

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 482/03.03.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11126/03.03.2023, înaintată de SC ...SRL cu sediul în ..., reprezentată legal de dl. ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 6799/22.02.2023, emis de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „DB-CL-14 Înființarea și extinderea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în ...” – cod CPV 45231100-6, s-a solicitat:

- *anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 6799/22.02.2023 și a actelor subsecvente și dependente de aceasta;*

- *anularea raportului procedurii nr. 6692/21.02.2023, în ceea ce privește oferta SC ...SRL, a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a actelor subsecvente și dependente de acesta;*

- *anularea deciziei prin care oferta Asocierii SC ...SRL (lider) - SC ... SRL, cu subcontractanți SC ...SRL, SC ...SRL și SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă;*

- *obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei SC ...SRL, cu respectarea dispozițiilor aplicabile în materia achizițiilor sectoriale.*

**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, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia entității contractante de a respinge oferta Asocierii SC ...SRL (lider) - SC ... SRL ca neconformă, în baza prevederilor art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și a prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 934/2016, respectiv de a

anula procedura de atribuire, motivat de faptul că au fost depuse numai oferte neconforme din punct de vedere tehnic, inadmisibile.

Contestatoarea apreciază ca fiind netemeinică și nelegală decizia entității contractante în ceea ce privește respingerea ofertei sale, sens în care înțelege să arate punctual motivele de fapt și de drept pentru care se impune anularea actelor contestate și reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării adminisbilității ofertei Asocierii SC ...SRL (lider) - SC ... SRL.

Comisia de evaluare a transmis patru solicitări de clarificare la Documentația calificare-tehnică:

1. Solicitare nr. 25486/05.09.2022, cu termen de răspuns în data de 08.09.2022, la care asocierea a răspuns prin adresa nr. 151/06.09.2022;

2. Solicitare nr. 29013/29.09.2023, cu termen de răspuns în data de 04.10.2022, la care asocierea a răspuns prin adresa nr. 167/04.10.2022;

3. Solicitare nr. 31741/25.10.2022, cu termen de răspuns în data de 28.10.2022, la care asocierea a răspuns prin adresa nr. 191/28.10.2022;

4. Solicitare nr. 2348/13.01.2023, cu termen de răspuns în data de 18.01.2023, la care asocierea a răspuns în data de 18.01.2023. Contestatoarea redă integral atât solicitarea de clarificare, cât și răspunsul său.

Aceasta învederează Consiliului că solicitarea *Autorizației de execuție a lucrărilor eliberată pentru persoanele fizice și juridice care își manifestă intenția de a desfășura, pe terenuri din domeniul agricol activități de îmbunătățiri funciare conform Ordinului nr. 182/2009* este abuzivă, având în vedere că lucrările ce se vor executa în cadrul proiectului nu fac obiectul îmbunătățirilor funciare, fapt demonstrat prin răspunsul său.

De asemenea, arată că echipamentele *GENERATOR ELECTRIC MOBIL 10 KVA, GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16 KVA, GENERATOR ELECTRIC MOBIL 40 KVA, GENERATOR ELECTRIC MOBIL 60 KVA*, corespund ISO 8528-1, standard care stabilește parametrii tehnici și calitativi ce trebuiesc respectați pentru producerea și asamblarea generatoarelor.

Comisia de evaluare a reținut ca fiind neîndeplinită cerința de calificare din caietul de sarcini privitoare la acordurile și autorizațiile ANIF, Fișele tehnice ale „*GENERATOR ELECTRIC MOBIL 10 KVA*”, „*GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16 KVA*”, „*GENERATOR ELECTRIC MOBIL 40 KVA*”, „*GENERATOR ELECTRIC MOBIL 60 KVA*”. Însă, arată petenta, entitatea contractantă nu a solicitat operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire, cerințele de calificare necesare executării contractului.

În aceste condiții, respingerea ofertei ca neconformă pentru pretinsa neîndeplinire a unor prevederi din documentația de atribuire care nu constituie, în fapt, cerințe obligatorii de calificare și selecție, este considerată nefondată și nelegală. În acest sens, contestatoarea invocă dispozițiile art. 36 alin. (4) și alin. (6) din HG nr. 394/2016.

În opinia sa, stabilirea criteriilor de calificare se realizează cu respectarea principiului proporționalității, criteriile trebuind să aibă legătură concretă cu obiectul contractului care urmează să fie atribuit, fără a se crea premisele utilizării acestora ca mijloc de restricționare a concurenței. În acest sens, entitatea contractantă are obligația să justifice alegerea criteriilor de calificare și, după caz, a criteriilor de selecție în cadrul Strategiei de contractare, evidențiind modul de aplicare a principiului proporționalității, inclusiv prin demonstrarea relevanței cerințelor minime și a criteriilor stabilite în raport cu natura, complexitatea și dimensiunea obiectului contractului.

