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.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 1291alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .....
Data: .

Prin contestația nr. 1291/08.07.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25869/08.07.2019, formulată de către ..... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul asocierii SC ..... SA, cu sediul în ....., având CUI .., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal de director general .., și convențional prin ....., cu sediul în municipiul ....., sediu ales și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 16152/27.06.2019, precum și a deciziei prin care oferta Asocierii SC ..... SRL - SC .... SRL - SC ..... SRL – SC .... SRL a fost declarată admisibilă, emise de către ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă on line, organizată în vederea încheierii unui acord cadru având ca obiect ***„Achiziție servicii .....”***, cod CPV 79995100-6 Servicii de arhivare (Rev.2), (anunț de participare .....), s-au solicitat următoarele:

„I. Ca și chestiune prealabilă, vă solicitam să ne permiteți accesul la dosarul achiziției în integralitatea sa, inclusiv la .....ele confidențiale din oferta Asocierii S.C. ..... S.R.L. - S.C. .... S.R.L. - S.C. ..... S.R.L. - S.C. .... S.R.L. („..... .....") cu privire la care nu s-au depus probe în susținere; iar

II. Pe fondul contestației:

(1) Admiterea Contestației formulată de subscrisa raportat la motivele pe care le vom dezvolta în continuare în cuprinsul prezentei; și, pe cale de consecință,

(2) Anularea Adresei Autorității contractante nr. 16152/27.06.2019 privind declararea ofertei subscrisei ca fiind neconformă;

(3) Anularea deciziei Autorității contractante prin care oferta Asocierii S.C. ..... S.R.L. - S.C. .... S.R.L - S.C. ..... S.R.L. - S.C. .... S.R.L. a fost declarată admisibilă, a tuturor actelor Autorității contractante care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

(4) Reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor celor două Asocieri de la etapa verificării admisibilității acestora".

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 27480/17.07.2019, în temeiul prevederilor art. 17 alin.(3) din Legea nr. 101/2019, raportat la art. 61 și urm. C.pr. civ., ... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, prin liderul SC ..... SRL, cu sediul în municipiul ....., având CUI RO...., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ...., reprezentată legal de administrator ...., și convențional prin ....., sediu ales și pentru comunicarea actelor de procedură, a formulat cerere de intervenție accesorie in interesul autorității contractante, solicitând următoarele:

„- Admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată;

- Respingerea contestației formulate de ..... S.C. ..... SA - ..... SRL - ....SRL ca fiind neîntemeiată sub toate aspecte invocate atât în privința considerării ofertei contestatoarei ca nefiind conformă cu cerințele caietului de sarcini cât și în privința respingerii pentru neconformitate a ofertei noastre;

- menținerea ca fiind legală și temeinică a deciziei Autorității Contractante comunicată prin adresa nr 16152/27.06.2019 precum și a deciziei Autorității Contractante de declarare a ofertei noastre ca fiind admisibilă;

- obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată către subscrisa".

În luarea deciziei asupra cauzei de față,

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

reține următoarele:

Prin contestația nr. 1291/08.07.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25869/08.07.2019, formulată de către ..... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul SC ..... SA, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 16152/27.06.2019, precum și a deciziei prin care oferta Asocierii SC ..... SRL - SC .... SRL - SC ..... SRL – SC .... SRL a fost declarată admisibilă, emise de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă on line, organizată în vederea încheierii unui acord cadru având ca obiect

*„**Achiziție servicii …..”***, s-au solicitat cele redate în partea introductivă.

Argumentând, ... contestatoare prezintă situația de fapt și arată că, prin adresa nr. 303/11.03.2019, autoritatea contractantă i-a solicitat mai multe clarificări privind în mod special persoanele propuse în ofertă ca arhiviști în conformitate cu punctul 4.2. - Cerințe privind personalul din caietul de sarcini, iar prin adresa nr. CS 1089/15.03.2019 a răspuns în mod corespunzător și complet la această solicitare.

Precizează că, prin adresa nr. 16152/27.06.2019, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost „respinsă, fiind declarată neconformă în baza art. 137 alin. (3), lit. a) din H.G. nr. 395/2016”, argumentele fiind, în esență, următoarele:

- „comisia de evaluare a constatat neîndeplinirea cerinței deoarece, pentru doamna .... au fost depuse, Diploma de licență seria C nr. 0388243 cu titlul de licențiat în științe economice, în domeniul contabilitate, programul de studii contabilitate și informatică de gestiune și certificatul de absolvire pentru ocupația de arhivist, eliberată de Ministerul Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice”;

- „în accepțiunea comisiei de evaluare, aceasta nu face dovada cerinței solicitate, deoarece diploma de licență prezentată nu este în domeniul arhivistic, iar certificatul de absolvire eliberat pentru ocupația arhivist prezentat împreună cu diploma de licență prezentată în domeniul contabilitate nu constituie echivalarea pentru deținerea unei diplome de licență în domeniul arhivistic”.

În acest sens, arată că se consideră prejudiciată în drepturile și interesele sale legitime de modul arbitrar în care comisia de evaluare a interpretat prevederile punctului 4.2. - Cerințe privind personalul din caietul de sarcini.

Motivându-și solicitarea privind accesul la dosarul achiziției, în integralitatea sa, inclusiv la .....ele confidențiale cu privire la care nu s-au depus probe în susținere, ... contestatoare invocă prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și susține că liberul acces la informațiile de interes public este garantat, fără a fi însă un drept/o libertate absolută, deoarece unul dintre principiile fundamentale ale achizițiilor publice este transparența, iar aplicarea in concreto a acestuia este de natură a asigura și spori încrederea în procesul de achiziție publică.

Apreciază că restricționarea accesului la dosar pentru motive de confidențialitate este o excepție de la principiul transparenței procedurii de atribuire, fiind de strictă interpretare și aplicare.

Susținând necesitatea dovedirii caracterului confidențial al informațiilor din dosarul achiziției, ... contestatoare invocă

dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, precum și jurisprudența instanțelor naționale și europene.

Precizând că, SC ..... SRL în nume propriu și în numele Asocierii SC ..... SRL - SC .... SRL - SC ..... SRL - SC .... SRL, a formulat declarație pe propria răspundere prin care a declarat drept confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală următoarele .....e: oferta tehnică în totalitate, oferta financiară în totalitate și eventualele răspunsuri la clarificări, ... contestatoare susține că nu a fost administrat niciun mijloc de probă cu privire la caracterul confidențial al acestor înscrisuri și care este prejudiciul produs ca urmare a dezvăluirii respectivelor informații.

Raportându-se la limitările reglementate de legiuitor privind confidențialitatea ofertei, respectiv:

- demonstrarea confidențialității prin orice mijloc de probă;

- dreptul la un proces echitabil în sensul art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale;

- respectarea principiului transparenței reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016;

- respectarea principiului tratamentului egal reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016,

..... contestatoare solicită accesul la dosarul achiziției în integralitatea sa, inclusiv la .....ele confidențiale cu privire la care nu s-au depus probe în susținere.

Pe fondul contestației, ... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL prezintă următoarele argumente:

1. Decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca neconformă este nejustificată și nelegală, deoarece potrivit dispozițiilor art. 30 alin. (4) și (6) din anexa la H.G. nr. 395/2016, criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în .....ația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise.

Invocând prevederile caietului de sarcini, respectiv punctul 4.2 Cerințe privind personalul (experții), ... susține că cerința viza personalul (experții) responsabil(i) cu executarea contractului, fiind de derulare a contractului, iar nu de calificare a ofertanților.

Subliniază că, astfel cum rezultă din fișa de date a achiziției și din anunțul de participare, autoritatea contractantă nu a solicitat în Secțiunea III.2.3) Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului, cerințe de calificare referitoare la personalul responsabil cu executarea contractului.

Precizează că, potrivit .....ației de atribuire, nu avea vreo obligație în ceea ce privește calificarea personalului propus pentru executarea contractului, deoarece cerința de personal din caietul de sarcini viza etapa executării contractului de achiziție publică, iar nu

etapa procedurii de atribuire a acestuia, nefiind o cerință de calificare și selecție a cărei pretinsă neîndeplinire să conducă la respingerea ofertei.

Apreciază că, în aceste condiții, respingerea ofertei sale ca neconformă pentru pretinsa neîndeplinire a unor prevederi din .....ația de atribuire care nu constituiau în fapt cerințe obligatorii de calificare și selecție, este nefondată și nelegală.

În subsidiar, ... contestatoare solicită Consiliului, în măsura în care va considera că prevederile caietului de sarcini referitoare la personal reprezintă un criteriu de calificare în funcție de care poate fi stabilită admisibilitatea ofertanților, să aibă în vedere dispozițiile art. 30 alin. (4) și alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, precum și faptul că fiind o veritabilă cerință de calificare care vizează capacitatea tehnică și/sau profesională, aceasta ar fi trebuit să se regăsească menționată în mod corespunzător, explicit, în cuprinsul fișei de date a achiziției, respectiv în anunțul de participare.

