

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1964/C1/1968

Data: 03.09.2021

Prin contestația nr. 365/02.08.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 40043/02.08.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în, județul, având CUI, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr., reprezentată prin administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire emis de către, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „Reabilitare străzi prin asfaltarea acestora; Unirii, Nucărie, Măicuța, Ogorului, Lunca Băhluieț, Nouă” cod CPV 45233120-6, s-a solicitat:

- admiterea contestației cu consecința anulării în parte a raportului procedurii nr. 39456/26.07.2021 și a actelor anterioare și subsecvente prin care oferta depusă de SC SRL a fost declarată acceptabilă, conformă și câștigătoare a procedurii de atribuire ;
- admiterea cererii de detalieri/dezvoltare a motivelor de neconformitate, într-un termen rezonabil, de minim 3 zile, după studierea dosarului achiziției, urmând a comunica aceasta detalieri tuturor părților implicate în procedura din fața Consiliului ;
- repunerea în termenul de a detalia/motiva prezenta contestație având în vedere refuzul autorității contractante de a pune la dispoziție părți relevante din dosarul achiziției ;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei depusă de SC SRL în conformitate cu prevederile legale și în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța.

Prin adresa nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /17.08.2021, SC SRL, cu sediul în, județul, având CUI, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin administrator, formulează cerere de intervenție, solicitând Consiliului:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;

- respingerea cererii contestatorului de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate, într-un termen rezonabil, de minim 3 zile după studierea dosarului, în principal, ca inadmisibilă și în subsidiar, ca tardivă;
- respingerea cererii contestatorului de repunere în termenul de a detalia/motiva contestația ca neîntemeiată;
- pe fondul cauzei, respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii ca legale și temeinice a raportului procedurii nr. 39456/26.07.2021 și a actelor anterioare și subsecvente prin care oferta SC SRL a fost declarată acceptabilă, conformă și câștigătoare a procedurii.

În luarea deciziei **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În ceea ce privește interesul legitim în formularea contestației, contestatorul precizează următoarele:

- SC SRL a depus o ofertă conformă și admisibilă, dar prin evaluarea nelegală efectuată de comisia de evaluare, oferta depusă s-a clasat pe locul 2 după oferta depusă de SC SRL;
- prin raportul procedurii nr. 39456/26.07.2021 oferta depusă a fost declarată acceptabilă, conformă dar necâștigătoare;
- prin modul de a efectua evaluarea s-au creat mari prejudicii, justificând și dovedirea interesului legitim în a formula contestația;
- având în vedere art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, consideră că actul vătămător este raportul procedurii nr. 39456/26.07.2021, prin care în mod eronat și cu încălcarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, oferta depusă de SC SRL, a fost declarată conformă și câștigătoare a procedurii de atribuire. Autoritatea contractantă nu a transmis comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire așa cum este prevăzut de art. 215 din Legea 98/2016.

Cu privire la motivele nelegalitate și netemeinicia a raportului/ rezultatului nr. 39456/26.07.2021, contestatorul precizează următoarele:

A. Oferta depusă de SRL este inacceptabilă și neconformă deoarece nu face dovada capacității de a executa lucrările de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz.

Contestatorul arată că prin adresa nr. 36307/03.06.2021 la pct. 4, s-a solicitat clarificarea următorului aspect: „Vă rugăm să confirmați că pentru ridicare la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan nu este necesară nominalizarea unui subcontractant autorizat ANRE, întrucât nu se intervine asupra conductei de gaze naturale”, autoritatea contractantă răspunzând: „Ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan se va realiza de către o societate autorizată ANRE”.

Contestatorul apreciază că prin acest răspuns s-a confirmat faptul că pentru realizarea unei părți din lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri, respectiv ridicarea la cotă a răsuflătorilor de gaze naturale,

era obligatoriu ca ofertantul să facă dovada prin surse proprii, asociere sau subcontractare că este autorizat ANRE să execute lucrări la instalația de gaze naturale aflată pe amplasamentul lucrării, respectiv în zona carosabilă.

Față de răspunsul formulat de autoritatea contractantă, prin care a solicitat ca ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan să fie realizată de o societate comercială autorizată ANRE, contestatorul consideră că în etapa de evaluare a ofertelor nu s-a ținut cont de răspunsul la solicitările de clarificări și de faptul că ofertantul SC SRL nu a făcut dovada îndeplinirii acestei cerințe impuse prin clarificări.

În acest sens, precizează că a făcut demersuri pentru identificarea și implicarea în contract, în calitate de subcontractant, a unei societăți comerciale autorizate ANRE pentru realizarea lucrărilor la conductele de gaze naturale. Pentru această societate a prezentat în cadrul propunerii tehnice autorizația solicitată. În schimb, ofertantul declarat câștigător nu a prezentat în cadrul ofertei depuse nici o informație concretă cu privire la modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, având în vedere obligația legală de a se respecta cerințele documentației de atribuire, inclusiv a răspunsurilor la solicitările de clarificări.

Apreciază că prin modul în care comisia de evaluare a înțeles să procedeze la evaluarea ofertelor, a fost încălcat flagrant principiul tratamentului egal, prevăzut de Legea nr. 98/2016, în condițiile în care, ofertanții care au respectat cerința autorității contractante au fost tratați în mod similar cu cei ce nu au respectat această cerință.

Raportat la mențiunile din cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 36307/03.06.2021, rezultă fără putință de tăgăda faptul că societatea autorizată ANRE care va urma să execute lucrările de ridicare la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan ar fi trebuit să fie declarată fie ca asociat, fie ca terț susținător, fie ca subcontractant.

Astfel, arată că potrivit mențiunilor din cuprinsul Declarației de participare, a Raportului procedurii și a celor din cuprinsul DUAЕ, ofertantul declarat câștigător a depus ofertă în calitate de ofertant unic, fără a declara terți susținători sau subcontractanți. Conform documentelor existente la dosarul achiziției, ofertantul asigură doar personal specializat pentru execuția lucrărilor de ridicare la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan, așa cum se deduce din adresa de clarificări nr. 38190/05.07.2021, fără a demonstra accesul la o societate autorizată ANRE care ar fi trebuit declarată asociat/terț susținător/ subcontractant.

Raportat la faptul că ofertantul justifică îndeplinirea acestei cerințe, în speță prezentarea unei autorizări ANRE pentru lucrările de ridicare la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan, prin prezentarea unor documente privind accesul la personal specializat în domeniul instalațiilor de gaze naturale, contestatorul apreciază că nu poate fi considerată îndeplinită cerința, ofertantul declarat câștigător având obligația de a declara un operator economic care deține autorizare ANRE în domeniul instalațiilor

de gaze naturale ca subcontractant și de a prezenta un formular DUAЕ pentru acesta, deoarece doar capacitățile subcontractorilor pot fi luate în considerare.

