CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../13.08....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată legal de domnul ..... - director general și convențional de ....., cu sediul în ....., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de furnizare ....., cod CPV 42414400-5, cu data-limită de depunere a ofertelor 12.07....., organizată de SC ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., în calitate de entitate contractantă, reprezentată legal de domnul ..... - director general, contestatoarea a solicitat .....

La 22.08....., SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., ..., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată legal de domnul ..... - administrator și convențional de ....., ..., ..., cu sediul în ....., ..., ..., ..., adresă aleasă pentru comunicarea actelor de procedură, a înaintat cererea de intervenție voluntară înregistrată la Consiliul cu nr. 34205/ 23.08....., prin care solicită respingerea contestației, în principal ca tardivă și în subsidiar ca nefondată, precum și menținerea actualului raport al procedurii.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ. și pentru motive care țin de economie procedurală.

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 ofertantul SC ..... SRL reclamă decizia entității contractante SC ..... de a îi respinge oferta ca neconformă, deoarece a prezentat o autorizație de la Inspecția de Stat pentru Controlul Cazanelor, Recipientelor sub Presiune și Instalațiilor de Ridicat care nu acoperă lucrările de sudură, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (6) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016, criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini, dar care nu sunt prevăzute în anunțul de participare simplificat sunt considerate clauze nescrise.

Prin caietul de sarcini, la rubrica „Suprastructură macara", s-a solicitat: *„Service pentru suprastructură macara, autorizat RAR și de către producător - pentru distribuție și service pe teritoriul României. Service mobil pentru suprastructură macara - copii ale documentelor de autorizare ISCIR. Autorizare ISCIR pentru montare, reparare, întreținere și revizii la macarale deplasabile de sarcină maximă de minim 25 tone - copii ale documentelor de autorizare ISCIR. Certificat de conformitate CE (COC)*."

Entitatea nu a solicitat, nici cu privire la situația personală a ofertantului și nici cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale, prezentarea/includerea în ofertă a autorizației „ISCIR" la care se face referire în caietul de sarcini. Prin urmare, nu exista, potrivit documentației de atribuire, vreo obligație de a se depune respectiva autorizație în faza ofertării (ea vizează etapa executării contractului, nu etapa atribuirii acestuia; nu este o cerință de calificare a cărei pretinsă neîndeplinire să ducă la respingerea ofertei).

Entitatea contractantă a respins oferta întrucât nu a fost dovedită deținerea autorizației „ISCIR" pentru reparații care includ și operațiuni de sudură, înscris care „reprezintă un veritabil criteriu de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale". Or, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 126 alin. (11) din Legea nr. 99/2016, în cazul procedurii simplificate, entitatea nu are

posibilitatea de a stabili astfel de cerințe de calificare, sens în care respingerea ofertei pentru acest considerent este netemeinică și nelegală. Pe de altă parte, fiind o veritabilă cerință de calificare care vizează capacitatea de exercitare a activității profesionale, ar fi trebuit să se regăsească menționată în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare simplificat, actuala lipsă ducând la considerarea cerinței drept clauză nescrisă, care nu poate produce efecte juridice.

Sunt invocate jurisprudența Consiliului, anterioară actualului cadru legal, și art. 22 alin. (10) și art. 36 alin. (6) din normele alăturate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016.

În subsidiar, în situația în care cerința nu este considerată clauză nescrisă, ea a fost îndeplinită, societatea aducând următoarea clarificare: „Prin prezenta, vă confirmăm că societatea ..... SRL deține toate autorizările necesare montajului și reparației pentru macarale hidraulice, cu sarcina de ridicare până la 400 To. Autorizația este împărțită în două categorii: autorizație de montaj, care este mult mai cuprinzătoare decât cea de reparații, și autorizația de reparații (ambele depuse la documentația tehnică, împreună cu extensiile autorizate la zi).

Confirmăm că autorizația de reparații nu conține elemente de sudură pentru simplul motiv că pentru reparația elementelor de siguranță de tip braț telescopic de macara sau stabilizatorii hidraulici, adică elementele de siguranță pentru care se solicită testare sub supravegherea ISCIR, nu se recomandă a fi redresate/ reparate prin sudură, pentru că își schimbă caracteristicile de rezistență și flexibilitate. În cazul defecțiunilor pentru elementele de siguranță de acest tip (elemente de braț telescopic, stabilizatori, cârlig de ridicare, cablu de ridicare, winch) piesele respective se înlocuiesc ca și piese de schimb fără a efectua modificări în structura materialului prin intervenția sudurii.