Criteriile de calificare și selecție prevăzute în anunțul de participare se preiau în mod automat în fișa de date și se vor regăsi în cadrul DUAE generat electronic de către entitatea contractantă, ce conține informațiile solicitate ofertanților în raport cu criteriile de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire.

Din interpretarea art. 1225 din Cod civil, rezultă că o clauză nescrisă încalcă o dispoziție legală imperativă, mai precis o normă juridică de la care nu se poate deroga. Așadar, clauza este considerată nescrisă pentru că nesocotește un interes ocrotit de dispoziția respectivă. O clauză nescrisă nu produce efecte juridice, este înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile. 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.

Deci, arată contestatoarea, dacă respectivele avize și autorizații nu au fost solicitate nici prin anunț, ca și criterii privind capacitatea, și nici în caietul de sarcini, necesitatea lor reieșind doar din anumite prevederi ale caietului de sarcini pentru etapa de execuție a lucrărilor, nu se pot solicita în etapa de evaluare.

În conformitate cu capitolul CB-CL-14 Cap. 2-Secțiune 1-Specificații Generale-Cadru Specific:

„Antreprenorul va fi în întregime răspunzător pentru întocmirea oricăror documentații în vederea obținerii/actualizării avizelor, autorizațiilor, licențelor și aprobărilor necesare pentru execuția lucrărilor, precum și pentru cele ce ar putea fi considerate necesare în urma eventualelor modificări/adaptări ce pot interveni pe parcursul execuției.

Antreprenorul va obține autorizația de execuție în zona drumurilor naționale și a căilor ferate, în baza acordului prealabil/aviz CFR și va fi responsabil de întocmirea documentațiilor tehnice în conformitate cu cerințele entităților avizatoare.

Antreprenorul va avea în vedere faptul că, pentru căi ferate și pentru drumuri naționale, autoritățile vor putea impune ca documentațiile tehnice să fie făcute de către companii autorizate”.

Astfel, precizează autoarea contestatației, nu sunt specificate lucrări în zona canalelor ANIF ce necesită deținerea unui agrement tehnic sau autorizație de execuție lucrări de îmbunătățiri funciare în domeniul agricol.

În ceea ce privește afirmația entității contractante potrivit căreia echipamentele de tip generator cuprinse în cadrul ofertei tehnico-financiară *„sunt fără grad de protecție”*, petenta menționează că generatoarele ofertate sunt conforme standardelor în vigoare.

Aceasta arată că în *caietul de sarcini - pentru Generatoare* au fost incluse o serie de cerințe și specificații tehnice care îngăduiesc accesul egal al operatorilor economici la procedura de atribuire, respectiv gradul de protecție solicitat. În completarea fișei tehnice s-a dorit evidențierea acestui aspect, și anume că gradul de protecție IP54 nu poate fi aplicat complet asupra echipamentului. Astfel, echipamentele ofertate au grad de protecție IP54 pentru panoul de control și pentru carcasa, iar pentru alternator IP23, conform standardelor în vigoare. În susținere, contestatoarea atașează punctul de vedere al furnizorului declarat, precum și fișa tehnică oferită de un alt colaborator de la care a solicitat ofertă de preț și care a dat un răspuns relevant în acest sens.

Contestatoarea învederează că entitatea contractantă a dispus respingerea ofertei motivat de faptul că nu a răspuns concludent și că oferta depusă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini privind agrementele și autorizațiile ANIF, Fișele tehnice ale „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 10 KVA”, „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16KVA”, „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 40 KVA”, „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 60 KVA”, cerințe care reprezintă un veritabil criteriu de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională.

Ori, în opinia sa, fiind o veritabilă cerință de calificare care vizează capacitatea tehnică și/sau profesională, aceasta ar fi trebuit să se regăsească în mod obligatoriu menționată în mod corespunzător, explicit. În condițiile în care această cerință lipsește cu desăvârșire din cuprinsul fișei de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare, în conformitate cu art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016, mențiunea din caietul de sarcini privind documentele de calificare pentru agrementele și autorizațiile ANIF, Fișele tehnice ale GENERATOR ELECTRIC MOBIL 10 KVA, GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16 KVA, GENERATOR ELECTRIC MOBIL 40 KVA, GENERATOR ELECTRIC MOBIL 60 KVA, este o CLAUZĂ NESCRISĂ care nu poate produce niciun efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Astfel, aceasta consideră că decizia entității contractante de respingere a ofertei ca neconformă este nelegală și netemeinică, fiind

luată pe baza unei cerințe inexistente în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției, fiind nescrisă.

Așadar, apreciază că entitatea contractantă ... nu poate descalifica oferta depusă de Asocierea SC ...SRL - SC ... SRL, cu subcontractanți SC ...SRL, SC ...SRL și SC ... SRL pe temeiul neîndeplinirii unei condiții care nu este scrisă, ori nu îi este aplicabilă potrivit documentației de atribuire.

