



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator și convențional de ..., cu sediul procesual ales în ..., împotriva rezultatului procedurii, emis de ..., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, ce are ca obiect: „...”, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. ... - anexa nr. 1 de comunicare a rezultatului procedurii aferent lotului 2;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. ... din ... - anexa nr. 2, în partea care privește admisibilitatea ofertei desemnate câștigătoare și a celei clasate pe locul al doilea;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de ... SRL și cea depusă de ... SRL au fost declarate admisibile, iar oferta ... SRL câștigătoare;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertelor depuse de ... SRL și ... SRL.

La ..., ... SRL, cu sediul în comuna, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... și convențional de ... - avocat, cu adresa de comunicare a actelor de procedură în ..., a înaintat Consiliului cererea de intervenție nr. ..., prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii și, dispunerea introducerii sale în calitate de intervenient în dosarul aflat pe rolul CNSC, urmând ca, prin decizia pe care o veți pronunța, să dispuneți admiterea cererii de intervenție și, pe fond, să respingeți contestația în principal pe excepțiile invocate și, în subsidiar ca nefondată, cu consecința

menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ., și pentru motive care țin de economie procedurală.

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

Prin contestația formulată, ... SRL arată că, autoritatea contractantă a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data ..., precum și întreaga documentație de atribuire aferenta procedurii menționată în partea introductivă

În cadrul procedurii de atribuire, în ceea ce privește lotul 2, contestatoarea precizează că a depus oferta individuală, iar potrivit declarației de participare publicată în SEAP, au fost depuse patru oferte.

Ulterior datei de depunere a ofertelor, după o prima evaluare a propunerii tehnice, fără a ține cont de răspunsul la solicitările de clarificări, prin care a demonstrat că are capacitatea de a executa lucrările aferente obiectivului de investiții în condiții de calitate și cu respectarea cantităților prevăzute de documentația de atribuire, autoritatea contractantă a informat-o că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) din anexa la HG nr. 395/2016, comisia de evaluare considerând răspunsul ca neconcludent.

Fiind nemulțumită de decizia de respingere, contestatoarea arată că a formulat contestație ce a fost soluționată prin decizia CNSC nr. ... din ..., definitivă prin neexercitarea dreptului de a formula plângere.

În considerarea caracterului obligatoriu al deciziilor CNSC statuat la art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertei sale, sens în care, prin adresa nr. ... din ... a cărei anulare o solicită, în prezenta cauză, a fost informată cu privire la faptul ca oferta sa îndeplinește toate cerințele stabilite prin documentația de atribuire, fiind considerată admisibilă, dar necâștigătoare, în urma aplicării criteriului de atribuire, clasându-se pe locul al III-lea, obținând 94,11 puncte.

Prin aceeași adresă de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta desemnată câștigătoare, la lotul 2, este cea depusă de ... SRL, corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor documentației de atribuire, a cărei valoare criptată în SEAP este de 12.970.936,55 lei, fără TVA, cumulând 100 puncte.

Tot astfel, potrivit informațiilor din raportul procedurii de atribuire, oferta clasată pe locul II, în cadrul lotului contestat, a fost cea depusă de ... SRL, totalizând 81,32 puncte.

Cu privire la ... SRL - ofertantul declarat câștigător, contestatoarea formulează următoarele critici:

- nu îndeplinește cerința minimă de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale:

În conformitate cu prevederile de la pct. III.1.1. b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale* din fișa de date a achiziției, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire au fost informați cu privire la următoarele: „Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”.

Tot astfel, potrivit cerințelor de la pct. 9 din caietul de sarcini, ofertanții participanți la procedura de atribuire trebuie să țină cont la elaborarea ofertei de următoarele aspecte: „În vederea executării trecerii la nivel cu cale ferată, conform prescripțiilor avizului ... nr. ..., ofertanții vor prezenta autorizația AFER sau vor executa aceste lucrări cu o firmă autorizată AFER care să fie responsabilă și cu siguranța circulației, pentru care se va prezenta contract de asociere sau subcontractare. Precizăm ca aceste lucrări de traversare la nivel cu calea ferată nu pot fi executate de alt ofertant decât printr-un contract de asociere sau de subcontractare”.

Cu toate acestea, ... SRL nu deține autorizație AFER pentru executarea unor astfel de lucrări, situație în care, în mod eronat, autoritatea contractantă a reținut ca ofertantul desemnat câștigător are capacitatea de exercitare a activității profesionale, în condițiile în care operatorul economic nu poate executa, legal, lucrările aferente contractului de achiziție publică.

Prin urmare, în contextul în care ... SRL cunoștea încă de la momentul depunerii ofertei că nu dispune de autorizația AFER necesară executării lucrărilor obiectivului de investiții avea obligația fie de a coopta alți operatori economici care dețin această autorizație, fie de a subcontracta partea din contractul de achiziției către operatori economici care dețin autorizația în discuție.

În concluzie, susține că ... SRL nu a făcut dovada, la momentul depunerii ofertei, că are capacitatea de a executa, în conformitate cu prevederile legale în domeniu, toate activitățile aferente obiectului contractului, iar, autoritatea contractantă, în mod nelegal, a considerat admisibilă oferta acestuia, în condițiile în care avea obligația de a face aplicabilitatea art. 137 alin. (2) lit. b) din anexa la HG nr. 395/2016 și de a respinge oferta ca inacceptabilă.

- a depus o oferta neconformă, întrucât nu îndeplinește condițiile legale pentru a putea realiza lucrările cu personalul calificat solicitat prin documentația de atribuire:

Potrivit informațiilor de la pag. 11 din caietul de sarcini: „Pentru activitățile ce se desfășoară pe șantier (...) ȘEFUL DE ȘANTIER TREBUIE SĂ FIE PERMANENT PREZENT PE ȘANTIER CÂND SE REALIZEAZĂ ACTIVITĂȚI și trebuie să poată informa reprezentantului Autorității Contractante în orice moment despre situația de pe șantier”.

Așa cum rezultă din raportului procedurii de atribuire, ... SRL a fost declarat câștigător pentru două dintre loturile aferente acesteia, situație în care, în raport de obligația șefului de șantier de a fi prezent, permanent, pe șantier când se realizează activități, comisia de evaluare avea obligația de a se asigura că ofertantul desemnat câștigător are capacitatea de a putea asigura un șef de șantier pentru fiecare dintre loturile câștigate.

În considerarea nevoilor autorității contractante descrise în caietul de sarcini, respectiv realizarea lucrărilor prin prezența permanentă a unui șef de șantier, era necesar ca aceasta să se asigure că ofertantul acoperă integral această nevoie, iar nu de a desemna câștigătoare o ofertă cu privire la care nu are garanția că poate derula contractul de achiziție publică în condițiile caietului de sarcini.

- cheltuielile aferente asigurării garanției marcajelor rutiere:

În conformitate cu pct. 11.2.5) *Criterii de atribuire* din fișa de date a achiziției, clasamentul ofertanților a fost stabilit pe baza criteriului „Cel mai bun raport calitate – preț”, unde factorii de evaluare au fost:

- Prețul ofertei și;
- Perioada de garanție acordată lucrării.

Cu privire la perioada de garanție, acordată lucrărilor, inclusiv a marcajelor rutiere, citează informațiile de la pag. 6 din caietul de sarcini, precum și algoritmul de calcul pentru factorul de evaluare „Perioada de garanție acordată lucrărilor”.

Așadar, în raport de cele menționate, pentru obținerea punctajului maxim, trebuia să asigure o garanție de 5 ani a acestor lucrări, realizarea acestor categorii de lucrări efectuându-se potrivit informațiilor existente în partea scrisă din documentația de atribuire.