În cazul de față, societatea ..... SRL este un caz aparte, fiind o societate care în primul rând efectuează construcție/montaj pentru echipamente de ridicat, dar și reparații, fiind importator autorizat pentru macarale FASSI, TAJFUN LIV, KESLA, nacele pentru linii aeriene, macarale telescopice având autorizări RAR, ISCIR și sistem de monitorizare al calității ISO 9001 ce permite efectuarea corectă atât pentru montaj cât și pentru reparații.

Revenind la nivelul de autorizare pentru montaj (autorizații depuse către Dvs. împreună cu oferta tehnică) vă comunic că pentru eliberarea acestor autorizații sunt solicitate procedee certificate de sudură, nominalizate cu numele sudorilor care sunt angajații societății. Anexez la prezenta clarificare și procedee de sudură certificate, care dovedesc cele comunicate.

Deținând ambele variante de autorizare, montaj, dar și reparații, se certifică astfel că societatea ..... SRL cunoaște ce operații se pot efectua și limita de separare a acestora pe faza de construcție montaj dar și pe reparație service."

În esență, s-a arătat că pentru reparația elementelor de siguranță de tip braț telescopic de macara sau stabilizatori hidraulici nu se recomandă repararea prin sudură, o astfel de operațiune determinând modificarea caracteristicilor de rezistență și flexibilitate ale utilajului, fapt care determină consecințe negative în privința siguranței în utilizare. Astfel, nu era necesar ca autorizarea „ISCIR" să includă si operațiunile de sudură. Mai mult, în documentația de atribuire nu există nicio cerință expresă în sensul în care respectiva autorizație să acopere și lucrările de sudură, mențiunile din caietul de sarcini făcând referire generică la autorizare „ISCIR" pentru montare, reparare, întreținere și revizii la macarale deplasabile de sarcină maximă de minim 25 tone.

Din analiza conținutului adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire reiese că entitatea contractantă a transmis o solicitare formală de clarificări cu privire la cerința în discuție, nefiind analizat răspunsul la respectiva solicitare și nefiind argumentată respingerea explicațiilor aduse.

În punctul său de vedere nr. 40257/17.08..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 33424/20.08..... entitatea contractantă susține în apărare că SC ..... SRL invocă lipsa de obligativitate a depunerii respectivei autorizații în faza ofertării, însă a înțeles să prezinte autorizațiile nr. B/CR4/B/ 24/2503/0/10.04.2015 și nr. B/CR4/C,0/24/2504/0/10.04.2015, rezultând că și-a asumat prevederile caietului de sarcini.

Autorizarea solicitată este o condiție legală, intrinsecă, care nu ține de necesitatea prevederii ei în anunțul de participare simplificat, ci de dispozițiile legale în vigoare, aplicabile atât activității de montaj, cât și celei de reparații. Prescripția tehnică PT CR 4-2009 precizează condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o persoană juridică pentru a fi autorizată să desfășoare activități de montare, reparare, întreținere și revizie la macarale deplasabile pe căi fără șine de rulare, independent de solicitarea referitoare la autorizarea „ISCIR" care face obiectul contestației. Așadar, cerința autorizării „ISCIR" constituie o cerință legală, care trebuie îndeplinită independent de prevederile caietului de sarcini.

SC ..... SRL nu este autorizată/nu poate presta activitatea completă de reparații, inclusiv lucrări de sudare, în autorizația sa nefiind nominalizat responsabilul tehnic cu sudura. Autorizația se eliberează pentru gama de lucrări solicitată, respectiv pentru montare, reparare, întreținere și revizii, obligatorie fiind îndeplinirea

condițiilor referitoare la capabilitatea persoanei juridice. În cadrul activității de montare și reparare, capacitatea de a executa lucrări de sudare este dată de un cumul de factori: dotări specifice, proceduri certificate, personal de execuție autorizat „ISCIR”, personal tehnic de specialitate - respectiv responsabilul tehnic cu sudura, „RTS”, care nu este nominalizat pe autorizarea „ISCIR” a contestatoarei. În fapt, imposibilitatea realizării lucrărilor complete de reparații se datorează neautorizării „RTS” a contestatoarei.