Astfel, subliniază că din interpretarea dispozițiilor 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016, rezultă că pentru a fi considerat subcontractant, este necesar ca activitățile executate de un operator economic nominalizat în cadrul ofertei să facă parte din obiectul contractului care urmează a fi atribuit, spre deosebire de noțiunea de furnizor definită la art. 3 alin. (1) lit. w) din Legea nr. 98/2016 ca fiind „entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant”.

Contestatorul reiterează aspectul potrivit căruia autoritatea contractantă a solicitat în mod expres ca ofertanții să declare ca subcontractori toți participanți la realizarea obiectului contractului, iar în lipsa declarării acestora ca subcontractori oferta devine și inacceptabilă.

Consideră de asemenea că prin nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor la momentul depunerii, nu se respecta cerințele documentației de atribuire, iar prin declararea ca admisibilă a ofertei criticate, se încalcă principiul tratamentului egal, raportat la ceilalți ofertanți care au înțeles să respecte întocmai cerințele autorității contractante și au declarat societăți autorizate ANRE ca subcontractanți la momentul depunerii ofertelor.

Având în vedere aspectele menționate, apreciază că oferta depusă de ofertantul SRL este neconformă și inacceptabilă prin raportare la prevederile art. 215 din Legea 98/2016:

B. Oferta depusă de SC SRL este inacceptabilă deoarece nu a furnizat răspuns concludent la solicitarea de clarificări.

Raportat la prevederile art. 134 alin 5 din HG nr. 395/2016, contestatorul arată că un tratament discriminatoriu față de ofertanți s-a aplicat și în cazul ofertanților care au răspuns corect și complet la solicitările de clarificări adresate de către autoritatea contractantă, față de ofertanții care nu au răspuns în mod corespunzător.

Astfel, prin solicitarea de clarificări nr. 37552/24.06.2021 adresată SC SRL s-a solicitat retransmiterea unui DUAЕ revizuit; ofertantul a încărcat răspunsul său în SEAP fără însă a transmite documentul DUAЕ solicitat, situație față de care oferta trebuia considerată inacceptabilă. În schimb, autoritatea contractantă a considerat ca fiind legală transmiterea prin adresa nr. 37753/29.06.2021 din nou a aceleași solicitări cu privire la prezentarea unui DUAЕ revizuit, acesta reprezentând, în opinia contestatorului, în mod evident, un tratament neegal aplicat față de ofertanți.

Consideră că prin această nouă solicitare autoritatea contractantă confirmă textual că răspunsul nr. 667/28.06.2021 „este incomplet”, fără a lua măsura legală de respingere a ofertei acestuia.

Subliniază de asemenea că aplicarea tratamentului discriminatoriu continuă prin transmiterea solicitării de clarificări nr. 38190/05.07.2021 prin care se solicită ofertantului SC SRL, fără a ține cont de cele solicitate anterior prin răspunsul nr. 4 din Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 36307/03.06.2021, să facă dovada specializării personalului propus pentru execuția lucrărilor de ridicare la cotă a răsuflătorilor instalațiilor de gaze naturale.

Contestatorul precizează că solicitarea de a detalia contestația formulată se impune a fi admisă, iar detalierea contestației astfel rezultată se impune a fi analizată pe fond în vederea soluționării prezentului litigiu, deoarece:

- se încadrează în prevederile din legislația națională: art. 11 din Legea nr. 101/2016, art. 1 alin. 1 din Codul civil (1) „Sunt izvoare ale dreptului civil legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului”, art. 19 din Legea nr. 101/2016, principiul general de drept *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat*, conform căruia normele juridice se interpretează în sensul în care ele produc efecte, iar nu în sensul în care ele n-ar produce nici un efect, art. 1268 alin. 3 din Codul civil „(3) Clauzele se interpretează în sensul în care pot produce efecte, iar nu în acela în care nu ar putea produce niciunul prevede acest principiu pentru interpretarea contractelor, dar, pentru identitate de rațiune, el este extins pentru interpretarea tuturor normelor de drept”;
- raportat la prevederile legale de mai sus și la principiul general de drept *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat*, termenul de 3 zile acordat pentru completarea conținutului contestației trebuie să curgă de la data la care i s-a permis studierea dosarului achiziției publice în totalitate;
- în orice altă interpretare a normelor de drept, dreptul contestatorului de a studia dosarul achiziției publice ar fi o formă fără fond, neproducătoare de efecte juridice, în condițiile în care contestația ar trebui completată cu toate motivele de fapt și de drept, cu toate mijloacele de proba, independent de accesul prealabil la dosarul achiziției publice;
- dreptul contestatorului de a studia dosarul achiziției publice ar fi o formă fără fond, neproducătoare de efecte juridice, în condițiile în care contestatorul nu ar beneficia de un termen rezonabil pentru completarea contestației după studierea dosarului achiziției (legiuitorul stabilește în art. 11 din Legea nr. 101/2016 că termenul de completare a contestației este de 3 zile) sau în condițiile în care Consiliul nu ar analiza pe fond argumentele din completarea contestației rezumându-se la a le respinge ca inadmisibile/tardive raportat la termenul limită de depunere a contestației;
- interpretarea de mai sus, este susținută și de jurisprudența europeană unanimă, cu caracter obligatoriu pentru statele membre și în acest sens, amintește câteva decizii: Hotărârea Tribunalului Uniunii

Europene din data de 2 martie 2010 în cauza T-70/05 EVROPAÏKI DYNAMIKI/EMSA, pct. 84,170; Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din data de 25 februarie 2003 în cauza T- 183/00 Strabag Benelux/Consiliul, pct, 58; Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din data de 25 februarie 2003 în cauza T- 4/01 Renco/Consiliul, pct. 96, 97; Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din data de 12 noiembrie 2008 în cauza T- 406/06 Evropaiki Dynamiki/Comisia, pct. 50; Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Eujropene din data de 12 decembrie 2002 în cauza C-470/99 Universale- Bau AG împotriva Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH, pct 78; Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din data de 27 februarie 2003 în cauza C-327/00 Santex SpA împotriva Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, pct 55;

