

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. 487/C1/263

Data: 07.03.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5937/03.02.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în sat, comuna nr. 480, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr., având cod unic de înregistrare RO, reprezentat legal prin, și convențional de SCA, cu sediul în, împotriva rezultatului procedurii emis de către SA – SUCURSALA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în, str. Griviței, nr. 32, județul, în cadrul procedurii simplificate, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect „Construire LES MT în vederea creșterii siguranței în alimentarea cu energie electrică în zona Matei Corvin, municipiul, județul” cod CPV: 45231400-9, s-a solicitat:

a) anularea comunicării privind desemnarea drept admisibilă dar necâștigătoare a ofertei publicată în SICAP în data de 28.01.2022;

b) anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de către a fost desemnată câștigătoare;

c) anularea raportului procedurii de atribuire SAL nr. 10974/28.01.2022 emis în prezenta procedură, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acestea (e.g. procese-verbale de evaluare, deciziile/adresele privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire);

d) obligarea entității contractante să reevalueze oferta depusă de către de la etapa verificării admisibilității ofertei, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și a considerentelor deciziei ce urmează a fi pronunțată în cauză.

Prin adresa nr. 3081/18.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 8911/21.02.2022 cu sediul în județul, înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. J24/395/1993, având cod unic de înregistrare RO 3693831, reprezentat legal de, a formulat cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL în cadrul aceleiași proceduri de achiziție, solicitând admiterea cererii de

intervenție, respingerea contestației și menținerea ca temeinică și legală a deciziei entității contractante, respectiv aceea de declarare câștigătoare a ofertei sale.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt contestatorul precizează că conform comunicării rezultatului procedurii de atribuire publicat în SICAP și raportului procedurii, oferta sa a fost considerată admisibilă, fiind clasată pe locul al doilea în clasament, ca urmare a aplicării criteriului „cel mai bun raport calitate-preț”.

Totodată, arată că din cuprinsul acestor documente, rezultă că a fost declarată câștigătoare oferta depusă de către, cu o propunere financiară de 5.447.073,92 lei fără TVA.

Contestatorul susține că oferta nu îndeplinește, însă, cerința de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale și nu satisface în mod corespunzător cerințele Fișei de date și ale documentației de atribuire, fiind, în mod nelegal, declarată admisibilă și câștigătoare de către entitatea contractantă.

Contestatorul consideră că oferta depusă de către nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, dat fiind că nu deține autorizație AFER pentru executarea lucrărilor ce fac parte din obiectul contractului de achiziție publică.

Contestatorul consideră relevante pentru criticile ce urmează a fi dezvoltate mai jos următoarele cerințe impuse prin Fișa de date a achiziției:

a) Capitolul III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale: „Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara rezidentă, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitate profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului”;

b) Capitolul IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice: „Propunerea tehnică se va prezenta în concordanță cu cerințele formulate în caietul de sarcini. Propunerea tehnică va conține minim următoarele: 3. O secțiune dedicată personalului contractantului/resurse și organizare: în care să fie prezentat modul în care vor fi organizate și gestionate activitățile din cadrul contractului ce implică avizarea/atestarea/ autorizarea executantului conform legislației de specialitate incidente (Regulamentul pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice, aprobat prin Ordinul ANRE 45/2016) precum și modul de acces la specialiști atestați, inclusiv prin recurgerea la subcontractanți de specialitate, după caz, demonstrând corespunzător îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale precum și a reglementărilor, standardelor și

normelor aplicabile (în domeniul din care face parte obiectul contractului)".

De asemenea, în opinia sa esențiale sunt următoarele prevederi din Avizul nr. 6/5/1151/13.08.2018 emis de către Compania Națională de Căi Ferate „CFR” - SA („Avizul CFR”) pentru construirea liniilor electrice subterane (LES) - obiect al contractului de achiziție publică, Aviz care face parte din documentația de atribuire pusă la dispoziția ofertanților prin încărcare în SICAP:

a) Pag. 1:

„Traseul cablului electric LES 1 Kv și PAT proiectate se vor amplasa în zona de protecție CFR și va avea zonă de paralelism/oblicitate cu linia cf pe partea dreaptă, între km 658+312 - 658+326, în lungime proiectată perpendicular pe linia cf de 10,00 m, la distanțe cuprinse între 58,00 m - 102,00 m față de axul liniei cf cea mai apropiată de lucrare”. (subl. ns.);

b) „zona de protecție a infrastructurii feroviare publice cuprinde terenurile limitrofe, aflate de o parte și alta a axului căii ferate, indiferent de proprietare, precum și terenurile care servesc la funcționarea căii ferate, în limita a 100m, distanță măsurată din axul ultimei linii de cale ferată. Construcțiile terților vor fi amplasate în această zonă, numai cu aprobarea CNCF CFR - SA, conform actelor normative în vigoare”.

c) Pag. 2:

„3. Execuția lucrărilor se va face de către un constructor autorizat AFER”;

d) Pag. 3:

„23. Nerespectarea celor menționate la punctele 1-22 din prezentul aviz duce la anularea avizului și constituie contravenții sau infracțiuni, ce sunt sancționate conform HG nr. 203/12.05.1994 sau Legii nr. 289/11.10.2005.

Totodată, contestatorul supune atenției inclusiv planșele desenate ce fac parte din proiectul tehnic, pus la dispoziția ofertanților de către autoritatea contractantă, din care rezultă faptul că lucrările se vor executa în zona de protecție CFR, precum și caietul de sarcini, pag. 72, pct. 2.8.