Or, ofertarea unor lucrări de marcaj rutier cu vopsea albă emailată, așa cum rezultă din răspunsul nr. ... din clarificarea nr. ..., cu asigurarea unei perioade de garanție de lungă durată, respectiv 5 ani, este posibilă numai în situația în care ofertanții prevăd în oferta financiară consumuri substanțial mai mari decât cele necesare unei singure aplicări, în vederea refacerii marcajului pe perioada de garanție solicitată.

În concluzie, având în vedere faptul că ... SRL a obținut punctaj maxim la criteriul privind componenta tehnică, acesta trebuia să prevadă costuri suplimentare pentru refacerea marcajelor în perioada lungă de garanție asumată, iar comisia de evaluare trebuia să verifice acest aspect.

- cheltuielile cu depozitarea materialelor rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestuia:

În referire la aceste cheltuieli, citează cerințele puse la dispoziția ofertanților prin fișa de date a achiziției, respectiv pct. IV.4.1) *Modul de prezentare al propunerii tehnice* și pct. IV.4.2) *Modul de prezentare al propunerii financiare*.

Referitor la obligația legală de protejare a mediului, în conformitate cu dispozițiile art. 94 alin. (1) lit. m) din OUG nr. 195/2005, cu modificările și completările ulterioare: „Protecția mediului constituie o obligație a tuturor persoanelor fizice și juridice, în care scop: (...) m) depozitează deșeurile de orice fel numai pe amplasamente autorizate în acest sens”.

Același act normativ statuează la art. 70 lit. h) obligația în sarcina persoanelor fizice și juridice „să nu degradeze mediul natural sau amenajat prin depozități necontrolate de deșeuri de orice fel”.

Drept urmare, în raport cu prețul neobișnuit de scăzut, oferat de ... SRL, comisia de evaluare avea obligația de a-i solicita justificarea concretă a modalității în care urmează a fi depozitate materialele excavate, pentru că numai în acest fel se asigură dacă ofertantul a prevăzut sau nu, în cadrul propunerii financiare, taxele aferente depozitării materialelor excavate, dar și de a întreprinde demersurile necesare pentru a verifica dacă ofertantul dispune de un spațiu pentru depozitarea materialului.

Cu privire la oferta depusă de ... SRL, contestatoarea consideră că ... SRL se află în situațiile de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

În raport de prevederile legale, fiecare dintre participanții la procedură aveau obligația de a face cunoscută autorității contractante orice neîndeplinire corespunzătoare a obligațiilor contractuale aferente contractelor de achiziții publice încheiate în trecut, în caz contrar, fiind incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, arată că, în data de 13.03.2019, prin Nota de constatare nr. ..., ... a reținut că societatea ... SRL a procedat la abandonarea de deșeuri din construcții și demolări în două zone aflate pe raza ..., mai exact, pe un teren intravilan împrejmuț parțial din zona ... (în spatele fostei fabrici de bere) și pe un teren intravilan adiacent șoselei de centură a ... - intersecția cu strada 6 Vânători. Pentru aceste fapte, societății ... SRL i-a fost aplicată o sancțiune contravențională în valoare de 50.000 de lei și au fost stabilite măsuri cu termene de realizare.

Drept urmare, în opinia sa, era obligatorie excluderea din procedură a operatorului economic, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

- a depus o ofertă neconformă, întrucât nu îndeplinește condițiile legale pentru a realiza lucrările aferente marcajelor rutiere:

Fiind parte din contractul de achiziție publică, lucrările aferente marcajului rutier puteau fi executate fie de ofertant, fie de un subcontractant, ambii specializați în executarea acestor categorii de lucrări, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire trebuie să dețină mașina de marcaj rutier.

Or, potrivit centralizatorului „Descrierea infrastructurii utilizată pentru execuția lucrărilor, propusă pentru îndeplinirea sarcinilor”, ... SRL declară deținerea unei mașini de trasat marcaje rutiere orizontale printr-un contract de prestări de servicii.

În concluzie, cum ... SRL nu a declarat subcontractant pentru lucrările de marcaje rutiere, iar, mai mult, a încheiat un contract de prestări de servicii pentru această categorie de lucrări care face obiectul contractului care urmează a fi atribuit, în mod eronat, comisia de evaluare a considerat ca fiind admisibilă oferta ... SRL, în condițiile în care oferta acestuia trebuia respinsă întrucât nu a făcut dovada că are capacitatea de a realiza lucrările privind marcajele rutiere.

- cheltuielile aferente asigurării garanției marcajelor rutiere:

Cât privește garanția acordată lucrărilor, contestatoarea susține că ofertarea unor lucrări de marcaj rutier cu vopsea albă emailată, așa cum rezultă din răspunsul nr. 96 la clarificarea nr. 27695/10.12.2019 cu asigurarea unei perioade de garanție de lungă durată, respectiv 5 ani, este posibilă numai în situația în care ofertanții prevăd în propunerea financiară consumuri substanțial mai mari decât cele necesare unei singure aplicări, în vederea refacerii marcajului pe perioada de garanție solicitată.

Or, având în vedere faptul ca ... SRL a obținut punctaj maxim la criteriul privind componenta tehnică, acesta trebuia să prevadă costuri suplimentare pentru refacerea marcajelor în perioada de garanție asumată, iar comisia de evaluare trebuia să verifice acest aspect.

- cheltuieli cu depozitarea materialelor rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestora:

Fără a relua motivele de fapt și de drept menționate în secțiunea dedicată criticilor aduse ofertei ... SRL, privitoare la obligația participanților la procedura de atribuire de a respecta condițiile de mediu și de a include în propunerea financiară toate și orice costuri legate de protejarea mediului, conform normelor legale, precum și cele legate de refacerea cadrului natural după finalizarea lucrărilor, solicită Consiliului să constate că, și în ceea ce privește ... SRL, văzând prețul neobișnuit de scăzut propus, cuantificarea acestuia nu se putea realiza decât prin omiterea cheltuielilor obligatorii evidențiate mai sus în domeniul protecției mediului, aspect ce impunea respingerea ofertantului ca inacceptabil.

Drept urmare, în raport de prețul neobișnuit de scăzut, ofertat de ... SRL, chiar dacă autoritatea contractantă a stabilit prin documentația de atribuire că fiecare ofertant își va elabora oferta financiară în funcție

de propriul sistem de management al mediului, comisia de evaluare avea obligația de a solicita ofertantului justificarea concretă a modalității în care urmează a fi depozitate materialele excavate, pentru că numai în acest fel se asigură dacă ... SRL a prevăzut sau nu în cadrul propunerii financiare taxele aferente depozitarii materialelor excavate, dar și de a întreprinde demersurile necesare pentru a verifica dacă ofertantul dispune de un depozit pentru depozitarea materialului.

- cheltuielile cu transporturile pentru materialele principale:

O ultimă critică adusă modalității de evaluare a ofertei ... SRL se referă la faptul că, în cadrul propunerii financiare nu ar fi cotate corect transporturile pentru principalele materiale care urmează a fi puse în operă, în special pe cele ale materialelor componente mixturilor asfaltice, dar nici autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări pentru a se edifica asupra realității transporturilor declarate de ... SRL.

În punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă susține, în apărare, referitor la lucrările la nivel cu calea ferată, prevăzute în documentația de atribuire, aferentă lotului 2, că societatea contestatoare prezintă neargumentat informații care nu sunt în conformitate cu realitatea, întrucât ofertantul declarat câștigător a prezentat următoarele documente: Acordul tehnic feroviar seria AT nr. ... (prezentat la paginile 556-557 din propunerea tehnică); Acord tehnic feroviar seria AT nr. 94/2018 din 12.02.2018 (prezentat la paginile 558-559 din propunerea tehnică); Autorizația AFER Seria AF nr. 7850 eliberată în data de 06.06.2019, cu valabilitate până la data de 09.05.2023, prezentată odată cu răspunsul nr. ... la solicitarea de clarificări nr.

Totodată din informațiile cuprinse în Certificatul Constatator ONRC nr. ..., depus în cadrul documentelor suport DUA, arată că ofertantul ... SRL deține autorizare conform art. 15 din Legea nr. 395/2004, pentru Lucrări de construcții a căilor ferate de suprafață și subterane, Cod CAEN 4212.

Referitor la personalul solicitat, autoritatea contractantă susține că nu a fost solicitat personal distinct, pe fiecare lot în parte, sens în care o altfel de interpretare a documentației ar fi fost eronată și incorectă. Este adevărat că este în atribuția comisiei de evaluare de a analiza, clarifica și decide admisibilitatea ofertelor, însă acest lucru se face raportat la documentația de atribuire în baza căreia s-a demarat procedura de achiziție publică și nu în baza unor rigurozități menite a îngreuna participarea ofertanților. În analiza aspectului supus atenției, de către contestatoare, arată că, în procesul de evaluare, a ținut cont de prevederile caietului de sarcini. Faptul că ofertantul declarat câștigător pentru lotul 2 al procedurii precum și pentru lotul 3 al procedurii a desemnat aceeași persoană, în calitate șef de șantier, pentru ambele loturi, conform propunerilor tehnice depuse pentru cele două loturi, nu

presupune că șeful de șantier desemnat nu poate realiza obligațiile ce-i revin și nici faptul că nu poate duce la bun sfârșit obligațiile contractuale ce-i revin din cadrul contractelor de lucrări, aferente loturilor 2 și 3.

Referitor la marcajele rutiere, autoritatea contractantă menționează că ... SRL a prevăzut în cadrul propunerii tehnice, începând cu pagina 207, un capitol destinat marcajelor rutiere. De asemenea, procedura tehnică de execuție PTE - INTECO - 40 - Marcaje rutiere se regăsește în propunerea tehnică începând cu pagina 386. Totodată, marcajele rutiere sunt prevăzute atât în listele de cantități cât și în graficul de execuție prezentat. Mai mult, la pagina 560 se regăsește INFRASTRUCTURA - Echipamente, utilaje și mijloace de transport care vor fi utilizate la realizarea lucrărilor „...” lot 2 din care rezultă că acesta dispune de mașină de trasat benzi de circulație.

În momentul evaluării, arată că a ținut cont de faptul că fiecare ofertant a prevăzut costuri mult mai mari decât au fost estimate, de către proiectant, în listele de cantități cu valori.

Totodată autoritatea contractantă precizează că, prin însușirea documentației de atribuire, ofertanții și-au însușit implicit și cerința privind garanția marcajelor. Atâta timp cât există ofertată garanția acordată lucrărilor, în cadrul acesteia, ofertantul are obligația să remedieze defecțiunile apărute dar și marcajele în cazul deteriorării acestora. Pe de altă parte, este o supoziție a contestatoarei că garanția acordată vopselei utilizată pentru marcajele rutiere este de 12 luni, după cum însăși contestatoarea declară „perioada de garanție a acestor tipuri de marcaje este în general de 12 luni”. Acordarea vopselei rutiere este în mod normal în interesul societății, deoarece este un produs de calitate superioară și are o durată de viață mai lungă decât vopselele pentru drumurile obișnuite. În plus, vopselele rutiere sunt mai scumpe decât cele obișnuite, iar costurile de întreținere sunt mai mari. Prin urmare, este în interesul societății să acorde garanția pentru vopselele rutiere. De reținut, este faptul că, rezistența vopselei pe carosabil este determinată de mai mulți factori cum ar fi trafic, temperatură etc.

Critica contestatoarei este nejustificată având în vedere că, în cadrul listelor de cantități depuse, au fost prevăzute costuri pentru marcajele rutiere, după cum urmează:

- DOCUMENTAȚIE - 861,18 lei
- ... SRL - 3094,79 lei
- ... SRL - 2914,92 lei
- ... SRL - 1786,82 lei
- ... SRL - 2221,21 lei

Autoritatea contractantă menționează că marcajele rutiere reprezintă un procent de sub 1% din valoarea lucrărilor.

Referitor la criticile aduse de contestatoare cu privire la cheltuielile cu depozitarea materialelor rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestuia, menționează că asupra acestui aspect comisia de evaluare a formulat clarificări, iar, în urma analizării

răspunsului ... SRL, la momentul respectiv, comisia de evaluare a considerat că acesta nu a justificat, în mod corespunzător, astfel încât să răspundă cerinței autorității contractante. Aceste aspecte au fost prezentate în anexele propunerii financiare, în procesul verbal care a vizat finalizarea evaluării propunerilor financiare.

Referitor la aspectul legat de posibile nereguli sesizate în implementarea contractului având ca obiect „Regenerarea urbană”, conform susținerilor contestatoarei, susține că nu a avut cunoștință, deoarece nu se regăsește, încărcat în SEAP, niciun document constatat negativ emis de ..., în calitate de beneficiar, sau alte documente din care să rezulte că ... SRL se încadrează în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și lit. h). Însă având în vedere buna intenție a contestatoarei de a-i aduce la cunoștință acest aspect, arată că a solicitat Primăriei ..., prin adresa nr. ..., sprijin în vederea elucidării aspectelor supuse atenției de către contestatoare.

Referitor la contractul de prestări servicii supus atenției, de către contestatoare, menționează că ofertantul a prevăzut în cadrul propunerii tehnice, la descrierea infrastructurii utilizată pentru execuția lucrărilor propuse, pentru îndeplinirea sarcinilor utilajele ce vor fi folosite în execuția lucrărilor și modul de dispunere a acestora. Într-adevăr în dreptul mașinii de trasat benzi de circulație, la modul de dispunere, este menționat contractul de prestări servicii însă, în conformitate cu prevederile art. 3 lit. w) „furnizor - 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” din Legea nr. 98/2016, ofertantul poate beneficia de serviciile unui furnizor.

Critica contestatoarei este nejustificată având în vedere că, în cadrul listelor de cantități depuse, au fost prevăzute costurile menționate mai sus, pentru marcajele rutiere.

În momentul evaluării, comisia a ținut cont de faptul că fiecare ofertant a prevăzut costuri mult mai mari decât au fost estimate de către proiectant în listele de cantități cu valori.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, în mod clar, prin însușirea documentației de atribuire, ofertanții și-au însușit implicit și cerința privind garanția marcajelor. Atâta timp cât există ofertată garanția acordată lucrărilor, în cadrul acesteia ofertantul are obligația să remedieze defecțiunile apărute dar și marcajele în cazul deteriorării acestora.

Referitor la „prețul neobișnuit de scăzut ofertat de „PORR” arată: ... SRL - 80,19 % din valoarea estimată, iar ... SRL - 82,43 % din valoarea estimată.

Referitor la critica adusă ofertei depusă de ... SRL precum și a modului de lucru al comisiei de evaluare cu privire la transportul pentru principalele materiale, autoritatea menționează că solicitările de

clarificări transmise ofertanților au fost formulate în funcție de prețurile ofertate. Comisia de evaluare nu a considerat necesar transmiterea unor clarificări cu privire la acest aspect având în vedere că prețurile ofertate nu sunt neobișnuit de scăzute.

