



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.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. 3480/14.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SA, în calitate de lider al asocierii SA - ..., cu sediul în municipiul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin Președinte Consiliu de Administrați și convențional ..., privind procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ".....", cod CPV 45240000-1, organizată de, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. A13359/08.12.2020 și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin acceptarea răspunsului la solicitarea de clarificări depus de asocieria sa ca fiind concludent, „aplicarea criteriului de atribuire și atribuirea contractului”.
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea și analiza ofertei financiare a asocierii sale, cu respectarea motivării pe care o va da Consiliul în prezenta cauză.

..... SA, în calitate de lider al asocierii SA – ... SRL, cu sediul în municipiul, județul, având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul

Registrului Comerțului, reprezentată legal prin împuternicit ..., depune cererea de intervenție nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., prin care solicită:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată în temeiul dispozițiilor Legii nr. 101/2016, coroborate cu cele ale Codului de Procedură Civilă;
- admiterea excepției tardivității contestației formulate de contestator pentru motivele detaliate în cuprinsul cererii de intervenție;
- pe fondul cauzei, respingerea contestației promovate de contestator ca nefondată și neîntemeiată, atât în ceea ce privește solicitarea acestuia de anulare a comunicării rezultatului procedurii și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, cât și a solicitării privind obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea și analiza ofertei financiare depusă de asocierea al cărei lider este contestatorul;
- menținerea rezultatului procedurii și, pe cale de consecință, constatarea legalității declarării ofertei asocierii sale ca fiind câștigătoare.

**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 SA reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

I. Scurtă prezentare a situației de fapt

Contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr. A12176 din 09.11.2020, cerința nr. 2: "Transmiterea SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 de către ofertantul S.... S.A pentru partea de contract ce va fi executată de către acesta, conform acordului de asociere".

Răspunsul asocierii sale la cerința nr. 2 din adresa nr. A12176/09.11.2020, s-a făcut prin postare în SICAP, astfel:

"Conform acord de asociere, S.C ... S.A va executa în cadrul contractului, lucrări de dragaj. La paginile 370-372/376 din Propunerea Tehnică prezentată la momentul ofertării, au fost atașate certificatele SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 valabile la momentul depunerii. Atașăm certificatele SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 valabile Octombrie 2021 și adresa de confirmare nr. 8851/23.10.2020, din partea Organism de Certificare CertInd, București și o confirmare emisă în data de 23.10.2020 a organismului de certificare privind extinderea domeniului de certificare a sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj".

În ceea ce privește oferta asocierii sale, contestatorul arată că aceasta a fost considerată neconformă potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din

HG nr. 395/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv certificatele sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 sau echivalente, emise de organisme independente, conforme cu legislația comunitară, privind certificarea corespunzătoare pentru activitățile care fac obiectul contractului.

În fapt, contestatorul arată că autoritatea contractantă a considerat că adresa de confirmare emisă în data de 23.10.2020 de organismul de certificare care demonstrează că extinderea domeniului de certificare a sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj se află în curs de autorizare la data răspunsului postat în SICAP, nu poate fi avută în vedere.

Prin urmare, autoritatea contractantă a considerat oferta ca neconformă, raportându-se la art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv asociatul ... SA nu deține certificatele sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 sau echivalente pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj. Lucrări de construcții hidrotehnice.

Contestatorul precizează că începând cu data de 12.11.2020 asociatul ... SA deține certificatele sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj. Lucrări de construcții hidrotehnice.

II. Motive de nelegalitate

Pentru motivele pe care le expune în continuare, contestatorul solicită Consiliului să observe că oferta asocierii sale a fost declarată neconformă în mod ilegal.

Astfel, contestatorul arată că autoritatea contractantă și-a întemeiat decizia pe dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, care prevede: *"În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini"*.

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice: art. 215, pct. (5) *"Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobișnuit de scăzută"*.

Contestatorul solicită Consiliului să observe că în fișa de date, la fila 5, s-au prevăzut următoarele cerințe: *III.1.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului*, fără nicio altă explicație sau detaliere.

De asemenea, contestatorul arată că în fișa de date: *IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*, pct 6, se precizează că ofertantul va da o declarație pe propria răspundere că, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, va prezenta Planul de management de mediu adaptat pentru lucrare.

Totodată, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și faptul că în anunțul de participare simplificat ... s-a prevăzut:

"III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale

Lista și descriere succintă a condițiilor:

Ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător/subcontractantul nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea de îndeplinire a cerinței constă în prezentarea DUAЕ, inclusiv de asociați/terți susținători/subcontractanți conf. art. 193, alin. 1 din Legea nr. 98/2016 (se va consulta Ghidul de utilizare DUAЕ elaborat de ANAP disponibil la adresa www.anap.gov.ro).

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, împreună cu asociat, subcontractant, terț susținător, dacă este cazul.

Operatorii economici vor prezenta ca documente justificative:

- Certificate constatatoare privind lipsa datoriilor cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (bugetul local, bugetul ele stat) la momentul prezentării;

- Cazier judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor cu putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatare emis de ONRC/actul constitutiv;

- După caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166, alin. 2, art. 167, alin. 2 și art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice;

- Alte documente edificatoare, după caz.

Cerința nr. 2

- Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 60 din Legea nr. 98/2016. Declarația se va prezenta odată cu DUAЕ, de către toți participanții la procedura de atribuire (ofertant, asociat, subcontractant și terț susținător)

NOTĂ: Vor fi excluși din procedura de atribuire toți ofertanții care se află în situațiile prevăzute la art. 60, 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016.

Se va permite depunerea/prezentarea documentelor solicitate în cadrul acestei secțiuni în oricare din formele: original/copie legalizată/copie lizibilă cu mențiunea „conform cu originalul”.

Nedepunerea DUAЕ odată cu oferta (inclusiv pentru asociat/subcontractant/terț susținător) atrage respingerea acesteia ca inacceptabilă.

Se vor depune, odată cu DUAЕ, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz. Nedepunerea acestora odată cu DUAЕ, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru

fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire.

Operatorul economic participant la procedura de achiziție trebuie să dovedească o formă de înregistrare în condițiile legii din țara de rezidență din care să reiasă că este legal constituit, că nu se află în niciuna din situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. În acest sens obiectul de activitate al operatorului economic trebuie să permită execuția/corespundă activităților ce fac obiectul contractului. Cerința se aplică inclusiv pentru subcontractanți și/sau terți susținători care completează informațiile aferente situației lor la nivelul unui DUAЕ distinct.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: completarea DUAЕ. În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți. În cazul depunerii unei oferte în asociere, fiecare asociat are obligația de a demonstra îndeplinirea cerinței pentru partea de contract pe care o realizează. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ vor fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire.

Aceste documente sunt:

- certificatul constatator emis de către Oficiul Național al Registrului Comerțului, din care să rezulte obiectul de activitate al ofertantului, informațiile legate de structura acționarilor și reprezentanților legali; informațiile cuprinse în acest document vor fi reale/actuale la data prezentării acestuia.

- documente echivalente emise în țara de rezidență, în cazul ofertanților străini.

Documentele solicitate vor fi depuse în SICAP prin scanarea documentelor în oricare din variantele original/copie legalizată/copie lizibilă, cu mențiunea „conform cu originalul”, semnate cu semnătura electronică extinsă.

2. Pentru implementarea tuturor operațiunilor aferente obiectivului, ofertanții vor prezenta următoarele autorizări/atestare/certificări, în conformitate cu reglementările legale aplicabile, astfel:

Atestatul eliberat de ANRE de tip C1A și C2A, conform Regulamentului din Ordinul nr. 45/2016, pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice aeriene sau subterane, cu tensiuni nominale de 0,4 kV ÷ 20 kV, posturi de transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20 kV, stații de medie tensiune, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor de înaltă tensiune, valabil la data limită de depunere a ofertelor;

ATENȚIE!!!!

Documentele cerute la secțiunea III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, Cerința nr. 3, punctul 2, se vor evidenția la nivelul DUAЕ la Secțiunea Criterii de selecție, Punctul A: Pentru contractele de achiziții de servicii: este necesară o anumită autorizație, unde se va bifa "DA".

În cazul în care ofertantul/subcontractantul/asociatul/terțul susținător vor bifa în acest câmp mențiunea "NU", chiar dacă vor anexa copii ale acestor autorizări/atestare/certificări, autoritatea contractantă va respinge oferta ca fiind inacceptabilă".

Contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă a menționat criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 doar în caietul de sarcini, la fila 13/19 pct. 6.