Contestatoarea arată că, din ansamblul legislației din domeniul achiziției publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele documentației de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate). Dacă documentația a fost incomplet sau greșit întocmită, atunci sancțiunea este aceea a anulării procedurii de atribuire, în contextul art. 225 alin. (1) lit. c), coroborat cu alin. (2), din legea achizițiilor sectoriale. În cuprinsul anunțului de participare sau al fișei de date a achiziției nu apare trecută obligația operatorilor economici de a îndeplini exigența agrementelor și autorizațiilor ANIF, Fișele tehnice la care se raportează organizatoarea în demersul său de a elimina oferta.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societatea 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.

Eventuala neglijență din partea entității în redactarea documentației de atribuire nu poate avea repercusiuni asupra ofertanților, care au înțeles să se conformeze formei posibil deficitară a documentației.

Entitatea contractantă a transmis documentele relevante și necesare în soluționarea contestației, atașat punctului de vedere nr. 8433/08.03.2023, înregistrat la Consiliu cu nr. 13005/13.03.2023, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

Preliminar, aceasta prezintă pe scurt activitatea comisiei de evaluare în cadrul procedurii de atribuire a contractului *„DB-CL-14 înființarea și extinderea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în Nucet, Persinari, Văcărești, Lucieni și Ludești”*, arătând că au fost depuse numai oferte neconforme din punct de vedere tehnic, astfel că a hotărât anularea acesteia, în baza art. 224 și art. 225 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale cu modificările și completările ulterioare.

În ceea ce privește oferta depusă de Asocierea SC ...SRL - ..., entitatea contractantă arată că aceasta a fost respinsă ca neconformă din punct de vedere tehnic, în baza prevederilor art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și a prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 934/2016, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, din următoarele motive:

La solicitarea de clarificare nr. 2348/138 POIM cu termen de răspuns până cel târziu la data de 18.01.2023, răspuns postat în SEAP în data de 18.01.2023, înregistrat la registratura CATD cu nr. 2933/223POIM în data de 19.01.2023.

Entitatea contractantă arată că Solicitarea nr. 1 pct 1.1 lit. b) a cerut ofertentului o serie de clarificări la care acesta a răspuns iar rezultatul evaluării a fost următorul:

„Certificatul de atestare seria FF nr. 720/18.06.2021 al subcontractantului ... SRL atestă modul legal de întocmire a acestor documentații, nu atestă executarea de lucrări. Răspunsul nu este acceptabil”.

Conform documentației de atribuire, având în vedere că lucrările se realizează în zona canalelor ANIF este necesar ca aceste lucrări să se execute de către societăți specializate care dețin agremente și autorizații ANIF. În cazul în care ofertanții nu dețin aceste atestate/autorizații și doresc să realizeze în totalitate și în mod conform serviciile ce fac obiectul procedurii în cauză, aveau obligația de a declara terțele persoane fizice/juridice care dețin aceste atestate/autorizații și care vor realiza serviciile ca subcontractori.

Entitatea contractantă arată că cele mai recente decizii care susțin cele precizate mai sus se regăsesc postate la anunțul de participare nr. CN1036587/07.11.2021 - Decizie CNSC 1230/C8, mențiunile din NOTE DE BUNE PRACTICI cu privire la interpretarea noțiunilor de furnizor și subcontractant în contractul de achiziție publică/sectorial emisă de AGENȚIA NAȚIONALĂ PENTRU ACHIZIȚII PUBLICE, precum și alte decizii, precum: Decizia civilă nr. 607/2018, pronunțată în dosarul 33/45/2018, de către Curtea de Apel Iași, Decizia Consiliului nr. 2865/C10/3036/07.11.2018, Decizia civilă nr. 805/15.04.2021, pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia Civilă nr. 5117/29.11.2017, pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 8303/2/2017.

Drept urmare, comisia de evaluare a considerat cerința minimă neîndeplinită, oferta fiind neconformă în baza prevederilor art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și a prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Entitatea contractantă mai arată că prin Solicitarea nr. 4, lit. c) a solicitat o clarificare referitoare la prevederea din fișa de date a achiziției SECȚIUNEA IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice: Caiet de sarcini, cap. 4 – Fișe tehnice la care ofertantul a răspuns iar în urma analizării acestuia comisia de evaluare a stabilit că:

„Referitor la Fișa tehnică 21-24: Produsul prezentat nu respectă fișa tehnică - respectiv generatoarele sunt fără grad de protecție.

Este specificat în Fișele tehnice «Grad de Protecție - Nu se aplică», în condițiile în care în conformitate cu Răspuns Consolidat 1 din

29.07.2022 Document: [CN1044122/00026] Răspuns consolidat 1 - clarificări 1-8-semnat.pdf.p7m-publicat în SEAP în data de 29.07.2023, ora 14.39, Solicitare de clarificare nr. 7 din data de 26.07.2022 (referința CATD 21999/25.07.2022): «Se va lua în considerare Grad de Protecție IP54» în loc de «Grad de Protecție IP65», deci se consideră Grad de Protecție IP54”.