Luând în considerare aspectele prezentate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația formulată de ... SRL, ca nefondată.

Prin cererea de intervenție, ... SRL susține că în măsura în care Consiliul va reține legală decizia comisiei de evaluare prin care oferta ... SRL a fost declarată admisibilă dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, contestatoarea nu justifică un interes legitim, născut, actual și direct pentru criticarea ofertei sale.

Astfel, contestatoarea nu mai are calitatea de persoană vătămată în sensul dispozițiilor art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, nejustificând un interes cu privire la obținerea contractului, întrucât nu mai există posibilitatea de a deveni ofertant câștigător și nici nu justifică cu ce este lezat prin menținerea deciziei prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare.

Întrucât interesul trebuie să fie personal și direct, în sensul că folosul practic trebuie să o vizeze pe contestatoare, ceea ce nu este cazul în prezenta speță, oferta acestuia fiind clasată pe locul 3, dar și născut și actual - existent în cadrul procedurii derulate, și nu eventual, intervenienta invocă lipsa de interes a contestatoarei în formularea criticilor referitoare la oferta declarată câștigătoare, în situația în care se menține decizia prin care oferta ... SRL a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2.

Intervenienta invocă excepția inadmisibilității criticilor aduse ofertei sale din perspectiva modului în care a fost formulată contestația.

Practic, contestatoarea investește Consiliul cu evaluarea ofertei sale, neexistând nicio critică punctual invocată și probată, limitându-se la a expune supoziții personale, bănueli și informații incerte.

Astfel, cu privire la prima critică se susține, tendențios, faptul că nu ar deține autorizație AFER, motiv pentru care apreciază că oferta trebuia respinsă, ca inacceptabilă, pentru neîndeplinirea cerinței privind capacitatea profesională, însă aceste susțineri nu sunt probate, întreaga critică fiind motivată doar prin invocarea unor decizii de practică națională și comunitară și nicidecum pe probe concrete din care rezultă neîndeplinirea respectivei cerințe.

În ce privește a doua critică se susține faptul că nu îndeplinește cerința privind asigurarea personalului calificat pe simple supoziții, respectiv pe faptul că a fost declarat câștigător pentru două loturi din cadrul aceleiași proceduri.

De asemenea, și critica privind propunerea financiară este formulată tot la modul general fără a se indica considerentele pentru

care se apreciază că prețurile ofertate sunt neobișnuit de scăzute sau dacă aceste prețuri au fost sau nu lămurite de către autoritate. De altfel, intervenienta precizează că aceeași critică, formulată generic, este invocată și în ceea ce privește oferta clasată pe locul 2.

Potrivit art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, contestația trebuie să fie, în mod obligatoriu, motivată în fapt și în drept, fiind inadmisibilă prezentarea unor speculații sau bănueli referitoare la conținutul ofertei atacate.

Trimiterile la anumite cerințe din fișa de date/caietul de sarcini, respectiv la practica națională și comunitară, nu echivalează cu o motivare reală, efectivă a contestației, în sensul art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul nu se poate substitui autoarei sesizării în ce privește invocarea motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate. Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, în fapt și în drept, care servește la determinarea exactă a obiectului judecății administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat, din oficiu, de către Consiliu (inadmisibil, în condițiile actualei legislații).

Intervenienta menționează că depunerea unei contestații, superficial motivată, în vederea studierii dosarului achiziției și completării ulterioare a motivelor, este nelegală și inadmisibilă, conform art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Nicio dovadă nu este administrată în scopul de a arăta vreo nelegalitate a evaluării ofertei intervenientei sau vreun alt element concret care ar fi fost de natură să altereze rezultatul procedurii de atribuire, situație care este de natură a atrage respingerea contestației pentru lipsa motivelor și probelor efective.

Pentru toate aceste considerente, intervenienta solicită Consiliului să admită excepția și pe cale de consecință, să dispună, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea 101/2016, respingerea contestației, prin prisma criticilor aduse ofertei sale, ca inadmisibilă.

În eventualitatea în care, analizând excepțiile de mai sus, acestea se resping ca nefondate, pe fondul cauzei, solicită respingerea ca nefondată a contestației având în vedere următoarele:

În ceea ce privește critica referitoare la „neîndeplinirea cerinței minime de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale privind - executarea trecerii la nivel cu calea ferată”, susține că aceste lucrări de traversare, la nivel cu calea ferată, nu pot fi executate de alt ofertant decât printr-un contract de asociere sau de subcontractare.

Or, contrar susținerilor contestatoarei, precizează faptul că deține autorizație AFER sens în care în cadrul propunerii tehnice a depus, la

filele 556-559, agreementul tehnic nr. 133/2018 și anexa la acesta privind „subtraversări linii de cale ferată prin foraj orizontal, inclusiv pentru diametre mai mari sau egale cu 1000mm”, cât și agreementul tehnic nr. 94/2018 și anexa la acesta privind „construcții, reparații și întreținere treceri la nivel cu calea ferată”, valabile la data depunerii ofertelor.

În ceea ce privește critica referitoare la „neîndeplinirea condiției legale pentru a putea realiza lucrările cu personalul calificat solicitat prin documentația de atribuire”, contrar susținerilor contestatoarei, susține că persoana desemnată pentru poziția de șef de șantier, chiar dacă este numită în aceeași poziție și în cadrul ofertei, de la lotul 3, este prezentă permanent pe șantier, așa cum rezultă din atribuțiile prevăzute în fișa de post, întrucât lucrările ce fac obiectul lotului 3 sunt în continuarea lucrărilor ce fac obiectul lotului 2.

Mai mult, potrivit documentației de atribuire, cerința invocată chiar de contestatoare, în situația în care șeful de șantier nu poate fi prezent, acesta poate fi înlocuit cu acceptul autorității contractante, astfel că și documentația prevede și situația în care șeful de șantier nu poate fi prezent pe șantier din diferite motive.

Cu privire la cheltuielile aferente asigurării garanției marcajelor rutiere, contrar susținerilor contestatoarei, intervenienta invocă prevederile caietului de sarcini: „În perioada de garanție, Antreprenorul are obligația, în urma dispoziției date de Autoritatea Contractantă, de a executa toate lucrările de reparație, reconstrucție și remediere a viciilor și a altor defecte apărute pe perioada de garanție a lucrărilor, pe cheltuiala proprie în termenul comunicat de Autoritatea Contractanta. În cazul în care Antreprenorul nu executa lucrările prevăzute mai sus, la maxim două solicitări ale Autorității Contractante, aceasta este îndreptățită să emită pretenții asupra garanției de buna execuție iar în situația în care aceasta nu este suficientă, Antreprenorul este obligat să deconteze aceste cheltuieli”, context în care valoarea acestora nu trebuie să fie prevăzută în cadrul ofertei, cu atât mai mult cu cât nu se cunoaște la acest moment, nici măcar ipotetic care ar fi valoarea acestora.

Mai mult, în cadrul propunerii tehnice, la pag. 218 și urm., arată că a prevăzut capitolul privind „execuția marcajelor rutiere” iar la pag. 223, a prevăzut capitolul privind „Urmărirea comportării în exploatare a vopselei de marcaje” în cadrul căruia se precizează faptul că „Urmărirea comportării în exploatare se face de cadre tehnice cu pregătire corespunzătoare, periodic la cca 1 - 2 luni”.

De asemenea, la pag. 731 din propunerea tehnică, a prezentat „Declarația privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate” prin care se prevede un termen de garanție de 60 luni (5 ani), cu începere de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor.