Astfel, în opinia contestatorului, decizia autorității contractante de a declara oferta asocierii sale neconformă este nelegală, deoarece toți factorii de evaluare a ofertelor trebuie să fie menționați în toate documentele emise de autoritatea contractantă, indiferent că este vorba despre documentația de atribuire sau invitația/anunțul de participare.

Contestatorul precizează că sancțiunea prevăzută pentru încălcarea acestei obligații este menționată expres de lege, respectiv acești factori de evaluare se vor considera a fi „nescriși”, adică inexistenți.

Potrivit dispozițiilor din codul civil, prevederile referitoare la nulitate se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate de lege nescrise (art. 1255), doctrina fiind de acord că există un regim juridic identic pentru clauzele nule și pentru cele considerate nescrise datorită naturii lor comune și, mai ales, efectelor juridice practice identice.

În opinia contestatorului, dacă există un factor de evaluare ce nu se regăsește în invitația sau anunțul de participare, chiar dacă este menționat în caietul de sarcini, acesta va fi nul.

Astfel, contestatorul menționează că cerința este prevăzută în caietul de sarcini, la fila 13/19 la pct. 6, dar nu se regăsește în niciun alt document aferent licitației publice, respectiv nu se face referire la el nici în fișa de date, nici în anunțul de participare, așa cum a dovedit anterior.

Din acest motiv, criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 menționate de autoritatea contractantă doar în caietul de sarcini la fila 13/19 la pct. 6 reprezintă o „clauză nescrisă”, ceea ce înseamnă că este lovită de nulitate.

Pentru acest motiv, contestatorul apreciază că oferta asocierii sale a fost considerată ca neconformă pe considerarea unui criteriu ce era *ab initio* nul, lucru ce invalidează decizia autorității contractante.

Contestatorul arată că potrivit art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016:

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

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să observe că cerințele a căror neîndeplinire o invocă autoritatea contractantă se găsesc în caietul de sarcini, nefiind preluate în fișa de date și în anunțul de participare în conformitate cu principiul transparenței, astfel cum este prevăzut la art. 20 și 30 din HG nr. 395/2016.

De asemenea, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere că în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 *„Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”*.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că certificatele privind managementul calității, precum ISO 9001 în domeniul calității sau echivalent, ISO 14001 pentru sistemul de management de mediu sau echivalent (fără a se limita exclusiv la cele prezentate), sunt standarde generice care sunt raportate la capacitatea operatorului economic de a îndeplini contractul, și trebuie să se regăsească în mod obligatoriu în fișa de date ca cerințe minime de calificare.

În ceea ce privește solicitarea de a deține standardele ISO 9001 în domeniul calității sau echivalent, ISO 14001 pentru sistemul de management de mediu sau echivalent, contestatorul solicită Consiliului să observe că aceste cerințe sunt de natura celor prevăzute de dispozițiile art. 179 lit. m) din Legea nr. 98/2016, respectiv: *"Art. 179. - Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...) m) certificate emise de institute oficiale responsabile cu controlul calității sau organisme cu competențe recunoscute, care atestă conformitatea produselor care urmează a fi livrate, identificată în mod clar prin trimitere la specificații tehnice sau standarde"*.

De asemenea, contestatorul arată că în cadrul secțiunii a-8-a "Documentul unic de achiziție european. E-Certis", dispozițiile art. 200 fac referire la certificări specifice, acordate de organisme de certificare acreditate, care atestă respectarea de către aceștia a anumitor standarde de asigurare a calității sau standard ori sisteme de management de mediu, rezultând astfel că certificările în analiză sunt de natura criteriilor de calificare, prin raportare la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 *[DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție]*.

Astfel, rezultă că respectivele solicitări trebuie să se regăsească în cadrul fișei de date a achiziției.

Contestatorul precizează că achizitoarea a solicitat standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 și solicită Consiliului să aibă în vedere că respectivele certificări solicitate sunt de natura demonstrării capacității tehnice a operatorilor economici.

În raport de cele anterior menționate, rezultă că respectivele certificate se solicită în vederea îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională, nefiind de natura unor cerințe care se regăsesc la nivelul caietului de sarcini și se solicită în vederea demonstrării conformității ofertei.

Cu alte cuvinte sunt cerințe de calificare sau selecție care trebuie înscrise detaliat în fișa de date a achiziției, nefiind de natura cerințelor menționate în cadrul caietului de sarcini care se referă la condițiile de îndeplinire a contractului, astfel că sunt incidente prevederile art. 30 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016.

În acest caz, contestatorul menționează că autoritatea contractantă a inclus în cadrul caietului de sarcini o cerință de calificare referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005, fără ca acestea să se regăsească și în fișa de date a achiziției și anunțul de participare, iar prin aplicarea dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 aceasta este o clauză nescrisă.

În aceste condiții, contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu avea dreptul de a respinge ca neconformă oferta asocierii sale pentru neprezentarea certificării SR EN ISO 14001/2005.

De asemenea, contestatorul consideră că sunt relevante și dispozițiile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, în cazul procedurii simplificate, ce reglementează faptul că autoritățile contractante nu au dreptul de a solicita prezentarea de certificate ISO ofertanților, acestea putând solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).

Contestatorul precizează că orice solicitare a acestor certificate prin prisma cerințelor din propunerea tehnică sau prin intermediul solicitărilor de clarificări, constituie o eludare mascată a reglementării anterior redate, care trebuie întotdeauna sancționată cu anularea deciziilor de excludere din procedură.

Așadar, luând în considerare cele anterior redate, contestatorul apreciază că starea certificatelor ISO nu este în măsură să influențeze potențialul tehnic și organizatoric al unui ofertant, neputând constitui motiv de respingere a unei oferte, așa cum în mod eronat a apreciat autoritatea contractantă în speța în discuție.

Mai mult decât atât, contestatorul precizează că asocierea sa a demonstrat la momentul respectiv că se află în procedura de obținere a certificatelor SR EN ISO 9001/2005 și SR EN ISO 14001/2005, pentru activitățile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, pe care, de altfel, le-a și obținut între timp, ceea ce, nu face altceva decât să confirme și să întărească faptul că, la acel moment, situația de fapt corespundea cu cele declarate.

Contestatorul menționează că, în prezent, a făcut dovada calității serviciului ce urmează să îl desfășoare în cazul în care va fi declarat câștigător al acordului-cadru ce se va atribui, din cuprinsul certificatului anexat rezultând că are implementat standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005, pentru activitățile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

În opinia contestatorului, motivul invocat de autoritatea contractantă nu este suficient pentru a considera neconformă oferta depusă de asocierea sa, în condițiile în care lipsurile acesteia se referă la chestiuni care nu au fost menționate în anunțul de participare și în fișa de date, care nu o transformă într-o ofertă lipsită de relevanță față de obiectul contractului.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă trebuie să facă aplicarea principiului privind eficiența utilizării fondurilor publice și să nu declare toate ofertele neconforme în baza unui formalism excesiv și tendențios (Curtea de Apel Cluj, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 387 din 16 februarie 2010).

De asemenea, contestatorul menționează că autoritatea contractantă nu poate declara neconformă o ofertă, pentru neîndeplinirea unor cerințe care nu sunt specificate în invitația/anunțul de participare, sau dacă aceste cerințe exced legii. Cauza: C-6/05, privind procedura Medipac-Kazantzidis AE vs Venizeleio Pananeio (PE. S. Y. KRITIS).

Autoritatea contractantă este obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților.

Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții.

Principiul egalității de tratament presupune de asemenea o obligație de transparență pentru a permite verificarea respectării sale.

Acest principiu al transparenței are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante. Acesta presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în fișa de date, fără ca acestea să fie contrare legislației naționale și Directivei.

Prin urmare, principiul transparenței presupune ca toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a fișei de date să fie puse, de îndată ce este posibil, la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice dacă ofertele ofertanților corespund efectiv criteriilor care guvernează contractul în cauză.

Curtea de Justiție a pronunțat hotărâri preliminare și cu privire la principiul transparenței, în Cauza C-19/00, SIAC Construction LTD v. Consiliul de conducere din regiunea Mayo48, instanța națională a întrebat Curtea dacă normele europene în materie de achiziție publică permit autorităților contractante să atribui contractele ofertantului cu prețul cel mai scăzut, în conformitate cu opinia unui expert în domeniu. CJ a reiterat că

scopul dispozițiilor europene este de a elimina bariere în ceea ce privește libera circulație a bunurilor și a serviciilor, astfel încât să protejeze interesele particularilor stabiliți în orice stat membru. Deși dispoziția comunitară lasă la alegerea autorităților contractante criteriile care stau la baza atribuirii unui contract, acestea trebuie să fie formulate în așa fel încât să țină cont de oferta cea mai avantajoasă. Mai mult, principiul egalității de tratament a ofertanților presupune, totodată o obligație de transparență, pentru a se putea verifica respectarea primului principiu. În opinia Curții, transparența este asigurată atunci când criteriile de atribuire au fost aduse la cunoștința ofertanților în documentația de atribuire, iar verificarea îndeplinirii acestor criterii se va face de către un expert ținând cont de factori obiectivi.

