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 3104642Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 41060/23.09.2020, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional de ..., cu sediul în ...., împotriva comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 3319/15.09.2020, emise de către ..." ..., cu sediul în ..., str. ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Contract pentru achiziție publică de furnizare aparatură medicală, divizate pe 5 loturi*", pentru loturile nr. 1 *„Aspirator secreții*", nr. 4 *„Bloc injectomate"* și nr. 5 *„Injectomate",* s-a solicitat:

- anularea, în parte, a rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii și a actelor subsecvente emise în cadrul procedurii de achiziție publică pentru loturile nr. 1, 4 și 5, ca nelegale și netemeinice;
- obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, respectiv reluarea procedurii de atribuire pentru loturile nr. 1, 4 și 5, prin reevaluarea ofertei tehnice depuse de SC ... SRL, cu respectarea documentației de atribuire și a dispozițiilor legale incidente.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluţioneze contestația formulată de SC ... SRL, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 3319/15.09.2020, solicitând Consiliului ca, prin hotărârea pe care o va pronunța, să dispună: anularea, în parte, a rezultatului procedurii de atribuire, a raportului procedurii și a actelor subsecvente emise în cadrul procedurii de achiziție publică pentru loturile nr. 1, 4 și 5, ca nelegale și netemeinice și obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, respectiv reluarea procedurii de atribuire pentru loturile nr. 1, 4 și 5, prin reevaluarea ofertei tehnice depuse de SC ... SRL, cu respectarea documentației de atribuire și a dispozițiilor legale incidente.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă a informat-o că ofertele depuse pentru loturile antemenționate sunt neconforme, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, motivând că acestea nu ar fi satisfăcut cerințele caietului de sarcini, respectiv: *din avizul emis de către ANMDM reiese că ... nu este avizată pentru activitatea de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare.*

În opinia petentei, decizia autorității contractante este netemeinică și nelegală având în vedere că, pe de-o parte, caietul de sarcini și fișa de date a procedurii de achiziție publică nu fac nicio referire la obligația ofertanților de a deține aviz eliberat de ANMDM pentru îndeplinirea activității de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare, iar pe de altă parte, autoritatea contractantă nu i-a dat posibilitatea de a justifica modalitatea în care urma sa complinească lipsa acestui aviz.

Aceasta consideră că autoritatea contractantă și-a exercitat în mod trunchiat rolul activ în procedură, prin faptul că solicitarea de clarificări pe care i-a adresat-o, conținând strict solicitarea de comunicare a avizului eliberat de ANMDM și aspecte de natură tehnică legate de caracteristicile dispozitivelor medicale ofertate, nu a menționat că solicită și aspectele legate de avizul emis de ANMDM care permit realizarea activității de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare, nesolicitand clarificarea acestui aspect.

Concret, prin solicitarea de clarificări nr. 1138/11.08.2020, autoritatea contractantă a solicitat transmiterea, pentru fiecare dintre cele trei loturi, pe lângă informațiile referitoare la parametrii tehnici ai dispozitivelor medicale ofertate, avizul de funcționare emis de ANMDM, fără niciun fel de alte mențiuni.

Contestatoarea susține că, dacă autoritatea contractantă i-ar fi solicitat în mod clar, lipsit de echivoc, chiar printr-o nouă solicitate de clarificări, să facă dovada modului în care este complinită această lipsă, ar fi fost în măsură să comunice că urma să uzeze de prevederile art. 926 alin. (2) teza a II-a din Legea nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății. Concret, arată că activitatea de instalare, punere în funcțiune, asigurare mentenanță, service și toate serviciile conexe urma a fi realizată de către producătorii dispozitivelor medicale, prin intermediul personalor împuternicite și instruite în mod expres pentru îndeplinirea acestor activități pe teritoriul României. În dovedirea acestui

aspect, aceasta menționează că ar fi pus la dispoziția autorității contractante scrisorile de autorizare emise de acești producători, ….

