



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.cnscl.ro

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

DECIZIE

Nr. ..

Data: ...

Prin contestația nr. 2075/20.11.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 51487/23.11.2020 și completată prin adresa nr. 2098/23.11.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 51745/24.11.2020, formulată de SC SRL, cu sediul în, județul și cu adresă de corespondență la punctul de lucru din, județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, împotriva raportului procedurii nr. 71873/09.11.2020, a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. 72104 și nr. 72105 din 10.11.2020, emise de, cu sediul în, str. 1 Decembrie 1918 nr.1A, județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de servicii de proiectare și asistență tehnică pe durata realizării investiției pentru proiectul Înnoirea parcului de material rulant al operatorului de transport, inclusiv implementarea Sistemului Automat de Taxare, și a Sistemului de Management al Flotei și crearea sistemului de informare dinamică a călătorilor în stații și vehicule”, cod SMIS 128315,

cod CPV – 71322000-1 -Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), s-au solicitat:

- „Admiterea contestației astfel cum a fost formulată și motivată;
- Anularea raportului procedurii nr. 71873/09.11.2020 și precum și a actelor autorității contractante aferente raportului procedurii privind declararea ofertei asocierii ... - SC SRL ca fiind câștigătoare și a ofertei SC SRL ca necâștigătoare;
- Anularea actului autorității contractante adresa de comunicare 72104/10.11.2020 privind rezultatul procedurii de atribuire, precum și a actelor autorității contractante aferente raportului procedurii prin care s-a comunicat declararea ofertei noastre ca fiind necâștigătoare prin clasare pe locul 2;
- Anularea actului autorității contractante adresa de comunicare nr. 72105/10.11.2020 privind rezultatul procedurii de atribuire, precum și a actelor autorității contractante aferente raportului procedurii prin care s-a comunicat declararea ofertei asocierea ... - SC SRL oferta câștigătoare prin clasare pe locul 1;
- Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, la reevaluarea ofertei câștigătoare și la stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire stabilit în fișa de date a achiziției, și prin raportare la situația de fapt existentă”.

Prin cererea de intervenție voluntară, înregistrată la CNSC sub nr. /25.11.2020, SC SRL, cu sediul social în, ..., ..., ..., cu număr de înmatriculare în Registrul Oficiului Comerțului nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, în calitate de reprezentant al asocierii SC SRL-SC SRL, solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca neîntemeiată, și, pe cale de consecință, menținerea rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost desemnată ca fiind câștigătoare.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL critică raportul procedurii nr. 71873/09.11.2020 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 72104 și nr. 72105 din 10.11.2020, emise de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În opinia contestatorului, oferta depusă de Asociera .. SRL - SC SRL, declarată câștigătoare de autoritatea contractantă, trebuia respinsă, după cum urmează:

-neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) și d) din H.G. nr. 395/2016, în condițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini; iar propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului;

-neadecvată, în condițiile art. 215 alin. 5¹ din Legea nr. 98/2016, neputând în mod evident satisface, fără modificări substanțiale, necesitățile și cerințele autorității contractante;

-ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, deoarece nu a declarat subcontractanți pentru a realiza, în mod legal și în integralitate, serviciile ce fac obiectul contractului, servicii prevăzute în studiul de fezabilitate, caietul de sarcini și anexele la acestea;

-ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2), din H.G. nr. 395/2016 în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații... b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă;

-ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 209 din Legea nr. 98/2016, având în vedere că *"...ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă."*

În susținere, contestatorul arată că documentația de atribuire impunea anumite categorii de servicii de proiectare, obligatoriu de cuprins în ofertă, respectiv:

1. Servicii de proiectare instalații antiefracție si supraveghere video ce impun deținerea atestatului IGPR conform Legii nr. 333/2003 actualizata;

2. Servicii de proiectare Instalații ce impun deținerea autorizațiilor emise de IGSU pentru proiectarea sistemelor de securitate la incendiu pentru clădiri, conform Ordin MAI nr. 87/2010;

3. Servicii de proiectare instalații electrice conform legislației ANRE - Legea nr. 123/2012;

4. Servicii de proiectare instalații gaz conform legislației ANRE - Legea nr. 123/2012, Ordinul președintelui ANRE nr. 89/2018;

5. Servicii de proiectare lucrări cale ferată liniilor de cale ferată.

Contestatorul precizează că ofertantul câștigător a declarat subcontractanți pe ..., pentru partea de proiectare și asistență tehnică a componentelor ce impun deținerea atestatului IGPR, respectiv IGSU. Mai menționează că, în urma verificării informațiilor publice disponibile

pe site-ul ANRE pentru serviciile de proiectare instalații electrice pentru care este obligatorie deținerea atestatului ANRE Instalații electrice, asocierea .. - SC SRL deține atestat necesar pentru realizarea, în mod legal, a acestor categorii de servicii, prin ofertantul asociat SRL cât și prin subcontractantul ..A. Având în vedere ca subcontractantul ..SA va realiza în cadrul contractului doar cele declarate în acordul de subcontractare și anume Servicii de proiectare și asistență tehnică a tuturor componentelor ce impun deținerea atestatului IGPR conform Legii nr. 333/2003, susține contestatorul că restul serviciilor de proiectare instalații electrice prevăzute în cadrul proiectului pot vor fi realizate, în conformitate cu prevederile legislației în vigoare, cu respectarea tuturor reglementărilor tehnice și normativelor specifice numai de ofertantul atestat SRL.

În ceea ce privește atestatul ANRE gaze naturale, contestatorul arată că niciunul dintre asociați (S... și S.C. S.R.L.) nu se regăsesc în Lista licențe și autorizații gaze naturale și Lista autorizații agenți gaze naturale, iar subcontractanții declarați nu vor presta (conform celor precizate în raportul procedurii la serviciile subcontractate) servicii de proiectare gaze naturale, și nici nu se regăsesc în Lista societăților autorizate de pe site-ul ANRE.

Făcând trimitere la specificații ale documentației de atribuire care impuneau ofertarea acestor servicii de proiectare instalații de gaze naturale (caietul de sarcini pag. 19, pag. 26; studiu de fezabilitate pag. 278, 294, 296) contestatorul precizează că, potrivit legislației aplicabile, Norme tehnice pentru proiectarea, executarea și exploatarea sistemelor de alimentare cu gaze naturale, NTPEE - 2018, Publicate în Monitorul Oficial al României nr. 462/5.VI.2018, Capitolul II Proiectarea, avizarea și executarea lucrărilor în cadrul sistemelor de alimentare cu gaze naturale, art. 7 alin. 1, Proiectarea și /sau executarea lucrărilor în cadrul sistemelor de alimentare cu gaze naturale se realizează numai de către operatori economici autorizați de ANRE, pe tip de autorizație specifică lucrării. Pentru realizarea serviciilor de proiectare instalații gaz este obligatoriu deținerea de atestat ANRE pentru proiectarea instalațiilor de utilizare a gazelor naturale și a sistemelor de distribuție a gazelor naturale conform prevederilor din Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012, cu modificările și completările ulterioare.