Or, contestatorul consideră că, în speță, nu a fost respectat principiul transparenței și nici principiul egalității de tratament între ofertanți din moment ce cealaltă asociere participantă la licitație are în componenta sa și proiectantul care a elaborat SF-ul, iar SF-ul nu i-a fost pus la dispoziție de la faza de licitație. Prin urmare, contestatorul apreciază că și din acest motiv contestația formulată trebuie admisă.

Totodată, contestatorul arată că principiul proporționalității în materia achizițiilor publice a fost transpus în plan național din Directivele Europene, prin OUG nr. 34/2006, fiind regăsit în prezent în Legea 98/2026, în art. 2 alin. (2) lit. c), potrivit căreia proporționalitatea reprezintă un principiu care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, și, de asemenea, prin care autoritatea contractantă are obligația ca la momentul stabilirii criteriilor de selecție să respecte principiul în discuție.

Contestatorul arată că potrivit practicii CNSC, *„Autoritatea contractantă ar trebui să-și exercite în mod corect rolul activ și să iasă de sub imperiul formalismului exagerat, interpretării strict textuale și scolastice a documentației de atribuire și să analizeze oferta în ansamblul său, ca un tot unitar și sistematic, iar nu pe bucăți”* (Decizia nr. 2180/242C4/1852/1953/1958/1979 pronunțată de CNSC la data de 30.05.2011).

De asemenea, contestatorul arată că practica instanțelor de judecată este în sensul că, *„reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta. Prin prisma interesului care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidenței, fiind preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare adecvate”* (Decizia nr. 387/2010 pronunțată de Curtea de Apel Cluj).

Totodată, după cum s-a reținut în jurisprudență (Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, pct. 37) comunitară în materia achizițiilor publice, *„[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu, este*

contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări adecvate, conform cu legea națională. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri. [...]"

Contestatorul arată că principiul proporționalității care guvernează întreaga procedură de atribuire impune cu necesitate ca actele autorității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (invocând în acest sens Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. I-2211, punctul 60).

De asemenea, contestatorul precizează, așa cum și CNSC a reținut în mod constant în practica sa, faptul că cerința caietului de sarcini, de prezentare a certificărilor ISO 9001/2005 și SR EN ISO 14001/2005 nu a fost contestată în termenul legal prevăzut în lege, este lipsit de relevanță întrucât dispozițiile art. 30 pct.6 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, sunt clare cu privire la acest aspect, respectiv, cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise.

În aceste condiții, sancțiunea declarării ofertei asocierii sale ca neconformă nu este doar nelegală și nejustificată, dar și disproporționată așa cum a fost menționat și în practica Curții de Justiție a Uniunii Europene, respectiv Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60.

În temeiul art. 451 și urm. C.proc.civ., contestatorul solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate cu soluționarea contestației.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită să i se aprobe cererea de studiu a dosarului aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, precum și fotocopierea documentelor necesare.

Prin adresa nr. A13981/21.12.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 56773/21.12.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SA.

Autoritatea contractantă arată că pentru organizarea procedurii simplificate de achiziție publică prin utilizarea integrală a mijloacelor electronice, având ca obiect „...” - (proiectare și execuție lucrări), s-a publicat anunțul de participare simplificat nr. ..., înregistrat la cu numărul A-10961 din 07.10.2020.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că a publicat în S.E.A.P. întreaga documentație de atribuire, având numărul DE 1096666/24.09.2020 și a permis, începând cu data publicării anunțului de participare simplificat - 07.10.2020, accesul direct și nerestricționat al

tuturor operatorilor economici la această documentație, stabilind ca dată limită de depunere a ofertelor 28.10.2020, modificată de sistem pentru data de 29.10.2020, ora 15:00.

La procedură au depus ofertă următorii ofertanți:

-Asocierea dintre SC SA (lider), ... București

-Asocierea dintre SC SA (lider) și SC ... SRL, ...

În caietul de sarcini, la Capitolul II, pct. 6, subpunctele 5 și 6, autoritatea contractantă arată că a solicitat prezentarea unor documente care să confirme respectarea de către ofertant a unor standarde minime privind asigurarea calității și managementului de mediu pentru activitățile care fac obiectul contractului.

În perioada dintre data publicării anunțului de participare simplificat și data deschiderii ofertelor nu au fost clarificări din partea operatorilor economici privind cerințele impuse prin documentația de atribuire cu privire la standarde de asigurare ale calității și managementului de mediu.

Autoritatea contractantă susține că a respectat cerințele art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 potrivit căruia *"documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire"*.

Asocierea dintre SC SA (lider), ... SRL București a prezentat un acord de asociere din care reiese faptul că membrii asocierii vor contribui la realizarea obiectivului având ca obiect „...”. astfel:

- SC SA - lucrări construcții - 47%;

- SC ... SRL Constanța - lucrări construcții hidrotehnice - 35%;

- SC ... SA - lucrări dragaj - 15%;

- SC ... SRL București - 3%.

Autoritatea contractantă arată că în cadrul ofertei SC SA a prezentat certificat ISO 9001:2005 și 14001:2005 pentru lucrări de construcții hidrotehnice.

SC ... SRL Constanța nu a prezentat niciun document care să confirme respectarea de către ofertant a unor standarde minime privind asigurarea calității și managementului de mediu pentru activitățile care fac obiectul contractului, respectiv pentru partea de contract pe care o realizează.

SC ... SA a prezentat în cadrul ofertei certificate ISO 9001:2015 și 14001:2015, dar pentru domeniul „Operare-depozitare uleiuri vegetale și cereale pentru consum. Depozitare mărfuri generale, încărcare - descărcare a mijloace lor de transport navale, căi ferate și auto, stivuirea și amararea acestora. Servicii de transport fluvial de mărfuri generale. Depozitare semințe și furaje-manipulare”.

SC ... SRL București nu a prezentat niciun document care să confirme respectarea de către ofertant a unor standarde minime privind asigurarea calității și managementului de mediu pentru activitățile care fac obiectul contractului, respectiv pentru partea de contract pe care o realizează.

Prin procesul verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat sub nr. A12161/09.11.2020, comisia de evaluare a stabilit necesitatea solicitării unor clarificări, astfel:

- Transmiterea declarației pe propria răspundere din care să reiasă perioada de garanție acordată de către ofertantul S.C ... S.R.L București;

- Transmiterea certificatelor SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 de către ofertantul S.C ... S.A pentru partea de contract ce va fi executată de către acesta, conform acordului de asociere, respectiv lucrări de dragaj, întrucât cele prezentate acoperă "Operare-depozitare uleiuri vegetale și cereale pentru consum. Depozitare mărfuri generale, încărcare - descărcare a mijloacelor de transport navale, căi ferate și auto, stivuirea și amararea acestora. Servicii de transport fluvial de mărfuri generale. Depozitare semințe și furaje-manipulare";

- Document care să confirme respectarea de către ofertantul S.C ...S.R.L Constanța a unor standarde minime privind asigurarea calității pentru activitățile bazate pe seriile de standarde relevante în legislația comunitară, certificate de organisme conforme cu seriile de standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 sau echivalente, emise de organisme independente, conforme cu legislația comunitară privind certificarea corespunzătoare pentru activitățile care fac obiectul contractului, în conformitate cu art. 158, alin. (1) și art. 200 din Legea 98/2016;

- Document care să confirme respectarea de către ofertantul S.C ... S.R.L Constanța a unor standarde minime privind sistemul de management de mediu bazate pe seriile de standarde relevante în legislația comunitară, certificate de organisme conforme cu seriile de standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 sau echivalente, emise de organisme independente, conforme cu legislația comunitară privind certificarea corespunzătoare pentru activitățile care fac obiectul contractului, în conformitate cu art. 158, alin. (1) și art. 200 din Legea 98/2016;

- Document care să confirme respectarea de către ofertantul S.C. ... S.R.L București a unor standarde minime privind asigurarea calității pentru activitățile bazate pe seriile de standarde relevante în legislația comunitară, certificate de organisme conforme cu seriile de standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 sau echivalente, emise de organisme independente, conforme cu legislația comunitară privind certificarea corespunzătoare pentru activitățile care fac obiectul contractului, în conformitate cu art. 158, alin. (1) și art. 200 din Legea 98/2016;

- Document care să confirme respectarea de către ofertantul S.C ... S.R.L București a unor standarde minime privind sistemul de management de mediu bazate pe seriile de standarde relevante în legislația comunitară, certificate de organisme conforme cu seriile de standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 sau echivalente, emise de organisme independente, conforme cu legislația comunitară privind certificarea corespunzătoare pentru activitățile care fac obiectul contractului, în conformitate cu art. 158, alin. (1) și art. 200 din Legea 98/2016;

- Pentru verficator atestat M.L.P.A.T pentru domeniul C, asocierea l-a desemnat pe dl. ..., însă acesta este verficator doar pe

domeniul Ce, nu și pe Ci pentru a putea acoperi cerința autorității contractante. Se va solicita clarificare cu privire la îndeplinirea cerinței autorității contractante.