În opinia petentei, prin modul în care a procedat, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât s-o lipsească în mod nejustificat și nelegal de posibilitatea și de dreptul oferit de lege de a dovedi conformitatea ofertelor sale tehnice, încălcând astfel principiile egalității de tratament al participanților la procedura de atribuire publică și al transparenței, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în acord cu prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Din interpretarea acestor prevederi legale, consideră că autoritatea contractantă avea obligația de a clarifica din start, în mod exhaustiv și echidistant, orice nelămuriri ar fi avut cu privire la oferta sa tehnică, iar nu să solicite clarificări parțiale, de ordin tehnic, care oricum nu ar mai fi avut vreo însemnătate practică în ipoteza în care nu face a priori dovada modului în care înțelege a-și îndeplini obligațiile stabilite prin documentația de atribuire, respectiv de instalare/punere în funcțiune, mentenanță și reparații, iar nu să-i considere oferta tehnică drept neconformă pentru aspecte ce puteau fi lămurite extrem de ușor.

Opinia petentei este în sensul că, procedând în acest mod, autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament care trebuie să guverneze procedura de achiziție publică, cu scopul de a favoriza operatorii economici declarați câștigători pentru loturile nr. 1, 4 și 5.

De asemenea, apreciază că soluția la care a ajuns autoritatea contractantă în procedură, respectiv cea de a desemna câștigătoare oferte care sub aspect financiar sunt mult mai oneroase decât a sa, desconsideră în mod grav inclusiv recomandările Ministerului Economiei de temperare a cheltuirii banilor de la bugetul de stat în condițiile socio-economice actuale, generate de pandemia cu virusului Sars Cov - 2.

Documentația de atribuire, conținând orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire (conform art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016) are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută să respecte propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației de atribuire este impusă și de necesitatea asigurării respectării principiului transparenței menționat mai sus.

Raportat la aceste considerente, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile precizate în documentația de atribuire, pentru respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuia realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în

procedura de achiziție publică și fără ignorarea condițiilor și cerințele stabilite inițial.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea solicită admiterea contestației, conform petitului acesteia.

Cu adresa nr. IN5076/28.09.2020, înregistrată la Consilu sub nr. 41933/28.09.2020, ... "..." ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

În susținerea acestei solicitări, în raport de argumentele invocate în contestație, autoritatea contractantă învederează Consiliului, unele prevederi din caietul de sarcini, respectiv:

Pct. 4 și 8 *„ (...) Furnizorul se obligă să furnizeze, să instaleze, să pună în funcțiune, să efectueze testele de acceptanță și instruirea personalului, precum și să execute lucrările, serviciile conexe acestor operații. Acestea se vor efectua de către furnizor cu personal autorizat și sunt incluse în preț”.*

„După punerea în funcțiune și efectuarea probelor funcționale se va întocmi:

"Procesul-verbal de instalare și punere în funcțiune" semnat de *"ambele părți".*

Totodată, autoritatea contractantă arată că Legea nr. 95/2006, privind reforma în domeniul sănătății, prevede:

Art. 926 „(1) Activitățile de comercializare, de distribuție și de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale se defășoară cu respectarea prevederilor prezentului titlu și ale normelor metodologice aprobate prin ordin al Ministrului Sănătății.

(2) Activitățile prevăzute la alin. (1) sunt supuse controlului prin avizare. Excepţie de la această cerinţă fac activităţile care se realizează de către însuşi producătorul dispozitivelor medicale, tehnologiilor şi dispozitivelor asistive ce fac obiectul acestor activităţi”.

Aceasta face precizarea că aceste activități sunt cele pe care le realizează direct producătorul, respectiv: de comercializare, de distribuție și de prestări de servicii în domeniu.