Cu privire la cheltuielile cu depozitarea materialelor rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestuia, arată că, pe parcursul evaluării ofertei sale, i-au fost solicitate mai multe clarificări, astfel prin clarificarea nr. ... comisia de evaluare i-a solicitat să prezinte unde anume în ofertă se regăsesc cheltuielile conexe organizării de șantier, clarificare la care a răspuns prin adresa nr. ..., precizând faptul că în ceea ce privește transportul pământului rezultat din săpături s-a prevăzut distanța de 52 km, cât și faptul că tot pământul rezultat din săpături se depozitează pe terenul deținut de ... SRL, urmând ca aceasta să-l folosească în funcție de necesități.

Totodată, arată că, prin clarificarea nr. ..., întrebarea nr. 16, autoritatea contractantă a precizat faptul că depozitarea pământului rezultat din excavații cade în sarcina constructorului, deoarece materialul provenit din săpătură are în componența sa o porțiune consistentă de balast și piatră, acesta putând fi dus în stații de sortare/spălare și refolosit la diverse activități de construcții, astfel că fiecare ofertat își va elabora oferta financiară în funcție de propriul sistem de management.

Prin urmare, arată că a comunicat unde anume urmează să transporte pământul rezultat din săpături prevăzând în cadrul ofertei și cheltuielile cu transportul acestuia către respectiva balastieră (articolul de transport TRA01A52P).

La data de 08.03.2021, ... SRL a transmis concluziile scrise nr. 402, înregistrate la Consiliu cu nr. ... prin care precizează că atât autoritatea contractantă, cât și intervenienta susțin că ofertantul desemnat câștigător deține Autorizația AFER, sens în care în cadrul propunerii tehnice au fost depuse Acordul tehnic nr. ... și Acordul tehnic nr. ...

Or, în opinia sa, asemenea afirmații nu fac decât să vină în susținerea criticilor sale, în condițiile în care ... SRL deține autorizație AFER doar în ceea ce privește lucrările de treceri la nivel cu calea ferată și subtraversări de cale ferată, fără a deține AFER pentru lucrările de căi ferate.

Contestatoarea menționează că ... SRL nu deține documente pentru a putea executa, în deplină legalitate, lucrări de linii căi ferate: „Demolarea căii ferate pe L = 25m pe zona trecerii la nivel între km 10+110 - km 10+135 (...) Remontarea suprastructurii căi se va face la niveleta existentă înainte de execuția lucrărilor”.

Așadar, deși în caietul de sarcini lucrările de căi ferate sunt tratate cu o importanță deosebită, fiind critice, comisia de evaluare a evaluat superficial modul în care ... SRL a înțeles că are capacitatea de a realiza asemenea lucrări.

Mai mult, în memoriul tehnic la cap. 2.2 c) condiții tehnice pentru materiale și/sau subansamble MATERIALE UTILIZATE: „Materialele, echipamentele și instalațiile care se încadrează în categoria produselor

feroviare critice conform Ord. MT 290/2000, pot fi utilizate numai după omologare/agrementare AFER”.

Spre deosebire de ofertantul desemnat câștigător, societatea contestatoarea susține că deține atât autorizație AFER pentru realizarea lucrărilor de căi ferate, dar și Certificat de omologare tehnică feroviară pentru produsul feroviar critic piatră spartă pentru balastarea liniilor de cale ferată.

Evaluarea superficială realizată de comisia de evaluare poate fi constatată cu ușurință și din faptul că, deși ... SRL deține doar autorizație AFER pentru lucrări de trecere la nivel de cale ferată, potrivit informațiilor de la pagina 112 pct. 16 din Procesul-verbal nr. 33 din 04.01.2021, comisia de evaluare i-a solicitat justificarea devizului de treceri la nivel cu calea ferată care este ofertat de către ... SRL, fără ca acest din urmă operator economic să fie declarat subcontractant, aspect contrar legislației și jurisprudenței în materia achizițiilor.

Sușinerile autorității contractante reprezintă o veritabilă reinterpretare a documentației de atribuire în condițiile în care, indiferent de distanța dintre cele 2 loturi, prezența Șefului de șantier în fiecare din cele 2 șantiere presupune automat 2 persoane distincte care să îndeplinească această sarcină.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă și de intervenientă, având în vedere că perioada de garanție a reprezentat unul din factorii de evaluare, consideră că este insuficientă simpla declarație prin care ofertantul își asumă garanția lucrărilor, fiind obligatorie prezentarea de dovezi în susținerea acesteia și, totodată, propunerea financiară ar trebui să conțină consumuri semnificativ mai mari decât cele prevăzute în fișele tehnice ale materialelor de marcaj indicate a se utiliza.

Este de necontestat faptul că, în raport de prevederile documentației de atribuire, intervențiile în perioada de garanție se vor realiza pe cheltuiala proprie a executantului, însă la fel de adevărat este că, în raport de cerințele documentației de atribuire și cu respectarea principiului tratamentului egal, asemenea cheltuieli trebuiau incluse în prețul ofertei or, după cum inclusiv ... SRL recunoaște în cererea de intervenție, propunerea financiară a sa nu conține cheltuieli aferente perioadei de garanție, afirmând că „nu se cunoaște, la acest moment, nici măcar ipotetic care ar putea fi această valoare”.

Or, sușinerile intervenientei confirmă modul superficial în care a fost întocmită propunerea sa financiară, în condițiile în care, deși are cunoștință despre faptul că garanția acordată de producătorul respectivelor marcaje rutiere este de cel mult 2 ani, ofertantul desemnat câștigător nu a inclus în prețul ofertat pe lângă execuția

propriu-zisă a lucrării și contravaloarea refacerii marcajelor rutiere pe toată perioada de garanție de 5 ani.

În opinia contestatoarei, legat de cheltuielile cu depozitarea materialelor rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestuia, autoritatea contractantă avea nevoie de clarificări suplimentare asupra aspectelor prezentate de ofertantă.

Cu privire la excepțiile invocate de intervenientă, contestatoarea precizează că lipsa de interes în formularea criticilor referitoare la oferta desemnata câștigătoare este nefondată.

Cu privire la oferta ... SRL, în opinia sa, aceasta se află în situațiile de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, susține că ... SRL a depus o ofertă neconformă, întrucât nu îndeplinește condițiile legale pentru a realiza lucrările aferente marcajelor rutiere, întrucât, în punctul de vedere, autoritatea contractantă recunoaște că ... SRL nu execută lucrările aferente marcajelor rutiere, ci acestea vor fi realizate în baza contractului de prestări de servicii de către un operator economic străin de procedură.

Legat de cheltuielile cu transporturile pentru materialele principale, susține că exista obligația autorității contractante de a verifica dacă PORR a inclus în propunerea financiară toate și orice costuri legate de transportul materialelor necesare funcționării obiectului contractului.

La data de 08.03.2021, ... SRL a transmis concluziile scrise nr. 60, înregistrate la Consiliu nr. ..., prin care face următoarele precizări:

În măsura în care Consiliul va reține legală decizia comisiei de evaluare prin care oferta depusă de ... SRL a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, contestatoarea nu mai poate justifica un interes legitim, născut, actual și direct pentru criticarea ofertei sale declarată câștigătoare.

Totodată, invocă excepția inadmisibilității criticilor aduse ofertei sale, neexistând nicio critică punctuală concret invocată și probată.

În concluzie, reiterează aspectele menționate în cererea de intervenție și susține că decizia autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată admisibilă este temeinică și legală, nefiind incidente prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cum greșit susține contestatoarea, motiv pentru care solicită respingerea contestației, admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință menținerea actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

La data de ... SRL a transmis notele de răspuns nr. ..., înregistrate la Consiliu cu nr. ..., în replică față de concluziile scrise comunicate de ... SRL, prin care solicită respingerea excepției lipsei de interes, ca nefondată.