Precizează că, în condițiile în care această cerință lipsește cu desăvârșire din cuprinsul fișei de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare, în conformitate cu dispozițiile art. 30 alin. (6) din anexa la H.G. nr. 395/2016, mențiunea din caietul de sarcini privind .....ele de calificare pentru personal este o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte, sens în care invocă jurisprudența C.N.S.C.

Raportându-se la dispozițiile art. 20 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016, ... contestatoarea consideră că cerințele autorității contractante incluse în punctul 4.2 Cerințe privind personalul (experții) din caietul de sarcini referitoare la calificarea personalului nu pot fi înțelese în nici un caz ca reprezentând caracteristici de natură tehnică ce permit descrierea obiectului contractului care urmează a fi atribuit și nu pot sta la baza respingerii ofertei sale.

Apreciază că pentru stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise, sancționată cu inexistența acestora, este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări/contestații, astfel că nu poate fi pusă în discuție nici o eventuală tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe.

2. Decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca neconformă, este nejustificată și nelegală, fiind bazată pe o interpretare literală, excesivă și restrictivă a prevederilor caietului de sarcini de către comisia de evaluare, fără luarea în considerare a condițiilor concrete de obținere a calificării de arhivist și de autorizare ca arhivist în România.

Invocând cerințele prevăzute la punctul 4.2 Cerințe privind personalul (experții) din caietul de sarcini, respectiv „Studii superioare arhivistice finalizate prin diplomă de licență sau echivalent”, precum și standardul ocupațional „Arhivist” (cod COR 262101), elaborat de către specialiști ai Arhivelor Naționale (autoritatea de reglementare şi autorizare în domeniu) și emis de Autoritatea Națională pentru Calificări, ... contestatoare susține că atribuțiile arhivistului nu fac obiectul unor reglementări uniforme, fiecare angajator având libertatea de a stabili atribuții și responsabilități, conform domeniului propriu de activitate, având însă un cadru comun stabilit prin apartenența la grupa de bază din codul COR.

Precizează că, potrivit standardului ocupațional menționat, pentru a deveni arhivist, sunt necesare următoarele condiții de acces: cunoașterea legislației arhivistice, a standardelor arhivistice internaționale, a normelor, instrucțiunilor și procedurilor de lucru, cunoașterea principiilor de bază ale evaluării și prelucrării .....elor de arhivă, cunoașterea principiilor de organizare a .....elor în depozitele de arhivă și de realizare a conservării preventive a acestora, cunoștințe elementare de management al instituțiilor și cunoașterea istoriei instituțiilor.

După ce menționează modalitățile de dobândire a calificării de „arhivist”, ... contestatoare susține că, prin punctul 4.2 Cerințe privind personalul (experții) din caietul de sarcini, au fost impuse unele cerințe care au avut în vedere:

- …. pentru cerința „Studii superioare arhivistice finalizate prin diplomă de licenţă", şi

- toate celelalte modalități legale de dobândire a calificării de „Arhivist” definite prin sintagma „sau echivalent”, respectiv absolvirea facultăților de istorie și geografie (cu parcurgerea modulelor de arhivistică) și absolvirea unui curs postuniversitar de perfecționare în arhivistică.

Echivalența se raportează în acest caz nu la diploma de licență, cum în mod greșit a considerat comisia de evaluare, ci la modalitățile legale alternative de dobândire a calificării de „Arhivist”, apreciază petenta.

Precizează că interpretarea dată de către comisia de evaluare este una greșită, excesivă și discriminatorie, care conduce la o restricționare nejustificată și nelegală a participării la procedura de atribuire a unor operatori economici autorizați de ..... - ..... Naționale tocmai în baza calificărilor obținute în mod legal de personalul propriu prin modalitățile descrise în .....ația de atribuire prin sintagma „sau echivalent”.

Susține că autoritatea contractantă a procedat în mod nelegal și nejustificat atunci când i-a respins oferta ca neconformă, deoarece în

stabilirea echivalenței, comisia de evaluare nu trebuia să efectueze o comparare a diplomelor de licență, ci a modalităților legale de dobândire a calificării de „arhivist”.

SC ..... SA precizează că, pentru ...., au fost depuse, printre alte .....e justificative, certificatul de absolvire al programului de perfecționare cu durata de 184,5 ore pentru ocupația de „arhivist” - cod COR 262101 , eliberat de Ministerul Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice, Autoritatea Națională pentru Calificări și Ministerul Educației Naționale, precum și corespondența purtată de membrul Asocierii ..... - S.C. ....S.R.L (angajatorul doamnei ....) cu ..... - ..... Naționale prin care această instituție i-a recunoscut calificarea de „arhivist” a persoanei, precum și împrejurarea că aceasta face parte din personalul autorizat necesar pentru menținerea autorizațiilor de funcționare ale SC ....SRL.

3. Susținând faptul că oferta ..... SC ..... SRL - SC .... SRL - SC ..... SRL - SC .... SRL este inacceptabilă și neconformă, deoarece nu a respectat în integralitate cerințele din .....ația de atribuire, iar evaluarea s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale aplicabile, ... contestatoare prezintă următoarele argumente:

a. Ofertantul .... intră sub incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) și lit. i) din Legea nr. 98/2016 și trebuia exclus din procedură, deoarece, potrivit informațiilor din DUAE, membra asocierii, SC ..... SRL, a completat DUAE în sensul în care nu s-ar afla în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 989/2016, deși existau două .....e constatatoare negative emise în acest sens, respectiv:

- Certificatul constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 1654208/28.02.2017 emis de ..... - .....prin care s-a atestat derularea contractului de achiziție publică încheiat cu SC ..... SRL „cu deficiențe”, menţionându-se totodată că: „Operatorul economic nu a respectat graficul de execuție al lucrărilor obiectivului de investiții, stabilindu-se astfel penalități ce au fost aplicate acestuia”;

- .....ul constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale din data de 12.03.2018 emis de ....., în cuprinsul căruia au fost consemnate următoarele: „conform Notificării nr. 3373/27.02.2018, contractul de servicii a fost reziliat începând cu data de 02.03.2018”.

Menționând că DUAE reprezintă o declarație pe propria răspundere în care ofertantul are obligația să prezinte situația reală și adevărată a statusului acestuia, petenta apreciază că, bifând în DUAE opţiunea „NU”, SC ..... SRL a făcut declarații false, omițând cu bună știință să prezinte certificatele constatatoare antemenționate, sens în care invocă jurisprudența C.N.S.C., precum și pe cea a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

b. .... intră sub incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 și trebuia exclusă din procedură, deoarece în cele două certificate constatatoare antemenționate s-a reținut o neîndeplinire a obligațiilor contractuale, ceea ce a condus la rezilierea contractului în cauză și la producerea unui prejudiciu semnificativ autorității contractante, respectiv o îndeplinire cu întârziere a obligațiilor contractuale, fiind aplicate penalități.

..... contestatoare precizează că, potrivit informațiilor existente pe portalul instanțelor de judecată, SC ..... SRL a solicitat anularea .....ului constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale din data de 12.03.2018 emis de ..... (dosar nr. ....), dar la data de 28.02.2019 ..... i-a respins acțiunea, iar revizuirea acestei hotărâri este în curs de soluționare (dosar nr. .....).

c. SC ..... SRL nu a făcut dovada îndeplinirii capacității profesionale de a realiza activitățile ce fac obiectul contractului, sens în care se raportează la prevederile Secțiunii II.2.4 Descrierea achiziției publice (natura și cantitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor sau o mențiune privind nevoile și cerințele) precum și la cele ale Secțiunii lll.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției.

Astfel, susține că liderul ..... - SC ..... SRL deține o cotă de 35% în cadrul asocierii, dar nu are în obiectul său de activitate și nu este autorizat de către ..... - ..... Naționale pentru nici una dintre activitățile ce fac obiectul procedurii de atribuire.

În concluzie, ... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL solicită admiterea contestației.

În drept au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, cele ale Legii nr. 101/2016, ale H.G. nr. 395/2016, ale Directivei 2014/24/UE, jurisprudența CJUE, precum și interpretările oficiale ale legislației din domeniu furnizate de ANAP.

În probațiune au fost depus înscrisuri.

Atașat exemplarului original al contestației nr. 1291/08.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 25869/08.07.2019, SC ..... SA a transmis recipisa de consemnare nr. 205557690/1 din 03.07.2019 a sumei de 220.000,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala Victoria, respectându-se astfel dispozițiile art. 611 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 17798/15.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 27068/15.07.2019, ... a transmis punct de vedere cu privire la contestația .....SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

Cu titlu prealabil, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii, inclusiv adresele privind solicitările de clarificări.

Combătând critica privind accesul la dosarul achiziției, în integralitatea sa, autoritatea contractantă consideră că îi sunt aplicabile dispozițiile art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 123

alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, rămânând la latitudinea Consiliului, raportat la normele legale care vizează confidențialitatea unor informații, să solicite operatorului economic să justifice și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al .....elor indicate și, pe baza argumentelor acestuia să acorde accesul total sau parțial la .....e.