(3) *„Avizul prevăzut la alin. (2) se emite de ANMDMR, cu respectarea normelor metodologice aplicabile, în baza evaluării competenţei şi a capabilităţii persoanelor fizice sau juridice, după caz, de a realiza activităţile pentru care solicită avizul”.*

Art. 927 *„(1) Dispozitivele medicale, tehnologiile şi dispozitivele asistive se comercializează, se distribuie, se instalează şi se întreţin, pentru a fi utilizate în conformitate cu scopul propus, numai de către persoanele fizice sau juridice pentru care s-a emis avizul prevăzut la art. 926 alin. (3).*

(2) Dispoziţiile alin. (1) nu se aplică persoanelor fizice şi persoanelor juridice care desfăşoară în mod legal activitatea de comercializare, distribuire, instalare şi întreţinere a dispozitivelor medicale, tehnologiilor şi dispozitivelor asistive în statul lor de origine UE sau SEE.

(3) Persoanele fizice şi persoanele juridice cu sediul în România care prestează activităţile prevăzute la art. 926 alin. (1) sunt obligate ca, anterior prestării acestor activităţi, să solicite avizul prevăzut la art. 926 alin. (3)".

Ca urmare a celor precizate mai sus, autoritatea contractantă arată că în documentația depusă ofertantul are obligația de a face dovada capacității îndeplinirii fiecărei cerințe din fișele tehnice, precum și a celor din caietul de sarcini.

Conform Avizului de funcționare nr. 5735/27.12.2018, emis de Ministerul Sănătății, Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, SC ... SRL nu are aviz pentru reparare, mentenanță și punere în funcțiune, instalare.

Față de cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, ... "..." ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Contract pentru achiziție publică de furnizare aparatură medicală, divizate pe 5 loturi", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN …. și în JOUE a anunțului nr. …..

Valoarea estimată a întregii proceduri este de 1.320.000 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut".

Conform listei cu participanții la procedură, publicată în SEAP în data de 03.08.2020, au fost depuse 7 oferte pentru lotul nr. 1 „Aspirator secreții", și câte 3 oferte pentru loturile nr. 4 „Bloc injectomate" și nr. 5 „Injectomate", între acestea regăsindu-se și ofertele depuse de contestatoare pentru fiecare dintre aceste loturi care fac obiectul prezentei proceduri de contestare.

Potrivit raportului procedurii nr. 22192/15.09.2020 și a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 3318/15.09.2020, oferta depusă de SC ... SRL pentru loturile 1, 4 și 5 a fost respinsă ca neconformă.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, criticând motivul de respingere a ofertei sale.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 114/13.07.2020, în cuantum de 12.760 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Oradea a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. 206554154/1/02.10.2020, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru dosarul nr. 2076/2020.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că, potrivit actului atacat, respectiv comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 3318/15.09.2020, oferta depusă de SC ... SRL pentru loturile 1, 4 și 5 a fost respinsă, ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit a) din HG nr. 395/2016, pe motiv că „nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv din avizul emis de ANMDM reiese că firma nu este avizată pentru activități de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare”.

Contestatoarea susține că în documentația de atribuire nu este prevăzută obligația ofertanților de a deține aviz eliberat de ANMDM (Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale) pentru îndeplinirea activității de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare.

Autoritatea contractantă invocă prevederi ale caietului de sarcini și ale Legii nr. 926/2006 privind reforma în domeniul sănătății, susținând că în conformitate cu Avizul de funcționare nr. 5735/27.12.2018, emis de Ministerul Sănătății - Agenția Națională a Medicamentului și a Dispozitivelor Medicale, SC ... SRL nu deține aviz pentru reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare.

În soluționare, Consiliul reține că documentația de atribuire, astfel cum a fost elaborată, nu prevede obligația depunerii avizului eliberat de ANMDM pentru îndeplinirea activității de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare.

