CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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. 4452/18.10.2017, transmisă prin mijloace elecgtronice și prin poștă, în original înregistrată la Consiliu sub nr. 44157/19.10.2017, respectiv sub nr. 44504/20.10.2017, **SC ... SRL**, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – ... ... A/S, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J40/14062/2014, având CIF RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 592/203/10.10.2017 reprezentând „rezultatul măsurii de remediere dispusă prin adresa nr. 588/203/09.10.2017", întocmită în procedura de atribuire, prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Harghita, în perioada 2014-2020", inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat „anularea adresei nr. 592/203/10.10.2017 (rezultat al măsurii de remediere dispusă prin adresa nr. 588/203/09.10.2017)", „anularea raportului intermediar de evaluare, dacă există", „obligarea entităţii contractante la reevaluarea ofertelor (...)".

SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL & SC ... SRL & ... GMBH, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de administrator, ofertant clasat pe locul I în clasamentul final, a depus cererea de intervenție nr. 293/24.10.2017, transmisă prin fax, mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 44980/24.10.2017, nr. 44982/24.10.2017, respectiv sub nr. 45399/26.10.2017, în cauza ce face obiectul dosarului nr. 3778/2017 și a solicitat „admiterea în principiu a cererii de intervenție" și „respingerea în întregime a contestației"

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

În susținere, SC ... SRL prezintă un istoric al modului de desfășurare a procedurii de atribuire. Astfel, contestatoarea precizează că împotriva rezultatului procedurii, SC ... SRL și SC ... SRL, au formulat contestaţii, care au fost soluţionate de Consiliu, prin decizia nr. .../16.06.2017, iar ca urmare a plângerii formulată împotriva deciziei Consiliului, Curtea de Apel Târgu Mureş, prin decizia nr. 502/11.08.2017, a modificat, în parte, decizia atacată, anulând, în parte, raportul procedurii şi actele subsecvente. Față de acest aspect, contestatoarea subliniază faptul că prin decizia anterior amintită nu a fost modificată, în niciun fel, nici documentaţia de atribuire şi nici răspunsurile la clarificări sau la notificările prealabile formulate anterior depunerii ofertelor.

Ca urmare a punerii în aplicare a deciziei instanţei, contestatoarea precizează că entitatea contractantă i-a transmis adresa nr. 548/203/ 31.08.2017, prin care s-a solicitat clarificarea aspectelor enumerate în decizia Curţii de Apel. Astfel, SC ... SRL a formulat şi transmis răspunsul nr. 3717/05.09.2017, considerat concludent de entitatea contractantă.

În cadrul Procesului-verbal nr. 203/550/06.09.2017, entitatea contractantă a reţinut următoarele: „Comisia a decis să accepte garanţia de participare având în vedere că a fost prezentată în SEAP la data și ora limită de depunere a ofertelor în forma precizată în documentaţia de atribuire și hotărârea Curţii de Apel nu a modificat documentaţia (clarificarea 41)”. Contestatoarea arată că la pag. 6 din acelaşi document, s-au făcut precizări, în sensul că se acceptă și semnătura electronică a numitei ..., având în vedere împuternicirea depusă. Comisia de evaluare a procedat la recalcularea punctajului fiecărui ofertant cu luarea în calcul doar a proiectelor realizate în cadrul unor proiecte de reţele de apă potabilă, reţele de canalizare, staţii de tratare, staţii de epurare.

Finalizând procesul de reevaluare, SC ... SRL arată că entitatea contractantă i-a transmis adresa nr. 568/203/25.09.2017, prin care i-a comunicat următoarele: „în urma evaluării ofertei depuse în cadrul procedurii de atribuire a contractului de servicii mai sus-menţionat, oferta dvs. nu a fost declarată câştigătoare pentru că s-a clasat pe locul II cu 35,20 puncte”, astfel încât, în data de 04.10.2017, a formulat notificarea prealabilă nr. 4244, înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 584/203/04.10.2017, în care a solicitat şi reevaluarea ofertei declarate câştigătoare, cu consecinţa, fie a respingerii ofertei ca neconformă, fie a diminuării punctajului, la care entitatea a răspuns prin adresa nr. 588/203/09.10.2017.

Contestatoarea arată că măsura de remediere dispusă de entitatea contractantă a constat în reevaluarea ofertei sale şi declararea acesteia ca inacceptabilă prin adresa nr. 592/203/10.10.2017, în timp ce oferta declarată câştigătoare nu a fost încă reevaluată.

În continuarea susținerilor, SC ... SRL a formulat consideraţii privind fondul contestaţiei. În ceea ce privește garanţia de participare, contestatoarea face trimitere la clarificarea nr. 41/24.11.2016, postată în

SEAP, care reprezintă un act administrativ ce a intrat în circuitul civil şi a produs efecte juridice. Nici Consiliul şi nici Curtea de Apel Târgu Mureş nu au anulat clarificarea, aceasta fiind valabilă și opozabilă tuturor.

Contestatoarea precizează că Amendamentul nr. 004 din 25.08.2017, confirmă faptul că scrisoarea de garanţie 00888-02-0301421 din 29.11.2016 este emisă în numele asocierii ... SRL - ... ... A/S şi că acoperă în mod solidar toţi membrii grupului de operatori economici. Astfel, rezultă că instrumentul de garantare nu numai că a fost emis în conformitate cu clarificarea nr. 41, act administrativ valid, care produce efecte juridice atât în raport cu entitatea contractantă, cât și cu ofertanţii, dar respectă și „aprecierile" instanţei, prin amendamentul nr. 004 din 25.08.2017, confirmându-se că acesta a fost emis în numele asocierii ... SRL - ... ... A/S și că acoperă în mod solidar toţi membrii grupului de operatori economici. Prin urmare, elementele apreciate de instanţă, cu privire la garanţia de participare, au rămas lipsite de obiect, documentele prezentate fiind de natură a demonstra că aceasta a fost constituită pentru asociere, chiar dacă prin clarificarea nr. 41, act administrativ valid, s-a permis constituirea sa pentru oricare membru al asocierii. Toate aceste aspecte fiind clarificate de societatea sa, prin adresa nr. 3717/05.09.2017, răspuns considerat de către entitatea contractantă concludent.

Referitor la persoana împuternicită să semneze cu semnătură electronică documentele, contestatoarea arată că, aşa cum rezultă din fişa de date, semnarea electronică a documentelor se poate face de reprezentantul legal sau de o persoană împuternicită de acesta. În acest sens, contestatoarea a învederat art. 3 lit. hh) din Legea nr. 99/2016, care stipulează că ofertantul este orice operator economic care a depus ofertă, iar operatorul economic este definit la art. ii) din cadrul aceleiaşi prevederi legale ca orice persoană fizică sau juridică ce oferă licit pe piaţă prestări de servicii.

SC ... SRL consideră că a probat existenţa mandatului expres pentru persoana care a semnat electronic documentele (Laura ...) aferente ofertei prin împuternicirea nr. 6378/29.11.2016 emisă de ... SRL, împuternicirea nr. 6379/29.11.2016 emisă de ... ... A/S și respectiv împuternicirea nr. 6355/29.11.2016 emisă de subcontractorul ... SRL, ataşate răspunsului său nr. 3717/05.09.2017.

Cu privire la reevaluarea făcută de entitatea contractantă în baza deciziei Curţii de Apel, aferentă comunicării nr. 568/203/25.09.2017, contestatoarea învederează că, în etapa de reevaluare, entitatea contractantă a avantajat în mod evident ofertantul declarat câştigător, acesta fiind motivul pentru care solicită remedierea acestei situaţii care contravine principiilor statuate de Legea nr. 99/2016.