Această atestare se acordă doar persoanelor juridice sau persoanelor fizice autorizate, fără a fi posibilă prestarea acestor activități în mod legal de către o persoană fizică neautorizată și neatestată ANRE.

Mai arată contestatorul că prin caietul de sarcini se menționează că racordarea la sistemul de gaze naturale, Obiect 1, 2 și 5 din cadrul studiului de fezabilitate, racordarea clădirilor la rețeaua de gaze naturale, respectiv Instalațiile de gaze naturale către centrala termică nu fac obiectul acestui proiect, însă realizarea instalațiilor interioare de gaze naturale, aferente cazanului și spațiului tehnic fac parte din obiectul contractului licitat, fiind cuprinse în proiect.

Potrivit prevederilor art. 194 din Legea energiei electrice si a gazelor natural nr. 123/2012, constituie contravenții proiectarea, avizarea, execuția, recepția, punerea în funcțiune și/sau exploatarea de lucrări noi, modificări, extinderi sau revizii ale obiectivelor din sectorul gazelor naturale de către persoane fizice sau juridice neautorizate.

Subliniază contestatorul faptul că situația este similară și în cazul atestatului AFER, niciunul dintre cei doi asociați neregăsindu-se în Lista operatorilor economici agrementați AFER, iar subcontractanții declarați nu vor presta (conform celor precizate în raportul procedurii la serviciile subcontractate) servicii de proiectare lucrări în zona CFR. Așadar, ofertantul declarat câștigător nu a demonstrat că este autorizat AFER pentru întocmirea documentațiilor în vederea obținerii Avizului/Autorizației Ministerului Transporturilor Compania Națională de Căi Ferate CFR SA pentru amplasamentul lucrărilor din zona de protecție a liniilor de cale ferată, în vederea realizării proiectului *Reabilitarea trecerii de nivel cu calea ferată între lotul 2 și lotul 3*.

Avizul AFER, susține contestatorul, a fost solicitat prin caietul de sarcini și certificatul de urbanism nr. 597/11.12.2018, deoarece fără acest aviz nu se poate obține autorizația de construire, deci nu se poate îndeplini contractul integral.

Obligativitatea realizării activității de proiectare lucrări în zona caii ferate este confirmată și prin erata Erata nr. EN1019858 publicată în SICAP în 01.07.2020, deoarece inițial se solicitase ca inginerul constructor CFDP să dețină atestat AFER, însă conform legislației aplicabile nu se autorizează personal, ci doar operatori economici, astfel că cerințele pentru punctajul acordat inginerului CFDP au fost modificate.

În concluzie, contestatorul consideră că ofertantul desemnat câștigător nu a îndeplinit cerințele caietului de sarcini și nici cerința de calificare din fișa de date a achiziției privind obligația ofertanților de a declara subcontractanții, deoarece nu au fost declarați subcontractanți pentru realizarea în integralitate a serviciilor, iar asociații SC ...SRL și SC SRL nu dețin atestatele solicitate.

Potrivit contestatorului, prin neprezentarea dovezii atestării ANRE și AFER, ofertantul câștigător nu demonstrează că deține capacitatea de exercitare a activității sale profesionale pentru realizarea, în integralitate, a proiectului supus achiziției.

În ceea ce privește oferta tehnică depusă de ofertantul câștigător, contestatorul critică punctajul de 18 puncte oferit acesteia de comisia de evaluare, sens în care arată că, prin documentația de atribuire, conform Formular-cadru Propunere Tehnică, trebuiau atinse toate activitățile și modalitățile necesare realizării integrale a contractului, și anume Metodologia pentru realizarea fiecărei etape de elaborare a contractului în contextul responsabilităților și atribuțiilor stabilite în caietul de Sarcini, prin prezentarea etapelor/fazelor, activităților și a modalității efective de realizare a acestora și a rezultatului fiecărei

activități desfășurate pentru a demonstra atingerea, în cadrul duratei de realizare a serviciilor, a obiectivelor asociate Contractului:

- Proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor de construire (P.A.C.), (pag 5 din 18 Formular- cadru Propunere Tehnică)

- Proiectul Tehnic de execuție, (pag 7 din 18 Formular-cadru Propunere Tehnică),

- Supunere a Proiectului și detaliilor de execuție verificării inclusiv modificarea și completarea pentru obținerea verificării pentru fiecare specialitate în parte (pag 8 din 18 Formular-cadru Propunere Tehnic);

- Asistență tehnică pe perioada de execuție a lucrărilor, (pag 9 din 18 Formular-cadru Propunere Tehnică).

Tabelele regăsite la paginile 5, 7, 8, 9 în Formularul cadru de propunere tehnică, ar fi trebuit completate corespunzător cerinței și anume cu activitățile și modalitățile necesare realizării contractului, în integralitate, atât pentru lucrări de gaze naturale, cât și lucrări de CFR, defalcat, atât pentru cele ce presupuneau aportul/participarea subcontractanților, cât și, separat, pentru cele ce se realizau personal de către ofertantul câștigător cu personal propriu. Doar îndeplinind aceste repere trasate în formularul cadru de propunere tehnică, la modul concret, prin inserarea informațiilor adecvate solicitate, se putea asigura verificarea și respectarea art. 2 alin. (2) din Legea nr.98/2016.

Totodată, având în vedere faptul că cerințele au fost cunoscute inițial în documentația de atribuire, și nu sunt activități care pot apărea ulterior, pe parcursul derulării contractului, în opinia contestatorului, un subcontractant nou nu poate fi introdus pentru aceste activități ale contractului cunoscute de la faza de ofertare de către operatorii economici. Deci nu poate fi omisă prezentarea/completarea câmpului aferent pus la dispoziție ofertantei câștigătoare, cu toate elementele informaționale inserate în formularul anexa la documentație care este parte din aceasta și deci obligatorie.

Contestatorul susține că oferta declarată câștigătoare trebuia respinsă pe motiv că nu a îndeplinit cerințele obligatorii impuse prin documentația de atribuire, conform cărora trebuia să își însușească cerințele solicitate, pentru realizarea în legalitate și în integralitate a serviciilor, în situațiile impuse de legislația aplicabilă, anumite activități specifice de proiectare putând fi realizate în mod legal doar de către societăți autorizate ANRE, MAI, AFER.

În cazul de față, susține contestatorul, ofertantul câștigător și-a însușit doar parțial cerințele documentației de atribuire.