Referitor la acest aspect contestatorul invocă următoarele dispoziții legale incidente:

- Ordinul MT nr. 290/2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul („Ordinul MT nr. 290/2000”) prevede în mod expres faptul că activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant trebuie să fie realizate numai de către persoane autorizate, după cum urmează:

a) art. 1 alin. (1): „(1) în domeniul transportului feroviar și cu metroul produsele și/sau serviciile destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru a fi admise din punct de vedere tehnic, trebuie să fie realizate de agenți economici autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic, denumiți în continuare furnizori feroviari, care fac dovada omologării tehnice feroviare sau, după caz, a deținerii unui acord tehnic feroviar pentru fiecare produs și/sau serviciu furnizat”.

b) art. 2 alin. (2): „(2) Prestarea serviciilor privind întreținerea materialului rulant, precum și construirea, modernizarea, repararea și întreținerea infrastructurii de transport feroviar și cu metroul, denumite în continuare servicii feroviare critice, poate fi efectuată numai de către furnizorii feroviari, dacă aceștia fac dovada că dețin un acord tehnic pentru fiecare serviciu prestat”.

De asemenea, contestatorul arată că Norma privind autorizarea, din punct de vedere tehnic, a furnizorilor de produse și/sau servicii pentru transportul feroviar și cu metroul din 13.04.2000 („Norma tehnică”), aprobată prin Ordinul MT nr. 290/2000, prevede că:

a) art. 1: „(1) în scopul respectării cerințelor privind siguranța circulației și securitatea transportului, calitatea serviciilor, sănătatea oamenilor și protecția mediului în transportul feroviar și cu metroul, activitățile de construire, modernizare, reparare și de întreținere a materialului rulant și a infrastructurii feroviare pot fi efectuate numai de agenții economici autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic de AFER, denumiți în continuare furnizori feroviari.

(2) Produsele și serviciile necesare pentru realizarea activităților specificate la alin. (1), care pot influența siguranța circulației și securitatea transportului, calitatea serviciilor, sănătatea oamenilor și protecția mediului, în transportul feroviar și cu metroul, denumite în continuare, după caz, produse sau servicii feroviare critice, pot fi procurate numai de la furnizori feroviari”;

b) art. 4: „(1) Autorizația de furnizor feroviar este documentul eliberat de către AFER prin care se atestă că un agent economic poate realiza și furniza una sau mai multe categorii de produse și/sau servicii feroviare critice, cu respectarea condițiilor specificate în autorizație.

(2) autorizația de furnizor feroviar dă dreptul agentului economic respectiv să încheie, în condițiile legii, contracte pentru:

(.....)

b) furnizarea produselor și/sau serviciilor feroviare critice pentru care aceștia fac dovada că dețin un certificat de omologare tehnică feroviară sau, după caz, un acord tehnic feroviar”.

Contestatorul arată că dispoziții similare se regăsesc inclusiv la art. 9 din HG nr. 626/1998 privind organizarea și funcționarea Autorității Feroviare Române - AFER, care prevede următoarele:

„Pentru respectarea cerințelor privind securitatea transportului feroviar și cu metroul, în activitățile de construire, reparare, întreținere și exploatare a materialului rulant și a infrastructurii feroviare se vor utiliza numai produse, servicii, precum și personal pentru care AFER a eliberat, după caz, certificate, atestate, autorizații și/sau licențe, dacă prin reglementări interne sau internaționale nu se prevede altfel”.

Totodată contestatorul invocă prevederile art. 2 din HG nr. 203/1994, art. 1 și art. 4 din Legea nr. 289/2005 precum și prevederile art. 29 alin. (4) și art. 30 din OUG nr. 12/1998.

Analizând dispozițiile legale citate anterior, contestatorul arată că rezultă că execuția liniilor electrice subterane în zona de protecție a infrastructurii feroviare se poate realiza doar de către persoane autorizate AFER, fiind interzisă realizarea acestor activități de către persoane care nu dețin autorizația impusă de lege.

Cu toate că această activitate esențială face parte din obiectul contractului de achiziție publică și poate fi realizată numai de către persoane autorizate AFER, astfel cum a demonstrat deja, contestatorul susține că nu deține autorizația AFER prevăzută de lege pentru execuția liniilor electrice subterane în zona de protecție a infrastructurii feroviare.

În ceea ce îl privește contestatorul susține că a demonstrat îndeplinirea acestor cerințe din Fișa de date și din Avizul CFR, prin declararea subcontractantului Nick's Distributors SRL, care deține Autorizația AFER de furnizor feroviar seria AF nr. 8384/29.03.2021 și Acordul tehnic feroviar seria AT nr. 303/06.05.2021, ce au fost depuse odată cu oferta.

Pe de altă parte susține că nu a nominalizat niciun subcontractant autorizat AFER odată cu depunerea ofertei, în vederea realizării lucrărilor de execuție a liniilor electrice subterane ce fac parte din obiectul contractului, motiv pentru care în opinia sa oferta acestuia este inacceptabilă și neconformă.

Dat fiind faptul că aceste lucrări fac parte din obiectul contractului, consideră că avea obligația de a declara subcontractanți autorizați, încă de la momentul depunerii ofertei, în cazul în care ofertantul însuși nu deținea autorizația AFER, obligație care rezultă din dispozițiile art. 68 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

Contestatorul consideră că lipsa acestei autorizații nu putea fi acoperită nici ulterior de către, spre exemplu, în etapa de evaluare a ofertelor, deoarece declararea ulterioară a subcontractanților autorizați, respectiv, după data limită de depunere a ofertelor nu este posibilă, reprezentând în fapt o modificare a ofertei, care se sancționează cu respingerea acesteia ca inacceptabilă, în conformitate cu art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016.

Pentru toate motivele anterior expuse, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată în petitul său.

În raport de dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, solicită să i se permită accesul la dosarul achiziției publice, comunicându-i-se în acest scop data și ora la care se poate prezenta la Consiliu în vederea studierii dosarului achiziției.

În drept, invocă art. 8, art. 10 din Legea nr. 101/2016, precum și toate celelalte prevederi legale invocate în cuprinsul prezentei.

Anexat contestației, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207809761/1 tranzacția: 1172007791/1986423521 din data de 02.02.2022, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 88.000,00 lei.