În ceea ce priveşte ofertantul declarat câştigător, contestatoarea învederează că, aşa cum rezultă din analiza documentelor depuse de acesta, pentru Şeful de echipă, perioada cuprinsă în recomandarea emisă de EURO APAVOL SA, se suprapune cu cea din recomandarea emisă de APA PROD SA DEVA, iar înscrisurile din Anexa nr. 1 la notificarea prealabilă probează o serie de neconcordanţe în ceea ce priveşte această recomandare emisă pentru perioada septembrie 2015 - martie 2016:

- contractul de servicii cu EURO APAVOL a fost semnat în data de 21.09.2015 conform anunţului de atribuire nr. 162196/29.09.2015, ordinul de începere fiind emis în data de 28.09.2015, astfel încât ipotetica implicare la nivelul lunii septembrie 2015 s-ar rezuma la 3 zile;

- în perioada septembrie 2015 - martie 2016 expertul a fost implicat în contractul „Supervizarea lucrărilor pentru proiectul Extinderea şi reabilitarea infrastructurii de apă şi apă uzată în judeţul Hunedoara”, în calitate de Manager de Proiect, prestând activitate *full time* în relaţia cu beneficiarul Apa Prod SA Deva, conform fişelor de pontaj anexate. Contestatoarea precizează că deţine aceste informaţii, întrucât societatea sa face parte din asocierea care a derulat serviciile de supervizare;

- potrivit declaraţiilor semnate pe propria răspundere de către expert în temeiul Instrucţiunii AM-POS Mediu nr. 122381/AM/27.03.2012, la rubrica „Alte implicări în proiecte finanţate prin POS Mediu” sau alte surse publice este menţionat „NU”;

- însuși expertul în cauză confirmă în relaţia cu beneficiarul Apa Prod SA Deva faptul că în perioada septembrie 2015-martie 2016 nu a avut alte implicări în proiecte;

- este adevărat că a fost nominalizat în oferta declarată câştigătoare de către Euro Apavol, însă implicarea sa efectivă în acest contract nu poate fi dovedită. Din contră, lipsa de implicare în alte proiecte este certificată, pe propria răspundere, chiar de către expert şi confirmată de către SEARCH CORPORATION prin adresa nr. 2699/02.10.2017.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că se impune necesitatea clarificării acestor aspecte de către entitatea contractantă, recomandarea emisă de EURO APAVOL SA, care atestă participarea ca lider de proiect în perioada septembrie 2015- martie 2016, nefiind susceptibilă de a fi luată în considerare la stabilirea punctajului întrucât aceasta nu reflectă realitatea.

Prin adresa SC SEARCH CORPORATION nr. 2699/02.10.2017, contestatoarea arată că se confirmă faptul că între această societate și expertul Dan Ianculescu nu a existat niciun contract de prestări servicii şi nu s-a efectuat nicio plată către acesta, în cadrul contractului *„Asistentă Tehnică pentru pregătirea aplicaţiei de finanţare și a documentaţiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă şi apă uzată în judeţele Ilfov, Giurgiu și Ialomiţa, 2014-2020”*, aspecte care atestă fără echivoc faptul că acesta nu a prestat nicio activitate în cadrul contractului.

În ceea ce priveşte scrisoarea de recomandare, fără număr şi fără dată emisă de COMPANIA DE APĂ TÂRGOVIŞTE DÂMBOVIŢA, prin care se atestă implicarea în calitate de project manager, în perioada 2011-2012, în cadrul contractului de lucrări privind reabilitarea și extinderea reţelelor de apă și canalizare Titu, contestatoarea subliniază următoarele:

- contractul în cauză este unul de lucrări (execuţie), aspect care rezultă cu claritate din anunţul de participare nr. 110983/11.11.2010;

- acest contract de lucrări de tip execuţie, atribuit asocierii VEL SERVICE - CONFORT, a fost reziliat începând cu data de 19.07.2012 şi re-licitat;

- tipul contractului este de tip execuţie, ceea ce înseamnă că experienţa expertului pe componenta de servicii de proiectare nu poate fi dovedită;

- calitatea de project manager al antreprenorului nu se consideră ca cerinţă îndeplinită, conform clarificării nr. 5/31.10.2016 postată în SEAP.

Contestatoarea arată că cele 2 referinţe utilizate de ofertantul declarat câştigător sunt de natură să inducă în eroare entitatea contractantă cu privire la realitatea activităţilor întreprinse de expert, determinând-o să acorde punctaj deşi, în realitate, expertul fie nu a fost implicat, fie a fost vorba de un contract de execuţie lucrări, ceea ce pune mari semne de întrebare cu privire la modul în care ofertantul declarat câştigător a înţeles să-şi elaboreze oferta.

Referitor la adjunctul şef echipă, contestatoarea observă că trei contracte vizează instalaţii din domeniul termoenergetic, iar nu din domeniul apă-canal, iar altul este în derulare, expertul îndeplinind rolul de lider de echipă.

Referitor la contractele în domeniul termoenergetic, contestatoarea observă că acestea au fost contabilizate numai în ceea ce priveşte ofertantul declarat câştigător, prejudiciind ofertantul clasat pe locul II, întrucât pentru expertul propus de acesta din urmă pentru poziţia de Adjunct Şef Echipă, entitatea contractantă nu a luat în considerare proiectele în domeniul termoenergetic deşi acestea cuprindeau servicii de proiectare aferente instalaţiilor de tratare apă uzată, staţii pompare apă fierbinte, reţele transport/distribuţie apă fierbinte, instituind astfel un regim preferenţial faţă de ofertantul declarat câştigător, cu încălcarea principiului tratamentului egal şi al nediscriminării, astfel cum sunt acestea prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016.

Prin urmare, nesocotind principiul tratamentului egal, comisia de evaluare a diminuat în mod artificial punctajul SC ... SRL.

În ceea ce privește neconformitatea propunerii tehnice a asocierii ... SRL & ... SRL & ... GMBH, contestatoarea arată că aceasta se poziționează într-o gravă deficiență tehnică, deoarece pentru implementarea proiectului în cauză, este evident că ar trebui să se respecte prevederile Regulamentului nr. 1303/2013, de stabilire a unor dispoziţii comune privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune, Fondul european agricol pentru dezvoltare rurală şi Fondul european pentru pescuit şi afaceri maritime, precum şi de stabilire a unor dispoziţii generale privind Fondul european de dezvoltare regională, Fondul social european, Fondul de coeziune şi Fondul european pentru pescuit şi afaceri maritime şi de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 1083/2006 al Consiliului.

La capitolul 3.3.2.1.10 din propunerea tehnică, respectiv Realizarea documentaţiilor pentru obţinerea avizelor și acordurilor, care are în vedere descrierea activității de elaborare a documentaţiilor necesare pentru obţinerea avizelor și acordurilor la faza de SF, ofertantul descrie, în mod eronat, activitatea de elaborare a documentațiilor necesare pentru obţinerea autorizaţiei de construcție.

Contestatoarea precizează că activitatea de realizare a documentaţiilor pentru obţinerea Autorizaţiei de Constructie implică

existența Proiectului Tehnic (PT) și ar fi trebuit să fie descrisă în capitolul 3.3.3.2 Elaborarea proiectelor tehnice și documentaţiile de atribuire pentru contractele de lucrări, dar lipsește din cadrul acestui capitol.