În argumentarea criticilor sale, contestatorul mai face trimitere și la cerința fișei de date punctul III.1.1.b) *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, la pag. 6, conform căreia:

„Operatorul economic trebuie sa dovedească o forma de înregistrare, respectiv sa fie înscris Oficiul Registrului Comerțului. Obiectul contractului trebuie să aibă corespondent în codul CAEN din Certificatul Constatator emis de ONRC, iar ofertantul trebuie să fie autorizat sa desfășoare activitățile

aferente contractului de achiziție publică, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004. În cazul persoanelor fizice autorizate se va prezenta autorizația.

Nota nr. 1 Până la termenul limita stabilit pentru depunerea ofertelor, operatorii economici participanți vor prezenta D.U.A.E. atașat documentației de atribuire, conform art. 193 alin. (1) din Legea 98/2016, completat în mod corespunzător de fiecare entitate participante în parte (după caz, ofertant, ofertant asociat, subcontractant declarat), în scopul de a face dovada preliminară a îndeplinirii cerințelor menționate anterior. Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă va solicita ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documentele justificative prin care confirmă îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu cerințele stabilite prin DUAE și prin documentația de atribuire.

Nota nr. 2 Obiectul contractului trebuie să aibă corespondent în codul CAEN din Certificatul Constatator emis de ONRC, iar ofertantul trebuie să fie autorizat să desfășoare activitățile aferente contractului de achiziție publică, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004. În cazul persoanelor fizice autorizate se va prezenta autorizația de funcționare sau alte documente echivalente din care să rezulte competența acestora de a realiza activitățile care fac obiectul prezentului contract.

Nota nr. 3 Operatorii economici nerezidenți (străini): vor prezenta documente echivalente care dovedesc o formă de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional în condițiile legii din țara de rezidență, din care să rezulte că operatorul economic este adecvat constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii și că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul prezentului contract în corelare cu cerințele mai sus menționate și reglementările aplicabile în țara de origine/țară în care operatorul economic este stabilit.

Nota nr. 4 În cazul participării la procedura cu oferta comună și/sau în situația în care ofertantul intenționează să subcontracteze părți din contract, cerințele aferente acestui criteriu de calificare pot fi îndeplinite în condițiile art. 51 din H.G. nr. 395/2016”.

În susținerile sale, contestatorul mai face trimitere la prevederile caietului de sarcini, pagina 42, unde este precizat concret, la capitolul Expert cheie, următoarele: Contractantul va prezenta pentru experții cheie documente care să ateste profilul fiecărui expert, acesta fiind criteriu de calificare. Astfel pentru fiecare expert vor fi prezentate, dar nu se vor rezuma doar la atât, următoarele documente:... Atestate și autorizații profesionale valabile la nivel național/internațional. În același sens se arată că potrivit clauzelor contractuale, art. 10, Obligațiile principale ale Prestatorului: Contractantul va realiza elaborarea documentațiilor tehnico-economice și conținutul acestor documentații după cum este necesar și stabilit prin reglementările tehnice aplicabile documentațiilor tehnico-economice pentru obiective de investiții astfel încât să poată furniza în orice moment evidențe, atât autorităților contractante, cât și factorilor interesați, pentru deciziile sale pe baza detaliilor și soluțiile tehnice analizate, a calculelor și analizelor efectuate.

Totodată, invocând fișa de date a achiziției cap. III.1.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, precum și prevederile art. 219, art. 221, art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 lit. yy) și pe cele ale art. 170 din Legea nr. 98/2016, precum și pe cele ale art. 159, art. 48, din HG nr. 395/2016, contestatorul arată că introducerea unui nou subcontractant, după semnarea contractului, constituie o modificare și, în același timp, un tratament inegal.

Un ultim aspect învederat de contestator este solicitarea de clarificări adresată ofertantului câștigător, cu încălcarea art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, de remarcat este că ofertantul câștigător a primit după închiderea procedurii de evaluare și selecție, două solicitări de prezentare documente suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor din DUAE cu termen limită de depunere 14.10.2020 și 27.10.2020.

Mai apoi se observă că din modul în care a fost formulată această solicitare de clarificări și din modul în care a fost înțeleasă, autoritatea contractantă a creat un avantaj în favoarea ofertantului declarat câștigător și în detrimentul societății sale, ceea ce contravine prevederilor legale.

În opinia contestatorului, ambele solicitări de clarificări sunt afectate de încălcarea interdicției de a crea un avantaj ofertantului vizat de acestea, în raport cu art. 51, art. 62, art. 134 din HG nr. 395/2016, art. 209 din Legea nr. 98/2016, precum și ale celor de la art. 137 și 215 din HG nr. 395/2016.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 2098/23.11.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 51745/24.11.2020, contestatorul a formulat o completare la contestația transmisă inițial, prin care arată că oferta declarată câștigătoare trebuia respinsă și nu declarată admisibilă în procesul verbal de evaluare nr. 484234/29.07.2020, pe motiv că .. lider al asocierii nu a completat DUAE referitor la subcontractanți, subcontractanții nu au completat în DUAE date referitoare la subcontractare, SC UNIRH2B SRL, lider al asocierii nu a completat formulatul 10, conform cerințelor.

De asemenea, împuternicirile pentru ale operatorilor Delegatio Proiect, Altime, ..., nu sunt însoțite conform cerinței din formularul 2.

În ceea ce privește angajamentul de susținere al SC FIP CONSULTING SRL, în cadrul acestuia nu se regăsesc ca fiind depuse documentele obligatorii privind susținerea pentru experiența similară integral asigurată de terțul susținător, cât și utilajele/echipamentele invocate în angajament.

Totodată, garanția de participare a ofertantului declarat câștigător a fost valabilă până la data de 20.11.2020, iar în dosarul achiziției nu se regăsește prelungirea acesteia. Mai remarcă contestatorul că din DUAE depus de subcontractantul ..., reiese că nu îndeplinește cerința prevăzută în fișa de date III.1.3.b) *Standarde de asigurare a calității* deoarece în DUAE la cap. IV Criterii de Selecție, secțiunea D, a

menționat NU, deși acesta este singura societate pentru care s-au nominalizat autorizațiile impuse de ordinul MAI nr. 87, iar în acordul de subcontractare se precizează: *"Servicii de proiectare și asistență tehnică a tuturor componentelor ce impun deținerea autorizațiilor emise de Inspectoratul General pentru Situații de Urgență pentru proiectarea sistemelor de securitate la incendiu pentru clădiri, conform Ordin MAI 87/2010"*.

Referitor la propunerea tehnică a ofertei declarată câștigătoare, contestatorul apreciază că aceasta trebuia respinsă și nu declarată admisibilă în procesul verbal de evaluare nr. 60541/23.09.2020.

Redând pasaje din procesul verbal amintit, contestatorul susține că, răspunsul la solicitările de clarificări din data de 27.08.2020 al ofertantului câștigător a fost declarat concludent de către comisia de evaluare deși oferta tehnică a acestuia nu respectă cerințele impuse în documentația de atribuire. Mai mult de atât, acesta primește un punctaj de 18 puncte mai mare decât oferta sa, 9 puncte.

