



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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la CNSC cu nr. cu sediul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., și având Cod unic de înregistrare RO, lider al asocierii formată din SC SRL – SC SRL, reprezentată convențional prin Societatea Civilă Profesională de Avocați „”, cu sediul procesual ales în, , privind procedura de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție – 3 Loturi”, - în referire la lotul 1, de către ,,,SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în, Str. Coralilor, nr. 22, ... (), înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. , CUI RO , reprezentată legal prin Director Departament Achiziții și Guvernanță și – Manager Departament asigurarea calității și managementul cererii de servicii și materiale, s-a solicitat:

(1) admiterea Contestației, raportat la motivele pe care le va dezvolta în continuare; și, pe cale de consecință,

(2) anularea deciziei entității contractante privind declararea ofertei Asocierii S.C. S.R.L. - S.C. ,,,S.R.L. - S.C. ,,,S.R.L. - S.C. ,,,, S.R.L. ca fiind neconformă și inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a Raportului procedurii nr. și a adreselor prin care i-a fost comunicat rezultatul procedurii nr. (pentru Lotul 1), nr. (pentru Lotul 2) și (pentru Lotul 3);

(3) obligarea entității contractante la reluarea procedurii de la etapa evaluării propunerilor tehnice.

**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 reclamă rezultatului procedurii consemnat în raportului procedurii nr. în ceea ce privește Lot 1, 2 și 3, considerându-l nelegal.

În fapt, contestatorul arată că, în calitate de entitate contractantă, ... („.....”) a organizat procedura de atribuire a contractului de achiziție sectorială de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție - 3 Loturi”:

- „Lot 1 - Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție în Zona de Producție Crișana, Zona de Producție Oltenia și Zona de Producție Muntenia Vest”;

- „Lot 2 - Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție în Zona de Producție Muntenia”;

- „Lot 3 - Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafața și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție în Zona de Producție Moesia și Zona de Producție Moldova”;

sens în care, a publicat în SEAP anunțul de participare nr. , având:

- valoarea totală estimată a acordului-cadru aferent Lotului 1 fiind de minim 122.884.868,34 lei, și de maxim 605.389.103,69 lei fără TVA, în timp ce valoarea estimată a contractelor subsecvente este de minim 1.280.003,13 lei și de maxim 16.102.518,43 lei fără TVA (valoare relevantă pentru stabilirea cuantumului cauțiunii);

- Valoarea totală estimată a acordului cadru aferent Lotului 2 de minim 85.867.301,64 lei, și de maxim 430.498.918,18 lei fără TVA, în timp ce valoarea estimată a contractelor subsecvente este de minim 1.280.003,13 lei și de maxim 16.102.518,43 lei fără TVA;

- Valoarea totală estimată a acordului cadru aferent Lotului 3 de minim 61.713.901,49 lei, și de maxim 309.421.097,44 lei fără TVA, în timp ce valoarea estimată a contractelor subsecvente este de minim 1.280.003,13 lei și de maxim 16.102.518,43 lei fără TVA.

Astfel, contestatorul arată că, a depus ofertă în cadrul procedurii cu respectarea integrală a cerințelor stabilite de entitatea contractantă prin documentația de atribuire.

Pe parcursul derulării procedurii, contestatorul arată că, desi în cadrul etapei de evaluare a ofertelor tehnice, entitatea contractantă i-a

transmis mai multe solicitări de clarificări, la care a răspuns în mod corect și complet, cu toate acestea, prin adresele nr. 1005/16.04.2021 (pentru Lotul 1), nr. 1019/16.04.2021 (pentru Lotul 2), și nr. 1031/16.04.2021 (pentru Lotul 3), ,,,, i-a transmis comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire prin care i-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă „deoarece prin răspunsul la solicitarea de clarificare dvs. ați completat și modificat conținutul propunerii tehnice și prin urmare nu s-a făcut dovada îndeplinirii cerinței prin care dvs. trebuia să aveți acces la momentul depunerii ofertei la un responsabil tehnic cu execuția autorizat de către ISC pentru domeniile 2.3 construcții poduri și 7.1 construcții pentru îmbunătățiri funciare, astfel cum s-a solicitat în Caietul de sarcini Subcapitolul IX.2 și Clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire. În consecință, Propunerea tehnică prezentată nu a îndeplinit în mod corespunzător cerințele din Caietul de sarcini coroborat cu Clarificarea nr. 1 la Documentația de atribuire cu număr de ieșire 1984 din 13.10.2020, iar răspunsul la solicitarea de clarificare a completat și modificat conținutul Propunerii tehnice parte a Ofertei depuse inițial în cadrul procedurii de atribuire. Oferta a fost respinsă în conformitate cu prevederile art. 143, alin. 1 din HG 394/2016, fiind declarată neconformă și inacceptabilă, potrivit art. 143 alin. 3, lit. a) coroborat cu art. 140 alin. 5 din HG 394/2016”.

Întrucât drepturile și interesele sale legitime, în calitatea de ofertant în procedura de atribuire organizată de ,,,, au fost în mod grav vătămate de decizia entității contractante de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, contestatorul arată că a formulat contestația în cauză, pentru argumentele dezvoltate în continuare.

II. Motive privind nelegalitatea și netemeinicia deciziei ,,,, de declarare a ofertei asocierii S.C. S.R.L, - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,, S.R.L. ca fiind neconformă și inacceptabilă

II.1. Contestatorul susține că decizia entității contractante de respingere a ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă este nejustificată și nelegală întrucât, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (4) și (6) din anexa la H.G. nr. 394/2016, criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.

Astfel, se arată că, prin caietul de sarcini, la Capitolul IX „Subcapitolul IX.1 Structura și responsabilitățile personalului necesar pentru execuția Lucrărilor”, entitatea contractantă a solicitat următoarele:

„Contractantul este pe deplin responsabil pentru asigurarea resurselor de personal, respectiv personal cheie și personal calificat de execuție cu un nivel de expertiză corespunzător pentru punerea în operă a Documentației Tehnice, precum și personal suport, pentru derularea în bune condiții a Contractelor Subsecvente ce i se vor atribui în temeiul Acordului-Cadru.

Pe perioada derulării Acordului-cadru, Ofertantul devenit semnatar al Acordului Cadru și parte într-un Contract Subsecvent trebuie să asigure cel puțin categoriile de personal enumerate mai jos:

A. Categoriile de personal cheie [...]:

v. 1 (un) Responsabil Tehnic cu Execuția, autorizat de ISC pentru construcții civile, industriale, agrozootehnice, energetice, telecomunicații miniere;

vi. 1 (un) Responsabil Tehnic cu Execuția, autorizat de ISC pentru construcții rutiere; drumuri, poduri, tunele, piste de aviație [...];

viii. 1 (un) Responsabil Tehnic cu Execuția lucrărilor de instalații electrice, autorizat de ISC conform Ordinului MDRAP1895/2016 [...]."

Contestatorul precizează, după cum rezultă din cele de mai sus arătate, că „Capitolul IX Cerințe privind personalul necesar pentru implementarea acordului cadru - Subcapitolul IX.1 Structura și responsabilitățile personalului necesar pentru execuția Lucrărilor” din Caietul de sarcini viza personalul (experții) responsabil(i) cu executarea contractului, cerințele fiind, astfel, de derulare a contractului, iar nu de calificare a ofertanților.

În contextul dat, contestatorul consideră, în principal, că trebuie subliniat faptul că, potrivit Fișei de date a achiziției și Anunțului de participare, entitatea 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, operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire fiind informați despre următoarele: „Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu”.

Prin urmare, contestatorul susține că nu avea, potrivit documentației de atribuire, vreo obligație în ceea ce privește calificarea personalului propus pentru executarea contractului. Astfel, 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.

În condițiile date, contestatorul consideră că respingerea ofertei sale ca neconformă pentru pretinsa neîndeplinire a unor prevederi din documentația de atribuire care nu constituiau în fapt cerințe obligatorii de calificare și selecție, este nefondată și nelegală.

În subsidiar, în măsura în care se va considera totuși că prevederile Caietului de sarcini referitoare la personal reprezintă un criteriu de calificare în funcție de care poate fi stabilită admisibilitatea ofertanților, contestatorul invocă următoarele argumente:

- Potrivit art. 194 din Legea nr. 99/2016: „Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în invitația de participare la o procedură concurențială de ofertare”.

- Conform dispozițiilor art. 36 alin. (4) din anexa la H.G. nr. 394/2016: „Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs”.

- potrivit prevederilor art. 36 alin. (6) din H.G. nr. 394/2016: „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Contestatorul învederează că, prin raportul procedurii a cărei anulare o solicită, entitatea contractantă a dispus respingerea ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă, deoarece nu a considerat concludent răspunsul său la solicitarea de clarificări privind cerința referitoare la personalul (experții) propus/propuși pentru executarea contractului, cerință care reprezintă un veritabil criteriu de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională.

În sensul dat, contestatorul arată că, prin adresele nr. 1005/16.04.2021 (pentru Lotul 1), nr. 1019/16.04.2021 (pentru Lotul 2), și nr. 1031/16.04.2021 (pentru Lotul 3), „,, a menționat următoarele: „nu s-a făcut dovada îndeplinirii cerinței prin care dvs. trebuia să aveți acces la momentul depunerii ofertei la un responsabil tehnic cu execuția autorizat de către ISC pentru domeniile 2.3 construcții poduri și 7.1 construcții pentru îmbunătățiri funciare, astfel cum s-a solicitat în Caietul de sarcini Subcapitolul IX.2 și Clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire. În consecință, Propunerea tehnică prezentată nu a îndeplinit în mod corespunzător cerințele din Caietul de sarcini [...]”.