Concluzionând contestatoarea arată că propunerea tehnică a ofertantului declarat câştigător nu corespunde cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv, astfel cum dispune art. 139 alin. (2) din Normele metodologice, aprobate prin HG nr. 394/2016, ceea ce este de natură să determine comisia de evaluare să facă aplicarea prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din acelaşi act normativ, cu consecinţa respingerii ofertei acestuia ca neconformă.

În ceea ce priveşte propunerea financiară, SC ... SRL precizează că ofertantul declarat câştigător nu a prezentat Anexa nr. 2 - Defalcare buget, în conformitate cu cele precizate în clarificarea nr. 25 (răspuns UIP nr. 224/201/14.11.2016), acest document fiind foarte important în analiza consecventă a propunerii financiare corelat cu analiza preţurilor ofertate pe componente şi alocarea zilelor de lucru.

Referitor la Documentele aferente DUAE, contestatoarea arată că se poate observa că unele din documentele prezentate sunt foarte vechi, spre exemplu Declaraţia pe propria răspundere privind plata impozitelor şi taxelor locale este emisă la 08.01.2015 și nu rezultă că aceasta ar mai fi valabilă după 2 ani. De asemenea, cazierul judiciar al lui ... este eliberat la 09.12.2016, fără a se prevedea vreun termen de valabilitate. Astfel, entitatea contractantă nu s-a asigurat că documentele prezentate se află în perioada de valabilitate şi certifică realitatea de la momentul depunerii lor.

Cu privire la oferta sa, SC ... SRL consideră că, pentru a se respecta principiul tratamentului egal şi al nediscriminării în ceea ce priveşte oferta sa, devine necesară clarificarea experienţei experţilor prin raportare la noua modalitate de evaluare apreciată de Curtea de Apel, respectiv raportarea la domeniul apă și canal.

Cu privire la „Adjunct Şef de Echipă”, contestatoarea arată că expertul propus pentru această poziţie deţine experienţa similară de proiectare în domeniul apă-canal în mai multe proiecte, aşa cum rezultă din CV-ul prezentat în ofertă. Astfel, aplicând acelaşi raţionament pentru care, în cazul ofertantului câştigător s-au contabilizat proiectele în domeniul termoenergetic pentru că includeau și referințe la instalaţii de tratare ape/ape uzate aferente instalaţiilor termoenergetice, și pentru expertul societății sale trebuie acordat punctaj în ceea ce priveşte acest proiect.

În ceea ce priveşte proiectul „Asistenţă Tehnică pentru Pregătirea unui Portofoliu de Proiecte” (recomandare nr. 100613/16.11.2010 emisă de DG AM POS Mediu), contestatoarea precizează că s-au prezentat în Anexa nr. 7 la notificarea prealabilă, extrase care dovedesc că acestea au cuprins componente de apă, respectiv:

- Aplicaţie de finanţare şi documente suport (studiu de fezabilitate) Iaşi - retehnologizarea pompelor de transport apă fierbinte, retehnologizarea reţelelor de transport apă fierbinte;

- Aplicaţie de finanţare şi documente suport (studiu de fezabilitate) Bacău - retehnologizarea pompelor de transport apă fierbinte, retehnologizarea reţelelor de transport apă fierbinte;

- Aplicaţie de finanţare şi documente suport (studiu de fezabilitate) Timişoara - retehnologizarea pompelor de transport apă fierbinte.

Astfel, contestatoarea arată că informaţii cu privire la vasta experienţă în domeniul apă/canal se regăsesc în CV-ul depus în ofertă. Conform recomandării emise de Ministerul Dezvoltării Regionale, Administraţiei Publice şi Fondurile Europene se certifică implicarea expertului în 10 proiecte de apă finanţate prin programul SAMTID. Prin urmare, luând în considerare componenta de apă din proiectele enunţate anterior, rezultă că expertul întruneşte punctajul maxim.

În ceea ce priveşte „Expert de mediu”, contestatoarea arată că, deşi în cadrul contestaţiei formulată de asocierea ... - Fichtner, aceasta susţinea lipsa experienţei expertului de mediu în proiecte de apă/canal, acesta a omis să precizeze că a utilizat acelaşi expert într-o altă procedură în care se solicita aceeaşi experienţă similară, fiind în posesia tuturor documentelor acestuia încă din data de 1 februarie 2017. În cadrul propunerii sale tehnice, SC ... SRL învederează faptul că se regăseşte recomandarea generală emisă de EnviroScopY SRL pentru perioada 2005-2008 pentru expertul de mediu ..., care atestă participarea acestuia la realizarea a aproximativ 70 de studii de bilanţ de mediu sau evaluări de impact.

De asemenea, în ceea ce priveşte „expertul de achiziţii”, contestatoarea precizează că, în situaţia în care s-ar fi procedat la clarificarea informaţiilor precizate în CV, s-ar fi putut lua în considerare la punctaj şi recomandarea anexată, care cuprinde patru proiecte de apă/canal, prin urmare şi pentru acest expert ar trebui acordat punctaj maxim.

Față de cele învederate, contestatoarea concluzionează faptul se impune necesitatea de a solicita clarificări de la cei doi ofertanţi care mai prezintă oferte valabile astfel încât, la finalizarea procesului de evaluare, să fie atins scopul derulării unei proceduri de achiziţie publică.

SC ... SRL prezintă în continuare, în formă tabelară, o simulare a ipotezelor de lucru care, în opinia sa, demonstrează că, indiferent de aprecierile asupra modalităţii de acordare a punctajului, oferta SC ... SRL se clasează tot pe primul loc.

Autoarea contestației, în finalul susținerilor sale, subliniază maniera discreţionară, inconsecventă şi abuzivă de evaluare de către entitatea contractantă a ofertei în sensul că iniţial a decis clasarea sa pe locul I, în reevaluare pe locul II, pentru ca în reevaluarea reevaluării să o considere inacceptabilă, chiar cu riscul de a se acoperi de ridicol, entitatea contractantă nu a prezentat nicio explicaţie/justificare legală şi obiectivă pentru care în temeiul aceleiaşi decizii a Curţii de Apel Târgu Mureş, iniţial declară oferta admisibilă iar la un interval de 15 zile o declară inacceptabilă. SC ... SRL se întreabă dacă a fost anulată între timp Clarificarea nr. 41 și reiterează faptul că punctele reţinute de entitatea contractantă ca fiind de natură a atrage inacceptabilitatea ofertei ssale, invocând că aşa-zis temei decizia Curţii de Apel, nu sunt justificate date fiind clarificările furnizate prin răspunsul nr. 3717/05.09.2017, potrivit argumentelor prezentate la pct. III.1 şi III.2.

SC ... SRL semnalează faptul că, în lipsa unei reevaluări care să țină cont de argumentele prezentate anterior, menţinerea actualului

clasament ar conduce atât la prejudicierea bugetului entităţii contractante cât şi la aplicarea de corecţii financiare.

Contestatoarea SC ... SRL a solicitat Consiliului acces la dosarul cauzei.

În dovedire, contestatoarea SC ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 44473/3778 C5/20.10.2017, Consiliul a solicitat contestatoarei transmiterea contestației în original. Totodată, Consiliul a încunoștințat contestatoarea că ulterior primirii din partea entității contractante a documetelor necesare, va primi o invitație privind studierea dosarului.