Totodată, arată că, eronat, susține societatea intervenientă că, prin documentația de atribuire, nu s-a solicitat deținerea autorizației AFER pentru lucrările de căi ferate, cerința de la pct. 13 subpct. 9 din caietul de sarcini trebuie înțeleasă în concordanță cu prevederile caietului de sarcini special având ca obiect „REABILITARE TRECERE LA NIVEL”, unde proiectantul a stabilit categoriile de lucrări care urmează a fi executate pentru realizarea trecerii la nivel cu calea ferată, printre acestea regăsindu-se inclusiv lucrările de linii CF.

Așadar, cum pentru reabilitarea trecerii la nivel urmează a fi executate lucrări complexe pentru care este necesară autorizația AFER, este evident că cerința autorității privește lucrările în integralitatea acestora; de altfel, după cum se poate constata, argumentele societății interveniente sunt în contradicție cu punctul de vedere al autorității contractate, care nu neagă necesitatea prezentării autorizației AFER inclusiv pentru lucrările de cale ferată, ci doar susține, nefondat, ca ... SRL deține și o asemenea autorizație.

Tot astfel, eronat susține ... SRL că în cuprinsul caietului de sarcini ar fi detaliate doar lucrările de trecere la nivel de cale ferată (iar nu și lucrările de cale ferată); aceasta deoarece, așa cum a arătat prin notele de răspuns, în cuprinsul caietului de sarcini având ca obiect „REABILITARE TRECERE LA NIVEL”, cu referința exactă la pct. 7, proiectantul face referire expresă la „...” (pct. 7.2), mai exact „...”; (PCT. 7.3).

În ceea ce privește cheltuielile aferente perioadei de garanție, chiar dacă acestea se vor realiza pe cheltuiala proprie a executantului, în raport de cerințele documentației de atribuire și cu respectarea principiului tratamentului egal, asemenea cheltuieli trebuiau incluse în prețul ofertei.

Or, după cum inclusiv ... SRL recunoaște în cererea de intervenție, propunerea financiară a sa nu conține cheltuieli aferente perioadei de garanție, afirmând ... SRL că „nu se cunoaște la acest moment, nici măcar ipotetic care ar putea fi aceasta valoare”.

La 15.03.2021 ... SRL a transmis concluziile scrise nr. ..., înregistrate la Consiliu cu nr. ..., prin care face următoarele precizări:

În ceea ce privește critica referitoare la „neîndeplinirea cerinței minime de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale privind - executarea trecerii la nivel cu calea ferată”, contrar susținerilor contestatoarei, din notele de răspuns transmise pe data de 10.03.2021, subliniază faptul că prevederile documentației de atribuire invocate de acesta, nu pot fi interpretate în sensul precizat, având în vedere pe de o parte, obiectul la care face trimitere respectivul caiet de sarcini „Reabilitare trecere la nivel” și, pe de altă parte, obiectul procedurii „Execuție lucrare „...” - lot 2”.

Prin urmare, obiectul contractului ce urmează a se atribui vizează lucrări de reabilitare drum în componența cărora există și lucrări de

trecere la nivel cu calea ferată, acolo unde respectivul drum se intersectează cu calea ferată, lucrări pentru care ofertanții trebuie să fie autorizați AFER.

Astfel, prin caietului de sarcini pct. 13 subpct. 9 se prevede „În vederea executării trecerii la nivel cu calea ferată, conform prescripțiilor avizului C.N. CFR SA nr. ..., ofertanții vor prezenta autorizația AFER, sau vor executa aceste lucrări cu o firmă automată AFER care să fie responsabilă și cu siguranța circulației, pentru care se va prezenta contractul de asociere sau subcontractare. Precizăm că aceste lucrări de traversare la nivel cu calea ferată nu pot fi executate de alt ofertant decât printr-un contract de asociere sau de subcontractare”.

Din economia acestor prevederi raportat la obiectul contractului ce urmează a se atribui este evident faptul că firma care execută categoria de lucrări „trecerii la nivel cu calea ferată”, în speță intervenientul, trebuie să fie autorizat pentru această categorie de lucrări și nu pentru altele.

Intervenienta susține că din documentele regăsite în oferta sa rezultă că este autorizată AFER pentru execuția lucrărilor „treceri la nivel cu calea ferată”, iar din procedura aprobată de CNCF "CFR" SA și avizat de AFER, în anul 2017, în raport de care a fost autorizată AFER, rezultă că acesta este în măsură să execute toate lucrările prevăzute de autoritatea contractantă, în prezenta procedură, în cadrul caietului de sarcini având ca obiect „Reabilitare treceri la nivel”.

În ceea ce privește critica referitoare la cheltuielile aferente asigurării garanției marcajelor rutiere, intervenienta precizează că, așa cum a arătat și prin cererea de intervenție, contrar argumentelor generice prezentate în susținerea acestei critici, sunt însăși prevederile caietului de sarcini.

Astfel, din prevederile caietului de sarcini rezultă faptul că antreprenorul este obligat să execute toate lucrările de reparație, reconstrucție și remediere a viciilor și a altor defecte apărute pe perioada de garanție a lucrărilor, pe cheltuiala proprie, aspect care este prevăzut și în modelul de contract asumat de către intervenient, art. 3.2.12 c), prevederi ale documentației de atribuire care au fost acceptate de către intervenient, astfel cum rezultă din oferta depusă.

Din analiza propunerii financiare, depuse de intervenient, se poate constata că acesta a respectat listele de cantități, întocmite de proiectant și prezentate în cadrul documentației de atribuire, întocmind propriile formulare F3 în raport de capitolele indicate prin documentație.

Mai mult, așa cum a arătat și autoritatea contractantă, în cadrul ofertei, atât intervenientul cât și ceilalți ofertanți au prevăzut „costuri mult mai mari decât au fost estimate de către proiectant în listele de

cantității” sens în care nu se poate susține faptul că propunerea financiară nu este întocmită potrivit prevederilor din fișa de date.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis electronic, prin wetransfer, în completare, documente din dosarul achiziției publice, respectiv ofertele, încărcate în SEAP, la lotul 2, de ofertantul declarat câștigător și cel clasat pe locul 2.

Consiliul reține că, în speță, a fost înaintată, de ... SRL, o cerere de intervenție în interesul autorității contractante, solicitând admiterea ei și respingerea contestației, ca nefondată.

La analiza condițiilor de formulare a intervenției, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea ei în principiu, autoarea acesteia având interesul de a-i fi menținută în competiție oferta, ce a fost declarată admisibilă și câștigătoare, de către autoritatea contractantă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrare «...»-lot 1, Execuție lucrare «...» - lot 2, Execuție lucrare «...»-lot 3”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului nr.

... SRL, clasat pe locul 3, considerând nelegală decizia autorității contractante de a declara admisibile ofertele depuse de ... SRL (ofertă câștigătoare) și de ... SRL (ofertă clasată pe locul 2), la lotul 2, a formulat contestația de față, solicitând anularea actelor atacate și a oricăror acte subsecvente raportului procedurii, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor depuse de ... SRL și de ... SRL.

Pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a transmis la CNSC recipisa de consemnare a cauțiunii aferente contestației, în valoare de 88.000 lei, emisă de ..., în data de ..., sub nr.