Ori, fiind o veritabilă cerință de calificare care vizează capacitatea tehnică și/sau profesională, contestatorul susține că aceasta ar fi trebuit să se regăsească menționată în mod corespunzător, explicit, în cuprinsul Fișei de date a achiziției (la rubrica privind Capacitatea tehnică și profesională), respectiv în Anunțul de participare.

În condițiile în care această cerință lipsește cu desăvârșire din cuprinsul Fișei de date a achiziției, respectiv din Anunțul de participare, contestatorul consideră că, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (6) din anexa la H.G. nr. 394/2016, mențiunea din Caietul de sarcini privind documentele 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.

În susținere, se invocă jurisprudența CNSC, respective Decizia BO2013_4280, prin care s-a reținut:

„Totodată, potrivit prevederilor art 33 alin (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

«(3) Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise».

Ca o primă constatare; solicitările privind autorizarea de către furnizorul de echipamente, respectiv privind autorizațiile ISCIR pentru montarea și punerea în funcțiune a echipamentelor care intră sub incidența ISCIR, se regăsesc în caietul de sarcini (pag. 7,8,10, 13 și 31) și nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare (cel puțin nu în capitolele destinate includerii cerințelor sau criteriilor de calificare), deși, în mod evident, acestea sunt cerințe sau criterii de calificare și nu specificații tehnice (al căror loc este în caietul de sarcini).

Mai exact, cerințele de calificare menționate nu se regăsesc în invitația de participare și nici în capitolul destinat din fișa de date a achiziției și anume capitolul III.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională; fiind totuși amintite într-un alt capitol din fișa de date și anume în capitolul IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice.

Această eroare sau cel puțin lipsa de rigoare a autorității contractante care nu a menționat deloc aceste cerințe de calificare în invitația de participare și nici în capitolele fișei de date destinate acestor cerințe (111.2.1., III.2.2 sau 111.2.3.) a fost de natură să producă și a produs confuzie în ceea ce privește obligativitatea prezentării acestor documente”.

De asemenea, se arată că, într-o altă decizie a CNSC, respectiv Decizia BO2013_3566, pronunțată cu privire la același aspect, au fost reținute următoarele:

„Cerința inclusă în caietul de sarcini, conform căreia, ofertanții vor face dovada ca au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, în mod cert este o cerință de calificare.

Cum această cerință nu a fost preluată în fișa de date a achiziției, la secțiunea III.2.3. a) „Capacitate tehnică și/sau profesională”, conform dispozițiilor mai sus citate, este o clauză nescrisă [...].

De asemenea, susținerea autorității contractante că autoarea contestației și-a asumat riscul ca oferta să-i fie respinsă ca neconformă prin întocmirea ofertei tehnice fără respectarea cerințelor caietului de sarcini, este considerată de Consiliu eronată. Este adevărat că dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006 impun ca oferta să fie întocmită conform prevederilor documentației de atribuire, însă dispozițiile art. 33 alin. (3) din aceeași ordonanță de urgență sancționează cu nulitatea cerințele de calificare incluse în caietul de sarcini. Astfel că, indiferent dacă ofertanții au prezentat sau nu documente în susținerea cerinței din caietul de sarcini ofertanții vor face dovada că au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, acest lucru nu poate constitui motiv de neconformitate a propunerii tehnice”.

Nu în ultimul rând, contestatorul consideră că trebuie remarcat și că, potrivit prevederilor art. 22 alin. (10) din anexa la H.G. nr. 394/2016:

„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natura tehnică ce

permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității entității contractante."

Or, în cauza de față, cerințele entității contractante incluse în Capitolul IX. Cerințe privind personalul necesar pentru implementarea acordului cadru - Subcapitolul IX.X Structura și responsabilitățile personalului necesar pentru execuția Lucrărilor" din Caietul de sarcini referitoare la calificarea personalului, în opinia contestatorului, nu pot fi înțelese în nici un caz ca reprezentând caracteristici de natură tehnică ce permit descrierea obiectului contractului care urmează a fi atribuit, sens în care cele, cele reținute de ,,,, în adresele contestate privind neconformitatea ofertei nu pot sta la baza respingerii ofertei noastre.

II.2. Contestatorul consideră că stabilirea în Caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise nu pot justifica adresarea de solicitări de clarificări cu privire la acestea sau respingerea unei oferte motivată de pretinsa completare a ofertei inițiale prin răspunsul la astfel de solicitare de clarificări cu privire la cerințe nescrise, astfel cum în mod greșit a procedat entitatea contractantă în prezenta procedură.

Astfel, contestatorul apreciază că stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise, fiind sancționată cu inexistența acestora este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări/contestații. În sensul dat, contestatorul consideră că nu poate fi pusă în discuție nici o eventuală tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare nescrise din Caietul de sarcini, în condițiile în care, altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal.

Mai mult, contestatorul arată că, o astfel de concluzie a fost reținută prin Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018, după cum urmează:

„Motivul de respingere a ofertei reclamantei vizează nedemonstrarea îndeplinirii cerinței autorizării ISCIR însă respectiva cerință, făcând parte din clauzele calificate de legiuitor drept nescrise, nu poate fi valorificată ca motiv de respingere.

Caracterul nescris al clauzei înseamnă că ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze. În sensul că noțiunea de clauză nescrisă semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 848 din 10 mai 2017.

Nescrierea clauzei nu se confundă cu nulitatea ei, deoarece nulă nu poate fi decât o clauză scrisă, nu nescrisă, cum este aceea în discuție. Drept urmare, nu era și nu este necesară atacarea caietului de sarcini de către SC... SRL pentru a avea efect dispoziția legală de la art. 36 alin. (6) din norme (altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal).

Nicio oferta nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa entității achizitoare modul în care au fost redactate documentele de participare. Nimic nu a oprit compania de apă să includă în anunțul de participare și fișa de date cerința de calificare regăsită în caietul de sarcini [...].

Analiza pe fond a îndeplinirii cerinței în discuție este de prisos, dat fiind că ea nu are nicio relevanță în desfășurarea achiziției, din cauza caracterului ei de clauză nescrisă".

De asemenea, contestatorul arată că, în același sens, în Decizia nr. 4880/2015 a Curții de Apel Timișoara au fost subliniate următoarele [...]: „o clauză nescrisă se consideră că nu există deloc, de la bun început, și astfel nici nu poate fi analizată și avută în vedere, astfel încât fiind o cauză de ineficacitate, clauza nescrisă nu produce nici un efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există."

Nu în ultimul rând, contestatorul arată că, prin Decizia nr. 682/2019, pronunțată în dosarul nr. 4870/2/2019, Curtea de Apel a statuat următoarele:

„Prin urmare se reține că invocarea existenței unor clauze nescrise, cu aplicarea specifică din materia achizițiilor publice nu poate fi determinată de respectarea unor termene impuse de lege pentru contestarea documentației de atribuire sau a actelor de solicitare de clarificări comunicate de autoritatea contractantă către ofertanți în condițiile în care scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise, neavând relevanță momentul în care este invocată existența unor clauze nescrise în condițiile în care autoritatea contractantă își întemeiază respingerea unei oferte pe existența unor clauze nescrise care deși formal nu sunt incluse în fișa de date/anunțul de participare, totuși conduc la respingerea ca neconformă a ofertei pentru neîndeplinirea acestora și în aceeași timp aceste cerințe nu constituie specificații tehnice strict necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului, ci eventual, într-o anumită măsură în legătură cu factorii de evaluare stabiliți pentru acordarea punctajelor fiecăreia dintre oferte, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a menționat în FDA/anunțul de participare la pct. III.2.3) Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului cerințele de calificare referitoare la personalul responsabil cu execuția prevăzute în caietul de sarcini „Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu [...].

În plus, Curtea constată că însăși autoritatea a formulat solicitările de clarificări comunicate petentei-contestatoare fără a se face referire la cerințe strict tehnice sau la factorii de evaluare, ci exclusiv la modul în care ofertantul în cauză înțelege să justifice îndeplinirea cerinței, pentru experții nominalizați în adresa de solicitare de clarificări, a experienței profesionale generale sub dublul aspect solicitat prin caietul de sarcini, astfel încât refuzul contestatoarei-petente de a răspunde concludent la

aceste solicitări nu putea determina aplicarea prevederilor art 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 [...], prin respingerea ofertei ca inacceptabilă/neconformă, o astfel de cerință constituind conform celor reținute anterior o clauză nescrisă care nu este aplicabilă și prin urmare nu poate fi invocată în analiza admisibilității ofertei [...].

Prin urmare, invocarea disp. art 215 din Legea nr. 101/2016 și art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 în respingerea ofertei petentei-contestatoare nu corespunde dispozițiilor legale a căror analiză a fost realizată, iar neconcludența răspunsului la solicitările de clarificări sau refuzul ofertantului la aceste solicitări de clarificări urmează a fi valorificate numai în contextul în care în justificarea acestor solicitări se invocă cerințele concrete din FDA/anunțul de participare pentru care se impune o clarificare a documentației ofertei sau cu referire la alte cerințe tehnice din caietul de sarcini decât acelea avute în vedere prin adresa contestată în prezenta cauză."