Invocând jurisprudența instanțelor europene, autoritatea contractantă susține că organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac, respectiv Consiliul, trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile în litigiu.

Precizează că și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra .....elor interne ale Consiliului [Concurenței], iar Legea nr. 11/1991 califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

De asemenea, precizează că aceeași Lege nr. 11/1991 instituie la art. 1 obligativitatea operatorilor economici, indiferent de obiectul de activitate, de a-și exercita activitatea cu bună credință, potrivit uzanțelor cinstite, cu respectarea cerințelor concurenței loiale.

Reiterează susținerea potrivit căreia este de competenta C.N.S.C. să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților.

Combătând criticile prezentate pe fondul contestației, autoritatea contractantă prezintă următoarele argumente:

1. În ceea ce privește invocarea dispozițiilor art. 30 alin (4) şi (6) din anexa la H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă arată că, din comunicarea rezultatului procedurii, nu reiese că respingerea ofertei asocierii contestatoare s-ar fi datorat neîndeplinirii criteriilor de calificare și selecție ci, din contră, este clar menționată neîndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini.

Susține că, în condițiile în care prevederile legale sunt obligatorii atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorul economic contestator, acesta din urmă, în loc să facă dovada deținerii personalului necesar îndeplinirii contractului, încearcă inducerea în eroare a Consiliului cu privire criteriile de calificare și selecție, la faptul că respingerea ofertei sale s-ar fi făcut eronat pe baza unor criterii de calificare care lipsesc din cuprinsul fișei de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare, motiv pentru care ar reprezintă o clauză

nescrisă în baza căreia nu se poate dispune respingerea unei oferte, în conformitate cu art. 30 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

Precizează că, potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din H.G nr. 395/2016, coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, caietul de sarcini descrie serviciul care urmează să fie prestat, nivelurile, standardele și resursele, împreună cu realizările și rezultatele asociate, termenele, obligațiile și garanțiile privitoare la executarea/prestarea lucrărilor sau serviciilor identificate, iar aceste condiții nu pot fi îndeplinite decât dacă ofertantul demonstrează că are și personal calificat, propunerea tehnică trebuind să reflecte rezultatele solicitate de autoritatea contractantă, la calitatea și în cantitatea dorite de aceasta.

În condițiile în care cerințele caietului de sarcini și modul de elaborare a propunerii tehnice nu au fost contestate de participanții la procedură – ..... contestatoare cerând chiar clarificări privitoare la cerințele menționate în caietul de sarcini la punctul 4.2. - prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, aceasta a acceptat toate condițiile impuse, ...ația de atribuire (inclusiv caietul de sarcini) nefiind modificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, este obligatorie, apreciază autoritatea contractantă.

Arată că, în cazul în care cerințele minime solicitate prin caietul de sarcini erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, ... contestatoare avea dreptul de a solicita clarificări/notifica și ulterior contesta respectivele cerințe, potrivit prevederilor legale, în lipsa acestor demersuri având obligația de a se conforma cerințelor din caietul de sarcini.

Referindu-se la .....ele privitoare la calificarea personalului, autoritatea contractantă arată că petenta a răspuns în termen la solicitarea de clarificări transmisă prin adresa nr. CS 1089/15.03.2019, ceea ce semnifică o acceptare a acesteia, oferindu-i astfel posibilitatea de a verifica concludența răspunsurilor.

După ce invocă prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) și art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă subliniază că a avut în vedere cerințele impuse de legislația specifică, respectiv Legea nr. 16/1996, aplicabilă atât activităților cât și personalului ce va fi implicat în desfășurarea contractului, iar cerința privind personalul, cuprinsă exclusiv în caietul de sarcini, a fost analizată și evaluată în îndeplinirea sa prin prisma prevederilor din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, adică din punctul de vedere al descrierii momentului în care vor interveni respectivii experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora, în cazul de față prin resurse proprii, caz în care trebuiau prezentate .....ele solicitate pentru persoanele în cauză.

Susține că, în cazul de față, sunt aplicabile prevederile art. 3. alin. (1) din Instrucțiunea 1/2017, astfel că, cerințele privitoare la

personalul ce va realiza efectiv activitățile contractului, nu reprezintă criteriu de calificare și selecție, putând fi inserate în caietul de sarcini.

2. În ceea ce privește cerința referitoare la calificarea de arhivist „Studii superioare arhivistice finalizate prin diplomă de licență sau echivalent”, autoritatea contractantă arată că susținerile contestatoarei nu au niciun fundament legal, deoarece în contestație aceasta preia de la standardul ocupațional pentru arhivist - COR 262101- postat pe site-ul Autorității Naționale pentru Calificări exclusiv condițiile de acces, omițând ceea ce era mai important, respectiv nivelul și, mai ales, domeniul de studii minim necesar pentru a putea obține, conform legii, calificarea de arhivist.

Precizează că ..... contestatoare este în eroare cu privire la faptul că diploma de licență (în științe economice -contabilitate) a d-nei .... poate fi considerată ca fiind echivalentă cu o diplomă de licență în oricare din domeniile: limbă și literatură, limbi moderne aplicate, istorie, studii culturale, așa cum apar acestea în standardul ocupațional pentru calificarea profesională arhivist, și cum sunt solicitate de ..... Naționale pentru avizarea personalului desemnat cu activitatea de arhivă, conform prevederilor Legii nr. 16/1996, republicată, sens în care indică adresa ANB-8051- R emisă de ..... Naționale și înregistrată la instituție cu nr. 17574/11.07.2019.

Mai precizează că diploma de licență a d-nei ..... a fost comparată din punct de vedere al domeniului de studiu cumulativ cu certificatul de absolvire a cursului de perfecționare în calificarea de arhivist, pentru că numai astfel putea evalua modalitatea de îndeplinire a cerinței prin echivalent.

Comisia de evaluare a reținut și evaluat corect faptul că dna. .... nu îndeplinește cerințele solicitate cu privire la calificările personalului implicat în derularea contractului, astfel încât în baza art. art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 a declarat oferta asocierii contestatoare neconformă, conchide autoritatea contractantă.

3. Cu privire la critica potrivit căreia oferta ASOCIERII ..... SRL-..... .... SRL - ..... SRL- .... SRL este inacceptabilă și neconformă, autoritatea contractantă arată următoarele:

a. DUAE reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorului economic, iar în certificatul constatator emis de ONRC nu figurau înscrise mențiuni referitoare la fapte aflate sub incidența art. 21 lit. e-h din Legea nr. 26/1990 republicată și nici în certificatul judiciar nu existau mențiuni care să inducă dubii asupra celor declarate în DUAE, conform prevederilor art. 168 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prin urmare, comisia de evaluare a analizat concordanța dintre cele declarate în DUAE de ofertantul declarat câștigător și .....ele puse la dispoziție de acesta în vederea susținerii celor declarate în DUAE.

b. Cu privire la cele două certificate constatatoare negative invocate de ..... contestatoare, apreciază că excluderea unui ofertant pentru nerespectarea, în precedent, a obligațiilor contractuale trebuie

să se bazeze pe o evaluare completă a cauzelor de neîndeplinire, nefiind suficientă, pentru excluderea ofertei, existența unui ..... care atestă nerespectarea unor obligații contractuale.

Susține că, înaintea oricărei excluderi pe tipul de motive invocate de ..... contestatoare, potrivit art. 166 alin. (8) din H.G nr. 395/2016, instituția avea obligația de a efectua un control efectiv și propriu în vederea clarificării acestui aspect, și, numai în urma acestei verificări prealabile, concrete, putea stabili dacă sunt sau nu îndeplinite condițiile obligatorii, cumulative, din art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cât și a celor din art. 168 alin. (1), respectiv a dovezilor relevante asupra credibilității ofertantului, putând hotărî, după caz, excluderea sa din procedura de achiziție publică.

Mai susține că legalitatea unuia din cele două .....e constatatoare este pusă la îndoială și face, în prezent, obiectul controlului instanțelor de judecată - dosar nr. 460/59/2019.

c. În ceea ce privește îndeplinirea cerinței privind concordanța dintre obiectul de activitate și partea din contract pe care o va realiza liderul asocierii ..... SRL, autoritatea contractantă susține că, potrivit ofertei prezentate, societatea va efectua activități de management de proiect, activități care în mod uzual constau în coordonarea activităților din cadrul contractului în vederea atingerii obiectivelor stabilite, pregătirea și organizarea planurilor de activitate în cadrul proiectului și asigurarea resurselor necesare pentru atingerea obiectivelor proiectului, monitorizarea progresului și a stadiului de implementare față de obiectivele propuse și redactează rapoarte de activitate din cadrul proiectului prin activități de monitorizare, evaluare și control, iar pentru astfel de activități este suficient codul CAEN 7022, conform CAEN Rev.2, și nu codul CAEN 9101 specific activităților de arhivare

În concluzie, solicită respingerea contestației ..... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, ca nefondată.