Răspunsul a fost considerat neconcludent, întrucât la solicitarea de clarificare privind prezentarea acordului tehnic al producătorului Cummins Romania SRL, care să confirme varianta constructivă solicitată prin documentația de atribuire, ofertantul a depus punctul de vedere al producătorului care nu respectă prevederile caietului de sarcini.

Urmare punctului de vedere comunicat de autoritatea contractantă, contestatoarea a transmis concluzii scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 13485/14.03.2023, arătând că își menține în integralitate toate criticile prezentate în contestația formulată.

Aceasta precizează că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, lato sensu, prevalează primele, în sensul că entitatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă, și în subsidiar normele legale.

În opinia sa, solicitarea entității contractante nr. 2348/138POIM de a explicita capacitatea de a realiza în mod legal activitățile din cadrul obiectului contractului, excede prevederilor documentației de atribuire, fiind o veritabilă cerință de calificare care vizează capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel că aceasta ar fi trebuit să se regăsească în mod obligatoriu menționată, explicit, în cuprinsul fișei de date a achiziției, respectiv în anunțul de participare, actuala lipsă ducând la considerarea cerinței drept clauză nescrisă, care nu poate produce efecte juridice.

Cu toate acestea, în cadrul Propunerii tehnice, pagina 16, și-a asumat răspunderea pentru întocmirea oricăror documentații în vederea obținerii/actualizării tuturor avizelor, autorizațiilor, licențelor și aprobărilor necesare pentru execuția lucrărilor: „Antreprenorul va fi în întregime răspunzător pentru întocmirea oricăror documentații în vederea obținerii/actualizării tuturor avizelor, autorizațiilor, licențelor și aprobărilor necesare pentru execuția lucrărilor, precum și cele ce ar putea fi considerate necesare în urma eventualelor modificări/adaptări ce pot interveni pe parcursul execuției. Similar la pagina 185: Antreprenorul este responsabil de obținerea tuturor avizelor și pagina 38: Subtraversările și supratraversările din cadrul proiectului vor fi proiectate în detaliu de către Antreprenor, întocmirea proiectelor se va face conform cu legislația națională, respectând prevederile Legii nr. 10/1995 - publicată în Monitorul Oficial nr. 12/1995 cu privire la calitatea în Construcții, cu modificările și completările ulterioare.”

În susținere, contestatoarea invocă poziția exprimată de Comisia Europeană în Hotărârea Curții din 26 Ianuarie 2023, cauza C-403/21, SC NV Construct SRL împotriva Județului Timiș:

Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare.

Petenta învederează că, în cadrul activităților din contract sunt și documente ce necesită anumite autorizări/certificări/avize, însă din moment ce entitatea contractantă nu a solicitat expres depunerea unor astfel de dovezi la momentul depunerii ofertelor (în cadrul fișei de date a achiziției/anunțului de participare), nefiind un criteriu de calificare, atunci este o obligație pe care operatorul câștigător o va urmări în etapa execuției lucrărilor.

În plus, petenta consideră că a constrânge ofertanții să îndeplinească toate condițiile de executare a contractului încă de la prezentarea ofertei lor constituie o cerință excesivă, care riscă să descurajeze operatorii să participe la procedurile de achiziții publice, încălcând prin aceasta principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24.

Argumentul în sensul că autorizațiile/avizele/certificările în discuție reprezintă condiții legale, intrinseci, care nu țin de necesitatea prevederii lor la nivelul documentației de atribuire, ci de dispozițiile legale în vigoare nu poate fi validat, întrucât cerințele pe baza cărora se realizează evaluarea ofertelor sunt, în mod exclusiv, cele stabilite de organizatoare în documentația de competiție, transparentizate ca atare.

Nu se poate lăsa la aprecierea operatorilor interesați sau a terților determinarea căror condiții trebuie să se supună pentru a fi admiși la licitație, prin studierea întregii legislații în vigoare în România.

În ceea ce privește precizarea entității contractante că echipamentele de tip generator cuprinse în cadrul ofertei tehnico-financiare „sunt fără grad de protecție”, contestatoarea apreciază că este vorba despre o confuzie regretabilă privind acest aspect. În realitate, grupurile electrogen ofertate corespund standardelor în vigoare pentru acest echipament, respectiv standardului internațional ISO 8528, standard care se referă la grupuri electrogene de curent alternativ acționate de motoare cu ardere internă cu mișcare alternativă.

Expresia „Nu se aplică”, face referire la faptul că echipamentul respectiv, conform standardelor internaționale, are grad de protecție diferit pentru componente, în sensul că panoul de comandă are grad de

protecție IP54, însă alternatorul are grad de protecție IP23, conform cerințelor standardelor în vigoare.