SC ..... SRL recunoaște că utilizează procedee de sudură în procesul de montaj, anexând documente doveditoare - certificări de calitate în conformitate cu normele ISO, dar nu acordă atenție faptului că acestea sunt elemente care stau la baza obținerii autorizației „ISCIR” specificate în prescripția tehnică PT CR 4-2009, care stabilește condițiile obligatorii pentru a putea efectua astfel de intervenții. Pentru orice intervenție cu sudură, în afara documentației de execuție/reparare care stă la baza executării lucrării, este obligatorie existența unui responsabil tehnic cu sudura, nominalizat în autorizație, care conferă executantului dreptul de a efectua acest gen de intervenții. Dacă elementele sudate realizate în cadrul procesului de montaj nu sunt conforme prevederilor „ISCIR” se naște un pericol pentru angajații Apavital SA, operatori pe automacaraua în cauză.

Apavital SA nu poate să accepte înlocuirea de componente, care generează alte costuri, în condițiile în care există posibilitatea tehnică și legală de a remedia defectele prin reparații, controlând astfel costurile de exploatare, întreținere și reparații.

Comisia de evaluare a respectat prevederile legale în ceea ce privește declararea ofertei ca fiind neconformă.

În cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 34205/ 23.08....., SC ..... SRL, singurul ofertant concurent, invocă excepția tardivității contestației, arătând că aceasta vizează, în esență, documentația de atribuire, adusă la cunoștință la data publicării în SEAP (.....), iar termenul de contestare a ei a expirat după 5 zile.

Autorizația „ISCIR”, asemănător autorizației „RAR” sau certificatului de conformitate CE (COC), nu este o cerință privitoare la o anumită atestare sau apartenență la un corp profesional sau organizație. Autorizația „ISCIR” nu este solicitată pentru întreaga activitate a operatorului economic, ci pentru furnizarea unui anumit produs care impune existența acestei autorizații, respectiv ..... Similar, pentru acest produs, este nevoie și de service autorizat „RAR” și de către producător, cerințe față de care contestatoarea nu a ridicat nicio obiecțiune. Urmărindu-se raționamentul contestatoarei ar fi trebuit ca atât cerința privitoare la dovada

existenței autorizării „ISCIR”, cât și la service autorizat „RAR” și de către producător să fie inserate în anunțul de participare.

Contestatoarea înțelege să se conformeze cerințelor din Caietul de sarcini privitoare la dovada autorizării „RAR” și de către producător, față de care nu ridică vreo obiecție, și contestă doar mențiunea privitoare la autorizarea „ISCIR”, deși ambele sunt prevăzute în caietul de sarcini și nu sunt preluate în anunțul de participare.

Autorizarea „ISCIR” trebuie să includă și operațiunile de sudură. În mod eronat, contestatoarea limitează tehnic operațiunile de sudură doar la reparația elementelor de siguranță de tip braț telescopic de macara sau stabilizatori hidraulici, pentru care nu se recomandă repararea prin sudură, dar nici nu se interzice (în condiții foarte clar definite de legiuitor). Sunt alte elemente (suporți, prinderi, elemente diferite de braț sau stabilizatori hidraulici etc) ce necesită reparații prin sudare. Întrucât este vorba despre un ansamblu compus din autoșasiu și macara (.....), operațiunile de sudură sunt necesare chiar la prinderea diferitelor tipuri de macara de diferite tipuri de autoșasiuri. Și în prezenta procedură, fixarea macaralei pe autoșasiul ofertat poate implica operațiuni de sudură.

SC ..... SRL a formulat concluziile scrise nr. 1404/27.08....., înregistrate la Consiliu cu nr. 34841/27.08....., de combatere a punctului de vedere aparținând entității contractante și a cererii de intervenție a SC ..... SRL.

Contestatoarea afirmă că cererea de intervenție este inadmisibilă, întrucât nu a fost demonstrată existența unui interes din partea persoanei care intervine.

Excepția tardivității contestației, invocată de către intervenientă, este nefondată, dat fiind că acțiunea introductivă vizează rezultatul procedurii de atribuire, nu documentația.