În analiza contestației în cauză, contestatorul invocă și încălcarea de către entitatea contractantă a principiului transparenței prin recalificarea, în timpul evaluării ofertelor, a unei cerințe de derulare a contractului cu titlu de criteriu privind capacitatea, care, în opinia sa, trebuia indicat ca atare în anunțul de participare.

Astfel, se arată că, potrivit dispozițiilor art. 164 din Legea nr. 99/2016: „Entitatea 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, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”, prevederi care reprezintă transpunerea în legislația națională a principiului european al transparenței statuat în mod exemplar în decizia Curții de Justiție a Uniunii Europene din 16 aprilie 2015 (Cauza C-278/14) SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia: „[...] autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat”.

Contestatorul arată că, în sens similar a apreciat și CNSC într-o decizie relevantă (<http://portalxnsr.ro/sivadoc/download.aspMWFj&pdfal=ZmFsc2U=&filename=k8yMDE4XzgyNjkuc6Rm&action=aW5saW5l>), în care a reținut în mod clar faptul că: „Criteriile de calificare 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/entitatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”. De asemenea, a apreciat în mod just Consiliul, „suplimentarea cerințelor de calificare în timpul evaluării trece dincolo de domeniul protecției încrederii legitime și este de natura să surprindă chiar și un «operator economic prudent și avizat»”.

Pentru toate argumente anterior prezentate, contestatorul apreciază evident faptul că drepturile și interesele sale legitime privind procedura de atribuire sunt în mod grav vătămăte de decizia entității contractante de declarare a ofertei sa ca fiind neconformă și inacceptabilă.

În opinia contestatorului, această vătămare nu poate fi înlăturată decât prin admiterea contestației, cu consecința anulării deciziei entității contractante privind declararea ofertei sa ca fiind neconformă și inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a Raportului procedurii și a adreselor privind comunicarea rezultatului procedurii, și a obligării entității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa evaluării propunerilor tehnice, sens în care, se solicită:

(1) Admiterea Contestației, și, pe cale de consecință,

(2) Anularea deciziei entității contractante privind declararea ofertei Asocierii S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. ca fiind neconformă și inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a Raportului procedurii nr. 983/15.04.2021 și a adreselor prin care ne-a fost comunicat rezultatul procedurii nr. 1005/16.04.2021 (pentru Lotul 1), nr. 1019/16.04.2021 (pentru Lotul 2) și 1031/16.04.2021 (pentru Lotul 3);

(3) Obligarea entității contractante la reluarea procedurii de la etapa evaluării propunerilor tehnice.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 99/2016, precum și ale H.G. nr. 394/2016 la care a făcut referire în cuprinsul contestației.

În susținere, înscrisurile aflate în dosarul achiziției.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, se solicită accesul la dosarul achiziției publice, în vederea studierii și efectuării de copii xerox.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. 22569/04.05.2021, entitatea contractantă, ... SA a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de Asocieria S.C. S.R.L., prin care a solicitat:

I. Sub aspect procedural,

➤ În principal, respingerea Contestației pentru nedepunerea cauțiunii impuse de art. 61 din Legea nr. 101/2016;

➤ În subsidiar, respingerea Contestației ca tardiv formulată,

II. Pe fondul cauzei:

➤ Respingerea contestației ca nefondată, și, pe cale de consecință, menținerea deciziei luate de comisia de evaluare și continuarea procedurii de atribuire, în temeiul prevederilor art. 26 din Legea nr. 101/2016.

În fapt, ... arată că, în calitate de entitate contractantă, a lansat, în temeiul prevederilor Legii nr. 99/2016 și HG 394/2016,

procedura de achiziție publică - licitație deschisă, publicată pe site-ul <http://sicap-prod.e-licitatie.ro/pub> prin anunțul de participare din SEAP nr. CN1024629/21.09.2020, replicat în OJEU (TED) sub nr. JOUE sub nr. 2020/S 184 - 445039 având ca obiect „Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție - 3 Loturi”:

> Lot 1 „Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție în Zona de Producție Crișana, Zona de Producție Oltenia și Zona de Producție Muntenia Vest”- 605.389.103,69 RON;

> Lot 2 „Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție în Zona de Producție Muntenia”- 430.498.918,18 RON;

> Lot 3 „Execuție lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție în Zona de Producție Moesia și Zona de Producție Moldova”- 309.421.097,44 RON.

Înainte de lansarea Procedurii de atribuire, entitate contractantă menționează faptul că, anunțul de participare și documentația de atribuire au făcut obiectul controlului ex-ante al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice ("ANAP"), fiind astfel aprobată de această autoritate competentă, în urma competențelor de control prealabil.

Procesul de evaluare a făcut, de asemenea, obiectul controlului ex-ante al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice ("ANAP"), fiind astfel aprobat prin avizele emise de ANAP, respectiv:

> Aviz conform necondiționat nr. 8760/610/CN1024629/AC/16.12.2020 privind controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la componența comisiei de evaluare privind îndeplinirea condițiilor de formă aferentă depunerii ofertelor și a criteriilor de calificare de către ofertant, conform informațiilor DUAE, conform listelor de verificare și Procesului verbal nr. 2674/11.12.2020, postat în SICAP în data de 11.12.2020;

> Aviz conform necondiționat nr. 8760/94/CN1024629/AC/04.03.2021 privind controlul de calitate și regularitate a concluziilor comisiei de evaluare privind evaluarea propunerilor tehnice și a conformității acestora conform listelor de verificare și Procesului verbal nr. 482/01.03.2021, postat în SICAP în data de 01.03.2021;

> Aviz conform necondiționat nr. 8760/115/CN1024629/AC/19.03.2021 privind controlul de calitate și regularitate a concluziilor fazei de evaluare referitoare la concluziile comisiei de evaluare privind evaluarea propunerilor financiare și a conformității acestora, conform listelor de verificare și Procesului-verbal nr. 667/17.03.2021, postat în SICAP în data de 17.03.2021;

> Aviz conform necondiționat nr. 8760/7166/CN1024629/AC/16.04.2021 privind controlul de calitate și regularitate referitoare la deciziile comisiei de evaluare aferente procesului de evaluare a ofertelor

conform listelor de verificare, Procesului verbal nr. 2674/11.12.2020, nr. 482/01.03.2021, nr. 667/17.03.2021, nr. 962/13.04.2021 și Raportul procedurii nr. 983/15.04.2021, postat în SICAP în data de 15.02.2021.

Mai mult, entitate contractantă arată că, întreaga documentație de atribuire a fost disponibilă potențialilor ofertanți interesați de atribuirea Acordului-cadru începând cu data publicării anunțului de participare în SEAP, subliniind faptul că, la momentul publicării Anunțului de participare și documentației de atribuire (21.09.2020) nici unul dintre potențialii ofertanți nu au ales să conteste acte invocate.

Așadar, entitate contractantă arată că, în conformitate cu prevederile art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art.108 alin. (1) din HG nr. 394/2016, orice operator economic interesat a avut dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, iar, răspunzând la întrebările primite, a comunicat răspunsurile - însoțite de întrebările aferente - tuturor potențialilor ofertanți, prin publicarea acestora pe site-ul <http://sicap-prod.e-licitatie.ro/pub>, în opinia sa, relevantă pentru cauza dată fiind Clarificarea nr. 1, nr. de iesire 1984/13.10.2020, anexată.

Entitate contractantă menționează faptul că, după publicarea Anunțului de participare și documentației de atribuire aferente (i.e. 21.09.2020), în cadrul procedurii au depus oferte un număr de 41 de ofertanți, conform Raport de evaluare atașat, procesul de verificare privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare regăsindu-se în procesul-verbal nr. 2674 din data 11.12.2020, parte a dosarului achiziției.

De asemenea, entitate contractantă precizează că, propunerile tehnice au fost evaluate de comisia de evaluare în raport cu cerințele minime din Caietul de Sarcini, iar rezultatul evaluării se regăsește în procesul verbal nr. 482 din data 01.03.2021, care este parte a dosarului achiziției, în care s-a consemnat opinia Comisiei de evaluare privind admisibilitatea/respingerea tuturor ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, având în vedere faptul că, propunerea tehnică prezentată de către Contestatoare nu a îndeplinit în mod corespunzător cerințele din Caietul de sarcini coroborat cu Clarificarea nr. 1 la Documentația de atribuire cu număr de ieșire 1984 din 13.10.2020, iar răspunsul la solicitarea de clarificare a completat și modificat conținutul Propunerii tehnice parte a Ofertei depuse inițial în cadrul procedurii de atribuire, entitate contractantă consideră că, în mod temeinic și legal, oferta acestuia a fost respinsă în conformitate cu prevederile art. 143 alin. 1 din HG 394/2016, fiind declarată neconforma și inacceptabilă, potrivit art. 143 alin. 3 lit. a) coroborat cu art. 140 alin. 5 din HG nr. 394/2016.

Entitate contractantă arată, astfel cum reiese din situația anterior prezentată, că în urma evaluării propunerilor tehnice au fost declarate inacceptabile/neconforme/neadecvate de către comisia de evaluare toate ofertele care nu au îndeplinit în mod corespunzător cerințele din

caietul de sarcini coroborat cu Clarificarea nr. 1 la Documentația de atribuire cu număr de ieșire 1984 din 13.10.2020.

Cu privire la criticile contestatorului, entitate contractantă solicită:

I. Sub aspect procedural:

➤ Respingerea contestației pentru neconstituirea cauțiunii impuse de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, întrucât, în cuprinsul Contestației nu s-a făcut dovada consemnării cauțiunii impuse de Legea nr. 101/2016 pentru a putea formula un astfel de demers procesual.