În drept au fost invocate prevederile Legii nr. 98/2016, cele ale H.G. nr. 395/2016, precum și cele ale Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost atașate, în copie, ...e din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 17860/15.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 27204/16.07.2019, ... a transmis, în copie, declarația privind confidențialitatea ofertei .... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL.

Prin adresa nr. 27310/1345/...../16.07.2019, raportat la dispozițiile art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, în conformitate cu prevederile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat ..... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, prin liderul său, SC ..... SRL, să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 27480/17.07.2019, în temeiul prevederilor art. 17 alin.(3) din Legea nr. 101/2019, raportat la art. 61 și urm. C.pr. civ., ... SRL - .... SRL - ..... SRL-

.... SRL, prin liderul SC ..... SRL, a formulat cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, solicitând cele redate în partea introductivă.

În motivare, ... intervenientă precizează că, prin contestația depusă, ... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL critică trei aspecte, respectiv:

1. Faptul că ..... câștigătoare nu a justificat declararea ca fiind confidențiale a unor .....e depuse în susținerea ofertei, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară cât și răspunsul la solicitarea de clarificări;

2. Faptul că, în mod incorect, pretinde contestatoarea, autoritatea contractantă a declarat ca nefiind acceptabilă oferta sa pentru că nu satisface în mod corespunzător cerințele din caietul de sarcini;

3. Faptul că, în mod incorect, pretinde contestatoarea, oferta Asocierii ..... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL a fost declarată acceptabilă, respectiv câștigătoare.

I. Argumentând admisibilitatea cererii sale de intervenție, ... intervenientă consideră că justifică un interes propriu, deoarece demersul este de natură a apăra decizia autorității contractante prin care oferta i-a fost declarată admisibilă și câștigătoare, în condițiile în care, ... contestatoare solicită anularea acestei decizii.

Solicită admiterea cererii sale de intervenție, iar la soluționarea fondului, Consiliul să aibă în vedere apărările formulate prin aceasta.

II. Cu privire la .....ele aferente ofertei, pe care le-a declarat confidențiale, ... contestatoare precizează că a utilizat aceleași justificări pentru care și ..... contestatoare a declarat ca fiind confidențiale .....ele din oferta sa.

De asemenea, ... intervenientă invocă aplicabilitatea dispozițiilor art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, precum și a celor de la art. 57 din Legea nr. 98/2016, precizând că accesul la dosarul achiziției publice se face în conformitate cu art. 217 alin. (4), alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016. Arată că, în situația în care unui ofertant i se refuză accesul la ofertele celorlalți ofertanți pe motiv că ofertele sunt confidențiale, persoana care se consideră vătămată în drepturile sale, poate face plângere la secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărei rază teritorială domiciliază sau în a cărei rază teritorială se află sediul autorității ori al instituției publice conform Legii nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public.

Apreciază că, în lipsa acestei decizii, conform prevederilor legale, este interzis C.N.S.C. să facă publice .....ele declarate de ..... sa ca fiind confidențiale.

Solicită Consiliului să constate că a oferit justificări suficiente autorității contractante pentru declararea înscrisurilor atașate ofertei sale ca fiind confidențiale, iar demersul nu sustrage aceste .....e controlului organelor cu atribuții jurisdicționale chemate să le aprecieze legalitatea.

III. Susținând declararea ca neconformă a ofertei depuse de ..... contestatoare, deoarece nu satisface întocmai cerințele caietului de sarcini, ... intervenientă precizează că în capitolul 4 al caietului de sarcini, la pct. 4.2 sunt descrise cerințele privind personalul (experții), iar contestatoarea reclamă că prin fișa de date și prin anunțul de participare autoritatea contractantă nu a solicitat în secțiunea III 2.3) Informații privind personalul responsabil cu executare contractului, cerințele de calificare referitoare la personalul responsabil cu executare contractului, operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire nefiind informați în legătură cu obligativitatea prezentării unor astfel de clarificări.

Precizează că ..... contestatoare a invocat aplicabilitatea dispozițiilor art. 30 alin. (4) din anexa H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care „criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs”, precum și dispozițiile art. 30 alin. (6) din același act normativ, respectiv „criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în .....ația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat /de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

În combaterea acestei critici, ... contestatoare se raportează la prevederile art. 3 alin. (1) lit. z) și r) din Legea nr. 98/2016, art. 154 și art. 155 din același act normativ, precum și la art. 20 alin. (1) și alin. (10) din H.G. nr. 395/2016, și susține că noțiunea de „specificații tehnice” trebuie privită ca o parte a noțiunii de „caiet de sarcini”, aceasta din urmă putând acoperi un spectru mai larg de informații necesare atribuirii contractului de achiziție publică, informații precum cele referitoare la contextul achiziției, scopul și obiectivele specifice ale proiectului, activități, rezultate așteptate, modalități de acceptanță și plată, modul de prezentare și completare al ofertelor, etc.

Precizează că, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1/2017, categoria de personal a experților cheie nu este considerată criteriu de calificare și selecție în raport cu operatorul economic care este candidat/ofertant în procedura de atribuire, iar potrivit alin. (4), autoritatea contractantă va solicita informații și .....e doveditoare în legătură cu aptitudinile profesionale ale experților-cheie prin intermediul specificațiilor tehnice ale caietului de sarcini, acestea neregăsindu-se în structura fișei de date.

..... intervenientă consideră că este neîntemeiată aplicarea în speță a prevederilor art. 30 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, deoarece fișa de date a achiziției face trimitere în mod clar la cerințele din caietul de sarcini în privința calificării experților care vor participa la procedură. La pct. IV.4.1 cu privire la Modalitatea de prezentare a propunerii tehnice se specifică în mod clar că „Cerințele și .....ele justificative necesare pentru personal se regăsesc la punctul Cerințe privind personalul din Caietul de sarcini. Experții vor fi implicați pe parcursul derulării contractului în toate activitățile planificate în

vederea atingerii obiectivului contractului în funcție de rolurile și responsabilitățile stabilite la momentul planificării inițiale, în conformitate cu prevederile Caietului de Sarcini”.

Apreciază că cerințele privind experții nu pot fi considerate clauze nescrise, mai ales atâta vreme cât ceilalți ofertanți le-au respectat.

În ceea ce privește arhiviștii impuși prin caietul de sarcini, ... intervenientă precizează că .....ele depuse de către contestatoare, respectiv certificatul de absolvire al programului de perfecționare cu durata de 184,5 ore pentru ocupația de „Arhivist” eliberat de ..... precum și corespondența, nu fac dovada finalizării, prin obținerea unei licențe, a unor studii superioare de arhivistică.

IV. Susținând conformitatea ofertei sale, ... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, prin liderul SC ..... SRL, răspunde criticii potrivit căreia este oferta este inacceptabilă și neconformă, deoarece asociatul ..... SRL ar intra sub incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea 98/2016, astfel că trebuia exclus din procedură.

Referindu-se la cele două acte constatatoare indicate de către ..... contestatoare, respectiv certificatul constatator privind îndeplinirea obligațiilor contractuale nr. 1654208/28.02.2017, emis de ..... - Direcția Generală de Protecție Internă, precum și .....ul constatator referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale din data de 12.03.2018 emis de ....., intervenienta arată că unul singur menționează că i-au fost aplicate penalități de întârziere, dar societatea le-a achitat conform calculului făcut de autoritate, iar garanțiile de bune execuție i-au fost restituite „la acest moment”.

În opinia sa, pentru niciunul dintre aceste certificate constatatoare, nu sunt îndeplinite condițiile cumulative impuse de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) pe care autoritatea contractantă trebuia să le aibă în vedere.

Cu privire la obligația autorității contractante de a emite .....e constatatoare, termenele de emitere și conținutul acestora, art. 166 din H.G. nr. 395/2016 și art. 971 din H.G. nr. 925/2006 conțin prevederi similare, susține intervenienta.

Invocând prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpune prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE, intervenienta precizează că aplicarea de penalități nu poate fi considerată o sancțiune comparabilă cu „plata de daune-interese” în sensul art. 167. alin. (1) lit. g) ante-menționat, întrucât în cazul acestora din urmă este nevoie de realizarea unor demersuri suplimentare în vederea demonstrării existenței unui eventual prejudiciu și recuperării acestuia.

Consideră că informațiile dintr-un ..... constatator, privind aplicarea de penalități conform clauzelor contractuale, nu reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar includerea în .....ele constatatoare a cuantumului penalităților aplicate conform clauzelor contractuale, este

la aprecierea autorității contractante, deoarece suma respectivă nu dovedește existența unui prejudiciu.

În ceea ce privește critica potrivit căreia oferta sa este neconformă, deoarece SC ..... SRL nu a făcut dovada îndeplinirii capacității profesionale de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, intervenienta arată că este neîntemeiată, sens în care indică răspunsul oferit la solicitarea de clarificări nr. 1, înregistrată sub nr. 189 din 11.02.2019, respectiv: „În cadrul asocierii noastre, asociații au convenit să desfășoare în asociere, în conformitate cu prevederile art. 53-54 din legea 98/2016 următoarele activități astfel:

- SC ..... SRL management de proiect
- SC .... SRL -servicii arhivare fizica si depozitare a proiectelor PNDR 2007-2013
- SC ..... SRL -servicii arhivare fizică a proiectelor PNDR 2007-2013
- SC .... SRL -servicii arhivare fizică a proiectelor PNDR 2007-2013".