Prin adresa nr. 44474/3778 C5/20.10.2017, Consiliul a solicitat entității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice la data de 25.10.2017, punctul de vedere nr. 608/203/25.10.2017, cu privire la contestația formulată de SC ... SRL, corespondența fiind înregistrată de Consiliu sub nr. 45244/25.10.2017.

Prin punctul de vedere, entitatea contractantă precizează că a adoptat măsuri de remediere, prin adresa nr. 588/09.10.2017 și a acceptat revocarea comunicării nr. 568/25.09.2017, a raportului procedurii și a actelor subsecvente, precum și să procedeze la reevaluarea ofertelor. Entitatea contractantă observă că SC ... SRL nu atacă elementele comunicarii nr. 588/09.10.2017, care reprezintă măsuri de remediere la notificarea prealabilă nr. 4244/04.10.2017 și nu solicită anularea acesteia, ci solicită anularea comunicarii nr. 592/10.10.2017 pentru care nu a formulat o notificare prealabilă. Astfel, contestația cuprinde atacarea unui element nou, respectiv inacceptabilitatea ofertei asocierii SC ... SRL & ... ... A/S, care nu a fost cuprins într-o notificare prealabilă, conform prevederilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Față de acest aspect, entitatea contractantă a solicitat respingerea contestației ca inadmisibilă.

Entitatea contractantă învederează că, prin Decizia nr. 502/R, Curtea de Apel Târgu-Mureș a apreciat că SC ... SRL nu a constituit garanția de participare.

Având în vedere caracterul definitiv al Deciziei Curții, de caracterul ei obligatoriu precum și de opozabilitatea deciziei față de asocierea „...&...”, odată cu pronunțarea deciziei Curții, entitatea contractantă precizează că a încetat și interesul asocierii „...&...” în promovarea oricărei cereri în cadrul procedurii, fie ea notificare prealabilă, fie ea contestație în fața Consiliului. Oferta sa nu-i mai permite să obțina niciun folos din anularea/revocarea vreunui act al autorității contractante și nici nu mai există posibilitatea producerii unei pagube iminente și care nu s-ar putea repara care să-i permită justificarea promovării unei cereri în cadrul procedurii de achiziție publică.

În plus, entitatea contractantă consideră că reținerea existenței interesului asocierii „...&...” în promovarea contestației, ar însemna încălcarea unei hotărâri judecatorești definitive, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca fiind lipsită de interes.

Entitatea contractantă învederează că autoarea contestației atacă dispoziții ale instanței de judecată și considerentele acesteia cuprinse în

Decizia nr.502/2017 din 11.08.2017 a Curții de Apel Mureș, sens în care invocă excepția autorității de lucru judecat.

... consideră ca autoritatea administrativ-jurisdicțională, nu are dreptul să modifice o hotărâre judecătorească definitivă sau să dea dispozitivului hotărârii o altă interpretare decât aceea care rezultă din întregul constituit din considerente și dispozitiv, motiv pentru care a solicitat, din nou, Consiliului respingerea contestației.

În ceea ce privește criticile aduse prin contestație elementelor evaluării de fond, respectiv punctele III.3, III.4 și III.5 din contestație, entitatea contractantă consideră că admiterea excepțiilor pe care le-a invocat, va conduce la concluzia că cercetarea de către Consiliu a altor aspecte este superfluă. Totodată, entitatea contractantă precizează că își rezervă dreptul de a-și completa punctul de vedere.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis, prin poștă, punctul de vedere nr. 608/203/25.10.2017, în original, împreună cu o copie a documentelor necesare soluționării contestației, corespondența fiind înregistrată de Consiliu sub nr. 45449/26.10.2017.

Având în vedere cererea SC ... SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 45166/3778 C5/31.10.2017, contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 01.11.2017.

La data de 02.11.2017, SC ... SRL, a transmis corespondența nr. 4685/02.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 46620/02.11.2017, prin care a formulat concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului procedurii, prin care precizat că deși măsura de remediere dispusă de entitatea contractantă a constat în reevaluarea ofertelor, aceasta s-a aplicat doar asocierii sale, în timp ce ofertei declarate câștigătoare nu i s-a solicitat nicio clarificare. Mai mult decât atât, propunerea tehnică a ofertantului declarat câştigător nu corespunde cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv, astfel cum dispune art. 139 alin. (2) din Normele metodologice, aprobate prin HG nr. 394/2016, ceea ce este de natură să determine comisia de evaluare să facă aplicarea prevederilor art. 143 alin. (3) lit. a) din acelaşi act normativ, cu consecinţa respingerii ofertei acestuia ca neconformă.

Astfel, SC ... SRL a solicitat Consiliului să constate erorile comise pe perioada evaluării/reevaluării în ceea ce priveşte oferta declarată câștigătoare și, în virtutea controlului de legalitate pe care îl exercită, să admită contestația sa, așa cum a fost formulată și să oblige entitatea contractantă la o reevaluare corespunzătoare a celor două oferte valabile, cu respectarea spiritului și literei legii.

Prin adresele nr. 46760/3778 C5/03.11.2017 și nr. 46755/3778 C5/03.11.2017, Consiliul a solicitat entității contractante și intervenientei susțineri față de concluziile scrise formulate de SC ... SRL.

Prin cererea de intervenție nr. 293/24.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 44980/24.10.2017, formulată de **SC ... SRL** lider al asocierii SC ... SRL & SC ... SRL & ... GMBH, a făcut trimitere la decizia nr. 502/R a Curții de Apel Târgu-Mureș și a invocat, excepția lipsei de interes și respectiv a autorității de lucru judecat, având în vedere aceleași aspecte invocare de către entitatea contractantă în punctul de vedere cu privire la contestație.

De asemenea, cu privire la criticile aduse prin contestație asupra elementelor evaluării de fond, respectiv punctele III.3, III.4 și III.5, SC ... SRL consideră, asemenea entității contractante, că admiterea excepţiilor invocate va conduce la concluzia că cercetarea de către Consiliu a altor aspecte este inoportună.

SC ... SRL, prin adresa nr. 294/26.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 45371/26.10.2017, a solicitat Consiliului acces la dosarul cauzei.

Prin adresele nr. 45010/3778 C5/24.10.2017 și nr. 45013/3778 C5/24.10.2017, Consiliul a solicitat entității contractante și contestatoarei părților susțineri cu privire la cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

Contestatoarea a transmis prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 4567/26.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 45337/26.10.2017, prin care a învederat faptul că, întrucât la acest moment mai sunt valabile doar două oferte, respectiv cea a asocierii sale şi cea declarată în mod nelegal câştigătoare, apare ca fiind mai mult decât evident interesul său deoarece, în contextul în care intervenienta pretinde inacceptabilitatea ofertei SC ... SRL, iar societatea sa a demonstrat fără echivoc neconformitatea ofertei intervenientei, ar putea deveni astfel incidente dispoziţiile art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, ceea ce ar determina relansarea procedurii. În acest context, contestatoarea a solicitat respingerea excepţiei invocată de intervenientă ca neîntemeiată.

Cu privire la pretinsa inacceptabilitate a ofertei SC ... SRL, prin raportare la decizia Curţii de Apel Târgu Mureş, contestatoarea precizează că singura entitate abilitată să constate admisibilitatea unei oferte este entitatea contractantă, în conformitate cu dispoziţiile art. 133 alin. (1) lit. j) din HG nr. 394/2016. Instanţa nu s-a substituit comisiei de evaluare în analiza şi stabilirea admisibilităţii ofertelor, ci a făcut anumite aprecieri (raportat la înscrisurile analizate) obligând entitatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertelor cu scopul stabilirii celei mai avantajoase oferte din punct de vedere economic, pe baza criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare prevăzuţi în documentele achiziţiei, precum şi ţinând seama de decizia pronunţată.