➤ Tardivitatea criticilor formulate de către contestator, având în vedere că acesta înțelege să nu își întemeieze contestația și se limitează la a critica tardiv cerințele prevăzute în documentația de atribuire.

Astfel, în raport de momentul contestării documentației de atribuire, entitate contractantă solicită Consiliului să respingă criticile cu privire la aceasta, ca tardiv formulate.

Raportat la dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea 101/2016, potrivit căroră: *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”*, entitate contractantă apreciază că, conduita contestatorului nu poate constitui motiv pentru extinderea în vreun alt fel a termenului imperativ de depunere a contestației în fața CNSC.

Se arată că, în mod judicios, s-a remarcat și în doctrină: *„Termenul de contestator trebuie să curgă nu numai de la data la care candidatul/ofertantul a cunoscut efectiv actul vătămător al autorității, ci de la data la care el putea și trebuia să cunoască respectivul act, și pe care doar pasivitatea proprie l-a împiedicat să îl cunoască” (Dumitru-Daniel Șerban, Achizițiile publice. Teoria și practica jurisdicției administrative, Editura Hamangiu, 2012, p. 378).*

Totodată, se arată că, în practica constantă a CNSC, apreciindu-se asupra criticilor formulate de către o contestatoare, s-a reținut tardivitatea acestora, arătându-se după cum urmează: *„Prin necontestarea în termenul legal [n.n. a actului atacat], acesta și-a dobândit forța obligatorie producându-și implicit toate efectele juridice atât față de autoritatea contractantă cât și față de contestator. Pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii de atribuire, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea acum a unui demers judiciar pentru eliminarea/modificarea aspectelor reclamate. Nu este permis ca*

reclamantul să rămâna în expectativă [...] , sperând că va câștiga contractul licitat, iar după aflarea rezultatului să reclame cerințele stabilite de către autoritatea contractantă." (*Decizia nr. 840/C1/604 din 21.03.2014, nepublicată*).

În aceeași ordine de idei, autorul anterior citat, Dumitru Daniel Serban, în „Achizițiile publice. Teoria și practica jurisdicției administrative”, Hamangiu 2012, p. 372, arată că aceasta este și poziția Curții de Justiție a Comunităților Europene care, în Hotărârea sa din 11.11.2007, Cauza 241/ 06, *Lammerzahl GmbH vs Freie Hansestadt Bremen*, a stabilit că trebuie amintit faptul că Directiva 89/665 nu se opune unei reglementări naționale care prevede că „Orice cale de atac împotriva unei decizii a autorității contractante trebuie formulată într-un termen prevăzut în acest scop și ca orice neregularitate a procedurii de atribuire invocată în sprijinul acestei căi de atac trebuie invocată în același termen, sub sancțiunea decăderii, astfel încât, după împlinirea acestui termen, nu mai este posibil să se conteste o astfel de decizie sau să se invoce o astfel de neregularitate, în măsura în care termenul respectiv este rezonabil”.

Față de aceste circumstanțe, pe lângă argumentele deja prezentate sub aspectul „efectelor introducerii tardive a contestației”, entitatea contractantă învederează Consiliu că, aceeași abordare se regăsește și în practica CEJ, după cum va arăta în continuare:

(a) în cazul *Uniplex (UK) Ltd vs NHS Business Services Authority*, C-406/08CEJ, la pct. 38 CEJ reține că „statele membre au obligația de a asigura că deciziile nelegale adoptate de autoritățile contractante pot face obiectul unor căi de atac eficiente și cât mai rapide posibil. Pentru a îndeplini obiectivul celerității urmărit de Directiva 89/665, statele membre au posibilitatea să impună termene de introducere în vederea obligării operatorilor de a contesta în termene scurte măsuri pregătitoare sau decizii intermediare adoptate în cadrul procedurii de atribuire a unui contract de achiziții publice”.

(b) în hotărârea *Universale-Bau AG vs alții*, C-470/99, la punctele 75, 76 și 79, CEJ reține următoarele:

pct. 75 „atingerea obiectivelor urmărite de Directiva 89/665 ar fi lezate dacă candidații/ofertanții ar putea invoca, în orice etapă a procedurii de atribuire, încălcarea regulilor privind achizițiile publice, obligând astfel autoritatea contractantă să reia întreaga procedură pentru înlăturarea unor astfel de încălcări”;

pct. 76 „mai mult, stabilirea unor perioade de timp rezonabile pentru exercitarea căilor de atac trebuie privite în lumina cerințelor principiilor fundamentale a efectivității și certitudinii reglementate de Directiva 89/665”;

pct. 79 - „directiva 89/665 nu interzice legislațiilor naționale de a stabili că, orice cerere de revizuire/anulare a deciziilor autorității contractante să fie introdusă într-un termen limită (...) cu consecința că, dacă acest termen a trecut, ofertantul să nu mai poată contesta această decizie sau invocă orice neregularități (...)”.

În aceeași ordine de idei, entitatea contractantă învederează faptul că practica majoritară a instanțelor judecătorești naționale (dar și cea a CNSC) este în sensul sancționării pasivității operatorului economic de a contesta actele autorității contractante în termenul legal cu decăderea din termenul de a mai contesta.

Cu titlu de exemplu (și suplimentar deciziilor prezentate deja în Punctul său de vedere), Entitatea Contractantă arată că:

(a) într-o Decizia CNSC din data de 08.05.2018 pronunțată în urma contestației formulate de Mercedes și Carsan vs Primăria privind achiziția unui număr de 400 autobuze, s-a reținut că „acești factori de evaluare nefiind contestați în etapa documentației de atribuire, părțile nu pot ridica pretenții și nu se pot arăta nemulțumite de maniera de apreciere după evaluarea ofertelor”;

(b) într-un alt caz, instanța de control a reținut, prin Decizia civilă nr. 1425/29.03.2012 pronunțată de Curtea de Apel că „în situația în care operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire consideră că cerințele de calificare și specificațiile tehnice stabilite nu respectă prevederile legale, aceștia au dreptul de a contesta respectivele cerințe, cu respectarea termenelor expres prevăzute de art. 256, indice. 2 din OUG 34/2006. Nerespectarea acestor termene conduce la respingerea contestației ca tardive.”

Mai reține aceeași instanță că: „Astfel, acordând prioritate principiului celerității desfășurării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, legiuitorul a sancționat pasivitatea operatorilor economici, care nu contestă în termenul legal cerințele de participare la procedura de atribuire pe care le apreciază ca fiind abuzive”.

(c) într-o altă decizie (Decizia nr. 1150 din 21.10.2009, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, secția de contencios-administrativ și fiscal), instanța de judecată a apreciat că „operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație încă de la data publicării ei și trebuie să manifeste o minimă diligență pentru a le ataca în termenul legal, dacă dorește schimbarea respectivelor cerințe”.

(d) mergând pe același raționament, într-o altă decizie (Decizia nr. 2836 din 12.11.2012, pronunțată de Curtea de Apel Iași, secția de contencios-administrativ și fiscal), Curtea constată că „atât timp cât nu s-a contestat, anterior momentului întocmirii raportului procedurii, niciuna dintre cerințele de atribuire a contractului, printre care se număra și cele 3 criterii de atribuire, respectiv prețul ofertei și perioada cumulată pe străzi de realizare a contractului, nu se mai pot formula niciun fel de critici cu privire la acești factori sau cu privire la ponderea lor în stabilirea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, chiar dacă, în opinia petentei, a intimății și autorului opiniei separate, cel din urma factor de evaluare ar fi putut fi folosit ca mijloc de viciere a rezultatului procedurii de atribuire, pentru obținerea unui punctaj mare”.

În concluzie, entitatea contractantă apreciază că, se poate observa și reține atât, din practica judiciară a instanțelor naționale, CNSC, cât și

cea a instanței europene (CEJ) că nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină prin efectul sancționator al legii decăderea operatorului economic din termenul de a mai contesta.

În concret, contestatorul din prezenta cauză nu a contestat în fața CNSC la niciunul din momentele relevante, în termenul stabilit de Legea 101/2016, actele emise de Entitatea Contractantă în cadrul Procedurii de atribuire.

În mod particular, Entitatea Contractantă precizează că nu a contestat Anunțul de participare, și documentația de atribuire publicată în SEAP în data de 21.09.2020 (aprobația de ANAP în urma controlului ex-ante). Potrivit dispozițiilor art. 8 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea avea la dispoziție termenul legal de 10 zile, calculat de la data de 21.09.2020, pentru a contesta eventuale cerințe din documentația de atribuire, în măsura în care se considera lezată în drepturile și interesele sale, ceea ce nu s-a întâmplat.

Or, raportat la data la care contestatoarea a formulat și depus contestația și la criticile invocate în cuprinsul contestației, entitatea contractantă apreciază că aceasta este tardiv formulată și, pe cale de consecință, solicită respingerea criticilor formulate cu privire la documentația de atribuire și implicit contestația, ca fiind tardiv formulate.

II. Pe fondul cauzei, entitatea contractantă invocă netemeinicia susținerilor contestatoarei.

Prealabil, entitatea contractantă învederează faptul că toate susținerile contestatoarei sunt nefondate, întrucât, din probatoriul depus nu rezultă care sunt prevederile legale pretins a fi încălcate, în procedura de achiziție ce face obiectul contestației.