Consiliul constată că, în prezenta procedură, împotriva rezultatelor anterioare, au mai fost formulate contestații ce au fost soluționate de Consiliu, prin deciziile nr. ... din data de ... și nr. ... din

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a contestatoarei ... SRL, invocată de intervenienta ... SRL, Consiliul reține că, în opinia acesteia, *„interesul contestatoarei ... SRL (folosul practic urmărit prin contestația formulată) în ce privește criticile promovate împotriva subscrisei este condiționat de admiterea contestației formulată împotriva ofertantului clasat pe locul 2, respectiv ... SRL”*.

În soluționarea excepției lipsei de interes a contestatoarei, Consiliul reține dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016,

potrivit cărora: „orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.

Față de aceste aspecte, rezultă „ipso facto” că persoana care formulează o contestație, trebuie să îndeplinească cumulativ două condiții și anume: are sau a avut un interes legitim în legătură cu procedura de atribuire și a suferit, suferă sau riscă să sufere prejudicii urmare a actului autorității contractante.

Astfel, interesul este folosul practic, imediat pe care-l are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a procedurii de soluționare a contestației.

Potrivit informațiilor din dosarul cauzei și a susținerilor părților, contestatoarea ... SRL s-a clasat pe locul 3, în cadrul lotului 2 contestat, după ofertele ... SRL (locul 1) și ... SRL (locul 2). Se constată astfel că, în condițiile în care se solicită reevaluarea celorlalte 2 oferte situate înaintea sa în cadrul lotului contestat, ... SRL are posibilitatea legală de a accede la calitatea de ofertant desemnat câștigător și de a obține astfel folos material și direct din reevaluarea ofertei, constând în profitul rezultat din executarea contractului de achiziție publică.

Rezultă, prin urmare, că este îndeplinită condiția cumulativă a vătămării dreptului ori interesului legitim al contestatoarei ce s-ar fi produs printr-un act considerat nelegal al autorității contractante emis cu încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, așa cum dispune art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, societatea contestatoare având calitatea de parte vătămată.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes a contestatoarei ... SRL, invocată de intervenienta ... SRL.

Analizând fondul cauzei, Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la modul de evaluare al ofertelor depuse de ... SRL și de ... SRL, care, în opinia contestatoarei, trebuiau respinse, ca neconforme/inacceptabile.

Criticile contestatoarei privind neîndeplinirea cerinței minime de calificare, vor fi respinse, ca nefondate. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că, potrivit Certificatului Constatator ONRC nr. ... depus de ... SRL, în cadrul documentelor suport DUAЕ, rezultă că este autorizat, conform art. 15 din Legea nr. 395/2004, pentru *Lucrări de construcții a căilor ferate de suprafață și subterane*, Cod CAEN 4212.

În privința autorizării AFER, pentru lucrări de traversare, la nivel cu calea ferată, ce urmează a se executa, Consiliul constată că potrivit documentației de atribuire, respectiv punctului 9 din caietul de sarcini, s-a solicitat: „În vederea executării trecerii la nivel cu cale ferată, conform prescripțiilor avizului CN CFR SA nr. ..., ofertanții vor prezenta autorizația AFER sau vor executa aceste lucrări cu o firmă autorizată AFER care să fie responsabilă și cu siguranța circulației, pentru care se va prezenta contract de asociere sau subcontractare. Precizăm că aceste lucrări de traversare la nivel cu calea ferată nu pot fi executate de alt ofertant decât printr-un contract de asociere sau de subcontractare”.

Prin urmare, în vederea executării acestor categorii de lucrări (de traversare, la nivel cu calea ferată), Consiliul constată că autoritatea contractantă a prevăzut în cadrul documentației de atribuire (caietului de sarcini) prezentare unei astfel de autorizații de către ofertant/asociat/subcontractant.

Potrivit documentelor încărcate, în SEAP, în cadrul propunerii tehnice, Consiliul constată că ofertantul declarat câștigător a prezentat:

- Acordul tehnic feroviar deținut de ... SRL seria AT nr. ..., pentru Subtraversări linii de cale ferată prin foraj orizontal, inclusiv pentru diametre mai mari sau egale cu 1000 mm + Anexă, prezentat la paginile 556-557 din propunerea tehnică;
- Acord tehnic feroviar deținut de ... SRL seria AT nr. ... din ..., pentru Construcții, reparații și întreținere treceri la nivel cu calea ferată prezentat la paginile 558-559 din propunerea tehnică;
- Autorizația AFER Seria AF nr. ..., prezentată prin adresa nr. ... la solicitarea de clarificări nr.

Față de cele evocate, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă a concluzionat, în mod corect, că ... SRL îndeplinește cerința în discuție privind lucrări de traversare la nivel cu calea ferată, astfel că va respinge, ca neîntemeiată, susținerile contestatoarei potrivit căreia ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței minime de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale, susținere contrazisă de informațiile și documentele existente la dosarul cauzei.

De asemenea, și în privința personalului calificat - șef de șantier, Consiliul constată netemeinicia criticii. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că, în caietul de sarcini, s-a solicitat: „pentru activitățile ce se desfășoară pe șantier, contractantul va numi un șef de șantier care va relaționa direct cu personalul autorității contractante responsabil cu executarea contractului. Acesta este responsabil de organizarea și supravegherea tuturor activităților realizate de contractant pe șantier din partea contractantului. Șeful de șantier trebuie să fie permanent prezent pe șantier când se realizează

activități și trebuie să poată informa reprezentantul autorității contractante în orice moment despre situația de pe șantier”.

Potrivit susținerilor părților, Consiliul constată, pe de o parte, că ofertantul declarat câștigător a nominalizat, la cele două loturi, o singură persoană, ca șef de șantier, fapt neinterzis de documentația de atribuire, iar, pe de altă parte, că, în susținerea acestei critici, societatea contestatoare nu probează imposibilitatea prestării acestor servicii, de către o singură persoană, nominalizată ca șef de șantier, la cele două loturi, contrar art. 249 Cpciv: „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „*probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*”.

Referitor la propunerea financiară, care, în opinia contestatoarei, ar conține elemente de preț neobișnuit de scăzute, în referire la cheltuielile aferente asigurării garanției marcajelor rutiere și a depozitării materialelor rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestuia, Consiliul constată netemeinicia criticilor.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere, pe de o parte, valoarea estimată de proiectant în listele de cantități-861,18 lei reprezintă sub 1% din valoarea estimată a lucrărilor și valorile oferite (... SRL-3094,79 lei; ... SRL-3914,92 lei; ... SRL-1786,82 lei; ... SRL-2221,21 lei), iar, pe de altă parte, faptul că societatea contestatoare nu precizează care ar fi valoarea corectă a costurilor necesare pentru refacerea marcajelor.

Totodată, contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a acestor categorii de cheltuieli desemnate câștigătoare pe bază de supoziții, neavând atribuții de evaluare, ci fiind organ administrativ-jurisdicțional, care se pronunță în limitele investiției sale, pe baza motivelor de nelegalitate și netemeinicie a actelor autorităților contractante pe care le reclamă persoanele vătămate.

Din cuprinsul contestației, se poate observa că există doar simple presupuneri fără vreo legătură concretă cu valorile oferite și cu evaluarea realizată de autoritatea contractantă.

Astfel, sesizarea Consiliului trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este motivarea, care servește la determinarea exactă a obiectului cauzei, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Vizavi de susținerile contestatoarei că oferta declarată câștigătoare a obținut punctaj maxim la componenta tehnică (garanția acordată marcajelor), Consiliul stabilește obligația autorității contractante de a efectua verificări detaliate în contextul unei diferențe semnificative între durata de garanție a lucrărilor (a marcajelor), ofertată în prezenta procedură și cea oferită de producător, doar în schimbul obținerii punctajului maxim pentru acest factor de evaluare.