În continuare, contestatorul susține că, așa cum au fost impuse cerințele minime și obligatorii, oferta trebuia tratată separat pe fiecare componentă A și B în parte, datorită faptului că activitățile, specialitățile și personalul necesar elaborării fiecărui proiect în parte, nu sunt similare.

Astfel, referitor la pagina 49 cap. 3.2 Metodologia propusă, unde se prezintă la resurse umane - pagina 50, 52, 55, 56, 64, 66, 77 *"resurse umane folosite: Manager de proiect, arhitect, inginer CFDP, Inginer proiectant instalații electrice, Expert SMT și CCTV"*, contestatorul precizează că aceste resurse nominalizate sunt insuficiente pentru complexitatea lucrărilor și pentru toate specialitățile impuse de cele două componente, întrucât, pentru componentele A și B nu se regăsesc la resurse umane folosite toate specialitățile necesare, acoperite de ingineri proiectanți calificași, cum ar fi, inginer proiectant rezistență, instalații sanitare, termice, apa-canal, gaz, care să acopere toate specialitățile proiectului, conform Legii nr. 50 și Legii nr. 10 privind calitatea în construcții care impun prestarea serviciilor cu personal calificat, pe fiecare specialitate.

Contestatorul mai arată că, în cadrul ofertei sale, a detaliat în graficele solicitate de beneficiar personalul implicat necesar și obligatoriu pe fiecare componentă, A și B, fapt care nu se regăsește în oferta tehnică depusă de ofertantul declarat câștigător, acesta fiind punctat mai mult decât oferta sa.

Mai subliniază contestatorul că în oferta tehnică contestată, nu sunt evidențiate resursele transferabile ale terțului susținător utilizate în realizarea activităților în cadrul contractului, așa cum se solicită în cadrul formularului cadru al propunerii tehnice. Deși, comisia de evaluare a apreciat răspunsul la solicitările de clarificare cu privire la planul de lucru, ca fiind concludent, în aprecierea contestatorului, oferta în cauză nu respectă tratamentul egal, comisia de evaluare

acceptând modificarea propunerii tehnice, și mai mult, acordând un punctaj de 18 puncte, mai mare decât oferta sa, de 9 puncte.

Într-un ultim aspect, contestatorul învederează că în urma analizării ofertei financiare a ofertantului câștigător, a constatat că aceasta nu respectă cerințele autorității contractante, informațiile prezentate nu sunt corelate cu oferta tehnică prezentată, nu respectă cerințele minime impuse, confirmate de însăși clarificările solicitate de comisia de evaluare. De asemenea, nu sunt detaliate costurile pentru fiecare componentă în parte.

În aceeași ordine de idei, contestatorul susține că atât pentru ANRE instalații gaze naturale, cât și pentru atestatul AFER nu se regăsește dovada atestării în vederea îndeplinirii cerințelor în mod legal fără modificări substanțiale ale contractului.

Pentru motivele prezentate, contestatorul solicită admiterea completării contestației.

Prin cererea de intervenție voluntară, înregistrată la CNSC sub nr./25.11.2020, SC SRL solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca neîntemeiată, și, pe cale de consecință, menținerea rezultatului procedurii prin care oferta sa a fost desemnată ca fiind câștigătoare.

Intervenientul arată că, în urma participării cu ofertă în procedura de față și a evaluării ofertelor, prin adresa nr. 72105/10.11.2020, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare. De asemenea, conform raportului procedurii publicat în SEAP, reiese că oferta SC SRL a fost clasată pe locul 2, cu un punctaj de 73 de puncte/total.

Referitor la actele emise de autoritatea contractantă, intervenientul solicită constatarea legalității, precum și întocmirea corespunzătoare de către autoritatea contractantă a raportului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii în ceea ce privește oferta sa, în raport cu principiile nediscriminării, tratamentului egal, promovării concurenței și, nu în ultimul rând al transparenței, principii care stau la baza atribuirii oricărui contract de achiziție publică și care sunt statuate imperativ în cuprinsul Legii nr. 98/2016.

În apărarea intereselor sale, având în vedere că este ofertant câștigător al procedurii, iar prin contestația formulată de SC SRL vizează aspecte ce țin de oferta sa, intervenientul precizează, ca prim aspect, că, în referire la critica referitoare la atestatul ANRE gaze naturale, nicăieri în cadrul documentației de atribuire nu este solicitat acest atestat.

Cu invocarea Deciziei CNSC nr. 877/C7/809 din 28.05.2020, în care chiar societatea sa a contestat o speță similară, respectiv faptul că ofertantul situat pe primul loc nu avea atestatele specifice ANRE, dosar soluționat prin respingerea contestației, decizie menținută și de către Curtea de Apel Iași, conform Hotărârii nr.453/2020, intervenientul susține că este de sine înțeles că o persoană fizică poate desfășura cu

succes aceste activități, fără să fie nevoie să declare vreun subcontractant în acest sens.

Întrucât un astfel de expert atestat ANRE nu a fost solicitat în mod expres de autoritatea contractantă, se apreciază de intervenient că nu avea obligația de a prezenta un astfel de atestat, fiind vorba de un expert non-cheie secundar.

Prin urmare, propunerea tehnică a fost întocmită în conformitate cu cerința de la pagina 37 a caietului de sarcini.

Mai susține intervenientul că proiectarea de astfel de rețele de gaze este o activitate marginală raportat la complexitatea întregului proiect/contract, astfel încât chiar și pentru autoritatea contractantă a fost irelevantă solicitarea de experți cheie în acest domeniu.

Invocând prevederile art. 3 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, se susține de intervenient că atâta vreme cât autoritatea contractantă nu a inclus expertul atestat ANRE gaze naturale în categoria personalului cheie, este evident că munca ce ar trebui prestată de acesta este într-o proporție minoră ca efort depus și nici nu are impact major asupra esenței rezultatului contractului.

Pentru motivele prezentate, intervenientul consideră susținerile contestatorului cu privire la acest aspect, ca fiind neîntemeiate, motiv pentru care ar trebui respinse.

Referitor la criticile ce vizează atestatul AFER, intervenientul susține că prin erata nr. EN1019858 publicată în SEAP la data de 01.07.2020, autoritatea contractantă a eliminat cerința deținerii de expert atestat AFER, însă a menținut această cerință la nivel de expert non-cheie/secundar, cerință prevăzută la pagina 40 din caietul de sarcini.

În susținerea acestei cerințe, intervenientul arată că în cadrul propunerii sale tehnice a numit un expert non cheie care deține atestare AFER care poate executa serviciile solicitate prin documentația de atribuire și tema de proiectare.