Sunt prezentate și argumente de susținere pe fond a contestației.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., entitatea contractantă SC ..... a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării unei automacarale, cu dotările necesare, estimată valoric la 279.053 euro, fără TVA (1.302.145,01 lei, fără TVA). Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat doi operatori economici, respectiv SC ..... SRL (a cărei ofertă a fost declarată admisibilă și i-au fost solicitate documentele de calificare) și SC ..... SRL (a cărei ofertă a fost declarată neconformă și respinsă). Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, SC ..... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației, în contextul invocării de către intervenienta SC ..... SRL a excepției depășirii termenului legal de contestare, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția, dat fiind că validitatea contestației depinde de soluționarea ei. Însă, la ordine, anterioară analizării excepției ce tinde la respingerea incipientă a contestației, este necesară determinarea admisibilității în principiu a cererii în cuprinsul căreia a fost invocată, respectiv a cererii de intervenție depusă de SC ..... SRL. Astfel fiind, Consiliul ia act că această societate are calitatea de ofertantă la procedura de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, constând în maximizarea șanselor de a fi desemnată ofertantă câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Participând la competiție doar doi agenți economici, interesul oricăruia dintre ei de a rămâne singur la licitație, pentru a îi fi atribuit contractul, este unul legitim, născut, personal și actual (art. 33 C. proc. civ.), a cărei existență poate fi ușor dedusă de către organul administrativ-jurisdicțional. Din această perspectivă, nu s-a impus interpelarea intervenientei pentru a își dezvolta în scris interesul procesual de a interveni în litigiu, în vederea menținerii statutului de unic ofertant admisibil, interes care nu poate fi negat. Prin urmare, este nefondată obiecția reclamantei în sensul lipsei de interes al intervenientei și, în succesiune, al inadmisibilității cererii de intervenție.

Din parcurgerea cuprinsului acestei cereri se vădește că ea este de sprijinire a poziției și apărării entității contractante, fără nicio pretenție proprie cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională, situație în care Consiliul stabilește că cererea este de intervenție voluntară accesorie în favoarea entității contractante.

Astfel fiind, se poate trece la cercetarea excepției ridicate de intervenientă, față de care Consiliul apreciază că nu este întemeiată. Procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestaţiei, Consiliul observă că societatea contestatoare îşi îndreaptă demersul său nu împotriva documentației de atribuire (anunț, fișă, caiet șamd), ci împotriva rezultatului consemnat în

procesul-verbal de evaluare nr. 38636/08.08....., ... despre care a luat cunoştinţă prin intermediul comunicării nr. 38641/ 08.08..... Divergenţa asupra actului vătămător trebuie tranșată în raport de declarația expresă a contestatoarei că atacă rezultatul evaluării ofertei sale, coroborată cu modalitatea de redactare a acțiunii introductive, care din preambul atenționează că este „împotriva rezultatului procedurii de atribuire”. Referirile la documentele pregătitoare ale licitației au menirea de a fundamenta criticile vizând rezultatul contestat, nicidecum atacarea respectivelor documente.

Contestația în discuție a fost transmisă electronic și prin scrisoare poștală cu conformare de primire la data de 13.08....., luni, în ultima zi a termenului legal de contestare, față de primirea comunicării la 08.08..... și raportat la normele art. 8 alin. (1) lit. b), coroborate cu cele ale art. 5 din Legea nr. 101/2016.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului sectorial de furnizare, la care se adaugă cele două răspunsuri de clarificare postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ..... SRL. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, calculând termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 88 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale – *ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentația de atribuire, însoțită de DUAE sau alte documente solicitate prin care ofertantul furnizează informații privind îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă*, precum și art. 129 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 – *ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire*. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de

atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel ....., Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de operatorul local de apă în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării tehnice a ofertei a fost stabilit de organizator prin procesul-verbal nr. 38636/ 08.08....., ... comunicat în aceeași zi, după cum urmează:

Prin prezenta, vă facem cunoscut rezultatul pentru procedura de atribuire a contractului sectorial de produse „.....”, cod CPV 42414400-5, procedură ce a avut, ca dată-limită de depunere a ofertelor, data de 12.07....., ora 15:00.

În urma evaluării de către comisia de evaluare a ofertelor, oferta depusă de către dumneavoastră a fost declarată neconformă, conform art. 143 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 394/2016 Norme metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial acordului-cadru din Legea nr. 99 2016 privind achiziţiile sectoriale, deoarece:

- Entitatea contractantă, prin adresa cu nr. 35873/26.07....., v-a solicitat clarificări cu privire la cerinţa din caietul de sarcini: „Autorizare ISCIR pentru montare, reparare, întreținere și revizii la macaralele deplasabile de sarcină maximă de minim 25 tone”, asta deoarece documentul prezentat in cadrul propunerii tehnice se referă la: „AUTORIZAŢIE (conform procesului verbal nr. 23C-118 din 10.04.2015) la pct. 2 „Domeniul de autorizare: REPARARE (fără lucrări de sudare), ÎNTREȚINERE şi REVIZIE la: Macarale deplasabile pe căi fără şine de rulare având Sn≤400 t”;