În acest sens, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să solicite justificarea duratei de garanție acordată marcajelor rutiere, respectiv să solicite modul concret de organizare a acestei activități, pe o perioadă de 5 ani, în condițiile în care garanția acordată de producător respectivelor materiale este mult mai mică.

Faptul că, în documentația de atribuire, s-a prevăzut acordarea punctajului maxim pentru cea mai mare durată de garanție ofertată, de 5 ani, nu înseamnă acceptarea de către autoritatea contractantă a duratei maxime de garanție, indiferent dacă aceasta este justificată/probată sau nu de ofertanți. Într-o interpretare contrară s-ar putea ajunge la obținerea unui punctaj maxim pentru durate de garanție fără susținere, oferite doar în scopul câștigării contractului.

Termenul de garanție propus de către ofertant nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de întinderea sa, ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice, a cărui realitate/sustenabilitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, și confirmată de ofertanți prin documentele înaintate autorității, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură. Prin urmare, garanția acordată de ofertant, în prezenta procedură, nu are nicio susținere în realitate, la dosarul achiziției neexistând vreun document care să confirme/justifice garanția pe o asemenea durată.

Astfel, eventuala diferență între perioada de garanție asigurată de producător și cea ofertată de câștigătoare, de 5 ani, ar trebuit să se regăsească în prețul total ofertat al lucrării, cheltuieli din care aceștia să poată suporta contravaloarea ofertării unei garanții mai mari.

De asemenea, ofertele depuse reprezintă angajamentul asumat de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețurile consemnate nu sunt elemente pur formale ale ofertei prezumate a fi valabile și admise, fără probe concludente, pe simple aprecieri, ci reprezintă elementele esențiale ale propunerii financiare a căror realitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016 și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante.

La calcularea propunerii financiare, ofertanții trebuie să țină cont și de perioada de garanție acordată materialelor, întrucât, în această perioadă, au obligația să înlăture pe cheltuiala lor toate deficiențele și deteriorările apărute la marcajele rutiere.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice costurile garanției acordate pentru marcajele rutiere în prețul ofertat solicitând ofertanților să demonstreze posibilitatea concretă de asigurare a garanției de 5 ani pentru marcajele rutiere, acest element constituind factor de evaluare aplicabil pentru desemnarea ofertantului câștigător.

Cât privește criticile cu privire la cheltuielile cu materialele rezultate din excavații și taxa aferentă depozitării acestuia, acestea vor fi respinse, ca nefondate, de către Consiliu, având în vedere că acestea au făcut obiectul clarificărilor, respectiv: prin adresa ..., autoritatea contractantă i-a solicitat să prezinte unde se regăsesc cheltuielile conexe organizării de șantier, la care aceasta a răspuns prin adresa nr. Ulterior, prin adresa nr. ... i-a solicitat justificarea prețului ofertat, pe mai multe componente, printre care și justificări cu privire la calculul prețului unitar de 0,23 lei/t/km privind transportul, la care a răspuns prin adresa nr. ..., iar contestatoarele nu precizează care ar fi valoarea corectă a acestor categorii de costuri.

Criticile suplimentare contestației vor fi respinse ca inadmisibile, având în vedere prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Criticile contestatoarei privind evaluarea ofertei ... SRL, sunt considerate întemeiate, motiv pentru care Consiliul le va admite.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere că, în opinia contestatoarei, ... SRL a depus o ofertă neconformă, întrucât nu îndeplinește condițiile legale pentru a realiza lucrările aferente marcajelor rutiere, acestea fiind executate de un prestator de servicii și nu de un subcontractant.

Cât privește lucrările aferente marcajelor rutiere, Consiliul constată temeinicia cererii contestatoarei, în opinia căreia, această activitate nu poate fi realizată decât de subcontractanți.

Potrivit susținerilor părților și a documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că ... SRL nu a prevăzut subcontractant pentru lucrările aferente marcajelor rutiere, respectiv nu a declarat niciun subcontractant pentru această activitate care intră în obiectul contractului, iar transformarea prestatorilor de servicii în subcontractanți nu este permisă de lege în această etapă nici măcar cu acordul autorității contractante.

Având în vedere specificul obiectului prezentului contract de achiziție publică și activitățile care urmează a fi realizate de marcatorii rutieri, Consiliul consideră că îndeplinirea acestor categorii de lucrări trebuie realizată de un ofertant asociat sau de un subcontractant al ofertantului.

De altfel, în acest sens, este relevantă practica instanțelor de judecată, respectiv: Decizia Civilă nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. ...: „Criticile petentei vizează faptul că ofertanții clasați pe primele două locuri nu ar putea realiza în condiții de legalitate activitatea de verificare a proiectelor (componentă a obiectului contractului), deoarece nu au declarat subcontractanți care să o efectueze, critici pe care instanța le apreciază ca fiind întemeiate. Prin urmare verificarea tehnică a proiectului nu poate fi realizată de către același operator economic care întocmește proiectul, ofertanții trebuind să declare entitatea care va presta aceste servicii, în calitate de subcontractant (...)”; Decizia nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia în dosarul nr. ...: „(...) În lipsa unor subcontractări legale a acestei activități, ofertanții care și-au asumat activitatea de proiectare nu pot realiza în mod legal verificarea tehnică a proiectului”; Decizia Civilă nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul ...: „(...) între factorii implicați în verificarea calității proiectelor, există o incompatibilitate dacă sunt angajații/colaboratorii aceleași entități”; Decizia nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel Mureș în dosarul nr. ...: „(...) În condițiile în care verificarea proiectelor tehnice se efectuează de către un specialist extern, în una din formele de organizare prevăzute pentru această activitate, în mod firesc singura modalitate de a asigura prestarea acestui serviciu este prin subcontractarea acestuia (...)”.

Astfel, pentru a depune o ofertă admisibilă, ofertanții, în cazul în care nu puteau, în mod legal, să realizeze părți din obiectul contractului, aveau obligația să facă dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin precizarea părții din contract pe care o subcontractează, dar și nominalizarea subcontractantului.

De subliniat, în acest context, este obligația corelativă a autorității contractante de a verifica capacitatea ofertanților de a îndeplini contractul sub toate aspectele sale, inclusiv în ceea ce privește realizarea lucrărilor aferente marcajelor rutiere.

În acest context, Consiliul reține și definiția noțiunii de subcontractant, regăsită la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016: *subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori*

îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop.

Date fiind cele expuse, Consiliul stabilește că prestatorul de servicii pentru executarea lucrărilor aferente marcajelor rutiere ar fi trebuit declarat subcontractant.

Prin urmare, Consiliul consideră că îi era interzis autorității contractante ca, pe baza actelor amintite mai sus, să considere, fără dubiu, că ... SRL îndeplinește cerințele analizate mai sus.

Având în vedere aspectul analizat, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, în mod eronat și nelegal, a declarat admisibilă oferta prezentată de ... SRL, decizia încălcând prevederile art. 137 alin. (1), alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

În contextul celor expuse, Consiliul apreciază că este de prisos analizarea celorlalte critici din contestație, caracterul inadmisibil al ofertei clasate pe locul 2 neputând fi înlăturat prin aceasta.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare coroborat cu art. 227 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze ofertele depuse de ... SRL și ... SRL, la lotul 2, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente. Pe cale de consecință, va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de ... SRL.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge ca nefondată excepția lipsei de interes, invocată de intervenientă.

Admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 20 de zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze ofertele depuse de ... SRL și ... SRL, la lotul 2, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 26 (douăzecișisase) pagini.