- Transmiterea deciziei de numire pentru responsabilul cu controlul tehnic de calitate în construcții dl. Stan Costica sau pentru dl. Cazacu Gheorghe.

- Transmiterea copie contract de muncă sau extras REVISAL sau declarație operator economic care va executa lucrările de instalații electrice că îl va angaja în cazul în care va fi declarat câștigător, conform Anexei 5 la Regulamentul pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, executa și verifica instalații electrice aprobat prin Ordinul A.N.R.E. nr. 45/2016 și Ordinului 212/2018 privind modificarea și completarea regulamentului privind atestarea operatorilor economici care proiectează, execute și verifică instalații electrice pentru dl. ..., conform cerinței caietului de sarcini;

- copie contract de muncă sau extras REVISAL sau declarație operator economic care va executa lucrările de instalații electrice că îl va angaja în cazul în care va fi declarat câștigător, conform Anexei 5 la Regulamentul pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice aprobat prin Ordinul A.N.R.E. nr. 45/2016 și Ordinului 212/2018 privind modificarea și completarea regulamentului privind atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice pentru electricienii calificați desemnați, conform cerinței caietului de sarcini.

De asemenea, autoritatea arată că prin adresa nr. A12176 din data de 09.11.2020 s-a solicitat ofertantului Asocieria dintre SC SA (lider), SC ... S.R.L București (conform dovezii SEAP nr. A-12202/09.11.2020) cele menționate anterior.

Asocieria dintre S.C S.A (lider), S.C ...S.R.L București a răspuns autorității contractante în data de 11.11.2020 (conform, dovezii SEAP nr. A-12360/12.11.2020), postând în SICAP documentele solicitate, iar pentru ofertantul S.C ... S.A, în ce privește certificate ISO 9001:2015 și ISO 14001:2015 a postat:

- aceleași certificate SR EN ISO 9001:2015 nr. 19728 C și SR EN ISO 14001:2015 nr. 19728 M pentru domeniile „Operare-depozitare uleiuri vegetale și cereale pentru consum. Depozitare mărfuri generale, încărcare - descărcare a mijloacelor de transport navale, căi ferate și auto, stivuirea și amararea acestora. Servicii de transport fluvial de mărfuri generale. Depozitare semințe și furaje-manipulare” prezentate inițial în ofertă, dar vizate în luna octombrie 2020 și o confirmare emisă din data de 23.10.2020 a organismului de certificare privind extinderea domeniului de certificare a sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj, fără vreo dovada a finalizării etapelor de certificare.

Autoritatea precizează că asocieria dintre S.C S.A (lider), S.C ... S.R.L București nu a făcut dovada deținerii certificatului SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 de către asociatul S.C ... S.A pentru partea de contract ce va fi executată de către acesta, respectiv lucrări de dragaj, ca urmare, propunerea tehnică prezentată de

asociere nu a fost conformă cu prevederile caietului de sarcini (certificat SR EN ISO 14001/2005 sau echivalente, emise de organisme independente, conforme cu legislația comunitară privind certificarea corespunzătoare pentru activitățile care fac obiectul contractului), conform art. 137 alin. 3, lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că nu a luat în calcul adresa organismului de certificare privind extinderea domeniului de certificare a sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj, deoarece ofertantul trebuia să îndeplinească cerințele documentației de atribuire la data deschiderii ofertelor, și nu ulterior. Mai mult, nici după data deschiderii ofertelor acesta nu a prezentat un document valabil, ci adresa arăta că S.C. ... S.A. este în curs de certificare pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj.

Autoritatea contractantă precizează că în cazul în care S.C. ... S.A. ar fi prezentat certificatele ISO sau documente echivalente pentru domeniul construcții hidrotehnice, ar fi considerat că acesta îndeplinește cerința din documentația de atribuire.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că elaboratorul Studiului de fezabilitate este S.C. ... S.R.L., care nu se regăsește în componența ofertantului declarat câștigător și anume: asocierea dintre Asocierea dintre S.C. S.A. (lider) și S.C. ... S.R.L., cu subcontractanții declarați S.C. ..., cum eronat afirmă contestatorul.

În consecință, autoritatea contractantă menționează că își menține punctul de vedere privind excluderea ofertantului asocierea dintre S.C. S.A. (lider), S.C. ... S.R.L. București.

Prin adresa nr. / înregistrată la CNSC sub nr. /, ... SA a formulat cerere de intervenție, prin care a solicitat:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată în temeiul dispozițiilor Legii nr. 101/2016, coroborate cu cele ale Codului de Procedură Civilă;
- admiterea excepției tardivității contestației formulate de contestator pentru motivele detaliate în cuprinsul cererii de intervenție;
- pe fondul cauzei, respingerea contestației promovate de contestator ca nefondată și neîntemeiată, atât în ceea ce privește solicitarea acestuia de anulare a comunicării rezultatului procedurii și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, cât și a solicitării privind obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea și analiza ofertei financiare depusă de asocierea al cărei lider este contestatorul;
- menținerea rezultatului procedurii și, pe cale de consecință, constatarea legalității declarării ofertei asocierii sale ca fiind câștigătoare.

I. Admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție

În principiu, intervenientul menționează că litigiile se desfășoară strict între părțile raportului juridic dedus judecății, indiferent de natura procedurii, fie aceasta administrativ-jurisdicțională ori judiciară, însă cu

respectarea dispozițiilor legale, este permisă lărgirea cadrului unui asemenea raport juridic prin participarea și a unor terți interesați care sunt direct sau indirect afectați de soluția ce urmează a fi pronunțată în litigiul dintre părți.

Astfel, intervenientul arată că legiuitorul a prevăzut posibilitatea terților de a interveni în cadrul litigiilor apărute în materia achizițiilor publice în cadrul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 potrivit căruia, textual:

„(3) 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 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 contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.”

De asemenea, art. 61 alin. (1) din Codul de procedură civilă dispune faptul că oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare, o astfel de intervenție voluntară putând fi principală sau accesorie.

Intervenția este (i) principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta și (ii) accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți.

Intervenientul menționează că promovează cererea de intervenție cu scopul de a deveni parte în litigiul dintre autoritatea contractantă și contestator și, totodată, de a susține poziția procesuală a autorității contractante, respectiv decizia de desemnare a ofertei sale ca fiind câștigătoare.

Analizând dispozițiile art. 61 și urm. C.proc.civ., intervenientul arată că doctrina a stabilit faptul că legiuitorul a conferit dreptul terțelor persoane de a promova o cerere de intervenție *„ori de câte ori acestea pot justifica interesul de a participa la acel proces declanșat între ale persoane. Interesul de a interveni al terțului trebuie să fie unul legitim, născut și actual, respectiv personal, atât în ipoteza intervenției principale, cât și în cazul intervenției accesorii.”*; o condiție specială de admisibilitate a intervenției principale *“(…) o reprezintă afirmarea pentru sine, în tot sau în parte, a dreptului dedus judecății sau a unui drept strâns legat de acesta. Ea are ca finalitate protejarea unui drept propriu al intervenientului”* (G.C. Frențiu, Noul Cod de procedură civilă, Comentat și adnotat, Ed. Hamangiu, 2013, p. 96). Or, intervenientul precizează că toate aceste condiții sunt îndeplinite în mod evident, interesul asocierii sale fiind acela de a se menține decizia de desemnare a ofertei sale ca fiind câștigătoare (inclusiv a tuturor actelor subsecvente).