Prin adresa nr. 21553/10.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 7119/10.02.2022 entitatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația formulată de SC SRL solicitând respingerea ei ca nefondată.

În fapt, entitatea contractantă arată că prin contestația formulată este criticat faptul că în calitate de entitate contractantă, a desemnat ca fiind admisibilă și câștigătoare oferta depusă de către ofertă care din punctul de vedere al contestatorului trebuia a fi respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă deoarece nu îndeplinește cerințele de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale în speță potrivit afirmațiilor contestatorului ofertantul nu deține și/sau nu a prezentat la momentul depunerii ofertei dovada îndeplinirii cerinței de a deține autorizație AFER (Autoritatea Feroviară Română) care dă dreptul exclusiv de a executa anumite categorii de lucrări în zona de siguranță și protecție a infrastructurii feroviare, în condițiile în care lucrările în instalațiile de distribuție a energiei electrice prevăzute în caietul de sarcini se vor desfășura în această zonă.

În considerarea faptului că prin avizul CFR nr. 6/5/1151 din 13.08.2018 emis de CNCF CFR SA, document care face parte din documentația de atribuire - proiect CFR, prin care se precizează faptul că executantul lucrărilor în zona de siguranță și protecție a infrastructurii feroviare va respecta cerința de la punctul 3: „Execuția lucrărilor se va face cu personal autorizat AFER”, entitatea contractantă susține că comisia de evaluare a procedat la analiza ofertei depusă de către, iar constatând lipsa informațiilor privind capacitatea de exercitare a activității profesionale față de precizările din avizul mai sus arătat, au fost solicitate clarificări.

Ofertantul a răspuns în termenul prevăzut, răspuns în cadrul căruia a prezentat Acordul de subcontractare între ofertant și o societate deținătoare a autorizației de furnizor feroviar și Acord tehnic feroviar emise de către AFER, motiv pentru care comisia de evaluare a considerat ca fiind îndeplinită cerința, în conformitate cu prevederile art. 58 din Normele de aplicare aprobate prin HG. 394/2016.

Prin acceptarea subcontractantului în condițiile de mai sus, entitatea contractantă consideră că în speță nu sunt aplicabile

prevederile art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/0216 privitor la modificare ofertei (modificare sancționată cu respingerea acesteia).

Totodată, în susținerea acestui punct de vedere, respectiv că în fapt nu se află în situația unei modificări a ofertei depuse de către ofertantul, entitatea contractantă învederează următoarele aspecte:

Lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire sunt lucrări de natură strict electrică, care pot fi executate doar de către societăți autorizate prin regulamentul ANRE (atestare de către ANRE pentru categoria de lucrări în instalații electrice, lucrări prevăzute prin proiectul/caietul de sarcini).

Faptul că o mică parte din aceste lucrări se execută pe terenuri ce fac parte din zona de siguranță și protecție a infrastructurii feroviare sau în vecinătatea acestor zone nu poate conduce la concluzia că ofertanții participanți la procedura de atribuire trebuie să dețină autorizare AFER.

Reiterează faptul că lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire sunt exclusiv lucrări în instalații electrice, iar parte de lucrări se execută pe terenuri ce fac parte din zona de siguranță și protecție a infrastructurii feroviare sau în vecinătatea acestor zone - și anume demontare LEA 20 kV și PTA 20 kV (linie electrică aeriană și post transformare aerian 20 kilovolți) și pozare (amplasare în subteran, prin săpătură) a cablului electric 1 kilovolt; iar în aceeași categorie de paralelism, în opinia sa este și pozarea cablului de 20 kV și a postului de transformare în anvelopa beton (PTAB), dar care sunt în afara zonei de protecție, pe domeniul public, dar aceste lucrări nu pot fi executate de către societăți/personal care dețin autorizația AFER, fiind necesară și obligatorie doar atestarea ANRE pentru categoria de lucrări prevăzute în documentația de atribuire, condiție îndeplinită de către ofertantul

Trimiterile contestatorului la prevederile Ordinului MT nr. 290/2000, HG 626/1998, HG 203/1994, OUG nr. 12/1998, respectiv la Legea nr. 289/2005 le consideră irelevante în cauză, deoarece în speță procedura de atribuire nu privește execuția de lucrări arătate expres prin aceste acte normative - respectiv activități de construire, modernizare, reparare și de întreținere a materialului rulant și a infrastructurii feroviare și cu metroul.

Entitatea contractantă arată faptul că prin Avizul CFR favorabil condiționat nr. 5/6/1151 din 13.08.2018 și prin autorizația de execuție CFR nr. 46/A/Av/2/134/18.09.2018, administratorul infrastructurii feroviare și-a exprimat acordul pentru executarea lucrărilor de amplasare a unor instalații electrice noi, respectiv executarea de lucrări la instalații electrice existente, prin urmare în speță aceste lucrări la instalațiile electrice nu afectează în nici un fel siguranța circulației și securitatea transportului, în speță nefiind necesare lucrări de subtraversare a liniilor ferate. Prin aceste documente s-a prevăzut expres condițiile de

executare a lucrărilor la instalațiile electrice, respectiv asistență tehnică din partea CFR, anunțarea începerii lucrărilor, etc.

Pentru considerentele mai sus expuse, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 3081/18.02.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 8911/21.02.2022 a formulat cerere de intervenție în interesul entității contractante în contradictoriu cu SC SRL, solicitând admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației și menținerea ca temeinică și legală a deciziei entității contractante, respectiv aceea de declarare câștigătoare a ofertei sale.

.....precizează că are calitatea de ofertant declarat câștigător. Obiectul contestației vizează anularea rezultatului procedurii de atribuire, caz în care participarea sa la soluționarea prezentei cauze este absolut necesară din perspectiva unei corecte soluționări.