La nivel național face referire la: încheierea din data de 09.09.2019 pronunțată de către Curtea de Apel Cluj în dosarul 535/33/2019, prin care instanța a încuviințat accesul la întreaga oferta raportat la faptul că ofertantul nu a justificat la momentul depunerii ofertelor caracterul confidențial al informațiilor acesteia; încheierea din data de 23.09.2019 pronunțată de către Curtea de Apel Cluj în dosarul 535/33/2019, prin care instanța a încuviințat „cererea de repunere în termen pe de o parte tocmai în vederea asigurării în mod efectiv a accesului la justiție care se face în această procedură doar în primă și ultimă instanță iar pe de altă parte sunt și alte situații când instanța se pronunță pe fondul raportului juridic, respectiv când CNSC nu antamează fondul astfel că nu se poate spune că se încalcă un grad de jurisdicție întrucât însăși legea dă posibilitatea curții să analizeze pentru prima dată fondul sens în care instanța dispune repunerea în termen pe toate aspectele invocate inclusiv pe completarea motivelor în accepțiunea petentei”; Decizia Curții de Apel Oradea nr. 3588/CA/2014-R/10.11.2014, Decizia Curții de Apel Timișoara nr. 3314/19.05.2014. Decizia Civilă nr. 11514/2013, pronunțată de către Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 1137/33/2013, pag. 48 din Decizie; această Decizie a fost pronunțată de Curtea de Apel Cluj, la data de 28.11.2013, data la care erau în vigoare aceleași prevederi a legislației privind achizițiile publice, art. 207 și totodată erau în vigoare și prevederile Noului Cod de Procedură Civilă.

În anexa exemplarului original al contestației, înregistrată la CNSC sub nr. 40335/03.08.20221, contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207392309/1 din data de 30.07.2021, tranzacția nr. 1111113273/1908044212, emisă de CEC Bank Unitatea: Sucursala, în valoare 88.000 lei, aferentă dosarului în cauză, constituită conform art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 40560/13.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 42572/....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări invocată de către contestator, referitoare la ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan și necesitatea nominalizării unui subcontractant autorizat ANRE, autoritatea contractantă precizează că a încărcat în SEAP răspunsul la clarificări nr. 36307/03.06.2021 potrivit căruia: „ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan se va realiza de către o societate autorizată ANRE (...)”.

Menționează că pe parcursul evaluării ofertelor, a formulat solicitarea de clarificări nr. 38190/05.07.2021, adresată SC SRL, prin care a menționat: „vă solicităm să faceți dovada specializării personalului propus pentru execuția lucrărilor de ridicare la cotă a răsuflătoarelor a instalațiilor de gaze naturale (...)”.

În opinia autorității contractante, comisia de evaluare a considerat, în baza răspunsului înregistrat cu nr. 38480/08.07.2021, că ofertantul SC SRL îndeplinește cerințele impuse și că, prin surse proprii va putea executa ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaze naturale cu personalul autorizat ANRE.

Subliniază de asemenea faptul că, în evaluarea ofertelor, comisia de evaluare a ținut cont atât de documentația de atribuire, cât și de clarificările comunicate posibililor ofertanți, precum și de respectarea principiilor prevăzute de Legea nr. 98/2016, considerând că a tratat în mod egal și similar toți operatorii economici participanți la procedură.

În ceea ce privește susținerile contestatorului cu privire la repunerea în termenul de a detalia/motiva contestația, raportat la refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziție părți relevante din dosarul achiziției publice, autoritatea contractantă menționează că a pus la dispoziția contestatorului dosarul achiziției publice, mai puțin părțile din propunerea tehnică și financiară declarate ca fiind confidențiale de către ofertantul declarat câștigător.

SC SRL formulează cerere de intervenție nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./17.08.2021, solicitând Consiliului:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;
- respingerea cererii contestatorului de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate, într-un termen rezonabil, de minim 3 zile după studierea dosarului, în principal, ca inadmisibilă și în subsidiar, ca tardivă;
- respingerea cererii contestatorului de repunere în termenul de a detalia/motiva contestația ca neîntemeiată;
- pe fondul cauzei, respingerea contestației ca nefondată, cu consecința menținerii ca legale și temeinice a raportului procedurii nr. 39456/26.07.2021 și a actelor anterioare și subsecvente prin care oferta SC SRL a fost declarată acceptabilă, conformă și câștigătoare a procedurii.

Cu privire la admisibilitatea în principiu, a cererii de intervenție, acesta invocă prevederile art. 17 alin. (3) și (4) din legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 61 alin. (1) cpc.

Subliniază de asemenea că, în condițiile în care SC SRL este ofertant declarat câștigător, justifică pe deplin interesul în formularea cererii de intervenție.

Cu titlu prealabil, menționează că prin adresa înregistrată sub nr. 39967/04.08.2012, autoritatea contractantă a informat SC SRL că a luat cunoștință despre depunerea unei contestații la CNSC, conform documentului înregistrat la registratura instituției cu nr. 39855/02.08.2021, fără a comunica însă și respectiva contestație.

Arată că deși contestația formulată de SC SRL a fost depusă la CNSC și comunicată autorității contractante încă din data de 02.08.2021, autoritatea contractantă a publicat contestația în SICAP abia în data de 09.08.2021 conform print-screen-ului din SEAP atașat prezentei. Astfel, subliniază că abia în data de 09.08.2021 a luat cunoștința de conținutul contestației, termenul de 10 zile prevăzut de art. 17 alin. (3) pentru formularea cererii de intervenție începând să curgă din data de 09.08.2021. Pentru aceste considerente, învederează Consiliului faptul că prezenta cerere de intervenție este formulată în termenul prevăzut de lege.

Pe cale de excepție, cu privire la solicitarea contestatorului de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate într-un termen rezonabil de minim 3 zile, după studierea dosarului achiziției, intervenientul invocă următoarele:

1. Excepția inadmisibilității cererii. În principal, o astfel de cerere nu are temei legal și nu poate fi formulată pe calea contestației prevăzute de art. 8 din Legea nr. 101/ 2016, în această fază procesuală, iar pe de altă parte, cu privire la acordarea posibilității completării cererii în trei zile, întemeiată pe art. 10 și 11 din Legea nr. 101/ 2016, apreciază de asemenea faptul că aceasta exprimă atributul unic al Consiliului, neputând fi uzitat de către contestator.
2. Excepția tardivității cererii, o astfel de cerere neputând fi formulată în faza procesuală a contestației în fața Consiliului. Invocă prevederile art. 19, art. 21 din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, raportat la criticile formulate de contestator, intervenientul aduce următoarele argumente:

Un prim aspect esențial care se impune a fi subliniat cu prioritate este acela că cerința ca ridicarea la cota a răsuflătoarelor de gaz metan să se realizeze de către o societate autorizată ANRE nu a fost prevăzută în documentația de atribuire și anunțul de participare, nefiind stabilită drept un criteriu de calificare sau de selecție.