Cu adresa nr. 9517/20.03.2023 entitatea contractantă a transmis la dosarul cauzei concluzii scrise prin care detaliază argumentele prezentate prin punctul de vedere.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat, în data de 08.03.2023, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208952233/1, din data de 07.03.2023, în valoare de 1.634.936 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

..., în calitate de entitate contractantă, a publicat în SEAP anunțul de participare ... în data de 24.06.2022 privind procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „DB-CL-14 *Înființarea și extinderea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în ...*”. Valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 81.746.778 lei, fără TVA, termen stabilit pentru depunerea ofertelor 11.08.2022, ora 15:00. Criteriul de atribuire „*Cel mai bun raport calitate-preț*”.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 2 oferte, așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 6692/21.02.2023, respectiv:

1. Asocierea SC ... SRL; și
2. Asocierea SC ...SRL – SC

După evaluarea ofertelor, comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii de atribuire înregistrat sub nr. 925/22.02.2023 prin care a luat decizia anulării acesteia în temeiul art. 224 lit. b) și art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, întrucât nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă, rezultat comunicat celor doi ofertanți.

Împotriva acestui rezultat a formulat contestație Asocierea SC ...SRL – SC ... prin care solicită anularea raportului procedurii de atribuire nr. 6692/21.02.2023, în ceea ce privește oferta sa, a adresei nr. 6799/22.02.2023 și a actelor subsecvente și dependente de aceasta și obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei Asocierii, cu respectarea dispozițiilor aplicabile în materia achizițiilor publice.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că este criticată decizia entității contractante cu privire la respingerea ofertei sale pe care o consideră abuzivă motivat de faptul că lucrările ce se vor executa în cadrul contractului nu fac obiectul îmbunătățirilor funciare, cum susține entitatea contractantă, iar echipamentele (generatoarele electrice) corespund ISO

8528-1, standard care stabilește parametrii tehnici și calitativi ce trebuie respectați pentru producerea și asamblarea generatoarelor.

În susținerea caracterului nelegal al deciziei contestatoarea mai arată că oferta sa a fost respinsă ca neconformă pentru pretinsa neîndeplinire a unor prevederi din documentația de atribuire care nu constituie în fapt cerințe obligatorii de calificare și selecție, respectiv solicitarea de atestate/autorizații pentru lucrările ce se vor realiza în zona canalelor ANIF.

Analizând motivele de respingere a ofertei, comunicate cu adresa nr. 6799/22.02.2023, Consiliul constată că oferta a fost respinsă, în temeiul art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, „întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințe ale documentației de atribuire, pentru următoarele motive:

La solicitarea de clarificare transmisă cu adresa nr. 2347/138POIM (n.n. 2348/13.01.2023) cu termen de răspuns până cel târziu la data de 18.01.2023, răspuns postat în SEAP în data de 18.01.2023, ora 19.57, nr. 51.01/18.01.2023 înregistrat la registratura CATD cu nr. 2933/223POIM în data de 19.01.2023, respectiv:

1.La Solicitarea nr. 1, pct. 1.1 lit. b)

2.Referitor la pct.A. «Metodologia de executare a contractului» - A.3. Memoriu tehnic descriind metodele de lucru propuse:

1.1Conform Capitolului 2: CS. Cerințele Autorității Contractante, Secțiunea 1: Partea 1 Cerințe specifice proiectului, 3. CERINȚE GENERALE DE PROIECTARE:

«Toate documentele, materialele, procedurile și testele furnizate/executate de Antreprenor vor fi conforme cu toate prevederile legale, Standardele și Regulamentele, normele tehnice din România precum și cu cerințele contractuale».

Conform subcapitolului 3.1.1.1.6.2 SUBTRAVERSĂRI/ SUPRATRAVESĂRI:

«Pe traseul rețelelor de alimentare cu apă se vor întâlni atât subtraversări de drumuri cât și supratraversări de râuri/pârâuri/viroage.

Subtraversările și supratraversările din cadrul proiectului vor fi proiectate în detaliu de către Antreprenor. Întocmirea proiectelor se va face conform cu legislația națională, respectând prevederile Legii nr. 10/1995 – publică în Monitorul Oficial nr. 12/1995 cu privire la calitatea în Construcții, cu modificările și completările ulterioare».

Drept urmare, comisia de evaluare solicită ofertantului următoarele clarificări:

-vă rugăm **explicitați** capacitatea de a realiza în mod legal activitățile din cadrul obiectului contractului, respectiv:

b) Întocmirea documentațiilor necesare în vederea obținerii avizelor, certificatelor sau autorizațiilor pentru obținerea permiselor de traversare/subtraversări canale ANIF care se pot întocmi numai de către persoane fizice și juridice atestate să desfășoare, pe terenuri din domeniul

agricol, activități de îmbunătățiri funciare, studii, proiectare conform ORDIN nr. 182 din 19 februarie 2009 pentru aprobarea Normelor metodologice privind atestarea persoanelor fizice și juridice care își manifestă intenția de adeseșura, pe terenuri din domeniul agricol, activități de îmbunătățiri funciare, studii, proiectare, executare de lucrări și servicii și/sau de fabricare a instalațiilor de irigație și în conformitate cu prevederile art. 71, lit. d) din Legea de îmbunătățirilor funciare nr. 138/2004, republicată.

ați răspuns:

În vederea întocmirii documentațiilor necesare în vederea obținerii avizelor, certificatelor sau autorizațiilor pentru obținerea permiselor de traversare/subtraversări canale ANIF, asocieria ...SRL – ..., a prezentat la paginile 2016-2017 din Propunerea Tehnică, certificatul de atestare seria FF nr. 720/18.06.2021, prin care se atestă modul de întocmire a acestor documentații.