Precizează că, pentru a realiza partea din contract a ..... SRL, respectiv management de proiect, nu au fost solicitate autorizații specifice, iar .... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL deține autorizațiile solicitate, fiecare asociat deținând autorizațiile necesare pentru a realiza partea sa din contract, astfel cum este prevăzut în fișa de date a achiziției.

În concluzie, ... intervenientă solicită respingerea contestației, ca neîntemeiată, și menținerea deciziilor autorității contractante, precum și continuarea procedurii de atribuire cu semnarea contractului de achiziție publică.

Prin adresele nr. 27647/1345/..... și nr. 27655/1345/..... din 17.07.2019, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a comunicat cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante depusă de către SC ..... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL – SC .... SRL – SC ..... SRL – SC .... SRL, înregistrată la Consiliu sub nr. 27480/17.07.2019, către ..... contestatoare și către autoritatea contractantă.

Ca răspuns la adresa nr. 27310/1345/...../16.07.2019, prin care Consiliul i-a solicitat .... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, prin liderul său, SC ..... SRL, să comunice temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind confidențiale, prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 27674/18.07.2019, aceasta s-a raportat la prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 și a precizat, în mod generic, că accesul la .....ele prezentate în propunerea tehnică, în cea financiară, precum și clarificările, respectiv .....ele depuse ulterior, prejudiciază „interesele legitime ale societății noastre, în ceea ce privește secretele comerciale ale societății și proprietate intelectuală".

De asemenea, menționează că aceste .....e sunt confidențiale, deoarece conțin prețuri pe care le-a ofertat în alte licitații, precum și

soluțiile tehnice folosite, sens în care se raportează la prevederile art. 1 din Legea nr. 11/1991, respectiv cele ale art. 11 lit. b) din același act normativ.

Susținând că .....ele de calificare constituie secret comercial, SC ..... SRL enumeră .....ele referitoare la bilanțurile societăților, contractele privind experiența similară, personalul folosit în lucrare, și invocă aplicabilitatea prevederilor Legii nr. 190/2018.

Consideră că oricare organism cu activitate jurisdicțională are acces nelimitat la toate .....ele atașate ofertei sale, astfel că soluțiile vor fi dispuse în deplină cunoștință de cauză, iar declararea caracterului confidențial al .....elor nu produce niciun fel de prejudiciu intereselor contestatorilor.

Prin adresa nr. 1362/18.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 27921/19.07.2019, ... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul asocierii SC ..... SA, a formulat cerere de amânare a termenului pentru depunerea concluziilor scrise rezultate din consultarea dosarului format în cadrul C.N.S.C.

Prin adresa nr. 1370/22.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 28226/22.07.2019, ... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL a transmis concluzii scrise prin care, pe lângă cererile din cadrul contestației, a solicitat respingerea, ca nefondată, a cererii de intervenție, precum și respingerea apărărilor invocate de către autoritatea contractantă în cuprinsul punctului de vedere, ca nefondate.

În susținere, ... contestatoare reia și detaliază argumentele deja prezentate în cadrul contestației.

În ceea ce privește .....ele ce ar fi trebuit prezentate de către .... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL conform DUAE, ...e solicitate de ..... prin adresa nr. 565/17.04.2019, ... contestatoare prezintă o listă detaliată cu cele constatate ca urmare a studierii dosarului format în cadrul C.N.S.C.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 29105/26.07.2019, SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL a transmis .....ul intitulat „Concluzii scrise” în urma studierii dosarului achiziției publice, prin care solicită Consiliului următoarele: *„să respingeți, ca tardive, criticile noi formulate de contestatoare prin concluziile scrise, ca fiind făcute ulterior îndeplinirii termenului legal de contestare”.*

Pe fondul litigiului, intervenienta a reluat solicitările din cuprinsul cererii de intervenție.

, respectiv:

„- Admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată;

- Respingerea contestației formulate de ..... S.C. ..... SA - ..... SRL - ....SRL, ca fiind neîntemeiată, sub toate aspecte invocate, atât în privința considerării ofertei contestatoarei ca nefiind conformă cu cerințele caietului de sarcini, cât și în privința respingerii pentru neconformitate a ofertei noastre;

- menținerea, ca fiind legală și temeinică, a deciziei autorității contractante, comunicată prin adresa nr 16152/27.06.2019, precum și a deciziei autorității contractante de declarare a ofertei noastre ca fiind admisibilă;
- obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată către subscrisa".

În opinia intervenientei, prin concluziile scrise formulate în cadrul dosarului, contestatoarea a adus o serie de critici noi vizând oferta depusă de ..... SC ..... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, motiv pentru care solicită Consiliului să constate tardivitatea formulării acestor critici și să nu le aibă în vedere în pronunțarea hotărârii în cauza de față.

În același sens subliniază faptul că dreptul exercitat de contestatoare în prezenta cauză în privința formulării unor concluzii scrise, ca răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, nu poate avea ca efect repunerea acesteia în termenul de contestare a modului de îndeplinire a cerințelor de calificare și, respectiv, a cerințelor caietului de sarcini de către ofertantul declarat câștigător, atâta timp cât în termenul legal nu au fost aduse critici cu privire la aceste aspecte.

Redând dispozițiile art. 16 din Legea nr. 101/2016, subliniază faptul că persoana vătămată trebuie să sesizeze Consiliul în termenul menționat în acestea, tar contestația trebuie să conțină, printre altele, motivarea în fapt și în drept.

Totodată, intervenienta consideră ca fiind lipsită de interes contestarea ofertei sale, în contextul în care contestatoarea nu poate demonstra conformitatea propriei oferte.

Arată că potrivit dispozițiilor art. 123 din H.G. nr. 395/2016, conținutul .....ației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de către autoritatea contractantă este obligatoriu pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru autoritatea contractantă care, în desfășurarea procedurii de achiziție publică, are obligația să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în domeniu, cât și prevederile proprii .....ații.

Menționează că, în caietul de sarcini, autoritatea contractantă a inserat cerința ca personalul cu calificare arhivist să aibă *„studii superioare arhivistice, finalizate prin diplomă de licență sau echivalent".* Mai mult, arată că autoritatea contractantă a adresat o solicitare privind această problemă ....., care au arătat că *„Potrivit Standardului Ocupațional al Profesiei de Arhivist (cod COR 262101), aflat pe site-ul Autorității Naţionale pentru Calificări, nivelul minim de studii necesar pentru exercitarea profesiei de arhivist și pentru a putea urma un curs de perfecţionare în această calificare este următorul: Absolvent de studii universitare cu diplomă de licență în unul din domeniile: limba și literatură, limbi moderne aplicate, istorie, studii culturale".*

Conchide că petenta nu poate face dovada îndeplinirii condițiilor impuse în caietul de sarcini prentru unul din specialiștii propuși, fapt ce face oferta acestuia neconformă, astfel cum, în mod corect, a apreciat comisia de evaluare.

Subliniază că mai mult, autoritatea contractantă a impus dovedirea urmării unor cursuri superioare de arhivistică și nu doar dobândirea, prin alte mijloace, a calificării de „Arhivist”.

Conchide că, în contradictoriu cu cele susținute de către contestatoare în concluziilee scrise, d-na .... trebuie să dețină o diplomă de licență în studii de arhivistică și nu certificate de absolvire a unor cursuri de perfecționare, care nu pot echivala cu o diplomă de licență și nici cu absolvirea de studii superioare în acest domeniu.

Față de cele expuse, intervenienta solicită Consiliului *„să respingeți, ca neîntemeiata contestaţia formulata și să menţineţi deciziile autorității contractante și, totodată, să dispuneți continuarea procedurii de atribuire cu semnarea contractului de achiziţie publică”.*

Prin adresa nr. 1425/30.07.2019, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 29596/30.07.2019, ... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul acesteia SC ..... SA a transmis Consiliului .....ul intitulat „Concluzii scrise” în care solicită următoarele:

„(1) Respingerea, ca nefondată, a cererii de intervenţie formulată de ..... SC ..... SRL - SC .... SRL - SC ..... SRL - SC .... S.R.L („.....");

(2) Respingerea apărărilor invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul punctului său de vedere, ca fiind nefondate;

(3) Admiterea contestaţiei formulată de subscrisa, raportat la motivele pe care le vom dezvolta în continuare în cuprinsul prezentei; şi, pe cale de consecinţă,

(4) Anularea adresei autorităţii contractante nr. 16152/27.06.20191 privind declararea ofertei subscrisei ca find neconformă;

(5) Anularea deciziei autorităţii contractante prin care oferta Asocierii SC ..... SRL - SC .... SRL - SC ..... SRL - SC .... SRL a fost declarată admisibilă, a tuturor actelor autorităţii contractante care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum şi a tuturor actelor subsecvente acesteia;

(6) Reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor celor două Asocieri de la etapa verificării admisibilităţii acestora”.