În opinia sa condițiile admisibilității cererii sunt îndeplinite, respectiv justifică un interes. Sensus noțiunii de „interes” în literatura juridică este următorul: interesul intervenientului este unul preventiv și el se apreciază în funcție de incidența pe care o poate avea asupra drepturilor sale hotărârea ce se ia în legătură cu cererea principală (I. Deleanu - Tratat de procedură civilă, vol. I, Ed. All Beck, București, 2005). Terțul intervine în proces nu pentru a obține condamnarea unei părți în propriul său profit, ci pentru a preveni compromiterea intereselor sale prin hotărârea ce urmează a fi pronunțată între părțile inițiale. În speță, interesul său rezultă din poziția sa inițială, respectiv cea de ofertant desemnat câștigător, fiind întărit de interesul de a se menține actualul rezultat al procedurii.

Cu privire la alegațiile neîntemeiate ale contestatorului potrivit cărora oferta sa nu ar îndeplini cerința de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale și nu ar satisface în mod corespunzător cerințele fișei de date și ale documentației de atribuire, intervenientul învederează următoarele:

Așa-zisa „cerință de calificare” privind capacitatea de exercitare a activității profesionale invocată de către contestator nu există în realitate la Cap. III.1.1.b) din cuprinsul Fișei de date a achiziției, cerința fiind formulată astfel:

„III. 1.1. b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitate profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Modalitate de îndeplinire: completare DUAE în conformitate cu Notificarea ANAP nr. 240/2016 (Ghid utilizare Document Unic de Achiziții European(DUAE) pentru operatorii economici), urmând ca documentul justificativ, respectiv certificatul ONRC sau pentru ofertanții străini, document echivalent emis în țara de rezidență, să fie prezentat doar la solicitarea entității contractante la finalizarea evaluării ofertelor, de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire. Documentul justificativ se va prezenta în copie legalizată/copie „conform cu originalul”, anexându-se și traducerea autorizată în limba română (dacă este cazul”).

Astfel, arată că așa după cum rezultă din cele antemenționate, în cuprinsul Cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din Fișa de date a achiziției singurul document justificativ solicitat ofertanților în vederea susținerii celor declarate în DUAE este certificatul constatator entitatea contractantă neuzând de dreptul de a solicita „anumite autorizații specifice” în conformitate cu prevederile art. 58 din HG nr. 394/2016.

În egală măsură, intervenientul susține că cerința prevăzută la Cap. IV. 4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice nu este îndeplinită de către oferta sa decât în imaginația contestatorului, care, în încercarea de a induce în eroare, face afirmații neîntemeiate și nereale. Astfel, contestatorul afirmă la pag. 3 din contestație faptul că oferta intervenientului „nu îndeplinește cerința prevăzută la Cap. IV. 4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din Fișa de date a achiziției” contrariul în opinia sa fiind demonstrat în cele ce urmează.

În conformitate cu prevederile Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din Fișa de date a achiziției, Propunerea tehnică se va prezenta în concordanță cu cerințele formulate în caietul de sarcini. „Propunerea tehnică va conține minim următoarele: 3. O secțiune dedicată personalului contractantului/resurse și organizare: în care să fie prezentat modul în care vor fi organizate și gestionate activitățile din cadrul contractului ce implică avizarea/atestarea/autorizarea executantului conform legislației de specialitate incidente (Regulamentul pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice” aprobat prin Ordinul ANRE 45/2016) precum și modul de acces la specialiști atestați, inclusiv prin recurgerea la subcontractanți de specialitate, după caz, demonstrând corespunzător îndeplinirea cerințelor tehnice și contractuale precum și a reglementarilor, standardelor și normelor aplicabile (în domeniul din care face parte obiectul contractului”.

La o analiză sumară a cerinței antemenționate intervenientul arată că rezultă cu forța evidenței faptul că solicitarea entității contractante referitoare la personalul responsabil pentru executarea contractului s-a limitat la legislația incidentă în domeniul instalațiilor electrice, în speță la „Regulamentul pentru atestarea operatorilor economici care proiectează,

execută și verifică instalații electrice" aprobat prin Ordinul ANRE 45/2016, în cadrul acestei secțiuni nefiind menționată legislația din domeniul feroviar, aferentă autorizației AFER.

Cu alte cuvinte, susține că entitatea contractantă a impus în sarcina ofertanților, în cadrul acestei secțiuni, exclusiv obligativitatea de a include în cadrul ofertei o secțiune dedicată personalului care va executa activitățile din cadrul contractului ce implică avizarea/atestarea/autorizarea executantului conform „Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice”, aprobat prin Ordinul ANRE 45 /2016, oferta sa îndeplinind fără putință de tăgadă cerința respectivă, el depunând în cadrul ofertei tehnice Formularul 12 - COMPONENTA ECHIPEI DISPONIBILĂ PENTRU ACEASTĂ LUCRARE, nominalizând personalul atestat ANRE responsabil cu executarea contractului, așa cum rezultă din captura de mai jos, ce conține o parte din personalul nominalizat.

Prin urmare, intervenientul susține că oferta sa îndeplinește cerința prevăzută la Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, pct. 3, contrar alegațiilor neîntemeiate ale contestatorului.

În opinia sa este de necontestat faptul că, după cum este menționat în cuprinsul Avizului nr. 6/5/1151/13.08.2018, lucrările care se vor executa în zona de protecție CFR trebuie să fie executate de către o entitate autorizată AFER „Execuția lucrărilor se va face de către un constructor autorizat AFER”, însă acest lucru nu este echivalent cu obligativitatea ofertantului de a deține autorizație AFER, atâta timp cât respectiva autorizare nu a fost solicitată în cuprinsul Fișei de date a achiziției sau Caietului de sarcini, ofertanții având libertatea de a executa lucrările în conformitate cu prevederile legale, executarea acestora de către un operator care nu deține autorizație AFER fiind practic imposibilă. Prin depunerea ofertei susține că și-a asumat în integralitate cerințele documentației de atribuire, pe care le va respecta întocmai, acest lucru fiind reconfirmat prin intermediul răspunsurilor la solicitările de clarificări adresate în perioada de evaluare a ofertei tehnice, adresate de către comisia de evaluare.