Astfel, în opinia intervenientului, condițiile prevăzute de dispozițiile legale în vigoare pentru admisibilitatea cererii sale de intervenție sunt îndeplinite, respectiv:

- cererea trebuie să fie promovată de un terț. Condiția este îndeplinită. Asocierea nefiind parte în contestația dedusă judecății;

- terțul intervenient trebuie să justifice un interes. Cu privire la noțiunea de „interes” al intervenientului, este de menționat faptul că doctrina i-a atribuit acesteia o caracteristică fundamentală statuându-se faptul că *„interesul intervenientului este unul ”preventiv” și el se apreciază în funcție de incidența pe care o poate avea asupra drepturilor sale hotărârea ce se ia în legătură cu cererea principal”* (I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I, Ed. All Beck, București, 2005, p. 603 și urm.). Astfel, interesul legitim al asocierii sale este evident, acesta rezultând din calitatea sa de participant în procedură și a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare, calitate în care asocierea sa este vătămată în dreptul său legitim de a obține contractul.

Pe cale de consecință, având în vedere capetele de cerere anterior menționate și interesul propriu față de soluționarea contestației, interes ce constă pe de o parte în menținerea actelor întocmite de autoritatea contractantă în procedura de atribuire, iar pe de altă parte în încheierea contractului cu asocierea sa, intervenientul arată că scopul final al cererii sale constă în menținerea rezultatului procedurii, respectiv declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare.

II. Scurtă prezentare a situației de fapt

Intervenientul arată că în cadrul procedurii în cauză au fost depuse două oferte, respectiv:

Nr. crt.	Ofertant	Punctaj obținut	Prețul ofertei	Clasament
1.	Asocierea dintre S.A. (lider), ... S.R.L. Constanța, ... S.A. și ...	-	-	neconformă
2.	Asocierea dintre S.A. (lider) și ... S.R.L.	100	15.822.220,00 lei fără TVA	I

În urmă evaluării celor două oferte antemenționate prin raport la condițiile de participare și cerințele minime asociate, intervenientul arată că autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. A13357/08.12.2020 prin care, în esență, a constatat că ambele oferte sunt admisibile, dar ca urmare a evaluării propunerilor tehnice și pe baza răspunsurilor la solicitările de clarificări, oferta depusă de asocierea dintre S.A. (lider), ... S.R.L. București a fost declarată neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, iar oferta asocierii sale a fost declarată conformă (inclusiv din punctul de vedere al ofertei financiare).

Împotriva raportului procedurii, contestatorul a înțeles să promoveze contestația ce face obiectul cauzei.

II.1. În speță este incidentă excepția tardivității contestației

Intervenientul precizează că din analiza susținerilor pe care contestatorul le dezvoltă în cuprinsul contestației sale reiese cu claritate faptul că acesta înțelege, practic, să facă o veritabilă și amplă critică

asupra cerințelor de calificare specificate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

În acest sens, cu titlu exemplificativ, intervenientul evidențiază câteva pasaje din contestație care dovedesc fără putință de tăgadă acest lucru. Astfel, contestatorul:

- precizează că: *„Vă solicităm să observați că în fișa de date, la fila 5 s-au prevăzut următoarele cerințe: III.1.3.b) Standarde de asigurare a calității și de proiecție a mediului, fără nicio altă explicație sau detalieri”* - pag. 4 din contestație;

- invocă pasaje ample din anunțul de participare simplificat al procedurii - pag. 4-6 din contestație;

- menționează că: *”Apreciem că decizia de a declara oferta depusă de ”ASOCIERE” neconformă este nelegală deoarece toți factorii de evaluare a ofertelor trebuie să fie menționați în toate documentele emise de autoritatea contractantă, indiferent că este vorba despre documentația de atribuire sau invitația/anunțul de participare”,* precum și că *„Sanțiunea prevăzută pentru încălcarea acestei obligații este menționată expres de lege, respectiv acești factori de evaluare se vor considera a fi „nescriși”, adică inexistenți”* - pag. 6 din contestație;

- apreciază că: *”În opinia noastră, dacă există un factor de evaluare ce nu se regăsește în invitația sau anunțul de participare, chiar dacă este menționat în caietul de sarcini, acesta va fi nul”,* și continuă în sensul că: *„Cerința este prevăzută în caietul de sarcini, la fila 13/19 la pct. 6, dar nu se regăsește în niciun alt document aferent licitației publice, respectiv nu se face referire la el nici în fișa de date, nici în anunțul de participare, așa cum am dovedit mai sus”,* concluzionând că: *„Din acest motiv, criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 menționate de autoritatea contractantă doar în caietul de sarcini la fila 13/19 la pct. 6 reprezintă o „clauză nescrisă”, ceea ce înseamnă că este lovită de nulitate”* - pag. 7 din contestație;

- mai arată că: *„Urmează să observați că cerințele a căror neîndeplinire o invocă autoritatea contractantă se găsesc în caietul de sarcini, nefiind preluate în fisa de date și în anunțul de participare în conformitate cu principiul transparenței, astfel cum este prevăzut la art. 20 și 30 din HG nr. 395/2016”* - ambele articole de lege citate de contestator făcând parte din *„SECȚIUNEA 4: Documentația de atribuire”* a actului normativ indicat.

Ori:

- intervenientul arată că potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este

egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SE AP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire." (sublinierea intervenientului).

- În speță, publicarea documentației de atribuire în S.E.A.P. a avut loc la data de 07.10.2020, iar prin raport la valoarea estimată a Procedurii (18.233.946,25 lei fără T.V.A.), termenul de contestare a documentației de atribuire era de 7 (șapte) zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință de aceasta, respectiv până la data de 14.10.2020. Cu toate acestea, contestatorul a înțeles să conteste rezultatul procedurii exclusiv prin critica documentației de atribuire abia în data de 15.12.2020, cu mult deci peste termenul în care avea această posibilitate din punct de vedere legal.

- Mai mult, este de observat inclusiv faptul că niciodată până la momentul formulării contestației sale, contestatorul nu a înțeles să pună în discuție vreun aspect legat de cerințele documentației de atribuire, nici la data publicării acesteia și nici ulterior la data/datele la care autoritatea contractantă i-a transmis solicitările de clarificare cu privire la oferta pe care a depus-o în cadrul procedurii.

Astfel, în considerarea tuturor acestor aspecte (inclusiv prin raport la întreg conținutul contestației), intervenientul înțelege să invoce excepția tardivității formulării și promovării contestației, având în vedere faptul că prin contestație, în mod evident, contestatorul critică decizia autorității contractante exprimată în raport strict prin critici aduse documentației de atribuire.

II.1. Referitor la fondul cauzei

Cu privire la fondul cauzei, intervenientul învederează Consiliului că asocierea sa înțelege să achieseze întru totul susținerilor detaliate de autoritatea contractantă în punctul său de vedere ce a fost depus la C.N.S.C, în data de 21.12.2020.

Totodată, intervenientul solicită Consiliului ca, prin raport la solicitarea contestatorului de a îi fi aprobată cererea de studiu a dosarului aflat pe rolul C.N.S.C. și fotocopierea documentelor necesare, să permită asocierii sale depunerea unei poziții scrise argumentate, după cunoașterea prealabilă a tuturor criticilor efectiv formulate împotriva rezultatului procedurii (în măsura în care contestatorul va proceda la prezentarea de

argumente noi/suplimentare), sens în care apreciază ca fiind utilă acordarea unui termen rezonabil și, în măsura în care va fi necesar, să i se permită inclusiv studiul dosarului achiziției publice ce va fi depus la Consiliu.

În concluzie, în considerarea tuturor celor anterior prezentate, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție, constatarea veridicității aspectelor învederate de asocierea sa și, pe cale de consecință, dispunerea în sensul celor solicitate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 58133/29.12.2020, contestatorul a formulat punct de vedere cu privire la excepția tardivității invocată de intervenient, solicitând respingerea ca nefondată a acesteia, pentru următoarele motive:

Intervenientul a invocat excepția tardivității contestației considerând ca aceasta cuprinde doar critici aduse documentației de atribuire, iar în opinia acestuia ar fi trebuit formulată o contestație la documentația de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 07.10.2020.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să observe că intervenientul este într-o gravă eroare, deoarece așa cum se poate observa din chiar conținutul contestației aceasta a fost formulată împotriva raportului procedurii înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. A13357 din 08.12.2020.

Sub acest aspect contestația ce face obiectul dosarului nr. 2821/2020 a fost formulată în termenul legal de 7 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, așa cum rezultă din dovezile aflate la dosarul cauzei.

Contestatorul menționează că excepția invocată de către intervenient este motivată mecanic, limitându-se la a copia câteva fragmente din contestație, fără a analiza în întregime motivele prevăzute în contestație.