Pe cale de consecință, intervenientul apreciază că oferta depusă nu poate fi considerată ca fiind inacceptabilă pentru că nu prezintă

calificările necesare potrivit art. 215 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și nici neconformă pentru că nu îndeplinește cerințele din documentația de atribuire potrivit art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/ 2016 întrucât atât art. 215 alin. (3), cât și art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/ 2016 impun ca acea calificare și, respectiv, acea cerință neîndeplinită să fi fost prevăzută în documentația de atribuire. Or, în procedura de față pretinsa cerință de calificare neîndeplinită nu a fost formulată prin documentația de atribuire.

Prin raportare la dispozițiile art. 181 din Legea nr. 98/ 2016 precizează că un eventual criteriu privind necesitatea ca ridicarea la cotă a răsunătoarelor de gaz metan să se realizeze de către o societate autorizată ANRE nu poate fi acceptat ca reprezentând o cerință de calificare sau selecție întrucât nu se regăsește în anunțul de participare și nici în documentația de atribuire.

Or, dacă legea prevede că este fundamental ca orice criteriu de calificare și selecție să se regăsească în anunțul de participare, astfel încât chiar și în situația în care aceste criterii ar fi prevăzute în documentația de atribuire, dar nu și în anunțul de participare, aceste criterii vor fi considerate nescrise, cu atât mai mult nu pot fi stabilite criterii sau cerințe suplimentare de calificare ori selecție care nu sunt prevăzute nici în anunțul de participare și nici în documentația de atribuire.

În opinia intervenientului, un răspuns la o solicitare de clarificări furnizat de către autoritatea contractantă are forță obligatorie doar în măsura în care vine să interpreteze sau să lămurească un criteriu deja stabilit prin documentația de atribuire și anunțul de participare, însă apreciază că, în niciun caz legea nu permite ca printr-un răspuns la o solicitare de clarificare oferit pe parcursul desfășurării procedurii de achiziție, autoritatea contractantă să adauge noi criterii, să modifice sau să completeze criteriile de calificare și selecție deja stabilite prin documentația de atribuire și anunțul de participare.

În consecință, intervenientul apreciază că:

1. Răspunsul autorității contractante în sensul că ridicarea la cotă a răsunătoarelor de gaz metan se va realiza de către o societate autorizată ANRE nu constituie o cerință sau un criteriu de calificare ori selecție întrucât nu reprezintă o interpretare sau clarificare a unui criteriu deja existent, care să fi fost stabilit prin documentația de atribuire, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări autoritatea contractantă nu poate formula cerințe noi de calificare ori selecție care nu au fost prevăzute în anunțul de participare și în documentația de atribuire.

2. Autoritatea contractantă nu putea respinge oferta depusă ca inacceptabilă sau neconformă, în condițiile în care admisibilitatea ofertei se analizează strict prin raportare la cerințele prevăzute în documentația de atribuire și anunțul de participare, iar oferta depusă îndeplinea toate

criteriile și cerințele stabilite prin documentația de atribuire și anunțul de participare.

Intervenientul arată că așa cum a explicat și autorității contractante prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 713 din 07.07.2021, elaboratorul proiectului, pentru categoriile de lucrări de ridicare la cotă a răsuflătorilor/aerisitorilor de gaz, în lista F3 utilizează articolul de deviz GD09A1, articol ce conține următoarele resurse:

0011612 INSTALATOR SANITAR 12-0,58 ORE

0011622 INSTALATOR SANITAR 22 - 0,58 ORE

Prin urmare, arată că execuția acestei categorii de lucrări se execută cu personal muncitor din domeniul construcțiilor, neavând inclusă manopera aferentă meseriei de instalații gaze. De altfel, aceste categorii de lucrări care nu se execută direct la rețeaua de gaz, nu se supun prevederilor Ordinului nr. 210/ 2018 privind modificarea și completarea Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale, aprobat prin Ordinul Președintelui Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energiei nr. 98/2015.

Pentru a clarifica și mai exact ce presupun aceste lucrări de ridicare la cotă a răsuflătorilor/ aerisitorilor de gaz și pentru a înțelege motivul pentru care nu este necesar ca astfel de lucrări să fie executate de o societate autorizată ANRE, arată că în esența lucrările în discuție presupun o simplă intervenție asupra răsuflătorilor/ aerisitorilor de gaz deja existenți prin care tija/ țeava de aerisire care se ridică la suprafață, deja existentă, se prelungește cu o tija/ țeavă de același diametru până se ridică la cotă, după care se acoperă cu un capac de fontă, fără a se interveni, a se interfera, a atinge sau a pune în pericol absolut deloc conducta de gaz metan.

Așadar, întrucât nici prin documentația de atribuire nu s-a stabilit un criteriu în sensul de a subcontracta o societate autorizată ANRE care să execute lucrările de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz și nici nu există o dispoziție legală care să impună o astfel de obligație, intervenientul consideră că oferta sa este pe deplin admisibilă, deținând capacitatea tehnică de a îndeplini în totalitate lucrările care fac obiectul contractului de achiziție.

Subliniază de asemenea că prin răspunsul la clarificări nr. 36307/ 03.06.2021, la solicitarea nr. 4, autoritatea contractantă nu a menționat că este obligatoriu ca ofertanții să declare un terț susținător sau un subcontractant care să fie o societate autorizată ANRE să execute respectivele lucrări, ci a indicat doar că lucrările respective se vor realiza de o entitate autorizată ANRE.

Față de susținerile contestatorului referitoare la inacceptabilitatea ofertei declarate câștigătoare, intervenientul aduce următoarele argumente:

- prin adresa nr. 37552/ 24.06.2021, autoritatea contractantă a solicitat completarea ponderii executată din contractele nr. 9327/ 10.05.2016 și nr. 5596/ 27.09.2018 menționate ca experiență similară și să transmiterea DUAЕ revizuit;
- prin răspunsul nr. 667/ 28.06.2021 s-au transmis autorității contractate contractele de lucrări nr. 9324/ 10.05.2016 și nr. 5596/ 27.09.2018, acordul de asociere, procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și centralizatorul pe categorii de lucrări, cu indicarea ponderii și categoriilor de lucrări executate din aceste contracte. Prin urmare, răspunsul nu poate fi considerat neconcludent, fiind furnizat întocmai conform solicitării autorității contractante;
- a fost revizuit și DUAЕ, astfel cum rezultă și din data menționată în cuprinsul DUAЕ, respectiv 28.06.2021, însă dintr-o simplă eroare nu a ajuns la autoritatea contractantă decât răspunsul la clarificări nr. 667/ 28.06.2021. Acest aspect a fost sesizat de autoritatea contractantă care, observând că prin răspunsul nr. 667/ 28.06.202 s-au furnizat informațiile solicitate și le-a și dovedit cu înscrisuri, a decis să mai acorde o zi pentru depunerea DUAЕ revizuit, sens în care a fost formulată solicitarea de clarificări nr. 37753/ 29.06.2021, fiind evident faptul că neîncărcarea documentului împreună cu răspunsul la clarificări nr. 667/ 28.06.2021 nu a reprezentat o neconformare față de solicitarea autorității contractante, ci doar o simplă eroare sau omisiune, care a fost îndeplinită imediat;
- prin modalitatea în care a acționat autoritatea contractantă nu s-a cauzat nicio vătămare, nu se poate considera în niciun caz că a existat un tratament neegal și nu există niciun viciu de legalitate al procedurii care să atragă anularea rezultatului întrucât oferta îndeplinește toate criteriile de calificare și selecție prevăzute în documentația de atribuire, răspunsul fiind transmis în termen, conform solicitărilor.