Contestatoarea consideră că ... nu a interpretat eronat decizia Curţii de Apel, ci a pus-o în aplicare, aducând procedura în etapa de reevaluare şi solicitând clarificări pentru a se edifica asupra „aprecierilor” Curţii.

În ceea ce priveşte cel de-al doilea pretins motiv invocat, respectiv mandatul persoanei care a semnat electronic documentele (Laura-Mihaela ...), contestatoarea precizează că a dovedit faptul că, pe lângă mandatul general, extins, existau şi mandate exprese (aferente acestei proceduri). De altfel, aşa cum a demonstrat şi în cuprinsul contestaţiei, acest motiv *„eo ipso”* de natură a constitui motiv de respingere a ofertei, neregăsindu-se printre motivele de declarare ca inacceptabilă/ neconformă a ofertei.

Referitor la punctul de vedere formulat de entitatea contractantă prin adresa nr. 608/203/25.10.2017, contestatoarea precizează că adresa nr. 592 - „comunicarea intermediară”, reprezintă implementarea efectivă a măsurii de remediere adoptată de entitatea contractantă ca

urmare a notificării prealabile formulată de societatea sa, în conformitate cu alin. (5) al art. 6 din Legea nr. 101/2016, respectiv declararea ca inacceptabilă a ofertei sale.

Referitor la excepţia autorităţii de lucru judecat, SC ... SRL face precizarea că nu a solicitat Consiliului să se pronunţe împotriva deciziei Curţii de Apel, ci a arătat, în relaţia cu entitatea contractantă că există nişte inadvertenţe între aprecierile instanţei şi actele administrative care produc efecte juridice şi care sunt opozabile atât entităţii contractante cât şi ofertanţilor, respectiv clarificarea nr. 41 şi adresa UIP nr. 0157/2016.

Entitatea contractantă nu a formulat susțineri cu privire la cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, ci doar a confirmat primirea adresei nr. 45013/3778 C5/24.10.2017, prin remiterea acesteia având nr. de înregistrare la societea sa 607/203/25.10.2017.

SC ... SRL a transmis prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 296/27.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 45764/27.10.2017, prin care, referitor la susţinerile contestatoarei în ceea ce privește existența interesului său în cauză, a precizat că, în contestația care a făcut obiectul dosarului nr. 1246/1247/2017, a cerut Consiliului să constate inadmisibilitatea ofertei asocierii „...&...”, întemeîndu-ne pe faptul că garanţia de participare depusă de asociere nu întruneşte condiţiile legale precum și pe lipsa calității de reprezentant a doamnei ....

Intervenienta arată că, prin decizia nr. 502, Curtea a dispus entității contractante ca la reevaluarea ofertelor să țină seama de ceea ce ea, Curtea, a constatat: garanţia depusă de „...@...” nu este, din punct de vedere legal, garanţie, și că reprezentantul nu este, de fapt, reprezentant. Adică, oferta nu respectă criteriile impuse prin fișa de date, iar „a ține seama de prezenta decizie” înseamnă și a ține seama de considerentele deciziei, considerente în care criticile sale împotriva Deciziei CNSC, sub cele două aspecte, au fost declarate ca întemeiate, astfel încât nu poate atrage o altă conduită, o altă măsură din partea entității contractante decât aceea a declarării ca inacceptabilă a ofertei „...@...”.

SC ... SRL mai apreciază că, la acest moment când se soluționează contestația formulată de SC ... SRL, CNSC nu mai are „căderea să judece admisibilitatea ofertei contestatoarei în alți termeni decât a facut-o Curtea”.

În privinţa inacceptabilității ofertei „...@...”, prin prisma Deciziei Curţii de Apel, intervenienta consideră că argumentele sale în combaterea susţinerilor contestatoarei sunt suficiente și nu au nevoie de alte completări.

În finalul susținerilor, intervenienta apreciază că instanta nu a făcut „anumite aprecieri”, ci a tranşat, cu argumente și cu puterea unei hotărâri definitive, chestiunea inacceptabilității ofertei contestatoarei.

Având în vedere cererea SC ... SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 46165/3778 C5/31.10.2017, intervenienta a fost invitată, în acest sens, la data de 02.11.2017.

La data de 03.11.2017, SC ... SRL, a transmis corespondența nr. 309/03.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 46866/03.11.2017, prin care a formulat concluzii scrise ca urmare a studierii documentelor

depuse de asocierea contestatoare la dosarul cauzei în sprijinul cererii sale privind admiterea contestației.

Intervenienta a observat că asocierea „...&...” nu face altceva decât să solicite Consiliului să admita cererea sa și să emită o decizie prin care să modifice o hotărâre definitivă a instanței judecătoreşti.

Astfel, într-o primă fază, intervenienta observă că entitatea contractantă a interpretat în mod eronat Decizia Curţii, reevaluând ofertele, a considerat că poate evalua în continuare oferta contestatoarei, sens în care a solicitat o serie de clarificări privind aspectele semnalate în Decizie, iar în urma reevaluării sub aspectul stabilirii celei mai avantajoase oferte din punct de vedere economic, pe baza criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare prevăzuţi în documentele achiziţiei, a stabilit că oferta asocierii „...&...” a fost clasată pe locul 2, după oferta sa. Actul emis de entitatea contractantă a creat o aparență de drept, de care asocierea contestatoare s-a folosit în continuare pentru promovarea contestației și pentru justificarea interesului său. Apoi, în cadrul contestației de față, contestatoarea a înțeles să se folosească de o serie de înscrisuri care ar dovedi îndeplinirea celor două condiţii, constituirea garanţiei de participare și calitatea de reprezentant al asocierii a doamnei ....

În continuarea susținerilor sale, SC ... SRL a reiterat, în esență, aceleași susțineri învederate anterior.

Prin adresele nr. 46964/3778 C5/06.11.2017 și nr. 46961/3778 C5/26.10.2017, Consiliul a solicitat entității contractante și contestatoarei părților susțineri cu privire la concluziile scrise formulate de SC ... SRL după studiere dosarului cauzei la sediul Consiliului.

SC ... SRL a transmis prin mijloace electronice (e-mail), adresa nr. 4739/07.11.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 47307/07.11.2017, prin care a apreciat că unul dintre principiile specifice procedurii civile îl reprezintă contradictorialitatea, o componentă a dreptului fundamental la apărare, constând în dreptul părţilor aflate pe poziţii cu interese contrare de a propune şi administra probe şi de a pune concluzii în legătură cu problemele de fapt şi de drept care interesează dezlegarea pricinii, însă acesta nu trebuie utilizat într-un mod abuziv, aşa cum a procedat intervenienta care, fără a administra probe, reia aceleaşi susţineri, intitulându-le, de fiecare dată, „concluzii scrise”.

Totodată, SC ... SRL consideră că CNSC constituie factorul de echilibru în „duelul judiciar”, având rolul de a analiza probele instrumentate, iar nu doar simplele alegaţii ale intervenientei catalogate chiar de aceasta a fi de natură „superfluă”.