Intervenientul apreciază că prin contestație au fost aduse critici doar documentației de atribuire, făcând abstracție de toate celelalte motive din contestație. De asemenea, intervenientul ignoră faptul că toate motivele contestației sunt în strânsă legătură unele cu altele, fapt care a necesitat a se face trimitere la documentația de atribuire.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să observe că excepția invocată de intervenient este nefondată având în vedere faptul că contestația cuprinde motive referitoare la nelegalitatea raportului procedurii înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. A13357 din 08.12.2020.

Astfel, contestatorul arată că:

Autoritatea contractantă a considerat oferta asocierii sale ca neconformă, invocând art. 137 alin. 3 lit. a din HG nr. 395/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv faptul că asociatul ... SA nu deține certificatele sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 sau echivalente pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj. Lucrări de construcții hidrotehnice.

Autoritatea contractanta a menționat criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu -

certificat SR EN ISO 14001/2005 doar în caietul de sarcini, la fila 13/19, pct. 6 .

Din lecturarea atentă a contestației, se poate observa că nu s-a criticat documentația de atribuire, cum greșit a înțeles intervenientul, ci modalitatea în care autoritatea contractantă a exclus din procedură oferta asocierii sale.

După cum se poate observa, contestatorul menționează că a criticat temeiul legal ales de autoritatea contractantă pentru excluderea asocierii sale din procedură și și-a întemeiat critica pe Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice din 02.06.2016:

Art. 30 alin. (6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.

Faptul că autoritatea contractantă nu a menționat toate criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini, ori în documentația descriptivă și nu le-a inclus în anunțul de participare/simplificat/de concurs, reprezintă doar alegerea acesteia cu privire la redactarea actelor procedurii de licitație.

Numai că în acest caz art. 30 alin. 6 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 consideră aceste clauze nescrise și prin urmare autoritatea contractantă a greșit când a considerat oferta asocierii sale ca neconformă.

În această speță, contestatorul precizează că documentația de atribuire nu a cuprins greșeli, omisiuni sau neconcordanțe de natură tehnică, de natură financiară, de termene sau criterii de atribuire, greșeli, omisiuni sau neconcordanțe cu privire la garanția de participare sau garanția de bună execuție, care să necesite formularea unei contestații la documentația de atribuire.

Este clar că autoritatea contractantă a cunoscut și acceptat pe deplin prevederile art. 30 alin. 6 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că a criticat faptul că decizia de a declara oferta depusă de asocieria sa ca neconformă este nelegală, deoarece toți factorii de evaluare a ofertelor trebuie să fie menționați în toate documentele emise de autoritatea contractantă, indiferent că este vorba despre documentația de atribuire sau invitația/anunțul de participare.

Sanțiunea prevăzută pentru încălcarea acestei obligații este menționată expres de lege, respectiv acești factori de evaluare se vor considera a fi „nescriși”, adică inexistenți.

Prin urmare, în opinia contestatorului, calea de excludere a asocierii sale din procedură, aleasă de autoritatea contractantă, este nelegală.

Contestatorul menționează că aceasta este motivul asupra căruia CNSC trebuie să se pronunțe, întrucât după cum se poate observa nu există critici referitoare la documentația de atribuire, ci doar critici

referitoare la încălcarea legii de către autoritatea contractantă raportat la măsura excluderii asocierii sale din procedură.

În aceste condiții, contestatorul precizează că este de la sine de înțeles de ce a făcut trimitere la documentația de atribuire, de ce a explicat pe larg situația de fapt, cu citate din documentația de atribuire și a coroborat-o cu prevederile legale. Însă acest fapt nu înseamnă în niciun caz că a contestat documentația de atribuire, cum greșit a înțeles intervenientul.

De asemenea, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și faptul că dispozițiile din codul civil, prevederile referitoare la nulitate se aplică în mod corespunzător și clauzelor care contravin unor dispoziții legale imperative și sunt considerate de lege nescrise (art. 1255), doctrina fiind de acord că există un regim juridic identic pentru clauzele nule și pentru cele considerate nescrise datorită naturii lor comune și, mai ales, efectelor juridice practic identice.

Așa cum a precizat în contestație, criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005, menționate de autoritatea contractantă doar în caietul de sarcini la fila 13/19 la pct. 6 reprezintă o „clauză nescrisă”, ceea ce înseamnă că este lovită de nulitate.

Pentru acest motiv, contestatorul apreciază că oferta asocierii a fost considerată ca neconformă pe considerarea unui criteriu ce era *ab initio* nul, lucru ce invalidează decizia autorității contractante.

Contestatorul precizează, așa cum și CNSC a reținut în mod constant în practica sa, faptul că cerința caietului de sarcini, de prezentare a certificărilor ISO 9001/2005 și SR EN ISO 14001/2005 nu a fost contestată în termenul legal prevăzut în lege, este lipsit de relevanță întrucât dispozițiile art. 30 alin. 6 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016, sunt clare cu privire la acest aspect, respectiv, cerințele/criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise.

În aceste condiții, contestatorul consideră că sancțiunea declarării ofertei asocierii sale ca neconformă nu este doar nelegală și nejustificată, dar și disproporționată așa cum a fost menționat și în practica Curții de Justiție a Uniunii Europene, respectiv Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60.

În plus, contestatorul arată că a invocat în contestație și alte motive, pe care intervenientul le-a ignorat când a formulat excepția tardivității, respectiv:

- A arătat faptul că, în cadrul secțiunii a-8-a "Documentul unic de achiziție european. E-Certis", dispozițiile art. 200 fac referire la certificări specifice, acordate de organisme de certificare acreditate, care atestă respectarea de către aceștia a anumitor standarde de asigurare a calității sau standard ori sisteme de management de mediu, rezultând astfel că certificările în analiză sunt de natura criteriilor de calificare, prin raportare la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 [*DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin*

utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție]. În aceste condiții, autoritatea contractantă nu avea dreptul de a respinge ca neconformă oferta asocierii sale pentru neprezentarea certificării SR EN ISO 14001/2005.

- De asemenea, contestatorul arată că un alt motiv se referă la dispozițiile art. 113 alin. (11) din Legea nr.98/2106, în cazul procedurii simplificate, ce reglementează faptul că autoritățile contractante nu au dreptul de a solicita prezentarea de certificate ISO ofertanților, acestea putând solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).

- A arătat faptul că asocierea sa a demonstrat la momentul respectiv, că se află în procedura de obținere a certificatelor SR EN ISO 9001/2005 și SR EN ISO 14001/2005, pentru activitățile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, pe care, de altfel, le-a și obținut între timp.

- A invocat faptul că autoritatea contractantă nu a asigurat, în fiecare fază a procedurii de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților.

Pentru toate aceste motive prezentate anterior, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că, contestația a fost formulată împotriva raportului procedurii înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. A13357 din 08.12.2020 și totodată să observe că prin contestație nu a criticat documentația de atribuire, ci modalitatea în care autoritatea contractantă a exclus din procedură oferta asocierii sale.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită Consiliului să respingă ca nefondată excepția tardivității contestației.

Prin adresa nr. A14380/31.12.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 58534/31.12.2020, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la excepția tardivității invocată de intervenient.

Autoritatea contractantă arată că a publicat în SEAP întreaga documentație de atribuire, având numărul ../24.09.2020 și a permis, începând cu data publicării anunțului de participare simplificat - 07.10.2020, accesul direct și nerestricționat al tuturor operatorilor economici la această documentație, stabilind ca dată limită de depunere a ofertelor 28.10.2020, modificată de sistem pentru data de 29.10.2020, ora 15:00.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că în caietul de sarcini, la Capitolul II, pct. 6, subpunctele 5 și 6, a solicitat prezentarea unor documente care să confirme respectarea de către ofertant a unor standarde minime privind asigurarea calității și managementului de mediu pentru activitățile care fac obiectul contractului.

În perioada dintre data publicării anunțului de participare simplificat și data deschiderii ofertelor nu au fost clarificări din partea operatorilor economici privind cerințele impuse de către autoritatea contractantă prin

documentația de atribuire cu privire la standarde de asigurare ale calității și managementului de mediu.

Autoritatea contractantă susține că a respectat cerințele art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 potrivit căruia *"documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire"*.

Astfel, ținând cont de faptul că documentația de atribuire a fost publicată la data de 07.10.2020, și raportându-se la valoarea estimată a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă arată că potrivit art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, termenul de contestare a documentației de atribuire era de 7 (șapte) zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință de aceasta, respectiv până la data de 14.10.2020. Contestatorul nu a înțeles să se folosească de acest drept, formulând contestație abia după comunicarea rezultatului procedurii, peste termenul limită.