În continuare, autoarea contestației prezintă argumentele sale în susținerea criticilor aduse.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă on line, organizată în vederea încheierii unui acord cadru având ca obiect *„Achiziție servicii .....”*, cod CPV 79995100-6 Servicii de arhivare (Rev.2), prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare ....., atașat căruia a fost publicată și .....ația de atribuire.

La pct. II.1.5) din cadrul acestuia, se menționează că valoarea estimată a acordului cadru este de 13.362.674,33 lei, fără TVA, la pct. II.2.5) Criteriul de atribuire – „cel mai bun raport calitate – preț”, având următorii factori de evaluare: prețul ofertei pondere 50% și demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților, pondere 50 %, având 6 subcriterii utilizate de comisia de evaluare ca reper în aprecierea criteriului, respectiv:

- subcriteriul 1 - Abordarea propusă pentru implementarea contractului;
- subcriteriul 2 - Resursele (umane și materiale) și realizările corespunzătoare fiecărei activități;
- subcriteriul 3 - Atribuțiile membrilor echipei în implementarea activităților contractului și dacă este cazul, contribuția fiecărui membru al grupului de operatori economici, precum și distribuirea și interacțiunea sarcinilor și responsabilităților dintre ei;
- subcriteriul 4 - Încadrarea în timp, succesiunea și durata activităților propuse;
- subcriteriul 5 - Identificarea și încadrarea în timp a punctelor de reper (jaloanelor) semnificative în execuția contractului, inclusiv descrierea modului în care acestea vor fi reflectate în raportări, în special cele prevăzute în caietul de sarcini;
- subcriteriul 6 – Numărul.

De asemenea, este prevăzut algoritm de calcul pentru aceste subcriterii, respectiv calificativele:

- Foarte bine - abordarea propusă se bazează pe toate punctele enumerate în justificare - 50 pct.;
- Bine - abordarea propusă se bazează pe minimum 4 puncte enumerate în justificare - 25 pct.;
- Acceptabil - abordarea propusă se bazează pe maxim 2 puncte enumerate în justificare -12 pct.

Potrivit raportului procedurii, înregistrat la emitent sub nr. 16150/27.06.2019, în cadrul acestei proceduri au fost depuse două oferte aparținând Asocierii SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, respectiv Asocierii ..... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, iar în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, oferta Asocierii SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL a fost declarată neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, fiind respinsă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din același act normativ.

În cadrul aceluiași ....., s-a consemnat că oferta aparținând Asocierii ..... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL a fost declarată admisibilă, iar în urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, aceasta a fost desemnată câștigătoare, având un punctaj de 100 și o valoare de 11.692.680,00 lei, fără TVA.

Nemulțumită de acest rezultat, care i-a fost comunicat prin adresa nr. 16152/27.06.2019, în termenul legal, ... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul SC ..... SA, a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

În soluţionarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că .... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, prin liderul SC ..... SRL, a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare, a formulat cerere de intervenție, ca urmare a contestaţiei aparținând Asocierii SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul asocierii SC ..... SA, demers ce a fost încunoştiinţat părţilor interesate (conform dovezilor aflate la dosarul cauzei).

Prealabil aprecierii asupra admisibilităţii ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenţie sprijină apărările autorităţii contractante, în sensul menţinerii derulării procedurii. În consecinţă, cererea de intervenţie în discuție îmbracă elementele unei cereri formulate în condiţiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Considerată de Consiliu admisibilă, în principiu, cererea de intervenţie, aparţinând SC ..... SRL, urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei.

Din analiza conținutului contestației, Consiliul reține că autoarea ei critică modul în care autoritatea contractantă a respinsă oferta sa ca fiind neconformă, respectiv decizia de desemnare a ofertei câștigătoare.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că .....ația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SA. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile .....ației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În ceea privește motivul de respingere a ofertei contestatoarei, Consiliul constată că în adresa de comunicare rezultatului procedurii nr. 16152/27.06.2019, sunt consemnate următoarele: *„(...) având în vedere cerințele cuprinse în cadrul punctului 4.2. din caietul de sarcini privind personalul solicitat și anume prezentarea .....elor doveditoare privind deținerea diplomei de licență pentru studii superioare arhivistive, comisia de evaluare a constatat neîndeplinirea cerinței*

deoarece, pentru dna .... au fost depuse, Diploma de licență...în domeniul contabilitate...și certificatul de absolvire pentru ocupația de arhivist, eliberat de Ministerul Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice. În accepțiunea comisiei de evaluare, aceasta nu face dovada cerinței solicitate, deoarece diploma de licență prezentată nu este în domeniul arhivistic, iar certificatul de absolvire eliberat pentru ocupația arhivist prezentat împreună cu diploma de licență în domeniul contabilitate nu constituie echivalarea pentru deținerea unei diplome de licență în domeniul arhivistic".

Raportat la motivul invocat de autoritate menționat anterior, în respingerea ofertei sale ca neconformă, contestatoarea invocă dispozițiile art. 30 alin. (4) și (6) din HG nr. 395/2016, susținând că oferta sa a fost respinsă în mod nelegal, deoarece criteriile de calificare și de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în .....ația descriptivă, dar nu sunt menționate *„în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise".*

În soluționarea acestei critici, Consiliul are în vedere **fișa de date a achiziției**, unde la cap. IV.4.1. – *Modul de prezentare al propunerii tehnice,* se precizează, printre altele: ***„Cerințele și .....ele justificative necesare pentru personal se regăsesc la punctul Cerințe privind personalul din caietul de sarcini".***

Astfel, în caietul de sarcini, la cap. 4.2. – *Cerințe privind personalul* (experții), la pct. 3 – *Arhiviști*, se solicită, printre altele: *„Cerințe minime: Studii superioare arhivistice finalizate prin diplomă de licență sau echivalent".*

Față de cele expuse, Consiliul nu va reține ca fiind întemeiate .....mațiile contestatoarei potrivit cărora ar fi incidente dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, respectiv: *„Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în .....aţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute **în fişa de date a achiziţiei**/anunţul de participare sunt considerate clauze nescrise",* întrucât*,* așa cum s-a menționat anterior, pe de o parte, în fișa de date au fost consemnate informații cu privire la acest aspect.

Prin urmare, în acest caz, nu se poate face vorbire de incidența normei legale citată mai sus, întrucât, atât în fișa de date, cât și în caietul de sarcini, există indicații referitoare la personalul necesar în derularea acestei achiziții, care, prin coroborarea acestora se asigură o informare completă, corectă și explicită a .....ației de atribuire, pe acest aspect, acum cum impun dispozițiile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, aceste informații fiind cunoscute de către contestatoare prin publicarea lor pe SEAP.

În ceea ce privește criticile contestatoarei asupra motivul de respingere, ca neconformă, a ofertei sale, deoarece .....ele prezentate

pentru d-na ...., propusă pentru poziția de arhivist, nu respectă cerința referitoare la deținerea diplomei de arhivist, Consiliul le respinge ca neîntemeiate.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că pentru d-na .... au fost depuse următoarele .....e (filele 303-304):

- Diploma de licență nr. 3443/18.03.2014 - Facultatea de Științe Economice, în domeniul *Contabilitate*, specializarea *Contabilitate și informatică de gestiune*;

- Certificat de absolvire nr. 868/08.05.2015, pentru ocupația *Arhivist.*

Or, față de cerința în discuție, așa cum a fost formulată în .....ația de atribuire, prin care s-au solicitat ***studii <u>superioare</u> arhivistice,*** este evident că certificatul de absolvire nr. 868/ 08.05.2015, la care face trimitere contestatoare, nu poate fi considerat un ..... echivalent al unei diplome de licență care să ateste terminarea unor studii superioare.

Prin urmare, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, în mod corect, a decis că d-na .... nu îndeplinește cerințele solicitate pentru poziția de arhivist.

De altfel, în condițiile în care aprecia că certificatul de absolvire, menționat anterior, ar fi putut fi considerat echivalentul diplomei de licență care să ateste absolvirea de studii superioare sau ar fi fost suficient pentru derularea serviciilor de arhivare în cauză, avea posibilitatea solicitării de lămuriri către autoritatea contractantă, potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sau a înaintării unei contestații, conform procedurii legale impuse de dispozițiile din Legea nr. 101/2016. Or, prin depunerea ofertei, este evident că SC ..... SA a acceptat și înțeles tot conținutul .....ației de atribuire, publicată, în mod transparent în SEAP, astfel că era obligată să respecte întocmai art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia: *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile .....ației de atribuire (...)”.*

Față de cele evocate, Consiliul va respinge, ca neîntemeiate, ...mațiile contestatoarei potrivit cărora *„echivalența se raportează, în acest caz, nu la diploma de licență, ci la modalitățile de dobândire a calificării de arhivist”,* deoarece, este evident că certificatul indicat anterior nu poate echivala cu un ..... care să confirme absolvirea de studii superioare.