- Răspunsul la solicitarea de clarificări a fost transmis în termen prin intermediul SEAP, prin adresa înregistrată la entitatea contractantă cu nr. 37281/01.08.....;

- Analizând răspunsul primit se constată că autorizarea firmei S.C. ..... S.R.L. nu satisface cerinţele minimale solicitate prin caietul de sarcini al procedurii, după cum urmează:

Autorizarea ISCIR solicitata prin caietul de sarcini pentru lucrările de reparare trebuie să acopere toate cerinţele activităţii de reparaţii (inclus lucrările de sudură);

Autorizarea ISCIR prezentată pentru lucrările de reparaţii nu include şi lucrările de sudură - deci nu acoperă toate cerinţele activităţii de reparaţii;

Lucrările de sudură sunt necesare a fi efectuate atât in perioada de garanţie acordată pentru ....., cât şi ulterior în perioada post-garanţie.

În perioada de garanţie, sunt lucrări efectuate gratis de către furnizor pentru remedierea defecţiunilor constatate, precum şi lucrări efectuate contra cost pentru remedierea unor defecţiuni cauzate de exploatarea necorespunzătoare a echipamentului, costul final al acestora dorindu-se a fi mai mic decât cel generat de înlocuirea de subansamble.

În perioada postgaranţie, sunt lucrări de reparaţii ce pot fi executate în urma unor comenzi primite de la proprietarul automacaralei, lucrări al căror cost final se doreşte a fi mai mic decât cel generat de înlocuirea completă de subansamble.

Așadar, în opinia companiei achizitoare, oferta contestatoarei a fost neconformă din cauză că ofertanta nu a prezentat o autorizație din partea Inspecției de Stat pentru Controlul Cazanelor, Recipientelor sub Presiune și Instalațiilor de Ridicat, denumit în continuare ISCIR, care să acopere și eventualele lucrări de sudură la utilajul licitat. Pentru a se pronunța asupra temeiniciei și legalității respingerii ofertei, Consiliul apelează la clauzele documentației de atribuire, singura care delimitează sfera cerințelor de participare, atât de calificare, cât și de ordin tehnic.

Nici în cuprinsul anunțului de participare simplificat și nici în acela al fișei de date, SC ..... nu a inserat vreo mențiune cu privire la condiționarea participării la licitație de deținerea autorizației ISCIR. În consecință, SC ..... nu a impus ofertanților îndeplinirea vreunei cerințe de calificare legată de autorizarea de către ISCIR.

Potrivit art. 176 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de calificare şi selecţie referitoare la:

a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;

b) capacitatea candidatului/ofertantului.

Criteriile privind capacitatea şi cerinţele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în invitația de participare (art. 194).

Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condițiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia, precum şi cerinţele de calificare şi selecţie prevăzute în documentele achiziției [art. 228 alin. (4)].

În normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 se arată:

- instrucţiunile către ofertanţi/candidaţi conţin detaliile referitoare la formalităţile ce trebuie îndeplinite în legătură cu procedura de atribuire în cauză, modul în care operatorii economici trebuie să structureze informaţiile ce urmează a fi prezentate pentru

a răspunde cerinţelor din anunţul de participare/simplificat/de concurs, respectiv detalii procedurale cum ar fi precizări privind garanţiile solicitate, modul în care trebuie întocmite şi structurate propunerea tehnică şi cea financiară, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum şi termenele procedurale ce trebuie respectate şi căile de atac ce pot fi utilizate. Toate aceste informaţii constituie bază pentru generarea automată de către SEAP a anunţului de participare/simplificat/de concurs. [art. 22 alin. (3)];

- art. 36:

(1) Entitatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(4) Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie stabilite de entitatea contractantă sunt incluse în anunţul de participare/ simplificat/de concurs.

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

- oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire [art. 143 alin. (2) lit. b)].

Din parcurgerea anunțului de participare şi a fişei de date a achiziției redactate de entitatea achizitoare se observă că aceasta nu a tratat niciunde în cuprinsul lor cerința a cărei îndeplinire o pretinde de la societatea reclamantă (cu titlu de cerință de calificare). Asemenea condiționări de calificare nu apar nici în fișierul care formează caietul de sarcini [de altminteri, dacă ar fi fost inserate în caiet, opera dispoziția de la art. 36 alin. (6) din norme – *„Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise*.”].