Așa cum a indicat și autoritatea contractantă în punctul de vedere, în caietul de sarcini la pct. 4. „Condiţii şi termen de livrare” și la pct. 8 „Punerea în funcţiune” se specifică:

„Furnizorul se obligă sa furnizeze, sa instaleze, sa pună în funcţiune, sa efectueze testele de acceptanţă și instruirea personalului precum şi să execute lucrările/serviciile conexe acestor operaţii descrise mai jos. Acestea se vor efectua de către furnizor cu personal autorizat și sunt cuprinse in preț.”

Nu există nico prevedere documentației de atribuire cu privire la îndeplinirea cerinței privind autorizarea personalului care va efectua aceste servicii.

Prevederea respectivă nu este o cerință de calificare, nefiind prevăzută, potrivit principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare, ci reprezintă o specificație tehnică de urmărit în etapa prestării serviciilor de instalare și punere în funcțiune. În condițiile în care procedura de atribuire este licitația deschisă și nu există o cerință de calificare în acest sens, contestatoarea nu era obligată să depună avizului eliberat de ANMDM pentru îndeplinirea activității de reparare, mentenanță și punere în funcțiune/instalare, de vreme ce documentația de atribuire nu impune acest lucru. Cel mult, autoritatea contractantă era îndreptățită să solicite acestui ofertant să precizeze modul cum va respecta această cerință a caietului de sarcini, și nu să-i solicite avizului ANMDM. De altfel, chiar din legislația invocată de autoritatea contractantă (Legea nr. 905/2016 privind reforma în domeniul sănătății) nu reiese obligația deținerii unei astfel de autorizări de către furnizor,

aceste servicii putând fi efectuate fie de „însuşi producătorul dispozitivelor medicale”, fie de alte persoane fizice sau juridice autorizate de ANMDM în acest sens.

Art. 926: „(1) Activitățile de comercializare, de distribuție și de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale se defășoară cu respectarea prevederilor prezentului titlu și ale normelor metodologice aprobate prin ordin al Ministrului Sănătății.

(2) Activitățile prevăzute la alin. (1) sunt supuse controlului prin avizare. Excepţie de la această cerinţă fac activităţile care se realizează de către însuşi producătorul dispozitivelor medicale, tehnologiilor şi dispozitivelor asistive ce fac obiectul acestor activităţi”.

(3) „Avizul prevăzut la alin. (2) se emite de ANMDMR, cu respectarea normelor metodologice aplicabile, în baza evaluării competenţei şi a capabilităţii persoanelor fizice sau juridice, după caz, de a realiza activităţile pentru care solicită avizul”.

Art. 927 „(1) Dispozitivele medicale, tehnologiile şi dispozitivele asistive se comercializează, se distribuie, se instalează şi se întreţin, pentru a fi utilizate în conformitate cu scopul propus, numai de către persoanele fizice sau juridice pentru care s-a emis avizul prevăzut la art. 926 alin. (3).

(2) Dispoziţiile alin. (1) nu se aplică persoanelor fizice şi persoanelor juridice care desfăşoară în mod legal activitatea de comercializare, distribuire, instalare şi întreţinere a dispozitivelor medicale, tehnologiilor şi dispozitivelor asistive în statul lor de origine UE sau SEE.

(3) Persoanele fizice şi persoanele juridice cu sediul în România care prestează activităţile prevăzute la art. 926 alin. (1) sunt obligate ca, anterior prestării acestor activităţi, să solicite avizul prevăzut la art. 926 alin. (3)”.

Pentru toate aceste motive, respingerea ofertei apare ca fiind o măsură excesivă, neproporțională. În acest sens, sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016 :

- art. 154: „Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire’’,

- art. 181. - „Criteriile privind capacitatea şi cerinţele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunţul de participare’’.

- art. 59. - (1) În cazul în care autoritatea contractantă solicită îndeplinirea de către ofertanţi a unor criterii de calificare, aceasta are obligaţia de a introduce în SEAP informaţii referitoare la forma şi condiţiile în care se demonstrează îndeplinirea de către operatorii economici a acestor criterii.