Entitatea contractantă nu a formulat susțineri cu privire la concluziile scrise formulate de SC ... SRL după studierea dosarului cauzei, ci doar a confirmat primirea adresei nr. 46961 C5/26.10.2017, prin remiterea acesteia având nr. de înregistrare la societea sa 621/203/06.11.2017.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Prin contestația care formează obiectul prezentului dosar, SC ... SRL a solicitat acces la dosarul cauzei. Prin adresa nr. 294/26.10.2017, SC ... SRL a solicitat acces la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 45710/3778 C5/27.10.2017, Consiliul a încunoștințat contestatoarea că dosarele nr. 1246/2017 și nr. 1247/2017, constituite ca urmare a contestațiilor formulate de SC ... SRL și SC ... SRL, nu au fost restituite Consiliului de către Curtea de Apel Mureș, după pronunțarea deciziei nr. 502 din 11.08.2017, motiv pentru care având în vedere documentele depuse de SC ... SRL, marcate „confidenţial”, respectiv propunerea tehnică, în conformitate cu dispoziţiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat comunicarea temeiului juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menţionate de SC ... SRL ca fiind „confidenţiale”, justificarea aceastei încadrări şi demonstrarea prin orice mijloc de probă, caracterul confidenţial al documentelor, conform dispoziţiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că „La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală. Caracterul confidenţial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă”.

Având în vedere faptul că propunerea tehnică a SC ... SRL a fost depusă la dosarul cauzei de către entitatea contractantă, ca urmare a solicitării Consiliului, iar SC ... SRL, în calitate de contestatoare, a solicitat Consiliului studierea documentelor, în conformitate cu dispoziţiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 45717/3778 C5/27.10.2017, Consiliul a solicitat SC ... SRL să comunice, dacă a indicat în cuprinsul ofertei „care informații din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile”, conform art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016. Totodată, Consiliul a precizat ca, în situația prezentării unui răspuns afirmativ, să comunice, documente probante în acest sens, să precizeze temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menţionate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare şi să demonstreze prin orice mijloc de probă, caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că „La cerere, părţile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleaşi condiţii în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanţele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepţia documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidenţiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice şi/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce priveşte secretul comercial şi proprietatea intelectuală. Caracterul confidenţial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă”.

SC ... SRL, a transmis prin mijloace electronice adresa nr. 4594/27.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 45807/30.10.2017,

prin care a precizat că, în speță, caracterul confidenţial este determinat de obiectul principal al contractului, propunerea tehnică reprezentând conceptul societății sale, modalitatea proprie de abordare în atingerea rezultatelor contractului, acestea constituind avantajul concurenţial faţă de ceilalţi competitori. Totodată, contestatoarea considereră că acest contract nu poate fi asimilat unui contract de furnizare sau de prestare a unor simple servicii, care nu conţin prestaţii intelectuale unde „oferta tehnică” nu reprezintă un avantaj concurenţial pe piaţă respectivă.

Contestatoarea precizează că a inserat în cadrul propunerii tehnice depusă în SEAP menţiunea „propunere tehnică - document confidenţial”, în concordanţă cu procedura sa internă şi cu prevederile legale în vigoare.

Un ultim aspect cu privire la confidențialitate, SC ... SRL arată că este de notorietate că vor mai exista licitaţii având obiect similar, la nivelul altor judeţe, iar o serie de competitori, deşi nu au şanse reale în proceduri aflate în derulare, contestă tocmai pentru a avea acces la propunerile tehnice, pe care şi le însuşesc în licitaţiile viitoare.

SC ... SRL a transmis prin mijloace electronice adresa nr. 299/30.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 45986/30.10.2017, prin care a comunicat faptul că toate informaţiile cuprinse în propunerea sa tehnică și financiară sunt confidențiale și nu este de acord ca acestea să fie puse la dispoziţia SC ... SRL.

Analizând susținerile contestatoarei și ale intervenientei, Consiliul a decis să pună la dispoziția părților, care și-au manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, inclusiv cele declarate confidențiale de contestatoare și intervenient.

Consiliul a constatat că susținerile contestatoarei și ale intervenientei nu pot fi apreciate ca reprezentând mijloace de probă de natură să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor invocate, ca atare, de acestea.

Astfel, în vederea respectării principiului transparenței stipulat de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016, dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și luând în considerate prevederile art. 231 alin. (1) și (4) din Legea nr. 99/2016 și dispozițiile art. 154 din HG nr. 394/2016, Consiliul a decis să pună la dispoziția părților, în vederea studiului, toate documentele aflate la dosarul cauzei.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Harghita, în perioada 2014-2020”, coduri CPV 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 79418000-7, (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../15.10.2016, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 17.11.2016, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și o valoare estimată, fără TVA, de 11.944.558 lei.

În prezenta cauză părțile au invocat următoarele excepții:

- excepția inadmisibilității, excepția lipsei de interes și excepția autorității de lucru judecat (aceste excepții au fost invocate de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere);

- excepția lipsei de interes și excepția autorității de lucru judecat (aceste excepții au fost invocate de către intervenienta SC ... SRL).

În ceea ce privește excepțiile invocate de părți, acestea vor fi unite cu fondul cauzei dat fiind că pentru soluționarea acestora este necesară verificarea aceluiași probatoriu, în cauză fiind aplicabile dispozițiile art. 248 alin. (4) din Codul de procedură civilă care stipulează că: *„Excepțiile vor putea fi unite cu administrarea probelor, respectiv cu fondul cauzei numai dacă pentru judecarea lor este necesar să se administreze aceleași dovezi ca și pentru finalizarea etapei cercetării procesului, sau după caz, pentru soluționarea fondului”.*

În cauza care formează **obiectul prezentului dosar**, SC ... SRL a depus cererea de intervenție nr. 293/24.10.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 44980/24.10.2017, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație”* și având în vedere faptul că la data de 19.10.2017, autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

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 SC ... SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, astfel cum a fost calificată.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse un număr de 14 oferte printre care și cea a .....

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ... prin liderul acesteia ... a formulat contestația care a făcut obiectul dosarului nr. 252/2017 soluționat prin Decizia nr. .../01.02.2017, prin care Consiliul a luat act de renunțarea la contestația formulată de către Asocierea ....

Ulterior, în cadrul termenului de contestare, împotriva aceleiași decizii de respingere a ofertei sale, ...prin liderul acesteia ...a formulat

contestația ce a făcut obiectul dosarului 288/2017, prin care a invocat caracterul nelegal al clarificării nr. UIP 359/203/16.01.2017 și al adresei nr. UIP 366/203/20.01.2017.

Cu privire la această contestație, Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. 448/C5/288 din 02.03.2017, astfel:

„Respinge excepția lipsei calității de reprezentant a domnului Bolgar Peter a asocierii ..., invocată de intervenienta SC ... SRL.

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de ..., prin lider de asociere ..., în contradictoriu cu ... (...).

Admite, în parte, cererea de intervenție formulată de SC ... SRL (...)".

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire au formulat contestații SC ... SRL, în calitate de împuternicit al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL – ... GMBH și SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL ... SRL – ... SRL – .. SRL, acestea formând obiectul dosarelor CNSC nr. ... și nr. .../2017.

Cu privire la aceste contestații, Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. ... din 16.06.2017, astfel:

„Respinge excepția lipsei de interes în formularea contestațiilor de către SC ... SRL și SC ... SRL, excepție invocată de către entitatea contractantă.

Respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de SC ... SRL și SC ... SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ....

Admite cererile de intervenție formulate de SC ... SRL și SC ... SRL (...)".

Decizia nr. ... din 16.06.2017 a fost atacată cu plângere, de către SC ... SRL, la Curtea de Apel Târgu Mureș. Prin Decizia nr. 502/R din 11.08.2017, Curtea de Apel Târgu Mureș a admis plângerea formulată SC ... SRL și a constatat că oferta depusă de SC ... SRL nu îndeplinește mai multe cerințe din documentația de atribuire.