În susținerea argumentelor mai sus prezentate, intervenientul citează în continuare și interpretarea oferită de Agenția Națională pentru Achiziții Publice (ANAP) față de o speță identică.

Față de cererea de intervenție formulată de SC SRL, contestatorul solicită Consiliului respingerea cererii de intervenție și admiterea contestației așa cum a fost aceasta formulată.

Contestatorul reiterează în principal, aspectele deja menționate în contestație, subliniind faptul că ofertanții aveau obligația de a depune ofertele în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și a clarificărilor aferente.

Reiterează de asemenea aspectul potrivit căruia ofertantul declarat câștigător asigură doar personal specializat (o persoană cu calificare de instalator gaze naturale) pentru execuția lucrărilor de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz metan, așa cum se deduce din cererea de clarificări nr. 38190/05.07.2021, fără a demonstra accesul la o societate autorizată ANRE care ar fi trebuit declarată asociat/terț susținător/subcontractant.

Prin corespondența electronică înregistrată la CNSC sub nr. 43519/19.08.2021, autoritatea contractantă transmite, în completarea dosarului achiziției publice, declarația privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară considerate a fi confidențiale, depusă de către ofertantul declarat câștigător.

Având în vedere documentele depuse de SC SRL în cadrul procedurii de atribuire sus-menționată, marcate „CONFIDENȚIAL”, respectiv oferta financiară și oferta tehnică și faptul că SC SRL a solicitat „accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC”, în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin adresa nr. 43628/1968/C1/19.08.2021, Consiliul solicită acestuia, să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale”, să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor și prejudiciul adus urmare a dezvăluirii acestor informații, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează că: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală.”

SC SRL răspunde prin adresa nr. 897/20.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 43854/20.08.2021, precizând următoarele:

- dezvăluirea, către terți, a informațiilor ce caracterizează oferta nu s-ar putea realiza decât în limitele investiției instanței de către SC SRL. Aceasta atât în virtutea principiului disponibilității, dar și coroborat cu aspectul că ulterior termenului de contestare de 7 zile acordat de legiuitor pentru prezenta procedură, contestația nu mai poate fi completată;
- nu există interes juridic în solicitarea formulată de SC SRL ci un vădit interes economic, respectiv înțelegerea mecanismului de expunere a ofertei tehnice și financiare, obținerea prețurilor furnizorilor, etc.;
- oferta tehnică și financiară cuprinde elemente de natura secretului comercial, parte componentă a proprietății astfel cum acesta este definit de DIRECTIVA (UE) 2016/943 A Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2016 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale;
- confidențialitatea ofertei se subsumează prevederilor articolului 57 din Legea nr. 98/2016.

Precizează că informațiile cuprinse în ofertă indicate a fi confidențiale, se încadrează în categoriile de informații protejate vizate de lege, fiind:

- date cu caracter personal - în cuprinsul informațiilor declarate confidențiale din ofertă se regăsesc date cu caracter personal ale personalului/ colaboratorilor subscrisei; astfel de informații sunt prezumate de lege ca fiind date cu caracter personal și sunt protejate ca atare de Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE;

- secrete tehnice și comerciale/ protejate de un drept de proprietate intelectuală, astfel cum rezultă din:

- natura sensibilă a informațiilor care fac parte din propunerea tehnică/financiară, sau eventualele răspunsuri la clarificări ce constituie secrete tehnice/ comerciale și sunt protejate de drepturi de proprietate intelectuală atât din perspectiva informației brute cuprinse în acestea, cât și față de concepția proprie pentru întocmirea ofertei și modul în care acestea au fost utilizate, rezultând o creație intelectuală nouă;

- faptul că propunerea tehnică și propunerea financiară depusă în cadrul procedurii de atribuire conține informații confidențiale cu privire la know-how-ul, procesele de producție, colaboratorii societății, materialele și procedeele de lucru utilizate de prezenta societate;

- faptul că dezvăluirea soluțiilor tehnice propuse ar oferi operatorilor economici concurenți informații cu privire la modul propriu de lucru, tehnologiile utilizate, capacitățile tehnice, relațiile de afaceri și autorizările subscrisei;

- faptul că informațiile furnizate privesc activitățile unei societăți private, iar cunoașterea și folosirea lor poate avea drept consecință denaturarea mediului concurențial ce trebuie să caracterizeze activitatea economică, consecință ce derivă din cunoașterea soluțiilor tehnice și colaborărilor financiare avute în vedere de subscrisea cu ocazia elaborării ofertei;

- faptul că dezvăluirea acestor informații ar putea fi utilizată de competitorii prezentei societăți, care activează pe aceeași piață și în aceeași zonă de activitate, în propriul lor avantaj, în vederea adaptării activității acestora și este de natură a prejudicia interesele legitime ale subscrisei, conducând la săvârșirea de fapte anticoncurențiale în cadrul prezentei proceduri sau a unor proceduri ulterioare, astfel de informații sunt prezumate de lege ca fiind protejate astfel cum rezulta din Legea nr. 11/1991, Directiva (UE) 2016/943 a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2016 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate (secrete comerciale) împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, Legea 544/2001.

Subliniază că propunerea tehnică și cea financiară (precum și clarificările aduse acestora) reprezintă, în fapt, transpunerea modalității proprii propuse, create și fundamentate pentru realizarea activităților/ obligațiilor ce fac obiectul contractului de achiziție publică, fiind protejate de dreptul de proprietate intelectuală al prezentei societăți și colaboratorilor acesteia.