Facem precizarea că atestatul a fost emis în conformitate cu prevederile art. 74, lit. d) din Legea de îmbunătățiri funciare nr. 138/2004 republicată.

Pentru a întări cele menționate mai sus, am prezentat și Acordul de Subcontractare nr. 139/08.08.2022, între liderul de asociere ...SRL și subcontractantul SC ... SRL în care se menționează că acesta este desemnat pentru proiectarea și întocmirea documentațiilor necesare pentru canale ANIF și Gospodării de Apă.

Rezultat evaluare răspuns clarificare:

Certificatul de atestare seria FF nr.720/18.06.2021 al subcontractantului ... SRL atestă modul legal de întocmire a acestor documentații, nu atestă executarea de lucrări.

Răspunsul nu este acceptabil.

Conform Documentației de Atribuire, având în vedere că lucrările se realizează în zona canalelor ANIF este necesar să se execute de către societăți specializate care dețin agremente și autorizații ANIF. În cazul în care ofertanții nu dețin aceste atestate/autorizații și doresc să realizeze în totalitate și în mod conform serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri, aveau obligația de a declara terțe persoane fizice/juridice care dețin aceste atestate/autorizații și care vor realiza serviciile ca subcontractori. (...)

Drept urmare, comisia de evaluare consideră cerința minimă neîndeplinită, OFERTA este considerată neconformă în baza prevederilor art. 228, alin. (5) din Legea 99/2016 și a prevederilor art. 143, alin. (3) lit. a) din HG 934/2016 (n.n. 394/2016), întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

Analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că, așa cum susține și contestatoarea, prin caietul de sarcini s-a prevăzut:

„1.1 Conform Capitolului 2: CS. Cerințele Autorității Contractante,

Secțiunea 1: Partea 1 Cerințe specifice proiectului, 3. CERINȚE GENERALE DE PROIECTARE:

«Toate documentele, materialele, procedurile și testele furnizate/executate de Antreprenor vor fi conforme cu toate prevederile legale, Standardele și Regulamentele, normele tehnice din România precum și cu cerințele contractuale».

Conform subcapitolului 3.1.1.1.6.2 SUBTRAVERSĂRI/SUPRATRAVESĂRI:

«Pe traseul rețelilor de alimentare cu apă se vor întâlni atât subtraversări de drumuri cât și supratraversări de râuri/pârâuri/viroage.

Subtraversările și supratraversările din cadrul proiectului vor fi proiectate în detaliu de către Antreprenor. Întocmirea proiectelor se va face conform cu legislația națională, respectând prevederile Legii nr. 10/1995 – publicată în Monitorul Oficial nr. 12/1995 cu privire la calitatea în Construcții, cu modificările și completările ulterioare»” și nicidecum prezentarea unor certificate sau autorizații la data depunerii ofertelor.

Din analiza prevederilor citate anterior rezultă cu evidență că entitatea contractantă aduce la cunoștința operatorilor economici faptul că trebuie să aibă în vedere că în cadrul contractului vor exista servicii de proiectare și pentru lucrări de *Subtraversări și supratraversări* care trebuie să se facă conform legislației naționale și cu respectarea Legii nr. 10/1995. Ofertantul a răspuns în mod concludent arătând că pentru această parte a contractului a ales să subcontracteze societății ... SRL.

Prin răspunsul transmis ofertantul contestator a **explicat**, așa cum i s-a solicitat de altfel, **cum va realiza legal activitatea de proiectare**.

Motivul de respinge a ofertei pentru lipsa unei certificări sau autorizări pentru executarea lucrărilor, excede prevederilor documentației de atribuire, având în vedere că astfel de documente nu au fost solicitate.

Prevederile documentației de atribuire trebuie să fie clare iar evaluarea ofertelor să se facă exclusiv prin raportare la acestea și nu în funcție de aprecieri ale membrilor comisiei de evaluare cu privire la necesitatea prezentării unor ceritificări/autorizări în etapa de evaluare a ofertelor, în condițiile în care astfel de documente nu au fost solicitate prin documentația de atribuire, respectiv prin caietul de sarcini sau fișa de date sau anunțul de participare.

Prin urmare, nu există niciun motiv pentru care entitatea contractantă ar respinge oferta contestatoarei pentru lipsa unei certificări/atestări pentru executarea lucrărilor de îmbunătățiri funciare (*subtravesări de drumuri cât și supratraversări de râuri/pârâuri/viroage*), în condițiile în care nu există vreo astfel de obligație în documentația de atribuire. Existența unor astfel de lucrări a fost adusă la cunoștința ofertanților pentru ca aceștia să cunoască toate tipurile de lucrări ce se vor executa și de care să țină seama în elaborarea ofertei.