Astfel cum rezultă din petitul Contestației formulate, contestatoarea a invocat o serie de critici la adresa mai multor acte emise în cadrul procedurii de achiziție publică, solicitând adoptarea unor măsuri de remediere pentru înlăturarea pretinselor nelegalități.

În realitate, la o lectură mai atentă a contestației formulate, entitatea contractantă arată că, sub aparența formulării unor critici privind documentele indicate supra, contestatoarea critică procedura de atribuire în ansamblul său, inclusiv actele/documente asociate etapelor anterioare ale procedurii.

Astfel cum a arătat anterior, entitatea contractantă consideră că susținerile Contestației sunt în principal tardiv formulate, contestatoarea fiind decăzută din dreptul de a le formula, iar în subsidiar neintemeiate și formulate cu rea-credință, fiind esențialmente rodul unui abuz în drepturile procesuale ale contestatoarei.

În opinia entității contractante, contestația este nefondată și, se impune a fi respinsă în consecință, având în vedere că, decizia entității contractante de respingere a ofertei contestatoarei ca neconformă și inacceptabilă, este temeinică și legală și se impune a fi menținută, în

cauză, nu sunt aplicabile prevederile art. 36 alin. (4) și (6) din anexa la H.G. nr. 394/2016.

Cu toate că, contestatoarea critică decizia entității Contractante în raport de premisa greșită conform căreia, aceasta nu avea vreo obligație în ceea ce privește calificarea personalului propus pentru executarea contractului, entitatea contractantă apreciază că, în mod greșit, contestatoarea consideră cerința de personal din caietul de sarcini ca vizând etapa executării contractului de achiziție publică, iar nu etapa procedurii de atribuire a acestuia, nefiind o cerință de calificare și selecție a cărei neîndeplinire să conducă la respingerea ofertei. Mai mult, mențiunea inserată la pag. 6 din contestație, respectiv „obligațiile de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: NU” face parte din Sect. 111.2. „Condiții referitoare la contract” din Anunțul de participare, secțiune ce nu face referire la cerințele privind conformitatea propunerilor tehnice. Astfel, entitatea contractantă învederează faptul că cerințele aferente expertului (RTE) sunt solicitate la nivel de Caiet de Sarcini respectiv, sunt cerințe minime în vederea demonstrării conformității Propunerii tehnice și nu sunt cerințe de calificare astfel cum este invocat în contestație. Din punct de vedere al calificării, entitatea contractantă precizează că, ofertantul a fost declarat admis conform procesului-verbal de evaluare nr. 2674/ 11.12.2020.

Entitatea contractantă apreciază că, în mod greșit, contestatoarea pretinde că cerința referitoare la personalul (expertii) propus/propuși pentru executarea contractului reprezintă un veritabil criteriu de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională (pag. 7 și 8 din contestație).

Astfel, entitatea contractantă susține că, cerința solicitată prin Caietul de sarcini privind expertul (RTE) NU este „un criteriu de calificare”, ci este o cerință minimă tehnică ce oferă conformitatea propunerii tehnice (conf. Art. 1 din Instrucțiunea nr. 1/2017 din 4 ianuarie 2017, emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, are ca scop stabilirea modului de formulare, în cadrul unei documentații de atribuire, a criteriilor de calificare și selecție legate de personalul de conducere al ofertantului/candidatului și/sau a cerințelor referitoare la personalul propus în cadrul ofertei pentru realizarea obiectului contractului).

Capitolul IX din Caietul de Sarcini este structurat, după cum se arată, în 2 sub-capitole, primul sub-capitol face referire la aspecte ce țin de implementarea Acordului-Cadru/Contractelor Subsecvente, cel de-al doilea sub-capitol IX.2 intitulat „Cerințe privind asigurarea personalului minim necesar pentru execuția de Lucrări în baza Acordului-Cadru și Contractelor Subsecvente” este dedicat cerințelor minime privind personalul necesar pentru execuția de lucrări în baza Acordului-Cadru/Contractelor Subsecvente.

Entitatea contractantă subliniază faptul că, demonstrarea îndeplinirii cerințelor minime privind personalul trebuia să fie evidențiată la nivelul propunerii tehnice, având în vedere că, conform art. 3 alin. (3) și (4) din Instrucțiune:

„(3) În cadrul acestei categorii se includ și tipurile de experți pentru care este impusă, prin legislația de specialitate din domeniul obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, prezentarea unei certificări specifice, fără de care aceștia nu au dreptul de a exercita activitatea în cauză, în acest fel fiind legați indisolubil de implementarea propriu-zisă a respectivului contract.

(4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea/entitatea contractantă nu va stabili criterii de calificare și selecție, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective).

Exemplu: responsabil tehnic cu execuția (RTE) în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată; [...]”.

Prin urmare, entitatea contractantă susține că a stabilit cerințele privind personalul ținând cont de prevederile legale și Instrucțiunea nr. 1/ 2017, în care drept exemplu de bună practică este chiar exemplul de expert RTE, astfel cum s-a solicitat prin Caietul de Sarcini.

Caietul de Sarcini conține informații clare, în cuprinsul acestuia fiind inclus următorul paragraf: *„În vederea demonstrării accesului la personalul cheie prezentat în Caietul de Sarcini la Capitolul IX. 1 la punctele A.i - A.iii (respectiv Manager de Proiect, Responsabil SSM și Responsabil cu Controlul Calității), Ofertanții vor trebui să îndeplinească criteriile de calificare și selecție așa cum sunt acestea enunțate la nivelul Secțiunii A a Documentației de Atribuire - Instrucțiuni către Ofertanți/Fișa de Date a Achiziției. Pentru Șeful de Șantier (A.iv), Ofertantul va prezenta în cadrul Propunerii Tehnice declarația de disponibilitate din partea persoanei nominalizate (model propriu), însoțită sub semnătură de către expertul respectiv și purtând în clar data semnării, prin care respectiva persoană se angajează ferm că, în situația atribuirii Acordului-Cadru către Ofertantul în cauză, să participe în mod efectiv, ca parte a personalului Ofertantului devenit Contractant în Acordul-Cadru, la îndeplinirea atribuțiilor care le revin în conformitate cu cerințele Caietului de Sarcini pentru poziția pentru care a fost nominalizat.*

În situația în care, în cadrul Contractului Subsecvent se vor executa simultan Lucrări pe mai multe Amplasamente, va fi nominalizat câte un Șef de Șantier pentru fiecare astfel de Amplasament.

În conformitate cu prevederile art. 3 alin. (4) din Instrucțiunea Nr. 1 emisă în 04.01.2017 de Președintele ANAP, pentru tipurile de experți enumerați în cadrul personalului cheie prezentat în Caietul de Sarcini la Capitolul IX.1 la punctele A.v. - A.xi. (Responsabil Tehnic cu Execuția, autorizat de către ISC pentru construcții civile, industriale, agrozootehnice, energetice, telecomunicații, miniere, Responsabil Tehnic cu Execuția autorizat de către ISC pentru construcții rutiere, drumuri, poduri, tunele, piste de aviație, Responsabil Tehnic cu Execuția pentru lucrările de montaj utilaje, echipamente și instalații tehnologice industriale, autorizat MEC, Responsabil Tehnic cu Execuția lucrărilor de instalații electrice, autorizat de ISC conform Ordinului MDRAP 1895/2016, Responsabil Tehnic cu sudura, autorizat de ISCIR conform Ordinului Nr. 165 din 4 iulie 2011, actualizat la data de 8 iunie 2012, persoana autorizată ATEX în conformitate cu Ordinul 1636/392/2007 (aprobarea NEx 01-06) Art. 7 și cu schema de calificare INSEMEX și persoana autorizată ANRE tip EGT pentru execuția conductelor de alimentare din amonte, în cazul execuției conductelor din amonte), pentru care este impusă, prin legislația de specialitate din domeniul obiectului Acordului Cadru ce urmează a fi atribuit, prezentarea unor certificări specifice emise de organisme abilitate conform prevederilor legale incidente domeniilor în cauză, fără de care aceștia nu au dreptul de a exercita activitatea în cauză, Entitatea Contractantă nu a stabilit criterii de calificare și selecție, ci solicită ca în Propunerea Tehnică să fie descris:

- *momentul în care vor interveni acești experți în implementarea Acordului-Cadru/Contractelor Subsecvente ce vor fi atribuite în temeiul Acordului-Cadru, precum și*

- *modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective).*

Pentru aceste tipuri de experți, Ofertantii vor prezenta în cadrul Propunerii Tehnice:

- *documente de certificare/autorizare pentru în copie lizibilă cu mențiunea «conform cu originalul», valabile la data prezentării, precum și*

- *declarații de disponibilitate din partea persoanelor nominalizate (model propriu), însoțite sub semnătură de către experții respectivi și purtând în clar data semnării, prin care respectivele persoane declară faptul că au disponibilitatea și capacitatea autorizată/certificată de îndeplinire a responsabilităților aferente pozițiilor pentru care au fost propuse de către Ofertant pe întreaga perioadă de valabilitate a Acordului Cadru și se angajează ferm ca, în*

situația atribuirii Acordului-Cadru către ofertantul în cauză, să participe în mod efectiv, ca parte a personalului Ofertantului devenit Contractant în Acordul-Cadru, la îndeplinirea atribuțiilor care le revin în conformitate cu cerințele Caietului de Sarcini pentru pozițiile pentru care au fost nominalizate.

Toate persoanele nominalizate în cadrul Ofertei depuse pentru un lot trebuie să fie diferite între ele.

În situația în care un Ofertant depune oferta pentru mai multe loturi, se acceptă nominalizarea aceluiași persoane ca personal cheie."