Prin raportare la mijloacele materiale de probă, subliniază că astfel de chestiuni nu pot fi probate materiale pentru că acestea nu îmbracă o formă instituțională care să ofere protecție oficială acestor drepturi, ci sunt elemente care țin de know-how, competitivitate și reprezintă secret profesional și comercial, fiind dobândite și consolidate în timp. Astfel, dovada lor rezultă chiar din cuprinsul documentelor elaborate și depuse în cadrul ofertei prezentate, în cadrul cărora sunt practic materializate toate aspectele prezentate, din acestea rezultând specificul soluțiilor tehnice și comerciale propuse și care sunt vizate evident de secrete tehnice și comerciale și dreptul de proprietate al Subscrisei și al colaboratorilor acesteia.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 44114/1968/C1/23.08.2021, Consiliul îi comunică acestuia, termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise.

Ulterior, prin adresa nr. 380/24.08.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 44232/24.08.2021, contestatorul precizează că renunță la solicitarea de studiere a dosarului cauzei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, CONSILIUL constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Reabilitare străzi prin asfaltarea acestora; Unirii, Nucărie, Măicuța, Ogorului, Lunca Băhluiet, Nouă” cod CPV 45233120-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr. .../28.05.2021, conform căruia valoarea estimată a contractului este de 6.031.669,05 lei, fără TVA. Potrivit cap. II.2.5, criteriul de atribuire este: „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care face obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție nr. din, înregistrată la CNSC sub nr. 429910/17.08.2021, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în

cauză SC ...SRL are calitatea de ofertant câștigător al procedurii, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC ...SRL împreună cu contestația formulată de SC ...SRL.

Cu privire la capetele de cerere din contestația formulată de SC ...SRL privind detalierea/dezvoltarea a motivelor de neconformitate ulterior studierii dosarului cauzei la sediul CNSC, Consiliul reține că prin cererea de intervenție, SC ...SRL invocă excepției inadmisibilității și tardivității, societatea intervenientă invocând în acest sens prevederile art. 21 alin. (3) Legea nr. 101/2016 potrivit căroră *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*.

Totodată, Consiliul reține că prin adresa nr. 380/24.08.2021 înregistrată la CNSC cu nr.44232/24.08.2021, SC SRL a formulat cerere de renunțare la solicitarea de studiere a dosarului cauzei.

Având în vedere aspectele anterior menționate, în baza art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va lua act de renunțarea SC SRL la capătul de cerere privind studierea dosarului cauzei.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că SC SRL critică oferta declarată câștigătoare aparținând intervenientului SC ... SRL, apreciind că oferta acestuia din urmă trebuia respinsă ca neconformă și inacceptabilă deoarece nu respectă întocmai cerințele documentației de atribuire, respectiv nu face dovada capacității de a executa lucrări de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz, motiv pentru care Consiliul va analiza oferta acestuia prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit Fișei de date, la pct. IV.4.1 - *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”*, ofertanții aveau următoarele obligații:

„Cu excepția eventualelor constrângeri de natură tehnică și/sau legală, în cazul în care vor exista limitări, condiționări sau restricții impuse de ofertant în raport cu cerințele caietului de sarcini, oferta va fi declarată ca fiind neconformă.

Specificațiile tehnice aferente caietului de sarcini reprezintă cerințe minimale referitoare la nivelul calitativ, tehnic și de performanță, scop în care soluțiile oferite în cadrul propunerii tehnice pot face referire la atingerea unor niveluri superioare. În cazul în care pe parcursul îndeplinirii contractului se constată faptul că nu sunt respectate elemente ale propunerii tehnice (sunt inferioare sau nu corespund cerințelor prevăzute în caietul de sarcini), autoritatea contractanta își rezerva dreptul de a denunța unilateral contractul ori de a solicita

sistarea executării lucrărilor până la remedierea situației constatate. **Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu caietul de sarcini ori prevederile legislației în vigoare, inclusiv în cazul lipsei unui document aferent propunerii financiare/tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori neprezentarea acestuia conținând cel puțin informațiile solicitate, poate conduce la declararea ofertei ca fiind neconformă.** Nu se admite copierea în tot sau în parte a caietului de sarcini în cadrul propunerii tehnice, **ofertanții având obligația de a proba conformitatea ofertei cu cerințele acestuia prin prezentarea propriei abordări/metodologii asupra modului de îndeplinire a contractului și de rezolvare a eventualelor dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, prin raportare la conținutul propunerii tehnice mai sus menționat.** Autoritatea contractanta își rezervă dreptul de a analiza și verifica conformitatea valorilor/propunerilor/activităților oferite/propuse de operatorii economici în cadrul factorilor de evaluare ai ofertelor din punctul de vedere al îndeplinirii cerințelor solicitate prin caietul de sarcini, cu scopul protejării acesteia împotriva ofertelor ce conțin valori/propuneri/activități care intra în contradicție cu specificațiile tehnice stabilite și/sau care nu pot fi fundamentate. Ofertele care nu pot fi fundamentate din punct de vedere tehnic, logistic și a resurselor prevăzute în ofertă, de natură să nu asigure satisfacerea cerințelor din caietul de sarcini, vor fi respinse ca neconforme”.

În ceea ce privește cerința execuției de: „lucrări de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz”, se reține că aceasta a fost menționată în mod expres în Caietul de sarcini în cadrul Listelor de cantități de lucrări postate în SEAP sub identificatorul: „[.../00010] LC fara valori (1).pdf.p7s” și „[.../00011] LC fara valori (2).pdf.p7s”, la devizele lucrări conexe aferente fiecărei străzi, articolele:

- **Nr. 7.2 LC2 – Ridicare /coborâre la cotă răsuflători gaz;**
- Nr. 7.2.1 GD09A1 – Răsuflătoare cu capac montată în lungul conductelor având dn =1-2 țoli.

Mai mult, execuția de „lucrări de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz”, a făcut și obiectul unei solicitări de clarificări la documentație de atribuire, în cadrul căreia la întrebarea: „Vă rugăm să confirmați că pentru ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan nu este necesară nominalizarea unui subcontractant autorizat ANRE, întrucât nu se intervine asupra conductei de gaze naturale” (pag. 1097, vol. 4 din dosarul achiziției), autoritatea contractantă a încărcat în SEAP răspunsul la clarificări nr. 36307/03.06.2021 (pag. 1098, vol. 4 din dosarul achiziției) potrivit căruia: **„Ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan se va realiza de către o societate autorizată ANRE”.**

Din analiza documentației de atribuire mai sus iterate, rezultă în mod evident că execuția lucrării de ridicare la cotă a răsuflătorilor de gaz

se va realiza de un operator economic autorizat în acest sens de către ANRE potrivit legii, nerespectarea cerinței fiind sancționată cu respingerea ofertei ca neconformă.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi din cuprinsul Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale aprobat prin **Ordinul ANRE nr. 98/2015**, cu modificările și completările ulterioare:

- art. 1 alin. (3): *„Pentru desfășurarea de activități de proiectare, execuție sau exploatare a obiectivelor/sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale, operatorii economici trebuie să dețină autorizații în conformitate cu prevederile prezentului regulament”;*

- art. 3 alin. (3): *„Un operator economic care are, potrivit legii, calitatea de antreprenor general, în baza unui contract de antrepriză încheiat cu un beneficiar, și care deține sau nu deține o autorizație pentru activitățile de proiectare, execuție și exploatare a obiectivelor sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale acordată de ANRE are dreptul de a subcontracta lucrările de proiectare, execuție și exploatare a obiectivelor/sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale, care, prin contractul încheiat cu beneficiarul investiției, sunt în sarcina sa, numai **către operatori economici autorizați conform prezentului regulament și numai cu acordul beneficiarului**. Antreprenorul general **are obligația de a coordona realizarea tuturor lucrărilor de execuție și exploatare a obiectivelor/sistemelor/ instalațiilor din domeniul gazelor naturale printr-un angajat al său care deține calitatea de instalator autorizat, având tipul de autorizație corespunzător activității la care se realizează lucrările**; antreprenorul general este responsabil pentru lucrările de proiectare, execuție și exploatare a obiectivelor/sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale realizate, în solidar cu operatorul economic titular de autorizație cu care a subcontractat realizarea acestor lucrări”.*

De asemenea, relevante în soluționare sunt și prevederile art. 16 din Regulamentul pentru autorizarea persoanelor fizice care desfășoară activități în sectorul gazelor naturale aprobat prin **Ordinul ANRE nr. 182/2020** cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora:

*„Activitatea de **instalator autorizat poate fi exercitată de titularul autorizației la unul sau mai mulți operatori economici**, conform prevederilor Codului muncii, sub una dintre următoarele forme:*

*a) ca angajat cu contract individual de muncă la un **operator economic, titular al unei licențe** de operare;*

*b) ca angajat cu contract individual de muncă sau ca administrator **al operatorului economic autorizat** conform prevederilor Regulamentului pentru autorizarea și verificarea operatorilor*

economici care desfășoară activități în sectorul gazelor naturale, aprobat prin ordin al președintelui ANRE;

*c) ca persoană fizică ce deține calitatea de persoană fizică autorizată - **PFA** și care este autorizată de ANRE conform prevederilor Regulamentului pentru autorizarea și verificarea operatorilor economici care desfășoară activități în sectorul gazelor naturale”.*

Mai mult, Consiliul reține că **art. 15** din regulamentul anterior menționat stabilește, printre altele, că: „*Instalatorul autorizat are obligația de a respecta următoarele cerințe:*

(...)

b) să desfășoare activitatea/activitățile pentru care este autorizat de către ANRE, cu respectarea legislației în vigoare;

c) să își desfășoare activitatea exclusiv pe baze contractuale cu respectarea principiilor transparenței și egalității de tratament al clienților, evitând orice discriminare”.

În considerarea dispozițiilor legale mai sus iterate, Consiliul nu va reține susținerile intervenientului privind pretinsa incidență a prevederilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 potrivit căroră „*Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise*” deoarece obligativitatea deținerii unei autorizații eliberată în vederea executării de lucrări asupra sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale de către ANRE, nu reprezintă criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul anunțului de participare simplificat, ci reprezintă obligație legală pentru desfășurarea unor astfel de activități astfel cum rezultă din prevederile ordinelor ANRE anterior menționate.

Un aspect relevant în combaterea acestei susțineri îl constituie și faptul că, potrivit cap. IV.1.1) din Anunțul de participare simplificat autoritatea contractantă a inițiat o procedură simplificată într-o singură etapă, fiind astfel incidente prevederile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016 care dispune în mod expres și imperativ faptul că: „*Dacă autoritatea contractantă decide să solicite criterii de calificare și selecție, aceasta poate solicita doar cerințe privind:*

- a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2;

- b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173;

- c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b)”.

Din interpretarea textului legal mai sus iterat, rezultă că însuși legiuitorul, în cazul procedurilor simplificate a limitat criteriile de calificare și selecție printre acestea neregăsindu-se autorizațiile executării anumitor categorii specifice de lucrări.

Prin urmare aceste cerințe nu reprezintă criterii de calificare/selecție, cum în mod eronat susține intervenientul ci reprezintă cerințe/specificații tehnice incluse în caietul de sarcini care descriu în mod obiectiv necesitatea sa pentru care a fost organizată prezenta procedură de atribuire, constând în executarea unor lucrări asupra sistemelor/instalațiilor din domeniul gazelor naturale, în speță ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan, fiind aplicabile în acest caz dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: *„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”*, coroborate cu cele ale art. 155 alin. (6) care dispune în mod expres că *„specificatiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”* și art. 156 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care prevede că: *„Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse”*.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unor lucrări care să îndeplinească anumite caracteristici și specificații tehnice au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul acesteia, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Din analiza propunerii tehnice a intervenientului și a documentelor depuse în susținerea acesteia Consiliul reține că aceasta a omis prezentarea vreunui document care să facă dovada execuției lucrării de ridicare la cotă a răsuflătoarelor de gaz de către un operator economic autorizat ANRE potrivit legii, motiv pentru care autoritatea contractantă prin adresa nr. 38190/05.07.2021 (pag. 1349, vol. 5 din dosarul achiziției), a solicitat acestuia clarificări în sensul: *„Vă solicităm să faceți dovada specializării personalului propus pentru execuția lucrărilor de ridicare la cotă, a răsuflătoarelor a instalațiilor de gaze naturale”*, la care intervenientul a răspuns prin adresa nr. 713/07.07.2021 (**pag. 1533 vol. 6 din dosarul achiziției**), justificând lipsa neîndeplinirii acestei cerințe prin argumente neîntemeiate și fără fundament de genul: *„autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea de către ofertanți ale unor certificări /autorizări în conformitate cu lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri, aceasta fiind precizată în clarificarea nr. 36307 din 03.06.2021”*, sau justificări de genul: *„execuția acestei categorii de*

lucrări se poate executa cu personal muncitor din domeniul construcțiilor, neavând inclusă manopera aferentă meseriei de instalații gaze (...)" .

