care s-a dorit a fi făcută dovada experienței invocate, nu conduc către concluzia că livrările de pistoale la care se face referire au legătură cu acel contract încheiat de terțul susținător ... cu statul german, în valoare de 6.951.815 euro.

Ca atare, Consiliul stabilește că, în fapt, evaluarea îndeplinirii acestei cerințe de către SC ... SRL nu a fost finalizată, autoritatea contractantă nefiind în posesia documentelor și informațiilor care să îi formeze convingerea ca experiența similară invocată respectă rigorile pe care ea însăși le-a impus prin fișa de date a achiziției, simplele declarații ale terțului susținător cu privire la experiența sa nefiind suficiente.»»

Ulterior primirii deciziei Consiliului, prin adresa nr. 683723/2/SAP/ML din 23.02.2018, autoritatea contractantă a cerut SC ... SRL să prezinte documente relevante care să ateste că livrările de ... au legătură cu contractul încheiat de către terțul susținător cu statul german, ce a fost invocat ca experiență similară. În adresă, autoritatea a îndrumat candidata ca, în fundamentarea răspunsului, să aibă în vedere dispozițiile deciziei anterioare a Consiliului.

SC ... SRL a răspuns prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1622599 din 01.03.2018 la care anexează certificatul constatator eliberat de către ... cu privire la îndeplinirea contractului de livrare ... mici de către ....

Verificând acest certificat constatator, Consiliul observă că, în cuprinsul acestuia, este menționat că între ... și ... există un contract cadru cu numărul de atribuire Q/K2AC/R0586 pentru livrarea de diverse ... de foc mici în fabrica prestatorului. În certificat sunt menționate și valorile pentru cifra de afaceri pentru anii 2013 pana la 2016, cea din anul 2015 fiind de 6,95 milioane euro.

Consiliul constată că nici de această dată candidata nu face dovada experienței sale similare. Astfel, noul document prezentat indică faptul că între ... și ... există încheiat un contract cadru, deși în actele depuse inițial de susținător se făcea vorbire despre un contract încheiat pe 12 luni, anul 2015. De asemenea, în certificat nu este indicată data la care acest acord cadru a fost încheiat și nici nu se face vorbire despre livrările de produse, valoarea sau cantitatea acestora ori perioada în care au fost realizate. Trimiterea emitentului la cifra de afaceri nu prezintă relevanță în stabilirea valorii prestației furnizorului statului german.

În concluzie, Consiliul stabilește că, prin actele prezentate, SC ... SRL nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de experiență similară.

În ceea ce privește experiența similară a candidatei SC ... SRL, Consiliul stabilea următoarele prin decizia sa anterioară:

««Cu privire la modul în care SC ... SRL a înțeles să dovedească îndeplinirea cerinței de experiență similară, contestatoarea arată că aceasta a prezentat documente care nu conțin valori, care nu sunt semnate de beneficiari ori care nu confirma livrările.

Verificând, Consiliul constată că, în dovedirea îndeplinirii cerinței de experiență similară, SC ... SRL a invocat susținerea terțului ... Pentru experiența similară a acestui terț, candidata a prezentat informații privind furnizări de ... către statul ... și către cel .... Ca urmare a solicitării autorității contractante (adresa nr. 1910583/6/SAP/ML din 31.01.2017) de a prezenta și documente relevante emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar, care să confirme livrările de produse aferente contractului încheiat cu statul ... sau alte documente doveditoare, candidata a depus un proces-verbal de primire a bunurilor livrate statului ... și un certificat de utilizator final pentru furnizarea de ... către statul ....

Verificând legalitatea deciziei autorității, Consiliul constată, din documentele transmise anexat adresei de răspuns nr. 964 din 17.02.2017, că actele privind pretinsa livrare de ... către statul ... fac referire la un contract având nr. 16 43 M5 090, în vreme ce, din lista contractelor executate în ultimii 5 ani, emisă de terțul beneficiar ..., rezulta că numărul contractului de experiență similară încheiat cu autoritățile ...e are nr. 11 M8 0145. Consiliul constată că, în raportul intermediar al procedurii, autoritatea contractantă a considerat cerința îndeplinită fără a solicita candidatei clarificări privind această chestiune.

Pe de altă parte, documentul prezentat pentru a face dovada livrării de ... către autoritățile braziliene face referire la același număr de contract indicat în listă, este contrasemnat de către beneficiar, iar cantitatea de produse respectă cerința de experiență similară, având în vedere că candidatura este depusă pentru lotul 5 (conform raport intermediar) ce are ca obiect livrarea a 300 de ..., iar livrarea similară a avut ca obiect 531 de ....»»

Văzând că acest subiect a fost tranșat de Consiliu în decizia sa, acesta stabilește că cele susținute de contestatoare cu privire la actele deja analizate de Consiliu sunt neavenite, examinarea realizată de organismul administrativ-jurisdicțional beneficiind, în acest caz, de autoritate de lucru judecat.