Entitatea contractantă apreciază că jurisprudența CNSC menționată de contestatoare în susținerea argumentelor sale nu prezintă relevanță în cauză, în raport de motivele de respingere invocate (ex. jurisprudența pe autorizație ISCIR solicitată Ofertantului ca și cerință de calificare, experiență similară), astfel că, Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 invocată în contestație ca și concluzie, vizează cerințele autorizării ISCIR ce nu are legătură cu motivul de respingere invocat de Entitatea Contractantă în prezenta speță.

De asemenea, entitatea contractantă menționează faptul că a dat posibilitatea contestatorului să demonstreze îndeplinirea cerințelor prin transmiterea solicitărilor de clarificare nr. 139, 140, 141/21.01.2021 la propunerea tehnică și nu a procedat la respingerea acestuia doar pe baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică. Mai mult, prin transmiterea răspunsurilor la solicitările de clarificare, contestatorul recunoaște obligativitatea îndeplinirii cerințelor solicitate în Caietul de Sarcini. Astfel, în cuprinsul răspunsurilor la clarificări, contestatorul nu a invocat motivele inserate în contestație cu privire la preținsele „clauze nescrise”.

Entitatea contractantă subliniază faptul că nu a existat nicio încălcare a prevederilor legale aplicabile, fiind respectate principiile ce stau la baza legislației în materia achizițiilor publice, respectiv principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale:

- > nediscriminarea;
- > tratamentul egal;
- > recunoașterea reciprocă;
- > transparența;
- > proporționalitatea;
- > asumarea răspunderii.

În concluzie, în raport cu toate motivele expuse, având în vedere legalitatea și temeinicia actelor contestate, entitatea contractantă solicită:

- (I) Sub aspect procedural,
 - > În principal, respingerea Contestației pentru nedepunerea cauțiunii impuse de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016;
 - > În subsidiar, respingerea Contestației ca tardiv formulată,
- (II) Pe fondul cauzei:
 - > să respingă ca nefondată, contestația formulată de Contestatoare și, pe cale de consecință, „să mențină deciziile luate de

Comisia de evaluare și să dispună continuarea procedurii de atribuire în temeiul prevederilor art. 26 din Legea nr. 101/2016.”

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. 23021/05.05.2021, SC SRL a comunicat faptul că renunță parțial la contestația sa, respectiv renunță cu privire la criticile formulate cu privire la lotul 2 și 3, subliniind faptul că, își menține în totalitate criticile formulate cu privire la lotul 1 pentru care a constituit în mod corespunzător cauțiunea aferentă.

Cu adresa nr. 949/28.05.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 28000/28.05.2021, „concluzii scrise”, ca urmare a studierii dosarului, precum și în replică la punctul de vedere formulat de entitatea contractantă, prin care a solicitat:

(1) Respingerea excepției tardivității, precum și a celorlate apărări ale SC ,,,,SA ca fiind nefondate;

(2) Admiterea Contestației; și, pe cale de consecință,

(3) Anularea deciziei entității contractante privind declararea ofertei Asocierii S.C. S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,, S.R.L. ca fiind neconformă și inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a Raportului procedurii nr. 983/15.04.2021 și a adreselor prin care i-a fost comunicat rezultatul procedurii nr. 1005/16.04.2021 (pentru Lotul 1);

(4) Obligarea entității contractante la reluarea procedurii de la etapa evaluării propunerilor tehnice, având în vedere următoarele motive:

1- Contestatorul precizează că, excepția tardivității contestației este nefondată, astfel:

Contrar susținerilor entității contractante privind faptul că, obiectul contestației ar viza criticarea cerințelor documentației de atribuire ulterior finalizării procedurii de atribuire, împrejurare care ar atrage tardivitatea contestației și respingerea sa pentru acest motiv, contestatorul precizează că nu a contestat documentația de atribuire, ci modul greșit de evaluare a ofertei sale prin raportare la cerințele incluse în documentația de atribuire.

Astfel, după cum reiese din cuprinsul contestației, contestatorul arată că criticile sale au vizat nerespectarea de către entitatea contractantă a prevederilor Fișei de date a achiziției și a dispozițiilor legale referitoare la caracterul de clauză nescrisă al criteriilor de calificare și selecție care nu au fost indicate în mod explicit în Fișă de date a achiziției.

În sensul dat, contestatorul arată că, prin Decizia nr. 682/2019, pronunțată în dosarul nr. 4870/2/2019, Curtea de Apel a statuat următoarele:

„Prin urmare se reține că invocarea existenței unor clauze nescrise, cu aplicarea specifică din materia achizițiilor publice nu poate fi determinată de respectarea unor termene impuse de lege pentru contestarea documentației de atribuire sau a actelor de solicitare de clarificări comunicate de autoritatea contractantă către ofertanți în condițiile în care scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai

înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind nescrise [...]."

Pentru motivele arătate, contestatorul solicită respingerea excepției tardivității, respectiv a apărărilor de fond referitoare la pretinsa contestare a documentației de atribuire, ca nefondate.

2. Contrar opiniei entității contractante, contestatorul subliniază faptul că, conform dispozițiilor legale incidente oferta sa nu poate fi respinsă pentru chestiuni care nu au fost indicate în mod explicit în fișa de date a achiziției.

Cu toate că, prin punctul de vedere transmis în dosarul cauzei entitatea contractantă a susținut că cerințele aferente expertului RTE ar fi fost solicitate la nivel de caiet de sarcini, respectiv că acestea „sunt cerințe minime în vederea demonstrării conformității Propunerii tehnice și nu sunt cerințe de calificare astfel cum este invocat în contestație”, invocând în acest sens Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 1/2017 („Instrucțiunea nr. 1/2017”), pentru evitarea oricărei confuzii, contestatorul precizează faptul că Instrucțiunea nr. 1/2017 are ca scop stabilirea modului de formulare, în cadrul unei documentații de atribuire, a cerințelor de calificare și selecție legate de personalul de conducere al ofertantului/candidatului și/sau a cerințelor referitoare la personalul propus în cadrul ofertei pentru realizarea obiectului contractului.

Astfel, contestatorul învederează faptul că, Instrucțiunea nr. 1/2017 nu instituie în acest sens vreo derogare de la dispozițiile Legii nr. 99/2016 și H.G. nr. 394/2016 privind obligativitatea stabilirii în mod explicit în cuprinsul Fișei de date a achiziției a tuturor eventualelor cerințe ale entității contractante privind numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului, respectiv a tuturor cerințelor de calificare și selecție (de altfel nici nu ar fi fost posibil ca un act legislativ terțiar, dat în executarea unor legi, astfel cum este Instrucțiunea nr. 1/2017 să contravină Legii nr. 1/2017).

În speță, contestatorul menționează că, în cuprinsul Fișei de date a achiziției entitatea contractantă:

- A inclus ca și criteriu de calificare și selecție cerința referitoare la personalul implicat în executarea acordului cadru/contractelor subsecvente, solicitând, în acest sens dovedirea accesului ofertanților la un manager de proiect/contract, responsabil SSM și responsabil controlul calității, precum și dovedirea îndeplinirii condițiilor privind deținerea capacității tehnice și profesionale de către aceștia (Secțiunea III.1.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională);

- în Secțiunea II 1.2.3 Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului - „Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului”, entitatea contractantă a specificat „NU”;

- în Secțiunea IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice” a solicitat ca, în esență, aceasta să fie realizată prin completarea formularelor din cuprinsul documentației de atribuire.

Prin urmare, astfel cum reiese din prevederile Secțiunilor III.1.3 și III.2.3, și cum a arătat pe larg în cuprinsul contestației, contestatorul susține că nu avea vreo obligație în ceea ce privește indicarea personalului responsabil cu executarea contractului, altul decât cel solicitat explicit prin Fișa de date a achiziției de entitatea contractantă.

În condițiile date, contestatorul consideră că respingerea ofertei sale ca neconformă pentru pretinsa neîndeplinire a unor prevederi din documentația de atribuire care nu constituiau în fapt cerințe obligatorii de calificare și selecție, este nefondată și nelegală.

Pe de altă parte, astfel cum a arătat pe larg în cuprinsul contestației, contestatorul susține că, cerințele minime care se regăsesc numai în caietul de sarcini, fără a fi preluate în Fișa de date a achiziției sunt considerate potrivit legislației achizițiilor publice și a jurisprudenței incidente clauze nescrise.

Contrar opiniei entității contractante, în condițiile în care prin Fișa de date a achiziției aceasta a specificat că nu este obligatorie precizarea numelor și calificărilor profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului (Secțiunea II 1.2.3), iar în Secțiunea IV.4.1 „Modul de prezentare al propunerii tehnice” din Fișa de date a achiziției nu a inclus vreo cerință în sensul descrierii momentului la care personalul implicat în executarea contractului va interveni efectiv, contestatorul susține că, clauzele incluse în acest sens în caietul de sarcini sunt nescrise, și nu pot sta la baza respingerii unei oferte.

În susținere, se invocă, jurisprudența CNSC, respectiv decizia BO2013_4280, prin care s-au consemnat următoarele:

„Totodată, potrivit prevederilor art. 33 alin (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare:

(3) Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise.