Având în vedere cele prezentate intervenientul susține că oferta sa îndeplinește în integralitate cerințele documentației de atribuire aferentă procedurii, astfel cum a fost ea formulată și în mod legal a fost declarată câștigătoare a procedurii.

În opinia intervenientului mențiunea „Execuția lucrărilor se va face de către un constructor autorizat AFER” din cuprinsul Avizului nr. 6/5/1151/13.08.2018, coroborată cu prevederile susmenționate din cuprinsul Fișei de date a achiziției și modelului de contract (Executarea, prin orice mijloace, a unei lucrări, realizarea, prin orice mijloace, a unei construcții etc.) conduc la concluzia că ofertantul câștigător al procedurii are obligația de a executa în mod corespunzător contractul, în conformitate cu obligațiile asumate prin depunerea ofertei, nu că este obligat să

dețină el însuși autorizația AFER sau că este obligat să declare un subcontractant care deține autorizația AFER, în condițiile în care, nicăieri în cuprinsul Fișei de date a achiziției sau Caietului de sarcini nu a fost menționată această cerință.

În susținerea celor antemenționate înțelege să invoce Decizia CNSC 2900/C1/3085/30.12.2021.

Cu toate acestea, în vederea reasigurării entității contractante cu privire la executarea în condiții corespunzătoare a contractului, deși acest lucru nu mai era necesar, intervenientul susține că, prin intermediul adresei nr. 3061/20.01.2022, reprezentând răspuns la solicitarea de clarificări a entității contractante, a nominalizat societatea SC SA în calitate de subcontractant în vederea executării lucrărilor pentru care este necesară autorizația AFER, prezentând pentru aceasta autorizația și agreementul AFER.

Prin urmare consideră că este absolut irelevant atât faptul că el nu a declarat subcontractant autorizat AFER la momentul depunerii ofertei, din moment ce acest lucru, după cum a demonstrat mai sus, nu era obligatoriu prin raportare la cerințele documentației de atribuire, astfel cum a fost aceasta edictată de către entitatea contractantă, cât și faptul că subcontractantul a fost nominalizat ulterior depunerii ofertei, respectiva clarificare având doar rol de „asigurare” a entității contractante că nu vor deveni incidente riscurile asumate de către aceasta prin nesolicitarea, în cuprinsul documentației de atribuire, a autorizației AFER.

Învederează Consiliului faptul că este absolut surprinzătoare conduita contestatorului, care își întemeiază contestația pe faptul că el nu deține autorizația AFER și pe faptul că nu a declarat la momentul depunerii ofertei un subcontractant care să dețină respectiva autorizație, în condițiile în care însăși contestatorul a adoptat aceeași conduită în cadrul a două proceduri anterioare organizate de către aceeași entitate contractantă, identice cu procedura care face obiectul speței deduse judecății, una dintre cele două proceduri fiindu-i atribuită acesteia.

Intervenientul arată că în conformitate cu prevederile 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 sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, iar în conformitate cu prevederile art. 88 din aceeași lege, „Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă”.

Prin depunerea ofertei intervenientul susține că și-a asumat în integralitate cerințele documentației de atribuire, pe care le va respecta întocmai.

În privința evaluării ofertelor pe baza unor criterii care exced cerințelor documentației de atribuire, intervenientul susține că jurisprudența este unitară. În susținerea acestei afirmații înțelege să invoce jurisprudența CNSC și a Curților de Apel.

Așadar, intervenientul consideră că entitatea contractantă în mod corect a declarat admisibilă și câștigătoare oferta sa, de natură a aduce economii considerabile în bugetul entității contractante, diferența de preț dintre oferta sa - 5.447.073,92 lei și oferta contestatorului - 6.300.000 lei (cu 532.498 lei mai mare decât valoarea estimată a procedurii - 5.767.502 lei), fiind de 852.926,08 lei, nefiind în măsură de a o respinge raportându-se la alte cerințe decât cele care se regăsesc în cuprinsul documentației de atribuire aferentă procedurii.

În opinia sa stabilirea unor reguli/cerințe/criterii identice pentru toți ofertanții este în concordanță cu scopul instituit de legislația în materia achizițiilor publice, și anume concurența între operatorii economici și are drept principiu tratamentul egal între aceștia, modalitatea în care poate fi realizat acest lucru fiind evaluarea ofertelor prin raportare la aceeași documentație de atribuire, pentru ca aceste oferte să poată fi comparate și pentru ca entitatea contractantă să atribuiască contractul de achiziție publică celui ofertant care a prezentat cea mai avantajoasă ofertă.

Pentru considerentele expuse, solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de SC SRL și menținerea ca fiind temeinică și legală a deciziei entității contractante, respectiv aceea de declarare drept câștigătoare a ofertei sale.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 9698/23.02.2022 SC SRL transmite Note scrise la punctul de vedere al entității contractante, cererea de intervenție și ca urmare a studierii dosarului cauzei la Consiliu.

După redarea succintă a susținerilor intervenientului și ale entității contractante contestatorul consideră că se impune a fi admisă contestația din următoarele considerente:

În primul rând:

a) Documentația de atribuire impune ofertanților deținerea autorizației AFER, concluzie care rezultă din:

- Cerința de la Cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din Fișa de date;

- Cerința de la Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din Fișa de date.

- Avizul CFR, care face parte integrantă din documentația de atribuire și care trebuie respectat în mod obligatoriu de către toți ofertanții care participă la procedura de atribuire. Respectarea întregii documentații de atribuire nu poate fi lăsată la latitudinea fiecărui

ofertant, în funcție de interesele de moment, ci reprezintă o obligație legală impusă de art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016;

- Solicitarea de clarificări nr. 161/20.01.2022 transmisă de entitatea contractantă către, prin care a cerut intervenientului să clarifice modul în care va respecta cerința de la pct. 3 din cadrul Avizului CFR.