În sensul celor de mai sus, Consiliul va reține ca relevante în speță Hotărârea Curții din 26 ianuarie 2023 în cauza C-403/21 care a avut

obiect cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (România), prin decizia din 22 iunie 2021, primită de Curte la 29 iunie 2021, în procedura SC NV Construct SRL împotriva Județului Timiș cu participarea SC Proiect-Construct Regiunea Transilvania SRL, și care privește în mod direct și această cauză, care a hotărât astfel:

„Pentru aceste motive, Curtea (Camera a treia) declară:

1) Articolul 58 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de aprobare a Directivei 2004/18/CE coroborat cu principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din această directivă trebuie interpretat în sensul că autoritatea contractantă are posibilitatea de a impune drept criterii de selecție obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități care sunt susceptibile să trebuiască să fie realizate în cadrul executării unui contract de achiziții publice și care nu au o importanță semnificativă.

2) Principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză.

3) Articolul 63 alineatul (1) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că se opune ca un ofertant să fie exclus de la o procedură de atribuire a unui contract pentru motivul că nu a desemnat subcontractantul căruia intenționează să îi încredințeze executarea unor obligații rezultate din reglementări speciale aplicabile activităților legate de contractul în cauză și care nu sunt prevăzute în documentele achiziției, atunci când acest ofertant a precizat în oferta sa că va executa aceste obligații recurgând la capacitățile unei alte entități, fără a fi însă legat de aceasta din urmă printr-o convenție de subcontractare”.

Astfel, față de cele reținute anterior, Consiliul constată caracterul nefondat al primului motiv de respingere a ofertei.

Însă, nu la aceeași concluzie a ajuns Consiliul și în ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei când entitatea contractantă a comunicat contestatoarei următoarele:

„2. La Solicitarea nr. 4, lit. c):

4. Referitor la Fișa de date, Secțiunea IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice:

Caiet de sarcini, cap. 4 - Fișe tehnice”:

Comisia de evaluare solicită ofertantului următoarele clarificări:

c) Referitor la fișele tehnice nr. 21 - GENERATOR ELECTRIC MOBIL 10 KVA, nr. 23 - GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16 KVA nr. 25 - GENERATOR ELECTRIC MOBIL 40 KVA și nr. 27 GENERATOR ELECTRIC

MOBIL 16 KVA, conform Răspuns Consolidat 1 din 29.07.2022, clarificarea 7 din data de 26.07.202 (referința CATD 21999/25.07.2022) se considera Grad de Protecție IP54.

Conform Fișei tehnice nr. 21 - GENERATOR ELECTRIC MOBIL 10 KVA, nr. 23 - GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16 KVA nr. 25 - GENERATOR ELECTRIC MOBIL 40 KVA și nr. 27 GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16 KVA depusă în oferta din cadrul documentului FIȘE TEHNICE UTILAJE -ECHIPAMENTE.pdf, având ca producător Cummins România S.R.L. se specifică faptul că varianta constructivă este: **Grad de protecție. Nu se aplică.**

- Având în vedere faptul că prin: Răspunsul Consolidat nr. 1 din 29.07.2022, clarificarea 7 din data de 26.07.202 (referința CATD 21999/25.07.2022) solicită clar și fără echivoc faptul că varianta constructivă este cu Grad de Protecție IP54, drept urmare, se solicită prezentarea acordului tehnic al producătorului Cummins Romania S.R.L., care să confirme varianta constructivă solicitată prin Documentația de atribuire.

ați răspuns:

În cadrul documentului „J. Anexa nr. 2 - Fișe tehnice”, la paginile 901 - 962, veți găsi Fișele tehnice ale produselor „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 10 KVA”, „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 16 KVA”, „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 40 KVA”, „GENERATOR ELECTRIC MOBIL 60 KVA” completată de furnizor, cât și fișele tehnice a producătorului. Vă prezentăm punctul de vedere al furnizorului declarat:

Rezultat evaluare răspuns clarificare:

Referitor la Fișa tehnică 21-24: Produsul prezentat nu respectă fișa tehnică - respectiv generatoarele sunt fără grad de protecție.

Este specificat în Fișele tehnice „Grad de Protecție - Nu se aplică”, în condițiile în care în conformitate cu Răspuns Consolidat 1 din 29.07.2022 Document: [CN1044122/00026] Răspuns consolidat 1 - clarificări 1-8-semnat.pdf.p7m-publicat în SEAP în data de 29.07.2023, ora 14.39, Solicitare de clarificare nr. 7 din data de 26.07.2022 (referința CATD 21999/25.07.2022): „Se va lua în considerare Grad de Protecție IP54 în loc de „Grad de Protecție IP65”, deci se consideră Grad de Protecție IP54”.