Analizând contestația formulată de SC ... SRL, în calitate de împuternicit al asocierii SC ... SRL - *& ... ... A/S*, Consiliul constată că acesta atacă adresa nr. 592/203/10.10.2017, în care autoritatea contractantă a precizat:

<<Având în vedere Hotărârea nr. 502/R din 11.08.2017 a Curții de Apel Târgu-Mureș entitatea contractantă declară oferta dvs. ca inacceptabilă conform art. 143 alin. (2) lit. b) din HG 394/2006, pentru că nu îndeplinește următoarele cerințe din documentația de atribuire: forma garanției de participare si numita ... nu a probat existența calității de împuternicit al Asocierii.

În ceea ce privește încălcarea dispozițiilor legale referitoare la constituirea garanției de participare de către ofertantul SC ... SRL, Curtea reține următoarele:

Cerințele referitoare la garanția de participare, potrivit fișei de date - Capitolul III.1.1.a - (fila 318-319, vol. II. dosar Curte), au fost clarificate prin adresa nr. 41/24.11.2016 (fila 13, vol. 1, dosar Curte), slabilindu-se că „se acceptă depunerea garanției de participare în orice formă stabilită prin fișa de date achiziție, de către oricare membru al asocierii în nume propriu pentru întreaga sumă, iar mențiunea că «este făcută în numele asocierii» să fie inclusă în acordul de asociere".

Rezultă, așadar, că ofertantul Asocierea SC ... SRL & ... ... A/S avea obligația de garantare pentru asociere (chiar în condițiile in care a fost depusă de un membru al asocierii), având în vedere faptul că în cuprinsul scrisorii este exprimată, univoc, poziția de ofertant doar a societății ..... SRL, nefiind făcută vreo mențiune referitor la asociere (fila 2, vol. 7/13, dosar CNSC).

Mai mult, în alin. 4 al Scrisorii, unitatea bancară stipulează expres că garanția de participare își pierde valabilitatea în lipsa unui acord prealabil al acesteia, în ipoteza modificării condițiilor ce au stat la baza emiterii acesteia.

Rezultă, așadar, că nu este îndeplinită condiția impusă de autoritatea contractantă, în raport de prevederile art. 42 alin. 7, art. 71 alin. 3, art. 138 alin. 3 din HG nr. 394/2016 și ale art. 228 alin 4 din Legea nr. 99/2016. (...)

Revenind la speța dedusă judecății, Curtea apreciază că în cuprinsul Scrisorii era necesar să fie făcută referire exactă la asocierea constituită, nu la membrii acesteia, având în vedere scopul constituirii garanției, cu referire la comportamentul „ofertantului" (potrivit art. 41 alin. 1 din HG nr. 394/2016).

În plus, cele două asocieri au prezentat instrumente de garantare (fila 3, vol.8/13, dosar CNSC - referitor la asocierea ... SRL, ... SRL și ..., respectiv fila 2, vol. 9/13, dosar CNSC - referitor la asocierea ... SRL - ... - ... - .... SRL), constituite în numele întregii asocieri.

Pe de altă parte, în Anunțul de participare - pct. 3.1.1. - se face referire expresă la conținutul Scrisorii de garanție, în ceea ce privește cerința ca instrumentul de garantare să vizeze „culpa persoanei garantate" care, în speță, este asocierea și nu o societate membră a acesteia (fila 76, verso, vol. 1/13, dosar CNSC).

În consecință, Curtea apreciază că acest motiv de critică a deciziei CNSC este întemeiat, ofertantul Asocierea SC ... SRL & ... ... A/S neîndeplinind această cerință, respectiv nu a constituit garanția de participare, încălcând astfel prevederile art. 41 alin. 1 și ale art. 42 alin. 7 din HG nr. 394/2016.

În ceea ce privește inacceptabilitatea ofertelor prezentate de către Asocierea SC ... SRL & ... ... A/S si SC ... SA, prin încălcarea cerințelor din Fișa de date, Curtea reține următoarele:

În cuprinsul plângerii (fila 16, vol. I, dosar Curte), se face referire la lipsa mandatului de reprezentare a asocierii, în cazul a doi ofertanți, fiind denumite persoanele și asociațiile, respectiv doamna ... cu Asocierea SC ... SRL & ... ... A/S și Radchengo Mariana Liliana cu Asocierea SC ... SA, astfel cum au fost prezentate în contestație.

Însă, atunci când petiționara formulează argumente concrete referitor la acest aspect de nelegalitate a deciziei CNSC, se referă strict la neregularitățile mandatului acordat numitei ..., de către Asocierea SC ... SRL & ... ... AJS (fila 18, vol. I, dosar Curte), nefiind aduse argumente referitor la pretinsa neregularitate a mandatului reprezentând celălalt ofertant, adică Asocierea SC ... SA. Așadar, Curtea va proceda la analizarea acestui aspect de nelegalitate, strict limitat la motivele invocate de petiționară.

Așa fiind, Curtea constată că Asocierea SC ... SRL & ... ... A/S a fost creată prin Acordul nr. 1/29.11.2016 (fila 3, vol.7/13, dosar CNSC), fiind menționat, în mod expres, obiectul asocierii la art. 2. Din acest acord - art. 1 și 4, rezultă că partenerii au convenit ca liderul de asociere să fie SC ... SRL, semnând pentru lider acest acord, cu ștampilă, numitul Silviu Stoica și pentru ... ... A/S, semnând și aplicând ștampila numita Daniela Căncescu (fila 4. vol. 7/13, dosar CNSC).

... ... A/S a împuternicit pe doamna Daniela Căncescu să reprezinte societatea „la procedura de atribuire a contractului ce face obiectul prezentei achiziții publice" la data de 21.11.2016 (fila 516, vol. 7/13, dosar CNSC), Curtea constatând, astfel, că la data semnării acordului de asociere în vederea participării la procedură, numita Daniela Căncescu era îndreptățită să semneze legal acest acord.

De asemenea, există o împuternicire dată de ... ... A/S, reprezentată de Daniela Căncescu pentru numitul Silviu Stoica, în calitate de administrator al liderului asocierii, să reprezinte acest membru al asociației la procedura de atribuire (fila 518, vol. 713, dosar CNSC).

Această din urmă împuternicire nu are dată, dar având în vedere scopul pentru care a fost acordată, precum și mențiunea expresă referitoare la liderul asocierii, Curtea constată că aceasta nu își putea produce efecte anterior datei de 29.11.2016, data încheierii acordului de asociere. (...)

Pe de altă parte, Curtea constată că împuternicirea vizând-o pe numita ... nu a fost dată de SC ... SRL în calitate de membru al asocierii, de vreme ce, în primul rând, poartă data de 11.07.2016, când asocierea nu era constituită (fila 515, vol.7/13, dosar CNSC) și, mai mult, anunțul de participare nu era publicat în SEAP încă, acesta purtând numărul 170628/15.10.2016 (fila 76, vol.1/13, dosar CNSC).

În al doilea rând, în cuprinsul împuternicirii nu se face nicio referire la vreo procedură de atribuire, cu atât mai puțin la una specifică, cum era menționat în celelalte două împuterniciri anterior menționate, nefiind dată, deci, în legătură cu procedura analizată.