- Care ar fi fost sensul transmiterii unei astfel de solicitări de clarificări dacă nu acela al asigurării entității contractante de faptul că ofertantul deține toate autorizațiile impuse prin documentație și necesare executării lucrărilor în condiții de legalitate și, suplimentar, care este motivul pentru care această solicitare de clarificări nu a fost contestată de către dacă a fost transmisă cu nerespectarea prevederilor documentației de atribuire, respectiv dacă o atare cerință nu se regăsea în documentația de atribuire?

Prin urmare, contestatorul susține că sunt vădit nefondate susținerile în sensul că entitatea contractantă nu ar fi impus, prin documentația de atribuire, în sarcina ofertanților obligația de a prezenta autorizația emisă de către AFER; înscrisurile din documentația de atribuire enumerate mai sus contrazic în mod clar alegațiile intervenientei.

În al doilea rând:

- raționamentul și al entității contractante încalcă principiul legalității desfășurării activității economice, care presupune că orice activitate economică să fie realizată în conformitate cu dispozițiile legale. Or, obligativitatea deținerii autorizației invocate de el este impusă de legislația specială citată pe larg în contestație, în lipsa acestei autorizații contractul nefiind posibil a fi executat în condiții legale;

Astfel, contestatorul arată că chiar și în cazul în care entitatea contractantă nu ar fi solicitat în mod expres deținerea și prezentarea autorizației AFER, oricum această obligație derivă din lege, astfel că toți ofertanții sunt obligați să dețină și să prezinte această autorizație, la momentul depunerii ofertei, indiferent de solicitarea entității contractante.

6. În al treilea rând:

- în replică față de solicitarea de clarificări menționată mai sus, ...a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3061/20.01.2022, prin care a anexat următoarele documente: (i) Acordul de subcontractare nr. 3062/20.01.2022 încheiat de cu subcontractantul SC SA, (ii) Autorizația de furnizor feroviar seria AF nr. 8241/29.09.2020 emisă pe numele subcontractantului și (iii) Acordul tehnic feroviar seria AT nr. 908/08.12.2021 emis pe numele aceluiași subcontractant;

- se poate observa că a încheiat Acordul de subcontractare pro causa, la aceeași dată la care i-a fost comunicată

solicitarea de clarificări (i.e. 20.01.2022), și deci ulterior datei-limită de depunere a ofertelor;

Contestatorul consideră că prin transmiterea acestor documente după data limită de depunere a ofertelor, ...și-a modificat în mod nelegal oferta, devenind astfel aplicabile dispozițiile art. 140 alin. (5) din G. nr. 394/2016 citate inclusiv în contestație, sancțiunea aplicabilă constând în respingerea ofertei ca inacceptabilă.

În al patrulea rând:

Consideră că entitatea contractantă interpretează în mod greșit sensul dispozițiilor art. 58 din HG nr. 394/2016, afirmând că cerința deținerii autorizației AFER ar fi fost îndeplinită de către prin declararea subcontractantului și prezentarea acordului de subcontractare ulterior datei limită de depunere a ofertelor;

În acest sens arată că aceste dispoziții legale se referă, însă, la subcontractantul nominalizat care trebuie să dețină autorizația solicitată prin documentația de atribuire; or, subcontractantul se nominalizează obligatoriu la momentul depunerii ofertei, prin completarea DUAE, obligație ce nu a fost îndeplinită a priori de către;

Din analiza DUAE depus de către, arată că rezultă că la Partea II, Secțiunea A: Informații privind operatorul economic, intervenientul a completat „NU” la paragraful privind situația în care ofertantul participă la procedură împreună cu alții (i.e. subcontractanți, terți susținători);

Așadar, contrar dispozițiilor art. 58 din HG nr. 394/2016 citate mai sus și dispozițiilor art. 68 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, contestatorul arată că nu a declarat subcontractanți autorizați odată cu oferta, astfel că nu mai avea această posibilitate ulterior datei limită de depunere a ofertelor.

Mai mult, contestatorul susține că există o serie de motive pentru care subcontractanții trebuie nominalizați odată cu oferta:

a) În primul rând, deoarece o astfel de obligație rezultă din dispozițiile art. 68 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016;

b) În al doilea rând, pentru că este firesc ca în procesul de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă să aibă în concret dreptul de a verifica dacă subcontractanții nominalizați îndeplinesc o serie de obligații. Un exemplu în acest sens este regăsit chiar în dispozițiile art. 68 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 care prevede că „Subcontractanții propuși în ofertă sau implicați/declarați ulterior semnării contractului trebuie să respecte aceleași obligații ca ofertanții, în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele și acordurile internaționale în aceste domenii, prevăzute în documentația de atribuire potrivit art. 64 alin. (1)”;

c) În al treilea rând, nominalizarea subcontractanților prin ofertă este necesară și pentru a da eficiență dispozițiilor legale referitoare la

regulile privind evitarea conflictului de interese (art. 72 și următoarele din Legea nr. 99/2016);

d) În al patrulea rând, entitatea contractantă are obligația de a verifica dacă subcontractantul se află în vreunul din cazurile de excludere prevăzute de lege.

Mai mult, contestatorul arată că entitatea contractantă are obligația de a verifica dacă subcontractantul propus are capacitatea de a realiza partea din lucrare pentru execuția căreia a fost nominalizat și, în cazul în care subcontractantul nu deține această capacitate, poate solicita ofertantului să îl înlocuiască.

Totodată, precizează și faptul că, potrivit art. 202 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, în cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată, și va avea anexat acordul de subcontractare. Or, DUAЕ se completează și încarcă în SEAP odată cu oferta, respectiv, înainte de data limită de depunere a ofertelor.