Pentru aceste motive, autoritatea apreciază că solicitările formulate de către SC SA prin cererea de intervenție sunt întemeiate, și în consecință, le susține.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere privind excluderea ofertantului asocierea dintre S.C S.A (lider), S.C ... S.R.L București.

La data de 04.01.2021, contestatorul a studiat dosarul achiziției publice transmis de autoritatea contractantă la CNSC. Până la data emiterii prezentei decizii, contestatorul nu a înțeles să formuleze concluzii scrise în urma studierii dosarului.

Prin adresa CNSC nr. ..., Consiliul a invitat intervenientul să studieze dosarul achiziției publice, însă până la data emiterii prezentei decizii acesta nu a dat curs solicitării CNSC.

Prin adresa nr. 01/40/07.01.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 953/07.01.2021, intervenientul a formulat note scrise cu privire la susținerile contestatorului din punctul de vedere nr. 3878/29.12.2020.

Astfel, în completarea tuturor celor detaliate prin cererea de intervenție, intervenientul înțelege să precizeze următoarele:

1. Contestatorul în mod complet eronat înțelege să afirme faptul că asocierea sa ar fi susținut că prin contestație se aduc critici doar documentației de atribuire.

Astfel, intervenientul arată că ceea ce a afirmat prin cererea de intervenție este faptul că, sub aparența criticii raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020 și comunicat contestatorului în data de 08.12.2020, contestatorul face, în fapt, o veritabilă critică conținutului documentației de atribuire, documentație care după data de 14.10.2020 (termenul limită până la care documentația ar fi putut fi contestată) se consideră a fi pe deplin acceptată de toți operatorii economici interesați să participe cu ofertă în cadrul procedurii și, deci, obligatorie pentru aceștia.

2. Prin punctul de vedere, contestatorul nu face decât să reia, în sinteză, aceleași susțineri pe care le dezvoltă și în cuprinsul contestației sale, susțineri prin care, din nou, se aduc de fapt critici cerințelor cuprinse în caietul de sarcini, document ce este parte integrantă a documentației de

atribuire aferentă procedurii. În acest sens, intervenientul exemplifică, textual, câteva pasaje din punctul de vedere:

- „Se poate observa că autoritatea contractantă a menționat criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/200 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 doar în caietul de sarcini, la fila 13/19 pct. 6" (pag. 2, penultimul paragraf din punctul de vedere);

- „Așa cum am precizat în contestație, criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/200 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005, menționate de autoritatea contractantă doar în caietul de sarcini la fila 13/19 la pct. 6 reprezintă o „clauză nescrisă”, ceea ce înseamnă că este lovită de nulitate" (pag. 4, al treilea paragraf din punctul de vedere);

- cu privire la categoria „alte motive" (potrivit încadrărilor pe care le face chiar contestatorul în punctul său de vedere), aceasta menționează, textual, la pag. 4 ultimul paragraf și la pag. 5 din acest din urmă document că: „Am arătat faptul că, în cadrul secțiunii a-8-a "Documentul unic de achiziție european. E-Certis", dispozițiile art. 200 fac referire la certificări specifice, acordate de organisme de certificare acreditate, care atestă respectarea de către aceștia a anumitor standarde de asigurare a calității sau standard ori sisteme de management de mediu, rezultând astfel că certificările în analiză sunt de natura criteriilor de calificare, prin raportare la dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016(...)", și că „De asemenea, un alt motiv se referă la dispozițiile art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2016, în cazul procedurii simplificate, ce reglementează faptul că autoritățile contractante nu au dreptul de a solicita prezentarea de certificate ISO ofertanților, acestea putând solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b)".

3. La fel cum a precizat și în cuprinsul cererii de intervenție, intervenientul menționează că societatea contestatoare nu a înțeles în niciun moment să învedereze autorității contractante vreo critică/aspect legat(ă) de cerințele documentației de atribuire aferentă procedurii (pe care însă abia la acest moment înțelege să o critice prin toate susținerile pe care le detaliază atât în contestație cât și în punctul de vedere). Dacă ar fi avut orice obiecțiuni de nelegalitate cu privire la cerințele din caietul de sarcini, contestatorul trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, și nu să aștepte împlinirea lui.

4. Mai mult, așa cum a învederat și prin cererea de intervenție, intervenientul precizează că societatea contestatoare a înțeles să răspundă fiecărei solicitări de clarificări primită de la autoritatea contractantă, străduindu-se de fiecare dată să demonstreze acesteia că, în fapt, îndeplinește întocmai cerința privind existența certificatelor ISO pe care acum o contestă (și nu să conteste în vreun fel legalitatea acesteia - deși după data de 14.10.2020 orice asemenea critică ar fi fost în mod evident

tardivă). În acest sens, contestatorul confirmă încă o dată și prin punctul de vedere faptul că și-a însușit întocmai și întru totul cerințele din documentația de atribuire, aceasta precizând, textual:

„Am arătat faptul că "ASOCIEREA" a demonstrat la momentul respectiv, că se află în procedura de obținere a certificatelor SR EN ISO 9001/2005 și SR EN ISO 14001/2005, pentru activitățile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, pe care, de altfel, le-a și obținut între timp".

În opinia intervenientului, faptul că la data derulării procedurii contestatorul se afla în procedura de autorizare, nu poate fi oricum interpretat în sensul că acesta îndeplinea cerința în discuție, deoarece respectiva cerință presupunea, în esență, existența faptică a certificărilor la acea dată și nu a unei proceduri de autorizare în curs care s-ar fi putut finaliza prin neacordarea acestor certificări. Astfel, în mod evident, contestatorul nu a îndeplinit întocmai toate cerințele documentației de atribuire pe care nu le-a contestat în niciun moment și cu privire la care a încercat pe tot parcursul derulării procedurii să facă dovadă că le respectă și le îndeplinește întocmai).

5. Intervenientul precizează că societatea contestatoare cunoștea toate aspectele pe care acum înțelege să le reclame din cuprinsul documentației de atribuire ce a fost publicată în S.E.A.P. în data de 07.10.2020, astfel încât aceasta trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerința în discuție în măsura în care dorea clarificarea, completarea, modificarea, eliminarea etc. acesteia, neputând fi reținut la acest moment niciun motiv legal pentru depășirea termenului de contestarea a documentației de atribuire impus de Legea nr. 101/2016. În caz contrar, acest termen impus de legiuitor ar ajunge să fie golit de orice efect și, astfel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei contestații a raportului de atribuire, ofertanții nemulțumiți de rezultatul procedurii la care participă ar putea să conteste ulterior cerințele din documentație, invocând curgerea termenului de la data primirii raportului de atribuire.

Astfel, în măsura în care contestatorul aprecia că există cerințe în documentația de atribuire aferentă procedurii ce nu respectă legislația în materia achizițiilor publice, avea posibilitatea de a contesta cerința în discuție în cadrul termenului legal prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Pe cale de consecință, intervenientul solicită Consiliului admiterea excepției tardivității contestației ce face obiectul prezentului dosar prin care, în fapt, se reclamă aspecte ce țin de documentația de atribuire a procedurii, și, pe cale de consecință, să dispună în sensul celor solicitate în cadrul cererii de intervenție, respectiv:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată în temeiul dispozițiilor Legii nr. 101/2016, coroborate cu cele ale Codului de Procedură Civilă;

- admiterea excepției tardivității contestației formulate de contestator;

- pe fondul cauzei, respingerea contestației promovate de contestator ca nefondată și neîntemeiată, atât în ceea ce privește solicitarea acestuia de anulare a comunicării rezultatului procedurii și a

tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, cât și a solicitării privind obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea și analiza ofertei financiare depusă de asocierea al cărei lider este contestatorul;

- menținerea rezultatului procedurii și, pe cale de consecință, constatarea legalității declarării ofertei asocierii sale ca fiind câștigătoare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ".....", cod CPV 45240000-1. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În raportul procedurii nr. A13357/08.12.2020 s-a consemnat depunerea a 2 oferte, respingerea ofertei depusă de asocierea SA - ... SRL ca neconformă, admisibilitatea ofertei depusă de asocierea SA - ... SRL, precum și desemnarea acesteia ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 15.822.220,00 lei fără TVA.

Împotriva raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020, precum și a tuturor documentelor ce au stat la baza declarării ofertei Asocierii SA - ... ca neconformă, ... SA în calitate de lider de asociere a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. 2821/2020.

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SA; acesta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnat câștigător al procedurii potrivit raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

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

Având în vedere norma anterior invocată, Consiliul va proceda la soluționarea excepției tardivității contestației depusă de SA, invocată de intervenientul SA, pe care o va respinge ca neîntemeiată.