Relevant, în acest sens, este chiar răspunsul contestatoarei nr. CS1089/15.03.2019 (fila 280), transmis ca urmare a solicitării de clarificări nr. 303/11.03.2019, din partea autorității, în care sunt

cerute lămuriri asupra diplomelor de licență pe care le-a prezentat alți arhiviști (Gina Dana Dobrin, Elena Eremia etc.). În conținutul acestui răspuns SC ..... SA, Consiliul a identificat, printre altele, următoarele explicații: «*În cadrul ofertei (...) am prezentat Diploma de licență (...) emisă de Universitatea Hyperior din București, pentru dna Gina Dana Dobrin (...). În suplimentul de la Diploma de licență...la pct. 3. (...) se precizează că sunt „studii universitare de licență" (...), iar la pct. 4.2 (...) se menționează faptul că „programul de studii ISTORIE pregătește (...) arhiviști (...).*

Or, având în vedere informațiile/explicațiile date de contestatoare prin răspunsul de mai sus, în care face trimitere exactă la *diploma de licență*, respectiv la *studii superioare arhivistice*, este evident că, și în cazul dnei ...., SC ..... SA trebuia să prezinte aceleași .....e.

Ținând seama de cele expuse, Consiliul constată că autoritatea a aplicat, în mod corect, dispozițiile art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016, respingând oferta contestatoarei ca fiind neconformă.

În ceea ce privește criticile contestatoarei asupra ofertei desemnate câștigătoare, Consiliul are în vedere prevederile 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 autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*", precum și pe cele ale art. 3 alin. (1) lit. f din același act normtiv, potrivit cărora *„(...) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de* atribuire".

Aşadar, pentru a putea fi considerate persoane vătămate printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziţie publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorităţii contractante.

Aplicând aceste considerente la speţa analizată, Consiliul constată că observațiile asupra ofertei desemnate declarat câștigătoare nu sunt justificate de existența unor interese care să îndeplinească condițiile expuse anterior.

În procedura actuală s-a verificat dacă măsurile adoptate de autoritatea contractantă sunt de natură să prejudicieze contestatoarea, iar dacă oferta acesteia a fost respinse, orice cereri ale reclamantei faţă de alte măsuri ale autorităţii contractante nu satisfac un interes al contestatoarei, în sensul că nu îi aduce niciun folos practic, după cum judicios a motivat şi Curtea de Apel Piteşti, Secţia comercială şi de contencios administrativ şi fiscal, în decizia sa nr. 743/R/C din 12 septembrie 2008, pronunțată într-un caz asemănător.

Cum motivele referitoare la oferta concurentă nu sunt de natură să înlăture caracterul neconform al acesteia şi să-i asigure accesul la încheierea contractului, este evidentă lipsa de interes a contestatoarei în a cere descalificarea altei oferte. Contestatoarea nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii contractante de calificare sau declarare câştigătoare a altei oferte, astfel cum impune art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În condiţiile în care, oferta contestatoarei nu putea fi declarată câştigătoare, este subînţeles că nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii contractante de calificare şi declarare câştigătoare a unei alte oferte.

În numeroase decizii de speţă, instanţele de validare a deciziilor Consiliului au stabilit că o contestaţie a unui ofertant descalificat corect, este lipsită de interes, cu titlu de exemplu, practica instanţelor judecătoreşti în acest sens:

- Curtea de Apel Cluj, Secţia a II-a Civilă de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 8543 din 22 octombrie 2014: *Pentru petentă analiza pe fond a ofertei câştigătoare prezintă interes doar în situaţia în care propria sa ofertă ar fi fost declarată eligibilă (acceptabilă), ceea ce nu s-a întâmplat. Faţă de împrejurarea ca oferta reclamantei, în urma soluţionării prezentului litigiu nu va putea fi reţinută de către autoritatea contractantă ca întrunind cerinţele legale, pentru a putea fi aleasă ca fiind oferta câştigătoare, este inutil (lipsit de interes) a fi analizată pe fondul ei oferta câştigătoare*.

- Curtea de Apel Alba Iulia, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 7353 din 24 octombrie 2014: *În privinţa criticilor aduse de către ..... petentă deciziei de desemnare a SC … SRL drept ofertant câştigătoar al procedurii, lipsa de interes reţinută prin Decizia Consiliului este întemeiată, în condiţiile în care oferta proprie a petentei a fost declarată inacceptabilă … în mod legal.*

- Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 2305 din 20 octombrie 2011: *… Interesul în declararea drept inacceptabilă a ofertei câştigătoare se subsumează în totalitate păstrării calităţii de participant în procedura achiziţiei, calitate pe care petenta nu o mai întruneşte …*

- Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 7890 din 27 octombrie 2014: *…*

contestatoarea nu mai are calitatea de participant la procedura de atribuire, iar în aceste condiţii nu mai putea obţine nici un folos practic, în cazul admiterii contestaţiei … astfel motivele contestaţiei referitoare la neconformitatea ofertei … nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al ofertei petentei … şi, pe cale de consecinţă, să îi asigure accesul la procedura de atribuire, contestarea rezultatului fiind lipsită de interes …

- Curtea de Apel Craiova, Secţia Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 577 din 05 februarie 2015: *Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câştigător sunt apreciate ca lipsite de interes în condiţiile în care oferta petentei a fost reţinută ca neconformă, neputând obţine niciun folos material şi direct din reţinerea ca neconformă a ofertei declarate câştigătoare*;

- Curtea de Apel Piteşti, Secţia comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, decizia nr. 743/R-C din 12 septembrie 2008: *În procedura actuală se verifică dacă măsurile adoptate de autoritatea contractantă sunt de natură să o prejudicieze pe reclamantă. Or, dacă oferta ei a fost înlăturată, iar această măsură a fost apreciată ca fiind legală şi întemeiată, orice contestaţie a reclamantei faţă de alte măsuri ale autorităţii contractante nu satisface un interes al acesteia, în sensul că nu îi aduce niciun folos practic. Reclamanta nu a adus în faţa Consiliului niciun argument privind netemeinicia soluţiei adoptată de autoritatea contractantă în privinţa sa, însă Consiliul a apreciat, cercetând din oficiu aspectul respectiv, că măsura respectivă este corectă. Nici în faţa Curţii de apel reclamanta nu a invocat netemeinicia măsurii autorităţii contractante, făcând referire doar la oferta declarată admisă. Cum motivele referitoare la oferta concurentă nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al propriei oferte şi să îi asigure participarea la procedura de atribuire ce se află în derulare, Curtea va reţine lipsa de interes a reclamantei în promovarea contestaţiei şi, respectiv, a plângerii în analiză, pe care o va respinge ca atare*;

- Curtea de Apel Piteşti, Secţia Comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, Decizia nr. 645 din 05.06.2009: *Asupra fondului plângerii contestatoarei se constată faptul că ofertanta contestatoare invocă nereguli în privinţa ofertei depuse de o altă societate, fără a avea în vedere faptul că, pentru a putea critica oferta depusă de un alt participant este necesar ca oferta sa să fie admisibilă în funcţie de criteriile menţionate de autoritatea contractantă, în caz contrar, orice critici aduse în raport cu situaţia celorlalţi participanţi relevându-se ca fiind lipsită de interes*.

De asemenea relevantă în Decizia nr. 131 din 27 ianuarie 2016, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, a stabilit că este lipsită de interes contestarea ofertei concurente, câtă vreme oferta contestatoarei este inadmisibilă. Interesul vizând anularea procedurii și reluarea ei nu poate fi luat în considerare. Pentru a fi actual, interesul trebuie să privească procedura de atribuire prezentă, la care contestatoarea a depus oferta: „*Cu privire la justificarea interesului petentei în contestarea ofertei celuilalt concurent, Curtea reține că în analizarea acestuia trebuie pornit de la concluzia deja enunțată: oferta sa este neconformă și inacceptabilă.*

Petenta susține că îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute de art. 255 din ordonanță și face apel la prevederile art. 2 alin. (1) lit. p) din Legea nr. 554/2004, care definesc noțiunea de interes legitim privat ca fiind posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil,

prefigurat. Astfel, se impune a se constata că petenta justifică un drept previzibil sau prefigurat care este de natură a fi încălcat prin actul autorității contractante care a fost contestat. Dreptul previzibil constă în posibilitatea pe care petenta o deține în a fi un potențial câștigător al procedurii de achiziție publică, în considerarea experienței și a calificărilor profesionale deținute. De asemenea, interesul petentei este personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare îi aparține în totalitate. Interesul concret în declararea ofertei celuilalt operator ca fiind neconformă o reprezintă reluarea procedurii de achiziție și să i se dea posibilitatea petentei de a participa, în asociere cu altă societate (în situația în care se consideră că aceasta nu poate participa individual), la licitație și de a câștiga această licitație pentru a realiza serviciile pentru care societatea a fost înființată. [...]