În concluzie, contestatorul precizează că legislația în materia achizițiilor publice/sectoriale exclude de plano posibilitatea de a nominaliza subcontractant altfel decât prin ofertă. Singura excepție este întâlnită în executarea contractului de achiziții publice/sectoriale, când executantul/ antreprenorul are dreptul de a nominaliza subcontractant pentru o anumită lucrare, cu acordul autorității/entității contractante. Pe parcursul aplicării procedurii de atribuire nu există însă nicio excepție de la regula potrivit căreia subcontractanții sunt nominalizați prin ofertă;

Mai mult, arată că contrar cerințelor de la Cap. III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului și Cap. VI.3 Informații suplimentare din Fișa de date și a dispozițiilor art. 68 alin. (2), ale art. 183 alin. (3) și ale art. 202 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 citate anterior, în SEAP nu au fost încărcate (i) DUAЕ completat de către subcontractantul indicat de către prin răspunsul la solicitarea de clarificări, și nici (ii) declarațiile solicitate de către entitatea contractantă, respectiv declarație de acceptare a contractului sectorial de lucrări, declarație privind respectarea condițiilor de mediu, social și al relațiilor de muncă, declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 73 din Legea nr. 99/2016, completate de către subcontractant.

Coroborând dispozițiile fișei de date cu cele ale Avizului CFR menționate pe larg în contestație, precum și cu dispozițiile exprese ale legislației ce reglementează executarea lucrărilor în zona de protecție a infrastructurii feroviare, contestatorul arată că este obligatorie deținerea, de către ofertanți, a autorizației eliberate de către AFER, nefiind suficientă, deci, prezentarea numai a autorizațiilor ANRE; iar în situația în care ofertantul însuși nu deține o astfel de autorizație, această lucrare poate fi subcontractată către un operator autorizat, nominalizat în ofertă;

Atât timp cât lucrările se vor executa în zona de protecție a infrastructurii feroviare, contestatorul susține că așa cum a demonstrat deja, nu este necesară și obligatorie doar atestarea ANRE, interpretarea entității contractante fiind contrară atât cerințelor exprese din documentația de atribuire, cât și dispozițiilor legale incidente;

Faptul că doar o parte dintre lucrările aferente procedurii de atribuire se vor executa în zona de protecție CFR, în opinia sa nu poate conduce la concluzia, profund greșită, că ofertanții nu ar trebui să dețină autorizația eliberată de AFER; așa cum a precizat deja, însăși documentația de atribuire prevede în mod expres necesitatea deținerii acestei autorizații;

Contestatorul arată că lucrările de execuție a liniilor electrice subterane în zona de protecție a infrastructurii feroviare fac parte din obiectul contractului, astfel că avea obligația de a declara subcontractant autorizat pentru executarea acestor lucrări, încă de la momentul depunerii ofertei, în cazul în care intervenientul nu dispunea de această autorizație;

.....a declarat subcontractant ulterior depunerii ofertei, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, modificându-și în mod nelegal oferta, sens în care devin aplicabile dispozițiile art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016 referitoare la respingerea ofertei ca inacceptabilă;

Dispozițiile art. 68 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 prevăd faptul că ofertantul trebuie să precizeze în ofertă partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze, neexistând posibilitatea legală ca o altă persoană să execute o parte din contract, însă aceasta să nu fie declarată subcontractant în procedura de atribuire. În opinia sa o interpretare contrară ar nesocoti grav inclusiv definiția dată subcontractantului prin dispozițiile art. 3 alin. (1) pct. 52 lit. zz) din Legea nr. 99/2016, permițând, în mod nelegal, aplicarea dispozițiilor imperative ale legislației achizițiilor publice după bunul plac al ofertanților, respectiv după cum doresc sau nu să declare subcontractanții, aspect care trebuie cenzurat în mod categoric de către Consiliu;

Declararea ca fiind câștigătoare a unei oferte care, în realitate, se impune a fi respinsă ca inacceptabilă și neconformă, în opinia sa conduce la încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Așadar, faptul că entitatea contractantă a permis intervenientului să declare subcontractant ulterior depunerii ofertei și, astfel, să își modifice în mod nelegal oferta, contravine principiilor tratamentului egal și transparenței.

Pentru toate motivele anterior expuse și pentru cele dezvoltate pe larg în contestație, solicită admiterea contestației sale, astfel cum a fost formulată, și respingerea cererii de intervenție.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,
CONSILIUL constată următoarele:

..... SA – SUCURSALA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura simplificată, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect „Construire LES MT în vederea creșterii siguranței în alimentarea cu energie electrică în zona Matei Corvin, municipiul, județul” cod CPV: 45231400-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat SCN1098611/14.12.2021, conform căruia valoarea estimată a contractului este 5.767.502,00 lei, fără TVA. Criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate preț”.

În cauza care face obiectul prezentei, ...a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr. 8911/21.02.2022 față de contestația formulată de SC SRL în cadrul dosarului nr. 263/2022, care prezintă natura juridică a unor cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția entității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererile de intervenție drept cereri de intervenție accesorii formulate în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză are calitatea de ofertant câștigător al procedurii, iar cererile sale privesc menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Din contestația formulată de SC SRL, Consiliul reține că acesta critică modul de desemnare a ofertei declarate câștigătoare aparținând, apreciind că acesta din urmă nu ar îndeplini cerința de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale prevăzută în cap. III1.1.b) din Fișa de date, în sensul că nu deține Autorizație AFER pentru executarea lucrărilor ce fac obiectul contractului de achiziție publică.