Pe de altă parte, contrar propriei susțineri/justificări conform căreia execuția lucrărilor privind ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan ar putea fi realizată de muncitori din domeniul construcțiilor (de exemplu instalator sanitar), intervenientul prin același răspuns menționează că: „Pentru a asigura autoritatea contractantă că ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz în număr de 36 bucăți se vor executa cu personal autorizat, vă transmitem alăturat documentele pentru dl. Oltean Ioan - instalator gaze naturale autorizat ANRE”, anexând în acest sens documentul intitulat „Declarație de disponibilitate”, din care rezultă că persoana fizică Oltean Ioan este de acord să participe cu ofertantul SRL la procedura de atribuire în cauză, este capabil și dispus să lucreze pentru poziția de instalator gaze naturale autorizat ANRE, precum și o pagină tipărită după lista instalatorilor autorizați în domeniul gazelor naturale de pe site-ul ANRE pe care se regăsește numele acestuia.

Or, raportat la dispozițiile legale mai sus iterate, intervenientul SRL nu îndeplinește cerința impusă nici ca urmare a completării ofertei prin răspunsul la clarificări, deoarece nu a făcut dovada că execuția lucrării de ridicare la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan se va realiza de către o societate autorizată ANRE, iar persoana fizică propusă ca instalator gaze naturale autorizat ANRE (titularul autorizației) nu își exercită activitatea (la unul sau mai mulți operatori economici) sub nici una din formele expres stipulate la art. 16 din Ordinul ANRE nr. 182/2020.

Având în vedere prevederile art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016 care definesc sintagma „ofertant” ca fiind „orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări (...)”, Consiliul reține că simpla prezentare a unei declarații de disponibilitate din partea unui instalator autorizat nu conduce în mod automat la concluzia că SC SRL ar putea să execute în mod licit lucrările de ridicare la nivel a răsuflătoarelor instalațiilor de gaze naturale câtă vreme acest operator economic nu este autorizat de către ANRE pentru executarea acestui tip de lucrări și nici nu a depus vreun înscris din care să rezulte că lucrările la instalația de gaze ar fi executate de o altă societate autorizată ANRE astfel cum a precizat autoritatea contractantă în răspunsul formulat anterior termenului limitp de depunere a ofertelor.

În lipsa unei autorizații ANRE pentru angajatorul său viitor SC SRL, instalatorul autorizat menționat în răspunsul intervenientului nu are dreptul legal de a executa lucrările de ridicare la

nivel a răsuflătorilor instalațiilor de gaze naturale, acesta putând, eventual, să asigure activitatea de coordonare a execuției a acestor lucrări în cazul subcontractării, conform art. 3 alin. (3) din Ordinul ANRE nr. 98/2015.

Mai mult, Consiliul reține că Oltean Ioan nu va participa la viitorul contract în calitate de persoană fizică autorizată (PFA) astfel încât să fie aplicabile prevederile art. 16 lit. c) din Ordinul ANRE nr. 182/2020, la dosar nefiind depus niciun document în acest sens, ci a depus declarația de disponibilitate ca persoană fizică.

Consiliul reține că, potrivit art. 65 alin. (2) și art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, verificarea propunerilor tehnice depuse de ofertanți nu se limitează doar la simpla inventariere/reproducere a răspunsurilor la solicitările de clarificări, astfel cum a procedat, ci este un proces laborios, constând în verificarea conformității fiecărei specificații tehnice impuse în caietul de sarcini cu propunerile tehnice și documentele doveditoare prezentate în acest sens, astfel încât să confere autorității contractante certitudinea că lucrarea ofertată este unul conform și corespunde necesității ei pentru care a inițiat procedura de atribuire în cauză.

Altfel spus, legiuitorul nu a impus în sarcina autorității contractante doar obligația de a solicita justificări/clarificări, în sensul de a întocmi o simplă adresă de solicitare pentru a demonstra îndeplinirea acestei obligații, ci și de a efectua verificări detaliate ale componentelor tehnice ofertate, în condițiile în care legiuitorul stabilește o prezumție relativă de încălcare a principiilor nediscriminării, tratamentului egal și transparenței necesare pentru atribuirea unui contract de achiziție publică.

Specificațiile tehnice propuse de ofertanți nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise, ci reprezintă elementul esențial al propunerii tehnice, a căror realitate/conformitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și dovedită de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că în etapa de evaluare a ofertelor autoritatea contractantă nu și-a respectat în fapt propria documentație de atribuire, alegând să verifice în mod parțial și superficial modul de îndeplinire a cerințelor legale necesare executării lucrărilor de ridicare la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan și să desemneze drept admisibilă și ulterior câștigătoare oferta acestuia în baza simplei prezumții că ar fi suficientă disponibilitatea unui instalator autorizat. Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante. Conținutul documentației de atribuire, așa cum a fost

aceasta întocmită și ulterior clarificată de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Altfel spus, autoritatea contractantă trebuie să se asigure că propunerile tehnice ofertate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv răspunsul acesteia **„Ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan se va realiza de către o societate autorizată ANRE”**) este obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă care trebuie să o respecte întocmai.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor lucrări care nu corespund cu cerințele caietului de sarcini sau a căror executare nu au îndeletnicirea/capacitatea tehnică, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele ținând seama de toate elementele avute în vedere la elaborarea documentației de atribuire pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea ofertelor propuse în acest sens.

Prin depunerea ofertei se prezumă că ofertanții și-au însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres solicitate în cadrul caietului de sarcini și clarificările aferente (**referitoare la execuția lucrării privind „ridicarea la cotă a răsuflătoarelor de gaz metan”**), iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorilor economici, ei neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică, sub toate aspectele acesteia, având certitudinea că propunerile tehnice ofertate de operatorii economici sunt sustenabile, țin cont de toate prevederile legale în vigoare și cerințele documentației de atribuire, astfel încât rezultatul procedurii să nu fie viciat de aceștia prin simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei lor, vor găsi o modalitate prin care să se încadreze în cerințele impuse în caietul de sarcini.

În cauza **C-42/13, CJUE** a reținut că:

„42 Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40).

43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, căroră le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18.

44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”.

În cauza **C 131/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de

către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.

Legislația în domeniu prevede că o ofertă care nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, o ofertă neconformă, iar potrivit alin. (4) și (5) din același articol, doar *„ofertele care nu au fost respinse de comisia de evaluare în urma verificării și evaluării reprezintă oferte admisibile. Comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile”.*

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) și j) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare este întemeiată, urmând să fie admisă.

În ceea ce privește restul criticilor sesizate de către contestator cu privire la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei SC SRL, Consiliul nu mai analizează conformitatea acestora, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul de neconformitate al acestei oferte, rezultatul fiind același.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus reiterate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, urmează să admită contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, iar pe cale de consecință, va respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va dispune reevaluarea ofertei declarate câștigătoare cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu, iar pe cale de consecință, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și dispune reevaluarea ofertei declarate câștigătoare

cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 24 (douăzecișipatru) pagini.