În ceea ce privește Ordinul nr. 290/2000, invocat de contestator, intervenientul susține că acesta se referă la activități de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant. Or, nu acesta este obiectul contractului, obiectul contractului de față vizează drumurile și o trecere la nivel cu calea ferată, astfel încât norma redată de contestator nu este aplicabilă în speță.

Cu privire la acest presupus motiv de neconformitate redat în contestație ca și celelalte expuse în cadrul acesteia, intervenientul precizează că autorul contestației abordează aceeași problemă, sub diferite unghiuri și justificări, în încercarea de a demonstra că oferta câștigătoare nu poate îndeplini contractul.

Pentru motivele prezentate, intervenientul solicită Consiliului să constate conformitatea ofertei sale și să respingă contestația formulată de SC SRL, ca neîntemeiată.

În ceea ce privește completările aduse contestației, intervenientul solicită respingerea lor ca neîntemeiate, întrucât acestea nu sunt argumentate în fapt și în drept.

Prin adresa nr. 2142/30.11.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 52774/02.12.2020, contestatorul a transmis concluzii scrise la cererea de intervenție formulată de SC SRL, prin care a prezentat argumente în combaterea susținerilor intervenientului.

Prin punctul de vedere nr. 78416/08.12.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 54931/11.12.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată.

În ceea ce privește afirmațiile contestatorului referitoare la realizarea serviciilor de proiectare a instalațiilor de gaze, autoritatea contractantă arată că în cadrul studiului de fezabilitate partea scrisă, paginile 295-296, sunt descrise rețelele de distribuție a agentului termic, în care este redat explicit că instalațiile de gaze naturale către centrala termică nu fac obiectul acestui proiect, acestea urmând a fi proiectate și executate de firme specializate, autorizate în acest domeniu. În atare situație, se înțelege că toate instalațiile de gaze naturale către centrala termică nu fac obiectul acestui proiect, nu doar bransamentul ci și instalația interioară de gaze.

Faptul că ofertantul contestator sau subcontractanții săi dețin o multitudine de autorizații, atestări, certificări pe care le invocă, nu este, în opinia autorității contractante, un motiv de contestare real, a nedeținerii lor de către ceilalți operatori înscriși în procedură. Comisia de evaluare a consemnat toate documentele depuse de către ofertanți, chiar și cele nesolicitate, în deciziile de a evalua îndeplinirea cerințelor în ceea ce privește conformitatea ofertelor, însă, a luat în considerare doar documentele aferente îndeplinirii cerințelor solicitate prin documentația de atribuire.

Contrar celor reținute de contestator în completarea contestației, conform cărora până la data limită de depunere a ofertelor trebuiau depuse documente obligatorii privind susținerea pentru experiența similară integral, asigurată de terțul susținător, cât și utilajele/echipamentele invocate în angajament, autoritatea contractantă susține că a fost respectată legislația și a verificat îndeplinirea cerinței la etapa de evaluare a documentelor justificative pentru cele declarate în DUAЕ.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia declarația de participare a ofertantului declarat câștigător a fost valabilă până la data de 20.11.2020 și nu regăsește prelungirea acesteia în dosarul achiziției publice pus la dispoziție în urma consultării lui, autoritatea contractantă arată că aceasta se regăsește în dosarul achiziției, apreciind că acest motiv de contestare este unul artificial și neîntemeiat.

Cu privire la critica ce privește neîndeplinirea de către subcontractantul DELEGATIO PROIECT a cerinței din fișa de date a

achiziției pct. III.1.3b) Standarde de asigurare a calității, autoritatea contractantă susține că aceasta este îndeplinită de membrii asocierii câștigătoare.

În referire la criticile ce vizează propunerea tehnică a asocierii câștigătoare precum și răspunsul la solicitările de clarificare, se apreciază de autoritatea contractantă că toate clarificările solicitate, precum și evaluarea ofertelor au fost făcute cu respectarea legislației în domeniul achizițiilor publice și principiile art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Privitor la motivele de neconformitate a ofertei câștigătoare pentru nedeținerea atestatului ANRE gaze naturale, autoritatea contractantă apreciază că autorul contestației nu are temei în susținerile formulate cu privire la acest aspect.

De asemenea, nici susținerile referitoare la nedeținerea atestatului AFER de către ofertantul criticat, autoritatea contractantă este de părere că ofertantul contestator încearcă să introducă noi cerințe în documentația de atribuire după finalizarea procesului de evaluare, speculând cerințe pe care acestea le-ar putea îndeplini.

Or, contrar acestor susțineri se poate constata că în urma avizului condiționat emis de ANAP nr. 6291/4611/04.06.2020 ce privește unele măsuri de remediere cu privire la documentația de atribuire, a fost publicată erata nr. EN1019858/01.07.2020, în care a fost eliminată punctarea pentru deținerea atestatului AFER.

Faptul că SC SRL deține atestatul ANRE gaze naturale precum și atestatul AFER, în opinia autorității contractante, se încearcă de contestator să fructifice acest avantaj pentru a detronea ofertantul de pe locul 1.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SC SRL, ca neîntemeiată.

Cu adresa nr. 2245/16.12.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 56935/17.12.2020, contestatorul a transmis concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, prin care a combătut susținerile acesteia.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 1071/08.01.2021, SC SRL a transmis concluzii scrise, prin care precizează că atestatele AFER și ANRE gaze, despre care face vorbire contestatorul, nu au fost solicitate în cadrul documentației de atribuire.

În susținere, intervenientul invocă practică judiciară națională și europeană.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Achiziția de servicii de proiectare și asistență tehnică pe durata realizării investiției pentru proiectul Înnoirea parcului de material rulant al operatorului de transport, inclusiv implementarea Sistemului Automat de Taxare, și a

Sistemului de Management al Flotei și crearea sistemului de informare dinamică a călătorilor în stații și vehicule”, cod SMIS 128315, cod CPV – 71322000-1 -Servicii de proiectare tehnică pentru construcția de lucrări publice (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1021886/16.06.2020.

Valoarea estimată a contractului este de 2.319.760,82 ron, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate - preț*”.

Potrivit documentului „*Declarație de participare*”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 2 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 71973/09.11.2020, în cuprinsul căruia s-a consemnat modul de desfășurare al procedurii, oferta respinsă și cea admisă, motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și oferta desemnată câștigătoare.

Nemulțumit de raportul procedurii nr. 71873/09.11.2020, dar și de adresele de comunicare a rezultatului procedurii nr. 72104 și nr. 72105 din 10.11.2020, SC SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de SC SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii amintit, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante.

Din analiza contestației, rezultă că S.C. S.R.L. consideră nelegală decizia de atribuire a contractului în favoarea Asocierii formată din ... și S.C. S.R.L., un prim considerent de pretinsă nelegalitate fiind constituit de susținerea contestatorului conform căreia niciunul dintre cei doi membrii ai asocierii câștigătoare nu dețin atestatul ANRE gaze naturale, iar subcontractanții declarați nu vor presta servicii de proiectare gaze naturale și nici nu se regăsesc în Lista societăților autorizate aflată pe site-ul ANRE.