Consiliul mai reține ca fiind relevante și prevederile art. 30 alin. (4) și (6) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, potrivit

cărora: „(4) Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunţul de participare/simplificat/de concurs.

(6) Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.''

În soluționarea acestei critici, Consiliul ține seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză referitoare la documente de calificare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unor avize, raționament invalidat de Curtea de Apel:

«(..)petentele au invocat, în cadrul plângerii, încălcarea obligației de transparență în procedurile de achiziție publică în temeiul jurisprudenței CJUE – Hotărârile din cauzele C 278/14, C-6/05, C-27/15, susținând că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante și că este încălcată această obligație dacă autoritatea contractantă respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care sunt prevăzute în anunțul menționat.

În soluționarea plângerii, cu privire la acest principiu dezvoltat din jurisprudeța CJUE, instanța s-a limitat doar să arate că „în cauză nu a fost încălcat principiul transparenței întrucât cerința privind prezentarea agrementelor tehnice AFER pentru lucrările de sudură a căilor de cale ferată rezultată dintr-o interpretare a documentației de atribuire efectuată strict pe baza elementelor prezentate în documentație, ci nu a unor elemente noi invocate de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării și care nu fuseseră aduse la cunoștința ofertanților".

Dimpotrivă, Curtea observă însă că principiul transparenței care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauză.

Potrivit art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizitiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, „autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională". Textul de drept UE anterior menționat este preluat literal din art. 2 din Directiva 2004/18 pe care o abrogă.

Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit" (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)".

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo anterior menționată, „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 - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație 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 (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)".

Mai mult, în Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă intemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte." (punctul 54).

Situația de fapt din cauză relevă faptul că, prin adresa nr. 11/1/59/23.01.2019, autoritatea contractantă a respins oferta R.... pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3 a), calificări profesionale ale operatorului economic, cerință care ar consta în deținerea agrementului tehnic pentru activitatea de sudură.

Din examinarea fișei de date a achiziției, rezultă ca s-a impus, la punctul III.2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnică a ofertaților, deținerea autorizației de furnizor feroviar și agrement tehnic feroviar emise de AFER valabile la data prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructură, suprastructură. lucrări de artă, tuneluri, electrificare și energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviară și lucrări de construcții civile.

Conform acelorași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării.

Astfel, prezentarea documentelor AFER pentru sudură nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui agrement AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuientele, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație, iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de ofertă.

Instanța care a soluționat plângerea formulată de petenta A....a aratat că cerința poate fi dedusă din aceea că s-a prevăzut obligativitatea deținerii agrementelor pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, iar calitatea de lucrare critică a activității de sudură rezultă din lista produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc, publicată pe website-ul www.afer.ro.

A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză. Or, normele din dreptul Uniunii referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări servesc, în special, îndeplinirii liberei prestări a serviciilor, astfel cum s-a decis de către CJUE prin Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. 1-73, punctul 43, Hotărârea Michaniki, C-213/07, Rep., p. 1-9999, punctul 39 și Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania, C-480/06, punctul 47. Unui ofertant de altă naționalitate decât

română, precum este revizuienta din prezenta cauză, accesul la o astfel de procedură ar fi îngreunat în atare condiții.»

Această decizie a Curții de Apel este cu atât mai mult aplicabilă în această procedură, având în vedere că în documentația de atribuire nu s-a solicitat depunerea avizului ANMDM nici în cadrul documentelor de calificare și nici ca document depus la propunerea tehnică.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... "..." ..., anulează raportul procedurii nr. 22192/15.09.2020 și actele subsecvente cu privire la oferta depusă de SC ... SRL și dispune reevaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 15 zile de la comunicare.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... "..." ....

Anulează raportul procedurii nr. 22192/15.09.2020 și actele subsecvente cu privire la oferta depusă de SC ... SRL și dispune reevaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 15 zile de la comunicare.

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

Împotriva acesteia se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare, conţine 10 (zece) pagini.