Ca o primă constatare; solicitările privind autorizarea de către furnizorul de echipamente, respectiv privind autorizațiile ISCIR pentru montarea și punerea în funcțiune a echipamentelor care intră sub incidența ISCIR, se regăsesc în caietul de sarcini (pag. 7,8,10, 13 și 31) și nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare (cel puțin nu în capitolele destinate includerii cerințelor sau criteriilor de calificare), deși, în mod evident, acestea sunt cerințe sau criterii de calificare și nu specificații tehnice (al căror loc este în caietul de sarcini).

Mai exact, cerințele de calificare menționate nu se regăsesc în invitația de participare și nici în capitolul destinat din fișa de date a achiziției și anume capitolul II 1.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională, fiind totuși amintite într-un alt capitol din fișa de date și anume în capitolul IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice.

Această eroare sau cel puțin lipsa de rigoare a autorității contractante care nu a menționat deloc aceste cerințe de calificare în invitația de participare și nici în capitolele fișei de date destinate acestor

cerințe (III.2.1., III.2.2 sau III.2.3.) a fost de natură să producă și a produs confuzie în ceea ce privește obligativitatea prezentării acestor documente.”

De asemenea, contestatorul menționează că, într-o altă decizie a CNSC, BO2013_3566, pronunțată cu privire la același aspect, au fost reținute următoarele:

„Cerința inclusă în caietul de sarcini, conform căreia, ofertanții vor face dovada că au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, în mod cert este o cerință de calificare.

Cum această cerință nu a fost preluată în fișa de date a achiziției, la secțiunea III.2.3. a) „Capacitate tehnică și/sau profesională conform dispozițiilor mai sus citate, este o clauză nescrisă [...].

De asemenea, susținerea autorității contractante că autoarea contestației și-a asumat riscul ca oferta să-i fie respinsă ca neconformă prin întocmirea ofertei tehnice fără respectarea cerințelor caietului de sarcini, este considerată de Consiliu eronată. Este adevărat că dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006 impun ca oferta să fie întocmită conform prevederilor documentației de atribuire, însă dispozițiile art. 33 alin. (3) din aceeași ordonanță de urgență sancționează cu nulitatea cerințele de calificare incluse în caietul de sarcini. Astfel că, indiferent dacă ofertanții au prezentat sau nu documente în susținerea cerinței din caietul de sarcini ofertanții vor face dovada că au mai executat piese similare la care durata de exploatare a depășit 9000 ore, acest lucru nu poate constitui motiv de neconformitate a propunerii tehnice.”

Nu în ultimul rând, contestatorul apreciază că, trebuie remarcat și că, potrivit prevederilor art. 22 alin. (10) din anexa la H.G. nr. 394/2016:

„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității entității contractante”.

Or, contestatorul susține că, în cauza dată, cerințele entității contractante incluse în Capitolul IX „Cerințe privind personalul necesar pentru implementarea acordului cadru - Subcapitolul IX. 1 Structura și responsabilitățile personalului necesar pentru execuția Lucrărilor 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, sens în care, cele reținute de ,, , în adresele contestate privind neconformitatea ofertei nu pot sta la baza respingerii ofertei sale.

Stabilirea în Caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise fiind sancționată cu inexistența acestora, contestatorul consideră că este irelevant dacă cerințele în discuție au făcut sau nu obiectul unei solicitări de clarificări/contestații, sens în care, preciză că nu poate fi pusă în discuție nici o eventuală tardivitate a criticilor aduse respectivelor cerințe de calificare nescrise din Caietul

de sarcini, în condițiile în care, altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal.

Mai mult, contestatorul învederează faptul că, o astfel de concluzie a fost reținută prin Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018, după cum urmează:

„Motivul de respingere a ofertei reclamantei vizează nedemonstrarea îndeplinirii cerinței autorizării ISC IR, însă respectiva cerință, făcând parte din clauzele calificate de legiuitor drept nescrise, nu poate fi valorificată ca motiv de respingere.

Caracterul nescris al clauzei înseamnă ca ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze. În sensul că noțiunea de clauză nescrisă semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 848 din 10 mai 2017.

Nescrierea clauzei nu se confundă cu nulitatea ei, deoarece nulă nu poate fi decât o clauza scrisă, nu nescrisă, cum este aceea în discuție. Drept urmare, nu era și nu este necesară atacarea caietului de sarcini de către SC... SRL pentru a avea efect dispoziția legală de la art. 36 alin. (6) din norme (altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauza nescrisă al cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal).

Nicio oferta nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa entității achizitoare modul în care au fost redactate documentele de participare. Nimic nu a oprit compania de apă să includă în anunțul de participare și fișa de date cerința de calificare regăsită în caietul de sarcini [...].

Analiza pe fond a îndeplinirii cerinței în discuție este de prisos, dat fiind ca ea nu are nicio relevanță în desfășurarea achiziției, din cauza caracterului ei de clauză nescrisă”.

În același sens, contestatorul arată că, în Decizia nr. 4880/2015 a Curții de Apel Timișoara au fost subliniate următoarele [...]: „o clauză nescrisă se consideră că nu există deloc, de la bun început, și astfel nici nu poate fi analizată și avută în vedere, astfel încât fiind o cauză de ineficacitate, clauza nescrisă nu produce nici un efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există”.

Nu în ultimul rând, prin Decizia nr. 682/2019, pronunțată în dosarul nr. 4870/2/2019, Curtea de Apel a statuat următoarele:

„Prin urmare se reține că invocarea existenței unor clauze nescrise, cu aplicarea specifică din materia achizițiilor publice nu poate fi determinată de respectarea unor termene impuse de lege pentru contestarea documentației de atribuire sau a actelor de solicitare de clarificări comunicate de autoritatea contractantă către ofertanți în condițiile în care scopul unei astfel de reglementări vizează tocmai înlăturarea aplicării unor astfel de clauze prezumate de lege ca fiind

nescrise, neavând relevanță momentul în care este invocată existența unor clauze nescrise în condițiile în care autoritatea contractantă își întemeiază respingerea unei oferte pe existența unor clauze nescrise care deși formal nu sunt incluse în fișa de date/anunțul de participare, totuși conduc la respingerea ca neconformă a ofertei pentru neîndeplinirea acestora și în același timp aceste cerințe nu constituie specificații tehnice strict necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului ci eventual într-o anumită măsură în legătură cu factorii de evaluare stabiliți pentru acordarea punctajelor fiecăreia dintre oferte, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a menționat în FDA/anunțul de participare la pct. III. 2.3) Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului, cerințele de calificare referitoare la personalul responsabil cu execuția prevăzute în caietul de sarcini „Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu [...].

În plus, Curtea constată că însăși autoritatea a formulat solicitările de clarificări comunicate petentei-contestatoare fără a se face referire la cerințe strict tehnice sau la factorii de evaluare, ci exclusiv fa modul în care ofertantul în cauză înțelege să justifice îndeplinirea cerinței, pentru experții nominalizați în adresa de solicitare de clarificări, a experienței profesionale generale sub dublul aspect solicitat prin caietul de sarcini astfel încât refuzul contestatoarei-petente de a răspunde concludent la aceste solicitări nu putea determina aplicarea prevederilor art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 [...], prin respingerea ofertei ca inacceptabilă/neconformă, o astfel de cerință constituind conform celor reținute anterior o clauză nescrisă care nu este aplicabilă și prin urmare nu poate fi invocată în analizarea admisibilității ofertei [...].

Prin urmare, invocarea disp. art. 215 din Legea nr. 101/2016 și art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 în respingerea ofertei petentei-contestatoare nu corespunde dispozițiilor legale a căror analiză a fost realizată, iar neconcludența răspunsului la solicitările de clarificări sau refuzul ofertantului la aceste solicitări de clarificări urmează a fi valorificate numai în contextul în care în justificarea acestor solicitări se invocă cerințele concrete din FDA/anunțul de participare pentru care se impune o clarificare a documentației ofertei sau cu referire la alte cerințe tehnice din caietul de sarcini decât acelea avute în vedere prin adresa contestată în prezenta cauză”.

Pentru toate argumentele arătate, dar și pentru cele expuse pe larg în cuprinsul contestației, drepturile și interesele sale legitime privind procedura de atribuire sunt în mod grav vătămate de decizia entității contractante de declarare a ofertei Asocierii S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. ca fiind neconformă și inacceptabilă.

În opinia contestatorului, vătămarea sa nu poate fi înlăturată decât prin admiterea contestației, cu consecința anulării deciziei entității contractante privind declararea ofertei Asocierii S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. - S.C. S.R.L. ca fiind neconformă și

inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a Raportului procedurii și a adreselor privind comunicarea rezultatului procedurii, și a obligării entității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa evaluării propunerilor tehnice.

Astfel, pe cale de consecință, contestatorul solicită:

(1) Respingerea excepției tardivității, precum și a celorlalte apărări ale S.C. ca fiind nefondate;

(2) Admiterea Contestației; și, pe cale de consecință,

(3) Anularea deciziei entității contractante privind declararea ofertei Asocierii S.C. S.R.L - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. ca fiind neconformă și inacceptabilă, a tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a Raportului procedurii nr. 983/15.04.2021 și a adreselor prin care i-a fost comunicat rezultatul procedurii nr. 1005/16.04.2021 (pentru Lotul 1);

(4) Obligarea entității contractante la reluarea procedurii de la etapa evaluării propunerilor tehnice.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin licitație deschisă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Executie lucrări de amenajare drumuri și careuri pentru foraj, echipare de suprafață și construcții de conducte la sonde de extracție și injecție – 3 Loturi”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1024629/21.09.2020, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procedurii, au depus ofertă, pentru lotul 1 contestat, 14 operatori economici, printre care și contestatorul, ce au fost accesate, în data de 11.12.2020, astfel cum s-a consemnat în procesul verbal nr. 2674.