În combaterea acestei susțineri, autoritatea contractantă, pe de o parte, arată că instalațiile de gaze naturale nu fac obiectul contractului, urmând ca acestea să fie proiectate și executate de firme specializate, autorizate în acest domeniu, iar, intervenientul, pe de altă parte, arată că nicăieri în cadrul documentației de atribuire nu a fost solicitat un asemenea atestat.

Văzând caracterul contradictoriu al susținerilor părților legate de necesitatea ca ofertanții să facă dovada deținerii autorizației la care face contestatorul referire, Consiliul apreciază ca necesar să determine, înainte de a verifica deținerea de către ofertantul câștigător a autorizației în discuție, dacă ofertanții aveau obligația de a face dovada deținerii autorizației arătate sau nu aveau o asemenea obligație.

Astfel, susține contestatorul că respectiva obligație rezidă dintr-o serie de prevederi ale documentației de atribuire, respectiv:

- din caietul de sarcini:

„Obiect 1 – Stație capăt tramvai – terminal pentru traseul de tramvai, alcătuit dintr-o clădire dispusă în regim de înălțime P+1, în care vor fi propuse facilități pentru spații de odihnă și așteptare, cabinet pentru vânzarea titlurilor de călătorie și informații, grupuri sanitare. Spațiul adiacent capătului de linie este acoperit de o copertină amplă. Clădirea va fi racordată la utilități (apă, canalizare, energie electrică, gaze naturale, telefonie, televiziune prin cablu, internet etc) și va fi dotată cu mobilierul și aparatura necesară” (pag.19);

„Obiect 2 – Stație de capăt autobuze – terminal pentru autobuze, alcătuit dintr-o clădire dispusă în regim de înălțime P+1, în care vor fi propuse facilități pentru spații de odihnă și așteptare, cabinet pentru vânzarea titlurilor de călătorie și informații, grupuri sanitare. Clădirea va fi racordată la utilități (apă, canalizare, energie electrică, gaze naturale, telefonie, televiziune prin cablu, internet etc) și va fi dotată cu mobilierul și aparatura necesară.” (pag.19);

„Obiectul 5 – Construirea garajului pentru autobuzele electrice, amplasat în interiorul Depoului, clădire dispusă în regim de înălțime P+2, împreună cu spații administrative și de monitorizare și control (dispecerat, centrul de comandă pentru managementul traficului). Hala de garare a autobuzelor va avea rol și de hală de reparații, deci va avea facilități care să asigure desfășurarea acestei activități. Tot în aceste spații construite, se vor amplasa 10 stații de încărcare lentă pentru autobuzele electrice și se vor achiziționa echipamente pentru ITP și mentenanța acestora. Clădirea va fi racordată la utilități (apă, canalizare, energie electrică, gaze naturale, telefonie, televiziune prin cablu, internet etc) și va fi dotată cu mobilierul și aparatura necesară” (pag.19);

„7. Reabilitarea sistemului de colectare a apelor pluviale de pe carosabil și zonele adiacente străzii. Astfel, se prevede completarea rețelelor de canalizare pluvială existente, pe porțiunea delimitată de proiectul de reabilitare, cu guri de scurgere și colectoare care vor conduce apa colectată spre puncte de descărcare prevăzute cu separatoare de nămol și hidrocarburi. În contextul reconfigurării întregii trame stradale, gurile de scurgere reamplasate și înlocuite cu altele noi încastrate în bordură sau în carosabil în punctele cu nivel minim, după caz. Canalele colectoare vor fi prevăzute cu cămine de vizualizare cu capace de fontă carosabile.. În urma sistematizării străzii se necesită aducerea la cotă a tuturor capacelor de cămine din trama stradală care aparțin rețelelor subterane în zonă: apă, canal menajer, telefonie și gaze naturale.” (pag.26).

- din Studiul de fezabilitate:

•Obiect 5: „Hală garare autobuze electrice”:

„Modul de încălzire a spațiilor: încălzirea clădirii se va realiza cu ajutorul a două centrale termice, montate în cascadă cu funcționare pe combustibil gazos, cu puterea termică de 95Kw, fiecare, printr-un sistem de încălzire cu radiatoare pentru zona administrativă, iar pentru zona de garare și mentenanță cu ajutorul aerotermelor montate aparent la nivelul plafonului sau pe pereții susținuți în console.” (pag.278)

• Instalații termice:

„Încălzirea clădirii se va realiza cu ajutorul a două centrale termice, montate în cascadă cu funcționare pe combustibil gazos, cu puterea termică de 95 Kw, fiecare” (pag.294);

•Sursa de căldură:

„Clădirea va fi alimentată cu căldură din două cazane murale în condensatie etanșă de ardere și tiraj forțat, cu funcționare pe gaz natural. Sursa de căldură este amplasată la parter într-un spațiu propriu ce îndeplinește toate cerințele impuse de

normativele în vigoare și prepară agent termic apă caldă 70/50° C, având o putere nominală de 95 Kw, fiecare. Apa caldă menajeră se prepară prin intermediul unui boiler bivalent cu capacitatea de 500 litri, având serpentina inferioară alimentată de la instalația de captare a energiei solare, iar serpentina superioară alimentată de la centrala termică murală. (...)

Cazanul este prevăzut cu modul de automatizare care asigură:

- comanda pompei de circulație;
- supravegherea nivelului de apă din cazan;
- supravegherea presiunii și temperaturii maxime în cazan;
- alimentarea electrică a arzătorului;
- reglajul arzătorului funcție de sarcina termică dorită;
- pornirea-oprirea cazanului.

Se va asigura: suprafața vitrată de explozie (2% din volumul încăperii). Se va prevedea detector pentru gaze naturale cu prag de sensibilitate 2% și vana electromagnetică pe circuitul de gaze al cazanului.” (pag.296).

Pe lângă prevederile de mai sus, invocate de contestator, Consiliul observă că în cadrul Studiului de fezabilitate, în cadrul pct. „Sursa de căldură”, pe lângă prevederile mai sus redată, invocate de contestator, se regăsește și cea la care face autoritatea contractantă referire, prevedere având conținutul:

„Instalațiile de gaze naturale către centrala termică nu fac obiectul acestui proiect, acestea urmând a fi proiectate și executate de firme specializate, autorizate în acest domeniu.”

Analizând aceste prevederi, Consiliul constată că nu este stipulată nicăieri vreo obligație în sensul celei la care face contestatorul referire, respectiv obligația ofertanților de a prezenta autorizația ANRE.

Așadar, în discuție se află problema prezentării în oferte a unei autorizații nesolicitate explicit la nivelul documentației de atribuire.