Intervenientul a invocat excepția tardivității contestației considerând ca aceasta cuprinde critici aduse documentației de atribuire, iar în opinia sa contestația a fost formulată tardiv față de data publicării în SEAP a documentației, respectiv 07.10.2020. Acesta a invocat în susținere dispozițiile art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.”

Însă, în situația dată, nu se poate reține faptul că SA a contestat documentația de atribuire propriu zisă așa cum eronat susține intervenientul, ci a fost formulată împotriva raportului procedurii înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. A13357/08.12.2020 și a

comunicării rezultatului procedurii nr. A13359/08.12.2020, prin care oferta asocierii a fost respinsă ca neconformă.

Sub acest aspect contestația ce face obiectul dosarului nr. 2821/2020 a fost formulată în termenul legal de 7 zile prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, așa cum rezultă din dovezile aflate la dosarul cauzei.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că SA a transmis contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în data de 14.12.2020, prin e-mail.

Astfel, deoarece SA critică raportul procedurii nr. A13357/08.12.2020 despre care a luat la cunoștință în aceeași zi, raportat la data formulării contestației respectiv 14.12.2020, Consiliul reține că acesta a respectat termenul de 7 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. b) din același act normativ. Prin urmare, contestația nu a fost tardiv introdusă, ci în termenul prevăzut de lege.

Concluzionând, trebuie subliniat faptul că din lecturarea contestației reiese clar că nu s-a criticat documentația de atribuire, cum eronat susține intervenientul, ci modalitatea în care autoritatea contractantă a respins oferta sa și temeiul legal invocat pentru respingere.

Pe fondul cauzei, din verificarea documentelor aflate la dosar, se reține în soluționare că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. A13359/08.12.2020, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință contestatorului că oferta sa a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind certificatele SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 ale asociatului SC ... SA pentru partea de contract ce va fi executată de acesta, respectiv lucrări de dragaj; acesta nu a făcut dovada deținerii certificatelor solicitate (dovada finalizării etapelor de certificare).

Se reține că Asocierea SC SA (lider) - SC ... a prezentat un acord de asociere din care reiese că membrii asocierii vor contribui la realizarea obiectivului având ca obiect „....” astfel:

- SC SA - lucrări construcții - 47%;
- SC SRL Constanța - lucrări construcții hidrotehnice - 35%;
- SC ... SA - lucrări dragaj - 15%;
- SC ... SRL București - proiectare - 3%.

În cadrul ofertei, asociatul SC ... SA a prezentat certificatele SR EN ISO 9001:2015 nr. 19728 C și SR EN ISO 14001:2015 nr. 19728 M, însă pentru domeniul „Operare-depozitare uleiuri vegetale și cereale pentru consum. Depozitare mărfuri generale, încărcare - descărcare a mijloace lor de transport navale, căi ferate și auto, stivuirea și amararea acestora. Servicii de transport fluvial de mărfuri generale. Depozitare semințe și furaje-manipulare”, fără a fi menționată însă activitatea de lucrări de dragaj, respectiv partea sa din contract.

Autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr. A12176 din 09.11.2020 cu următorul conținut: „Transmiterea SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 de către ofertantul S.C ... S.A

pentru partea de contract ce va fi executată de către acesta, conform acordului de asociere”.

Contestatorul a răspuns prin adresa nr. A12176/09.11.2020: „Conform acord de asociere, S.C ... S.A va executa în cadrul contractului, lucrări de dragaj. La paginile 370-372/376 din Propunerea Tehnică prezentată la momentul ofertării, au fost atașate certificatele SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 valabile la momentul depunerii. Atașăm certificatele SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 valabile Octombrie 2021 și adresa de confirmare nr. 8851/23.10.2020, din partea Organism de Certificare CertInd, București și o confirmare emisă în data de 23.10.2020 a organismului de certificare privind extinderea domeniului de certificare a sistemului de management ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj”.

A fost depusă prin răspunsul la clarificări adresa nr. 8851/23.10.2020 emisă de organismul de certificare Certind privind extinderea domeniului de certificare ISO 9001:2015 și ISO 14001:2005 pentru domeniul: execuție lucrări de dragaj, pentru SC ... SA.

Ulterior, S.C ... S.A. a obținut certificatele potrivit cărora societatea sa este certificată SR EN ISO 9001:2015 și SR EN ISO 14001:2015 pentru domeniul „execuție lucrări de dragaj”, prin extinderea domeniului de certificare, în data de 12.11.2020 (cu valabilitate până în 03.05.2022).

Cu toate acestea, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. A13359/08.12.2020, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință contestatorului că oferta sa a fost respinsă ca neconformă.

Consiliul apreciază că respingerea ca neconformă a ofertei contestatorului este neîntemeiată, din următoarele motive:

Autoritatea contractantă a menționat criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005 doar în caietul de sarcini, la fila 13/19 pct. 6, dar nu și în anunțul din SEAP. Ori, potrivit dispozițiilor art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.

Este clar că autoritatea contractantă a cunoscut și acceptat pe deplin prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 atunci când și-a elaborat documentația, potrivit legii criteriile de calificare și selecție trebuind să fie menționate în toate documentele emise de autoritatea contractantă, indiferent că este vorba despre documentația de atribuire sau invitația/anunțul de participare.

Conform Dicționarului Explicativ al Limbii Române, „nescris” înseamnă „care nu este sau nu a fost scris”. Cu alte cuvinte, o clauză nescrisă se consideră a fi inexistentă. O clauză nescrisă se consideră că nu există deloc, de la bun început, și astfel nici nu poate fi analizată și avută în vedere. Fiind așadar o cauză de ineficacitate, clauza nescrisă nu produce

niciun efect, astfel că este firesc ca orice subiect de drept care o sesizează să facă abstracție de ea - pentru că pur și simplu nu există.

Prin urmare, oferta asocierii a fost considerată ca neconformă în considerarea unui criteriu ce era *ab initio* nul, lucru ce invalidează decizia autorității contractante.

Referitor la invocarea clauzei nescrise, având în vedere că este vorba despre o sancțiune care operează de plin drept, ea poate fi invocată de oricine. Aplicarea sancțiunii reputării clauzei ca nescrisă nu poate fi limitată într-un anumit interval de timp, prin urmare este imprescriptibilă extinctiv, aceasta operând în virtutea legii.

Criteriile referitoare la standarde comunitare privind asigurarea calității - certificat SR EN ISO 9001/2005 și la standarde comunitare privind sistemul de management de mediu - certificat SR EN ISO 14001/2005, menționate de autoritatea contractantă doar în caietul de sarcini la fila 13/19 la pct. 6 reprezintă „clauză nescrisă”, ceea ce înseamnă că este lovită de nulitate.

De asemenea, conform art. 113 alin. (11) din Legea nr. 98/2106, în cazul procedurii simplificate, cum este și cea de față, autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita prezentarea de certificate ISO ofertanților, acestea putând solicita doar cerințe privind: a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul IV, secțiunea a 6-a, paragraful 2; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 173; c) experiența similară, în conformitate cu art. 179 lit. a) și b).

Mai mult, asocierea Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL a demonstrat la momentul respectiv (09.11.2020, data transmiterii răspunsului la clarificare), că se află în procedura de obținere a certificatelor SR EN ISO 9001/2005 și SR EN ISO 14001/2005, pentru activitățile ce fac obiectul procedurii pe care, de altfel, le-a și obținut între timp, în dosar fiind depuse Certificatele nr. 19728 M și nr. 19728 C cuprinzând certificarea inclusiv pentru domeniul execuție lucrări de dragaj, lucrări de construcții hidrotehnice.

Față de cele expuse anterior, Consiliul apreciază că în mod eronat autoritatea contractantă a respins ca neconformă oferta depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL pe de o parte invocând ca motiv de respingere o clauză nescrisă, iar pe de altă parte oricum respectivele documente fuseseră între timp obținute de către ofertant.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către SA în contradictoriu cu, va dispune anularea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL, anularea raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020 în partea privind oferta depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL conform motivării precum și a comunicărilor subsecvente.

Va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL potrivit motivării și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Consiliul va respinge solicitarea contestatorului privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații, deoarece acestea nu au fost dovedite, așa cum prevăd dispozițiile art. 26 alin. (9) teza I din Legea nr. 101/2016.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației depusă de SA, invocată de intervenientul SA.

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către SA în contradictoriu cu

Dispune anularea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL, anularea raportului procedurii nr. A13357/08.12.2020 în partea privind oferta depusă de Asocierea SC SA (lider) - ... SRL precum și a comunicărilor subsecvente.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei depusă de Asocierea SC SA (lider) - SC ... SRL potrivit motivării și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție formulată de SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

...