Potrivit raportului procedurii nr. 983/15.04.2021, entitatea contractantă a declarat oferta contestatorului ca neconformă și inacceptabilă, în temeiul art. 143 alin. (3) lit. a) coroborat cu art. 140 alin. (5) din H.G. nr. 394/2016.

Împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 1005/16.04.2021 privind lotul 1, contestatorul a depus contestația în cauză ce formează obiectul dosarului nr. 1007/2021.

În ceea ce privește criticile vizând loturile 2 și 3, prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 23021/05.05.2021, SC SRL a comunicat că renunță la criticile formulate cu privire la lotul 2 și 3, cu precizarea că își menține în totalitate criticile privind lotul 1, pentru care a constituit cautiunea aferentă potrivit dispozițiilor legale.

Deoarece potrivit art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de

renunțarea la aceasta de către contestator”, Consiliul ia act de renunțarea la criticile privind loturile 2 și 3 din contestația formulată de SC SRL.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Referitor la excepția privind nedepunerea cauțiunii invocată de entitatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, având în vedere că Asocierea S.C. S.R.L - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. a constituit pentru lotul 1 cauțiunea în cuantum de 644.100,74 lei, conform recipisei de consemnare nr. 207164979/1 din data de 28.04.2021, emisă de CEC Bank - Sucursala Satu Mare, astfel fiind respectate dispozițiile art. 611 din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește excepția tardivității contestației, invocată de entitatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

Asocierea S.C. S.R.L - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. critică raportul procedurii nr. 983/15.04.2021, în referire la lotul 1, despre care a luat la cunoștință la data de 16.04.2021; raportat la data formulării contestației, respectiv 26.04.2021, Consiliul reține că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

Pe fondul cauzei, se reține că oferta depusă de Asocierea S.C. S.R.L - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. la lotul 1 a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă potrivit art. 143 alin. (3) lit. a) coroborat cu art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, deoarece „prin răspunsul la solicitarea de clarificare dvs. ați completat și modificat conținutul propunerii tehnice, și prin urmare nu s-a făcut dovada îndeplinirii cerinței prin care dvs. trebuia să aveți acces la momentul depunerii ofertei la un responsabil tehnic cu execuția autorizat de către ISC pentru domeniile 2.3 construcții poduri și 7.1 construcții pentru îmbunătățiri funciare, astfel cum s-a solicitat în Caietul de sarcini Subcapitolul IX.2 și Clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire”.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, se reține că la Capitolul IX „Subcapitolul IX.1 Structura și responsabilitățile personalului necesar pentru execuția Lucrărilor” din caietul de sarcini, entitatea contractantă a solicitat:

„Contractantul este pe deplin responsabil pentru asigurarea resurselor de personal, respectiv personal cheie și personal calificat de execuție cu un nivel de expertiză corespunzător pentru punerea în operă a Documentației Tehnice, precum și personal suport, pentru derularea în bune condiții a Contractelor Subsecvente ce i se vor atribui în temeiul Acordului-Cadru.

Pe perioada derulării Acordului-cadru, Ofertantul devenit semnatar al Acordului Cadru și parte într-un Contract Subsecvent trebuie să asigure cel puțin categoriile de personal enumerate mai jos:

A. Categoriile de personal cheie [...]:

v. 1 (un) Responsabil Tehnic cu Execuția, autorizat de ISC pentru construcții civile, industriale, agrozootehnice, energetice, telecomunicații miniere;

vi. **1 (un) Responsabil Tehnic cu Execuția, autorizat de ISC pentru construcții rutiere; drumuri, poduri, tunele, piste de aviație [...];**

viii. 1 (un) Responsabil Tehnic cu Execuția lucrărilor de instalații electrice, autorizat de ISC conform Ordinului MDRAP1895/2016 [...]."

Prin Clarificarea nr. 1984/13.10.2020 la documentația de atribuire, entitatea a precizat: **„Responsabilii Tehnici cu Execuția ce trebuie asigurați sunt pentru următoarele domenii: (...) vi: 2.3 Construcții poduri și 7.1. Construcții pentru îmbunătățiri funciare”.**

În opinia Consiliului, motivele pentru care entitatea contractantă a respins ca inacceptabilă și neconformă oferta contestatorului sunt neîntemeiate, din următoarele considerente:

Pe de o parte, oferta a fost respinsă potrivit art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, care prevede că o ofertă este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Însă cerințele menționate anterior, pentru nerespectarea cărora oferta contestatorului a fost respinsă, nu reprezintă specificații tehnice ale caietului de sarcini, ci criterii de calificare, ce trebuiau precizate în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției.

În acest sens, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele dispoziții legale:

-art. 164 din Legea nr. 99/2016: *„Entitatea 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, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.*

-art. 35 din HG nr. 394/2016, *„(1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.*

-art. 36 alin. (4) din anexa la H.G. nr. 394/2016: *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs”.*

-art. 36 alin. (6) din H.G. nr. 394/2016: *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în*

documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/ de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

După cum se vede, entitatea contractantă nu a prevăzut cerințele privind Responsabilii Tehnici cu Execuția autorizați ISC pentru domeniile 2.3 Construcții poduri și 7.1. Construcții pentru îmbunătățiri funciare în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției, ci în caietul de sarcini, deși nu sunt cerințe de natură tehnică.

Potrivit legii, criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs **sunt considerate clauze nescrise.**

Așa cum rezultă din fișa de date a achiziției și anunțul de participare, entitatea 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, fiind precizat: *„Obligație de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu”.*

Cerința de personal din caietul de sarcini nu este o cerință de calificare și selecție a cărei neîndeplinire să conducă la respingerea ofertei.

În condițiile în care această cerință lipsește din cuprinsul fișei de date a achiziției și din anunțul de participare, mențiunea din caietul de sarcini privind documentele 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.**

Nicio oferta nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât este în responsabilitatea entității contractante modul în care a fost elaborată documentația. Nimic nu a oprit entitatea contractantă să includă în anunțul de participare și fișa de date cerința de calificare regăsită în caietul de sarcini; aceasta nu poate fi analizată și avută în vedere, întrucât este clauză nescrisă potrivit art. 36 alin. (6) din H.G. nr. 394/2016 și nu produce nici un efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există.

Pe de altă parte, oferta contestatorului a fost respinsă și ca inacceptabilă în temeiul art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016 potrivit căruia: *„În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.* Se reține că în răspunsul nr. 61/26.01.2021 la clarificarea transmisă de entitatea contractantă, întrebarea nr. 8, asocierea contestatoare a propus doi specialiști RTE autorizați ISC pentru domeniile 2.3 Construcții poduri și 7.1. Construcții pentru îmbunătățiri funciare.

În aprecierea Consiliului, nu este întrunită situația de modificare a propunerii tehnice, iar răspunsul trebuia considerat concludent în mod obligatoriu.

Solicitările de clarificare sunt instrumente esențiale ale oricărei autorități/entități contractante cu scopul de a se edifica asupra situației de fapt privind îndeplinirea/neîndeplinirea cerințelor de calificare sau specificațiilor tehnice și în niciun caz nu pot fi folosite ca pretexte pentru respingerea artificială a unor oferte.

În speță, cu atât mai mult cu cât solicitarea experților specialiști RTE autorizați ISC pentru domeniile 2.3 Construcții poduri și 7.1. Construcții pentru îmbunătățiri funciare a fost omisă din anunțul de participare, entitatea contractantă nu avea dreptul să considere răspunsul la clarificare prin care acești experți au fost precizați, ca o modificare a ofertei.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod eronat entitatea contractantă a respins oferta contestatorului la lotul 1 ca inacceptabilă și neconformă în temeiul art. 140 alin. (5) și art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, deoarece motivele de respingere nu sunt justificate, contestația urmând a fi respinsă.

Pe cale de consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de Asocieria S.C. S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. în contradictoriu cu SA, va dispune anularea deciziei de respingere pentru motivele cuprinse în comunicarea nr. 1005/16.04.2021 a ofertei depusă de Asocieria S.C. S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. la lotul 1, anularea raportului procedurii nr. 983/15.04.2021 în partea privind lotul 1 precum și a tuturor comunicărilor subsecvente acestora.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va dispune continuarea procedurii după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus prin reevaluarea ofertei depusă de Asocieria S.C. S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. la lotul 1, potrivit celor cuprinse în motivare, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicarea prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (8) din Legea nr. 101/2016, Consiliul ia act de renunțarea la criticile privind loturile 2 și 3 din contestația formulată de Asocieria S.C. S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. - S.C., S.R.L. în contradictoriu cu SA.

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge excepțiile privind nedepunerea cauțiunii și tardivității contestației, invocate de entitatea contractantă.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de Asociera S.C. S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,, S.R.L. în contradictoriu cu ,,,,SA.

Dispune anularea deciziei de respingere pentru motivele cuprinse în comunicarea nr. 1005/16.04.2021 a ofertei depusă de Asociera S.C. S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,, S.R.L. la lotul 1, anularea raportului procedurii nr. 983/15.04.2021 în partea privind lotul 1 precum și a tuturor comunicărilor subsecvente acestora.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus prin reevaluarea ofertei depusă de Asociera S.C. S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,,S.R.L. - S.C. ,,,, S.R.L. la lotul 1, potrivit celor cuprinse în motivare, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicarea prezentei decizii.

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, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,
MEMBRU, ...

MEMBRU,