În soluționare, relevante sunt dispozițiile art.154 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției publice, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”, dar și prevederile art.75 din același act normativ, potrivit cu care „Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, (...)”, preluate și la nivelul art.123 alin.1 din H.G. nr.395/2016.

De asemenea, potrivit art.65 alin.2 și art.133 alin.1 din H.G. nr.395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Nu în ultimul rând, în baza art.127 alin.1 lit.b și lit.f din H.G. nr.395/2016, comisia de evaluare are atribuția de verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, dar și de verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Așadar, Consiliul determină, față de ansamblul legislației pe linie de achiziții publice, că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la

cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a ofertelor nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea contractantă să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Este adevărat că prevederile susenunțate din documentația de atribuire conțin referiri cu privire la racordarea clădirii la utilități, printre care și gaze naturale, dar această referire nu poate fi interpretată nicidecum în sensul că ofertanții au obligația de a prezenta autorizația ANRE, că referirile arătate echivalează cu o obligație în sensul invocat de contestator.

În lumina prevederilor legale menționate, dacă considera necesară autorizația invocată de contestator, autoritatea contractantă trebuia să o solicite explicit prin documentația de atribuire, ceea ce ar fi atras, într-adevăr, obligația ofertanților de a o prezenta, ipoteză care însă nu se întâlnește în speța de față.

Pe de altă parte, chiar contestatorul, dacă considera necesară respectiva autorizație, avea deschisă calea de atac a contestației împotriva documentației de atribuire, prin care să ceară completarea ei cu obligația aferentă, demers în lipsa căruia documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie în forma în care a fost elaborată de autoritatea contractantă.

Prin urmare, în contextul în care documentația de atribuire nu conține o cerință explicită în sensul stabilirii în sarcina ofertanților a obligației de prezentare a autorizației AFER, rezultă că aceștia nu sunt debitorii unei asemenea obligații, susținerea contestatorului fiind una eronată, lipsită de suport.

De asemenea, după cum corect susține și autoritatea contractantă, împrejurarea că, în cadrul ofertei sale, contestatorul a înțeles să depună autorizația la care face referire, nu este de natură a conduce la concluzia că ofertanții din cadrul procedurii aveau această obligație, modul de a proceda al contestatorului fiind rezultatul propriei sale voințe.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul reține ca fiind deosebit de relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge

pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**"

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

De asemenea, Consiliul reține că 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 „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)".

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 întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte." (punctul 54).

Astfel, prezentarea în ofertă a autorizației la care face referire contestatorul, nefiind impusă în mod clar, precis și neechivoc, nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparenței, 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.

Pentru a putea fi opozabilă ofertanților, în cadrul unei proceduri de licitație deschisă cum este cea de față și fiind vorba de o cerință din categoria celor care țin de capacitatea ofertantului de a executa contractul, respectiv o cerință de calificare, era necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiului transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 *„Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”.*

- art. 181 *„Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”.*

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că „unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

De asemenea, în conturarea acestei soluții, Consiliul a ținut seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză asemănătoare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs (de soluționare a plângerii împotriva deciziei C.N.S.C.) au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unui aviz specific, raționament invalidat de Curtea de apel.

Pe lângă lipsa unei solicitări explicite de prezentare a autorizației ANRE, Consiliul nu poate reține în soluționare nici alegațiile contestatorului legate de decalarea fazelor „lucrării/installației de gaze” prin raportare la zidul clădirii, acestea fiind lipsite de relevanță în contextul în care autoritatea contractantă a precizat explicit că **„Instalațiile de gaze naturale către centrala termică nu fac obiectul acestui proiect**, acestea urmând a fi proiectate și executate de firme specializate, autorizate în acest domeniu.”, astfel că luarea în considerare a zidului clădirii, ca punct de reper, este lipsită de orice relevanță.

Având în vedere toate aceste considerente, Consiliul nu poate reține că ofertanții aveau vreo obligație în sensul celei invocată de contestator, respectiv de a face dovada autorizării ANRE, astfel că, pe cale de consecință, nu se impune efectuarea de verificări asupra ofertei desemnată câștigătoare sub aspectul prezentării respectivei autorizații, critica fiind nefondată.

Următoarea critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului, constă în faptul că niciunul dintre membrii asocierii desemnată câștigătoare, ... sau S.C. S.R.L., nu se regăsesc în Lista operatorilor economici agrementați AFER, iar subcontractanții declarați nu vor presta servicii de proiectare lucrări în zona CFR.

Ca și în cazul precedent, față de susținerile contradictorii ale părților legate de obligația ofertanților de prezentare a atestării indicate de contestator în cadrul ofertelor, Consiliului îi revine sarcina de a stabili dacă ofertanții aveau o asemenea obligație sau nu.

Astfel, în argumentarea susținerii conform căreia ofertanții aveau obligația de a dovedi că dețin atestat AFER, S.C. S.R.L. invocă prevederile caietului de sarcini, pag.24-25 și pag.30-31, certificatul de urbanism nr.587/11.12.2018, precum și anunțul de tip erată publicat în SICAP la data de 01.07.2020.

Analizând prevederile caietului de sarcini, la care face trimitere contestatorul, Consiliul constată că nu conțin vreo obligație în sensul ca ofertanții (membrii asocierii sau subcontractanții) să facă dovada vreunei atestări AFER, o asemenea obligație neputând fi stabilită nici în raport cu conținutul anunțului de tip erată publicat în SEAP la data de 01.07.2020 și nici în raport cu certificatul de urbanism nr.587/11.12.2018, acesta din urmă neputând conține, prin el însuși, cerințe pe care să le îndeplinească ofertanții în cadrul unei proceduri de atribuire.

Este adevărat că în cadrul prevederilor susmenționate ale caietului de sarcini se face vorbire despre reabilitarea unei treceri la nivel cu calea ferată, dar nicăieri nu se solicită atestarea la care face referire contestatorul, emisă pe numele ofertantului (membrilor asocierii) sau a subcontractanților declarați.

Ceea ce autoritatea contractantă a solicitat prin caietul de sarcini, la pag. 40, sunt următoarele:

„Având în vedere că proiectul conține 2,19 km de drumuri și o trecere la nivel cu calea ferată, de asemenea proiectul realizează semaforizarea arterelor principale ale Municipiului pentru prioritizarea transportului public electric, proiectarea acestor obiective necesită clarificări suplimentare certificate/autorizate de AFER, respectiv ARR. Această cerință nu este eliminatorie dar este necesară, iar în cazul în care expertul cheie nr.3 nu deține atestat AFER sau atestat de auditor de siguranța circulației rutiere ARR, Ofertantul va face dovada că are experți secundari cu aceste atestate. Necesitatea unei atestări corespunzătoare pentru proiectarea trecerii de nivel cu calea ferată este relevată de Ordinul MT 158/1996, iar prin Legea 265/2008 și Ordinul MT 403/2017 este evidențiată obligativitatea proiectanților de drumuri să emită un Raport de audit privind siguranța circulației rutiere întocmit de un auditor atestat de Autoritatea Rutieră Română.