În al treilea rând, împuternicirea nu conține drepturile și obligațiile specifice unei proceduri de atribuire, ale unui contract de achiziții publice, astfel cum au fost enumerate în celelalte două împuterniciri (filele 516, 518, vol.7/13, dosar CNSC), ce se referă doar la mandatarea doamnei ..., în numele SC ... SRL, la semnarea, cu semnătura sa electronică a oricărui înscris care emană de la această societate.

În acest context, nu este, așadar, îndeplinită condiția prevăzută în fișa de date achiziție, la Capitolul IV.4.3., referitoare la semnarea ofertei tehnice, a documentelor de calificare și a răspunsului la solicitările de clarificări, de către reprezentantul legal al ofertantului sau de către o persoană împuternicită de acesta (cu semnătură electronică bazată pe un certificat calificat, fila 323, vol. II, dosar Curte).

Deși numita ... avea dreptul să creeze semnătură electronică bazată pe un certificat digital calificat, pentru societatea ... SRL nu a probat existența calității de împuternicit al Asocierii SC ... SRL & ... ... A/S pentru a putea semna oferta și documentele de calificare, în condițiile cerute de fișa de date achiziției, astfel că

sub acest aspect, criticile aduse de petenta deciziei CNSC sunt întemeiate>>.

Anterior adresei de mai sus, prin decizia nr. 502/R din 11.08.2017, Curtea de Apel Târgu Mureș, Secţia Contencios Administrativ și Fiscal a admis plângerea formulată de petenta S.C. ... S.R.L împotriva Deciziei CNSC nr. .../C5/1246,1247 din 16.06.2017.

Analizând criticile formulate de către S.C. ... S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat oferta depusă de acesta și de ofertantul câștigător, după ce Curtea de Apel Târgu Mureș a emis decizia mai sus menționată.

În calitate de participant la procedură, ulterior comunicării deciziei Curții de Apel Târgu Mureș, anterior menționate, contestatorul a primit adresa nr. 592/203/10.10.2017, în care autoritatea contractantă a precizat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, din motivele arătate mai sus.

Decizia precitată a Curţii de Apel Târgu Mureș, este definitivă, cele statuate în dispozitivul şi cuprinsul motivării ei beneficiind de autoritate de lucru judecat, conform dispozițiilor art. 430 alin. (2) C.proc.civ. care stipulează următoarele: *„Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă*".

În atari condiţii, părţile din cauza judecată de instanţă, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunţată, noul rezultat al procedurii fiind stabilit de către autoritatea contractantă în baza unei decizii a Curţii de Apel Târgu Mureș.

Decizia antemenţionată, pronunţată de Curtea de Apel Târgu Mureș, având în vedere caracterul ei definitiv, prin admiterea plângerii formulate de S.C. ... S.R.L, de către Curtea de Apel Târgu Mureș, aceasta a dobândit putere de lucru judecat, în esenţă, semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (*bis de eadem re ne sit actio*), iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul şi nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (*res iudicata pro veritate habetur*).

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuţie dreptul său într-un alt litigiu şi un aspect pozitiv, pentru partea care a câştigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

În consecință, operând autoritatea de lucru judecat, nu se mai pot repune în discuție cele statuate de Curtea de Apel Târgu Mureș cu privire la oferta S.C. ... S.R.L., astfel, Consiliu nu poate infirma cele stabilite anterior.

Referitor la criticile contestatorului privind oferta desemnată câştigătoare, Consiliul constată că acestea sunt lipsite de interes, câtă vreme s-a stabilit că în mod corect oferta contestatorului a fost respinsă ca inacceptabilă.

Cum motivele referitoare la oferta concurentă nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al propriei oferte şi să îi asigure accesul la încheierea contractului, este evidentă lipsa de interes a reclamantei în a cere descalificarea altei oferte.

Din conținutul contestației rezultă că SC ... SRL contestă decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL, despre care a luat cunoștință la data 25.09.2017, din adresa nr. 568/203 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire.

Atașat contestației autoarea acesteia a înaintat Consiliului notificarea prealabilă transmisă entității contractante, înregistrată sub nr. 4244/04.10.2017, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat sub nr. 588/203/09.10.2017, prin care autoritatea contractantă menționează că va lua măsuri de remediere, iar la data de 10.10.2017, prin adresa nr. 592/203, îi comunică respingerea ofertei ca inacceptabilă, conform deciziei Curții de Apel Târgu Mureș.

În ceea ce privește criticile formulate de către SC ... SRL împotriva ofertantului câștigător, acestea se constată a fi lipsite de interes, deoarece punând în aplicare Decizia Curții de Apel Târgu Mureș, autoritatea contractantă a respins în mod corect oferta acestui operator economic declarând-o inacceptabilă. În aceste condiții, decizia adoptată ulterior de către autoritatea contractantă nu reprezintă altceva decât punerea în aplicare a deciziei Curții de Apel Târgu Mureș, aspectele constatate de Curte nemaiputând face obiectul unor clarificări în stadiul actual al procedurii de atribuire.

Astfel, la data formulării prezentei contestații oferta depusă de contestatoare era respinsă, în mod definitiv, ca inacceptabilă [în temeiul art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016], ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Curții Apel Târgu Mureș, din data de 11.08.2017.

Așa cum precizează și în punctul său de vedere, autoritatea contractantă, în mod eronat, cu încălcarea deciziei Curții de Apel, a evaluat inițial și oferta SC ... SRL, clasând-o pe locul 2, câștigătoare fiind declarată oferta depusă de SC ... SRL, aspect consemnat în adresa nr. 568/203/25.09.2017.

Verificând interesul contestatoarei în promovarea criticilor privind oferta câștigătoare, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „*Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*";

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia „*În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...) f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire";

- art. 2a alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achizițiilor publice, potrivit căruia *„Se consideră că ofertanţii sunt interesaţi dacă nu au fost încă excluşi definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanţilor interesaţi şi fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluţionarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.*

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

Deşi, nici Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi o contestaţie (critică) ca cea de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speţa analizată, Consiliul constată că prezenta contestaţie (critică) nu este justificată de existenţa unui interes care îndeplineşte condiţiile expuse anterior.

În consecinţă, având în vedere că:

- oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, ca urmare a punerii în aplicare a deciziei nr. 502/R din 11.08.2017, emisă de Curtea de Apel Târgu Mureș, anterior depunerii contestației;

- decizia nr. 502/R din 11.08.2017, emisă de Curte, este definitivă, prin urmare oferta contestatoarei analizată prin această decizie, nu putea fi decât respinsă de către autoritatea contractantă;

- decizia Curții de Apel Târgu Mureș nu mai poate face obiectul unei căi de atac;

- SC ... SRL a avut calitatea de intimată în dosarul nr. 201/43/2017 al Curții de Apel Târgu-Mureș, astfel încât a putut formula orice apărare pe care a considerat-o necesară.

Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut şi actual în contestarea deciziei de declarare câștigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL, de vreme ce nu mai poate deveni câștigător în această procedură de atribuire.

Un interes eventual (care ar putea conduce la anularea adresei contestate), nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerinţa actualităţii, iar solicitarea de anulare a adresei respective, conduce la un interes eventual şi nu imediat.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod corect respinsă ca urmare a unei decizii a instanței de judecată, SC ... SRL nu justifică un interes în criticarea ofertei câștigătoare.

În consecință, în raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ... SRL.

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea SC ... SRL - ... ... A/S, în contradictoriu cu entitatea contractantă ....

Admite cererea de intervenție formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL & ... GMBH.

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

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
...

Redactat în 5 exemplare originale, conține 23 pagini.