Având a se pronunța, potrivit principiului disponibilității, strict cu privire la aspectele invocate de către contestator, respectiv cu privire la pretinsa nerespectare a unei cerințe de calificare cu privire la autorizația AFER, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a solicitat operatorilor economici prin anunțul de participare simplificat prezentarea/ deținerea vreunei autorizații AFER pentru executarea lucrărilor ce fac obiectul contractului de achiziție publică, astfel cum în mod eronat susține contestatorul; autorizația AFER indicată de

contestator fiind menționată în cadrul documentului intitulat Avizul CFR nr.6/5/1151 din 13.08.2018 parte a caietului de sarcini (pag. 000285 din dosarul achiziției), în cadrul căruia se menționează la pct.3 , faptul că: *„Execuția lucrărilor se va face cu personal autorizat AFER”.*

Având a determina în ce măsură stabilirea în cadrul caietului de sarcini a unor condiții privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților, în speță condiția deținerii autorizației AFER poate constitui motiv de respingere în etapa de evaluare a ofertelor, Consiliul apreciază ca fiind aplicabile următoarele prevederi legale:

- art. 185 din Legea nr. 99/2016: *„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de capacitate referitoare la:*

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;*
- b) situația economică și financiară;*
- c) capacitatea tehnică și profesională.*

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criteriile de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial / acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Entitatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate criteriile privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”;

- art. 34 din HG nr. 394/2016: *„(1) Entitatea contractantă poate utiliza criteriile de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.*

(2) Entitatea contractantă stabilește criteriile de selecție în cadrul documentației de atribuire atunci când aplică în cadrul procedurii de atribuire etapa de selecție a candidaților și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare ce au fost stabilite de entitatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(5) Entitatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților, ori de câte ori urmează să realizeze o selecție a acestora.

(6) 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”;

- art. 35 alin. (1) din HG nr. 394/2016: „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”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, rezultă că entitatea contractantă are dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților ce au ca scop demonstrarea potențialului tehnic /organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, **sub condiția ca aceste cerințe să fie incluse în anunțul de participare, stabilirea acestora doar în caietul de sarcini fiind considerate clauze nescrise.**

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 129 din HG nr. 394/ 2016), cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile proprii documentației de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, prevederile documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Or, cerința inclusă în caietul de sarcini (avizul nr. 6/5/1151/ 13.08.2018 emis de CFR S.A.), conform căreia : „*Execuția lucrărilor se va face de către un constructor autorizat AFER*”, are natura unei cerințe de calificare și care ar fi trebuit să se regăsească menționată în mod corespunzător și explicit în cuprinsul **anunțului de participare** și

nicidecum inclusă în mod artificial doar în cuprinsul caietului de sarcini, astfel încât oferta să fie respinsă prin raportare la o pretinsă neconcordanță cu această cerință.

În conformitate cu dispozițiile art. 35 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„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”*.

Având în vedere caracterul documentului pretins a lipsi din propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, respectiv a autorizației AFER, Consiliul reține că aceasta nu reprezintă o specificație tehnică a lucrărilor (în sensul dispozițiilor art. 22 alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 394/2016) necesar a fi evaluată în etapa tehnică, ci ține de capacitatea ofertantului de a executa contractul de achiziție publică, încadrându-se astfel în categoria cerințelor de calificare, așa cum sunt acestea definite de legiuitor.

Raportat la faptul că cerințele de calificare privind capacitatea tehnică ofertantului se stabilesc la nivelul anunțului de participare, Consiliul reține că, în prezenta procedură, printre condițiile de participare regăsite la punctele III.1.) și III.1.3), autoritatea contractantă nu a menționat nicio cerință prin care ofertanții erau ținuti să facă dovada deținerii unei autorizații AFER, cerință care, pentru a fi opozabilă, trebuia prevăzută în anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, având în vedere dispozițiile exprese de la art. 34 alin. (6) din HG nr. 394/2016, se constată că acesta reprezintă o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Prin urmare, în această etapă a procedurii de evaluare a propunerilor tehnice, nu se pot adăuga cerințe/specificații noi care nu au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, anterior elaborării și depunerii ofertelor, contestatorul încercând în acest moment să interpreteze/includă anumite cerințe care nu au fost menționate în mod expres în cadrul anunțului de participare astfel încât să devină obligatorii și să constituie temei de respingere a unei oferte.

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza **C-213/2017, CJUE** s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45:

„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C- 19/00, Rec., p. I- 7725, punctul 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C- 448/01, Rec., p. I- 14527, punctul 47), constituie într- adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre altele, Hotărârea Universale- Bau și alții, citată anterior, punctul 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C- 315/01, Rec., p. I- 6351, punctul 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C- 513/99, Rec., p. I- 7213, punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C- 21/03 și C- 34/03, Rec., p. I- 1559, punctul 26)”.

Astfel, în condițiile în care entitatea contractantă nu a impus în cadrul anunțului de participare obligativitatea prezentării de către ofertanți a unei autorizații AFER, o eventuală solicitare a unei autorizații în acest sens ar fi însemnat nerespectarea propriei documentații de atribuire și a regulilor stabilite în cadrul procedurii de achiziție, fapt ce ar fi fost contrar și principiilor tratamentului egal și nediscriminării consacrate de legislația în materie.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi

revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a

stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova,

C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie

2014, Cartiera dell’Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)”

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a

amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are

obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a

stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice; în atare condiții, entitatea contractantă nu avea temei legal de respingere a ofertei declarate câștigătoare, motiv pentru care critica contestatorului este lipsită de temei legal, din moment ce unicul criteriu pe care SC SRL l-a apreciat neîndeplinit de către a fost cel inserat exclusiv în caietul de sarcini. Prin urmare, autoritatea contractantă are obligația de a verifica îndeplinirea

conformității ofertelor tehnice cu respectarea strictă a propriilor cerințe stipulate în cadrul documentației de atribuire, orice altă cerință sau condiție impusă operatorilor economici excede propriilor reguli stabilite.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă SA – SUCURSALA și pe cale de consecință va admite cererea de intervenție formulată de

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă SA – SUCURSALA și, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

.....

Redactat practica deciziei

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 22 (douăzeci și două) pagini