Pentru a stabili dacă oferta depusă de contestatoare îndeplinește sau nu cerințele documentației de atribuire, reține că potrivit fișei de date a achiziției, Cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, entitatea contractantă a stabilit că „Propunerea tehnică va fi întocmită astfel încât să asigure posibilitatea verificării corespondenței între aceasta și prevederile caietului de sarcini.

Propunerea tehnică va include:

- Formularul nr. 9 – Propunere tehnică, completat cu toate informațiile solicitate. (...)”.

Consiliul constată că prin caietul de sarcini, Documentația de atribuire, Secțiunea 3 – Fișe tehnice, entitatea contractantă a stabilit în Fișele tehnice nr. 21, 23, 25 și 27 ca cerință minimă *gradul de protecție*.

Ca urmare a unor solicitări de clarificări la documentația de atribuire, prin Răspuns consolidat 1 – clarificări 1-8, entitatea contractantă a adus la cunoștința operatorilor economici că „Se va lua în considerare «Grad de Protecție IP54» în loc de «Grad de Protecție IP65». S-au revizuit Fișele tehnice FT21, FT23, FT25 și FT27. Se anexează Fișele tehnice revizuite”.

Consiliul constată în propunerea tehnică Fișele tehnice nr. 21, 23, 25 și 27 completate de contestatoare conțin **precizarea „Grad de protecție Nu se aplică”**, motiv pentru care entitatea contractantă a solicitat clarificări la care aceasta a prezentat o declarație a producătorului în finalul căreia acesta arată că:

„În primul rând, în fișa tehnică atașată propunerii tehnice se poate observa faptul că produsul oferit este construit conform ISO 8528-1. Acest standard stabilește parametri tehnici și calitativi ce trebuie respectați la proiectarea, producerea și asamblarea generatoarelor. Prin acest standard nu se reglementează cerințele pentru carcasa echipamentului final și pentru motor, alternator și panoul de comandă. De asemenea, prin acesta nu se impune asigurarea unui indice de protecție (IP) pentru carcasă. (...)

În al doilea rând, cerința autorității contractante, atât în forma inițială cât și în forma actualizată după răspunsurile la solicitările de clarificări nu poate fi satisfăcută de niciun produs, indiferent de producătorul acestuia, fiind imposibil de realizat din punct de vedere tehnic o carcasă cu protecție IP54 care să asigure functionarea grupului generator la parametrii normali (...).

În concluzie, așa cum se menționează în fișa tehnică, standardul IP54 pentru carcasa generatorului nu este aplicabil, având în vedere că ISO8523-1 nu prevede această obligație și nici nu este posibil din punct de vedere tehnologic”.

În soluționarea criticilor aduse acestui motiv de respingere a ofertei Consiliul constată că împotriva prevederilor documentației de atribuire cât și a răspunsurilor la clarificări prin care entitatea contractantă a stabilit „Grad de Protecție IP54”, contestatoarea nu a formulat contestație prin care să critice cerința situație în care prevederile documentației și-au întărit forța obligatorie.

Mai mult decât atât, Consiliul constată că sunt formulate prin prezenta contestație critici cu privire la cerințele caietului de sarcini, așa cum afirmă în contestație, respectiv faptul că „în urma analizării documentației de atribuire, am constatat că în caietul de sarcini, pentru Generatoare au fost incluse o serie de cerințe și specificații tehnice care îngreșesc accesul egal al operatorilor economici la procedura de atribuire,

respectiv – gradul de protecție solicitat”, critici care sunt tardive raportat la dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Consiliul mai reține că inclusiv susținerile contestatoarei conduc spre necesitatea anulării procedurii de atribuire. Dacă documentația de atribuire este incorectă procedura ajunsă în fața rezultatului se anulează, nemaifiind posibilă posibilitatea remedierii ei.

Astfel, Consiliul reține că elaborarea ofertelor se face cu respectarea prevederilor art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016 care stabilesc că *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”* iar evaluarea ofertelor de către membrii comisiei de evaluare se face cu respectarea atribuțiilor pe care aceștia le au conform art. 133 alin. (1) din același act normativ *„În raport cu sarcinile și responsabilitățile stabilite, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții: (...)”*

f) verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini”.

Or, oferta depuse de Asocieria SC ...SRL – SC ... nu respectă cerința *„Grad de Protecție IP54”* stabilită prin răspunsul la solicitarea de clarificări publicată în SEAP, adusă astfel la cunoștința tuturor operatorilor economici, decizia de respingere a ofertei ca neconformă în baza art. 228, alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și a prevederilor art. 143, alin. (3) lit.a) din HG nr. 394/2016, se dovedește întemeiată, criticile urmând a fi respinse ca nefondate pentru acest motiv de respingere a ofertei.

Astfel, față de cele reținute anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor referitoare la al doilea motiv de respingere al ofertei, situație în care va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ... și va menține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ... și menține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

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

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

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 exemplare, conține 16 (șaisprezece) pagini.