Raportând definiția interesului legitim privat la caracteristicile procedurii reglementate de ordonanță, prin prisma filtrului de specificitate stipulat în art. 255 alin. (2), Curtea reține că interesul legitim și actual presupune ca, în prezenta procedură, petenta să aibă îndreptățirea să participe și să își valorifice un drept. Previzibilitatea acestuia se circumscrie limitelor temporale ale derulării procedurii și nu poate exista în afara ei.

Ca atare, dreptul subiectiv viitor și previzibil, prefigurat, la care face referire petenta, este dreptul de a participa la procedura de evaluare finală a ofertelor, în limitele prezentei proceduri, și nicidecum drepturi referitoare la potențiale participări în alte proceduri.

Privită în această cheie, susținerea petentei potrivit căreia declararea ofertei celuilalt operator ca fiind neconformă ar determina reluarea procedurii de achiziție și, astfel, ea ar avea posibilitatea de a participa, în asociere cu altă societate (în situația în care se consideră că aceasta nu poate participa individual), la licitație și de a câștiga această licitație nu poate fi acceptată.

Pe de o parte, pentru a putea critica o altă ofertă, este necesar ca oferta depusă de petentă să fie corespunzătoare, întrucât dreptul subiectiv la care face referire este născut doar dacă această premisă este îndeplinită, iar, pe de altă parte, o reluare a procedurii nu garantează că oferta petentei ar deveni conformă și, în niciun caz, că ar fi câștigătoare, concurența pe piața serviciilor de profil negarantând un astfel de rezultat.

Reținând că situația-premisă – existența ofertei conforme a petentei – nu este îndeplinită, în mod corect a decis Consiliul că aceasta nu justifică un interes legitim și actual în contestarea ofertei concurente.

Ca atare, excepția invocată de autoritatea contractantă prin întâmpinare este întemeiată, iar ca efect al admiterii ei se va menține soluția de neanalizare a criticilor ofertei respective, acestea fiind inutile atât în faza contestației, cât și în cea a plângerii.

Elocvente sunt și următoarele decizii, în același sens:

- decizia nr. 64 din 27 ianuarie 2016 *(atât interesul legitim, cât și prejudiciul suferit de eventualul contestator trebuie analizate în legătură cu procedura de atribuire, în limitele desfășurării acesteia, ieșirea din cadrul desfășurării unei proceduri de atribuire lipsind interesul de condiția actualității acestuia, anularea unei proceduri de atribuire neputând naște un eveniment cert și posibil în legătură cu care s-ar putea invoca un interes)*, Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 151 din 18 ianuarie 2016 *(ipoteza susținută de petentă în justificarea interesului său, și anume aceea a unei eventuale anulări a*

întregii proceduri, variantă în care ea s-ar putea prezenta/ar putea veni cu o nouă ofertă care ar putea fi admisibilă, nu poate fi primită de instanță, nesituându-se în limitele legale care impun ca interesul să fie născut și actual, ceea ce nu este cazul în speța de față) și nr. 3928 din 23 august 2016 *(ofertanta a cărei ofertă a fost respinsă în mod corect de autoritate nu are interes în a contesta oferta declarată câștigătoare, întrucât înlăturarea acestei din urmă oferte nu îi aduce contestatoarei folosul practic al adjudecării contractului, iar anularea procedurii nu poate fi echivalată cu actualitatea interesului, ci presupune un interes viitor și nesigur),* Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– sentința civilă nr. 132/CA din 19 august 2015 *(criticile privind oferta declarată câștigătoare sunt lipsite de interes, în condițiile în care oferta petentei este inacceptabilă. Anularea procedurii de atribuire și posibilitatea reluării ei nu probează interesul contestatoarei)*, Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 161 din 6 martie 2017 *(nu se poate reține că interesul petentei, care nu a participat cu ofertă la procedură, ar ține de posibilitatea anulării procedurii de atribuire și necesitatea demarării alte proceduri),* Curtea de Apel Iași, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 589/CA/2016-R din 12 februarie 2016 *(în condițiile în care oferta sa este neconformă, sunt lipsite de interes criticile contestatoarei asupra ofertei declarate câștigătoare. Interesul vizând anularea procedurii și reluarea ei nu este unul născut și actual), nr. 1088/ CA/2016-R din 23 mai 2016 (în ceea ce privește criticile aduse ofertei câștigătoare, în mod corect a reținut Consiliul lipsa de interes a ofertantei a cărei ofertă a fost declarată neconformă, întrucât, odată respinsă oferta sa, aceasta nu mai poate avea calitatea de participant la procedura de achiziție publică, iar în aceste condiții nu mai obține niciun folos practic în cazul admiterii contestației. Anularea procedurii de atribuire nu poate duce la demararea unei noi proceduri pentru atribuirea aceluiași contract, la care ofertanta să depună o nouă ofertă ce ar putea fi declarată câștigătoare, întrucât interesul nu poate fi raportat la un eveniment viitor și incert, ci doar la actuala procedură de atribuire) și nr. 1432/CA/2016-R din 21 iunie 2016 (criticile privind oferta declarată câștigătoare sunt lipsite de interes, în condițiile în care oferta petentei este neconformă. Anularea procedurii de atribuire și posibilitatea reluării ei nu reflectă un interes născut și actual),* Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 665 din 11 februarie 2015 *(posibilitatea anulării procedurii de atribuire și reluării ei nu probează interesul contestatoarei),* Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 723 din 10 martie 2016 *(eventualitatea anulării procedurii de atribuire nu echivalează unui folos practic în considerarea căruia ar putea fi promovată contestația de către un participant a cărui ofertă a fost înlăturată ca neconformă, împotriva actelor care vizează oferta declarată câștigătoare. În măsura în care oferta petentei a fost în mod corect calificată ca neconformă, ea nu poate justifica un interes caracterizat pentru a contesta actele de evaluare a ofertei declarate câștigătoare, căci, în eventualitatea admiterii unei astfel de contestații, aceasta nu ar obține un folos practic imediat, în cadrul aceleiași proceduri),* Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

În ceea ce priveşte criticile contestatoarei, prin „concluzii scrise”, suplimentare celor din contestaţie, Consiliu are în vedere prevederile art. 10 din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora:

„Contestaţia se formulează în scris şi trebuie să conţină următoarele elemente:

a) numele şi prenumele, domiciliul sau reşedinţa, codul de identificare fiscală al contestatorului persoană fizică ori, după caz, pentru persoanele juridice, denumirea, sediul, codul unic de înregistrare, numărul de înmatriculare în registrul comerţului, persoanele care le reprezintă şi în ce calitate. Se indică şi adresa de poştă electronică, numărul de telefon şi numărul de fax, după caz, la care poate fi comunicat orice act procedural. Contestatorul care locuieşte în străinătate indică, pentru celeritate, şi domiciliul ales sau reşedinţa din România unde urmează să i se transmită comunicările privind soluţionarea contestaţiei;

b) denumirea şi sediul autorităţii contractante;

c) denumirea obiectului contractului, procedura de atribuire aplicată, după caz, numărul şi data anunţului de participare din SEAP;

d) precizarea actului atacat al autorităţii contractante;

e) obiectul contestaţiei;

f) motivarea în fapt şi în drept a contestaţiei;

g) mijloacele de probă pe care se sprijină contestaţia, în măsura în care este posibil;

h) semnătura contestatorului persoană fizică sau a reprezentantului persoanei juridice.”

Astfel, din conţinutul normei expuse, rezultă că persoana vătămată sesizează Consiliul, în termenul prevăzut la art. 8 din același act normativ, cu o contestaţie care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt şi drept.

Nicăieri în cuprinsul cap. III și IV din Legea nr. 101/2016 nu se aminteşte că persoana vătămată poate sesiza Consiliul cu o contestație ce conține critici care se bazează doar pe ipoteze, iar ulterior, după studierea dosarului la sediul CNSC, să prezinte voluntar alte motive, analize, ...mații etc. față de cel conținute de contestația prin care s-a delimitat cadrul soluționării ei, astfel încât Consiliul să analizeze alte motive decât cele cu care a fost învestit în termenul legal de contestare.

Prin urmare, criticile suplimentare celor din contestație, formulate prin „concluzii scrise”, vor fi respinse ca inadmisibile, așa cum dispune art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv: *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”* Pe acest aspect, Consiliul nu se va mai pronunța pe alte excepții.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru

considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul asocierii SC ..... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată .... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, prin liderul SC ..... SRL, dar va respinge ca nedovedită solicitarea de acordare a cheltuielilor de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție accesorie in interesul autorității contractante nr. 27480/17.07.2019, formulată de .... SRL - .... SRL - ..... SRL- .... SRL, prin liderul SC ..... SRL, cu sediul în municipiul .....

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..... SC ..... SA - ..... SRL - ....SRL, prin liderul asocierii SC ..... SA, cu sediul în ....., în contradictoriu cu ....., cu sediul în .....

Pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată liderul SC ..... SRL, dar respinge ca nedovedită solicitarea de acordare a cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

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