În ceea ce privește asocierea SC ... SRL - ..., Consiliul stabilea astfel în decizia sa:

««Referitor la asocierea SC ... SRL – ..., Consiliul constată că aceasta a invocat ca experiență similară contractul nr. 1749 din 2014, având ca obiect furnizare de ..., ... și ... de către ... unei autorități .... Documentele depuse în dovedirea realizării acestei livrări, respectiv documente de transport, nu identifică contractul în baza căruia se realizează transportul de mărfuri, nu sunt semnate de către beneficiar, însă identifica bunurile livrate.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că evaluarea îndeplinirii cerinței de experiență similară de către asocierea SC ... SRL – ... nu a fost finalizată de către autoritatea contractantă, aceasta fiind necesar a solicita informații și documente suplimentare care să îi formeze convingerea îndeplinirii cerinței, așa cum a fost menționată în fișa de date a achiziției, documentele în posesia cărora a fost la momentul stabilirii deciziei nefiind de o astfel de natură.»»

Ulterior primirii deciziei Consiliului, prin adresa nr. 683723/3/SAP/ML din 23.02.2018, autoritatea contractantă a cerut asocierii SC ... SRL - ... să prezinte documente din care să rezulte identificarea/menționarea contractului 1749 din 18.09.2014 în

documentele depuse pentru dovedirea realizării livrărilor de produse menționate în lista produselor furnizate în ultimii 5 ani din data de 19.09.2016. În adresă, autoritatea a îndrumat candidata ca, în fundamentarea răspunsului, să aibă în vedere dispozițiile deciziei anterioare a Consiliului.

Asocierea a răspuns prin adresa nr. 30 din 28.02.2018 în care arată că, drept dovadă a celor cerute de autoritate, anexează factura electronică tradusă în limba română în care se regăsesc informații privind numărul și data contractului, bunurile livrate, datele documentului de transport și valori.

Văzând demersul autorității contractante de a cere clarificări, Consiliul stabilește că aceasta a respectat cele dispuse mai înainte de Consiliu. În ceea ce privește considerarea asupra îndeplinirii cerinței de experiență similară, Consiliul stabilește că informațiile decurgând din documentul prezentat autorității în data de 28.02.2018 sunt de natura celor cerute prin fișa de date a achiziției.

Însă, în contextul în care, în decizia sa anterioară, Consiliul stabilea că documentul de transport prezentat inițial și analizat nu era semnat de beneficiar, în sensul primirii conforme a livrării (ci doar pentru primirea documentului de transport, semnătură pe care autoritatea contractantă a echivalat-o cu primirea conformă a mărfii) și în condițiile în care în factura electronică, primită ca urmare a reevaluării, este menționat că data scadentă a plății bunurilor livrate este 14.06.2015, Consiliul stabilește că, în lipsa dovezilor emise de beneficiarul bunurilor care să ateste că livrarea a fost efectuată în condiții de conformitate și a probelor că plata a fost realizată, nu se putea conchide temeinic privitor la îndeplinirea cerinței.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SRL și:

- să dispună remedierea documentației de atribuire;

- să anuleze actele autorității contractante, aferente loturilor nr. 1, 3, 4, 5, 9, 10, 13 și 15, cu privire la calificarea și selectarea următoarelor candidate în vederea participării la etapa a doua a procedurii de achiziție publică: SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asocierea SC ... SRL – Fabbrica D'Armi Pietro Beretta S.p.A;

- să anuleze invitațiile transmise acestora în vederea depunerii de ofertă în cea de-a doua etapă a procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să:

- modifice documentația de atribuire, conform celor stabilite în considerentele deciziei, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici implicați în procedura de atribuire și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu asigurarea unei perioade de timp suficientă pentru elaborarea ofertelor în acord cu dispozițiile modificate ale documentației de atribuire;

- să reanalizeze candidaturile depuse de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asocierea SC ... SRL – ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SRL în contradictoriu cu ....

Dispune remedierea documentației de atribuire.

Anulează actele autorității contractante, aferente loturilor nr. 1, 3, 4, 5, 9, 10, 13 și 15, cu privire la calificarea și selectarea următoarelor candidate în vederea participării la etapa a doua a procedurii de achiziție publică: SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asocierea SC ... SRL – ...;

Anulează invitațiile transmise acestora în vederea depunerii de ofertă în cea de-a doua etapă a procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să:

- modifice documentația de atribuire, conform celor stabilite în considerentele deciziei, să aducă modificările astfel efectuate la cunoștința operatorilor economici implicați în procedura de atribuire și să stabilească o nouă dată de depunere a ofertelor, cu asigurarea unei perioade de timp suficientă pentru elaborarea ofertelor în acord cu dispozițiile modificate ale documentației de atribuire;

- să reanalizeze candidaturile depuse de SC ... SRL, SC ... SRL, SC ... SRL și asocierea SC ... SRL – ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

... ...

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.