În cazul în care expertul cheie nr.3 deține atestat AFER sau atestat de auditor de siguranța circulației rutiere ARR sau deține ambele atestate, acestea vor fi prezentate în cadrul propunerii tehnice în vederea obținerii unui punctaj superior.”

Așadar, autoritatea contractantă a solicitat ca atestarea AFER să fie deținută de unul dintre experții cheie ai ofertantului, situația în care prezentarea respectivei atestări în cadrul propunerii tehnice conducea la obținerea unui punctaj superior.

Totodată, autoritatea contractantă a precizat că cerința nu este eliminatorie, iar în ipoteza în care expertul menționat nu deținea atestarea AFER, ofertantul avea obligația de a face dovada că are experți secundari cu respectiva atestare.

Verificând fișa de date a achiziției, Consiliul constată că autoritatea contractantă a optat pentru criteriul de atribuire *„cel mai bun raport calitate-preț”* și a stabilit, printre factorii de evaluare, și pe cel având conținutul *„Experiența experților cheie”*. În algoritmul de calcul al punctajului aferent acestui factor de evaluare apare precizat pentru poziția *„Ing. constructor CFDP max 8 puncte”*, acordarea unui punct *„Pentru deținere în prezent atestat AFER suplimentar”*

Prin anunțul de tip erată din publicat în SEAP la data de 01.07.2020, la care face referire contestatorul, autoritatea contractantă a operat o modificare la nivelul factorului de evaluare – *„Experiența experților cheie”*, în sensul în care a eliminat din algoritmul de calcul aferent poziției *„Ing. constructor CFDP max 8 puncte”*, acordarea punctului *„Pentru deținere în prezent atestat AFER suplimentar”*.

Așadar, în contextul în care autoritatea contractantă a operat modificarea menționată, rezultă că a înțeles să renunțe la acordarea de punctaj suplimentar pentru avantajul propunerii expertului cheie nr.3 care să dețină atestat AFER, dar și că ofertanții aveau obligația de a face dovada deținerii respectivei atestări ori de către expertul cheie menționat (fără a primi punctaj) ori că au experți secundari cu această atestare.

Cum susținerea contestatorului este în sensul că membrii asocierii desemnată câștigătoare și subcontractanții declarați nu dețin atestarea AFER, în calitatea acestora de operatori economici, Consiliul nu va mai proceda la efectuarea de verificări în sensul îndeplinirii cerinței de atestare AFER așa cum este stabilită prin caietul de sarcini.

Subliniază Consiliul, ca și în precedent, că obligația ofertanților este aceea de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire, iar caracterul nelegal al unei prevederi poate fi amendat doar pe calea unei contestații împotriva respectivelor prevederi apreciate nelegale.

Având în vedere aceleași considerente reținute cu ocazia analizei temeiniciei primei critici, Consiliul va respinge și această critică, ca neîntemeiată.

De asemenea, vor fi respinse, ca neîntemeiate și următoarele critici, prin care contestatorul abordează aspectele care formează obiectul criticilor de mai sus, din perspective diferite.

Analizând ultima critică din contestație, constând în transmiterea către ofertantul câștigător a două solicitări de clarificări, cu încălcarea art.209 alin.2 din Legea nr.98/2016, Consiliul constată următoarele:

După cum rezultă din contestație, solicitările de clarificări la care face referire contestatorul au fost transmise în etapa ulterioară întocmirii clasamentului intermediar și au vizat documentele suport DUAЕ.

Astfel, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului câștigător, în conformitate cu art.196 alin.2 din Legea nr.98/2016:

- prin adresa nr.63902/07.10.2020, documente justificative în dovedirea celor declarate în DUAЕ, cu termen de răspuns data de 14.10.2020;

- prin adresa nr.67085/20.10.2020, documente în completarea celor depuse inițial, care trebuiau depuse dar care nu s-au regăsit, cu termen de răspuns data de 27.10.2020.

Consiliul observă că S.C. S.R.L. nu susține că ofertantul câștigător s-ar afla în situația în care nu ar fi făcut dovada îndeplinirii vreunui criteriu de calificare stabilit prin documentația de atribuire, ci se limitează la a susține că prin cele două solicitări de clarificări ofertantul în discuție ar fi fost avantajat, cu încălcarea art.209 alin.2 din Legea nr.98/2016.

Analizând cele două solicitări de clarificări, Consiliul nu achiesează punctului de vedere al contestatorului, deoarece documentele depuse atât cu ocazia primei solicitări de clarificări, cât și a celei de a doua solicitări de clarificări, sunt de natură a demonstra cele declarate în DUAЕ, știut fiind că DUAЕ, așa cum se arată la art.3 alin.1 lit.s din Legea nr.98/2016, reprezintă declarația pe proprie răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire.

Prin urmare, natura documentelor depuse în dovedirea celor declarate în DUAЕ este de confirmare a celor declarate inițial pe proprie răspundere, iar completarea lor ulterioară, chiar printr-o revenire a autorității contractante, nu poate conduce la concluzia unui avantaj adus operatorului economic.

Mergând pe logica contestatorului, ar însemna să se ajungă la respingerea unei oferte deși ofertantul a declarat pe proprie răspundere că îndeplinește un anumit criteriu de calificare, ceea ce nu este posibil, o asemenea interpretare fiind excesiv de formalistă și contrară principiului proporționalității, la a cărei respectare este obligată autoritatea contractantă pe parcursul derulării procedurii de atribuire.

Potrivit principiului proporționalității trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers Union și alții, C-

157/96, pct.60), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unuia singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară în materia achizițiilor publice, „(...) Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu, este contrar cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a elimina o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri. (...)”.

O măsură de respingere a ofertei asocierii câștigătoare în contextul dat, apreciază Consiliul că ar fi, așadar, una excesiv de formalistă și disproporționată, astfel încât critica contestatorului va fi respinsă.

Cât privește criticile referitoare la oferta desemnată câștigătoare, formulate de contestator prin intermediul înscrisului „Considerente privind completarea contestației”, transmis la dosarul cauzei, prin e-mail, la data de 23.11.2020, constatând că sunt unele noi, care exced conținutului inițial al contestației, dar și că respectivul înscris a fost transmis ulterior împlinirii termenului de contestare a rezultatului procedurii, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor art.21 alin.3 din Legea nr.101/2016, potrivit cu care **„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”**, și va respinge criticile în discuție, ca inadmisibile.

Având în vedere cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Față de soluția pronunțată, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractate, depusă de S.C. S.R.L. va fi admisă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu

Admite cererea de intervenție depusă de SC SRL.

Obligatorie.

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

PREȘEDINTE COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...