În concluzie, în anunțul de participare şi în fişa de date a achiziției nu există cerința de calificare pentru ofertanți pe care o clamează achizitoarea. Este subînțeles că aceasta din urmă nu îşi poate întemeia decizia de respingere a unei oferte pe eventuala lipsă a unor documente de calificare care nu au fost cerute ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație, iar comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare astfel cum au fost prevăzute în anunț și în fișa de date.

Aşadar, SC ..... nu poate descalifica o ofertă pe temeiul neîndeplinirii unei condiții care nu este scrisă ori nu îi este aplicabilă potrivit documentației de atribuire. Din ansamblul legislației pe linie

de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleaşi, însă diminuate ori majorate). Dacă documentația a fost incomplet sau greşit întocmită, atunci sancțiunea este aceea a anulării procedurii de atribuire, în contextul art. 225 alin. (1) lit. c), coroborat cu alin. (2), din legea achizițiilor sectoriale.

În cuprinsul anunțului de participare sau al fişei de date a achiziției nu apare trecută obligația operatorilor economici de a îndeplini exigența autorizării ISCIR, la care se raportează organizatoarea în demersul său de a elimina oferta SC ..... SRL.

Criteriile de calificare nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea/entitatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko şi alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum şi jurisprudența acolo citată). **Principiul egalității de tratament şi obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplineşte cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată** (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, punctul 54).

Deosebit de relevantă este concluzia la care aceeaşi instanță de la Luxemburg a statuat-o în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

"*Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European şi a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri şi de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale şi principiile generale*

ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament şi nediscriminării, precum şi obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că ***autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplineşte cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat****.*"

Contrar părerii şi argumentelor SC ....., evaluarea şi concluzia la care s-au oprit cei trei membri ai comisiei desemnate excedează cadrului rezervat şi strict delimitat în documentația de licitație pentru calificarea ofertanților. Nu putea fi introdusă în ecuație autorizarea pretinsă, cu titlu de cerință de calificare, întrucât nu s-a impus în anunț și în fișă.

Suplimentarea cerințelor de calificare în timpul evaluării trece dincolo de domeniul protecției încrederii legitime şi este de natură să surprindă chiar şi „operator economic prudent şi avizat", sintagmă împrumutată din jurisprudența Curții de la Luxembourg. Eventuala neglijență din partea entității în redactarea documentației de atribuire nu poate avea repercusiuni în persoana ofertanților, care au înțeles să se conformeze formei posibil deficitare a documentației.

Nici măcar din specificațiile caietului de sarcini nu se desprinde forțata concluzie că operatorii economici, pentru calificare, trebuiau să dețină anumite autorizări/atestări/certificări sau personal tehnic de specialitate autorizat („responsabil tehnic cu sudura"). Executarea contractului intră în răspunderea ofertantului căruia îi va fi atribuit, acesta fiind ținut să realizeze toate aranjamentele pentru a executa contractul în limitele statuate de lege. Tot astfel, clauzele contractuale guvernează viitoarea relație între autoritatea beneficiară și antreprenorul investiției, iar nu etapa de evaluare a ofertelor (în plus, nici măcar în contract nu s-a prevăzut condiționarea autorizării ISCIR pentru sudură, invocată de organizatoare și de intervenientă).

Conform unei jurisprudențe constante a Curții europene, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta **cu strictețe** criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și

Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43). Elocventă este și Hotărârea Curții din 2 iunie 2016, cauza C-27/15, Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl.

În cazuistica internă în materia achizițiilor publice, instanțele de contencios administrativ au statuat:

– decizia nr. 658/R din 13 februarie 2013 (lipsa de acuratețe a criteriilor de calificare nu poate determina sancționarea operatorului economic care s-a conformat enunțului criteriilor), Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 2211 din 21 mai 2013 (nici Consiliul și nici instanța nu au abilitarea legală să adauge la cerințele de calificare impuse de autoritate, chiar dacă ar aprecia că, pentru buna derulare a contractului, autoritatea ar fi trebuit să impună cerințe suplimentare), nr. 3552 din 16 iunie 2016 (Consiliul nu are posibilitatea de a identifica alte motive de respingere a ofertei contestatoarei, în afara celor stabilite de comisia de evaluare, întrucât s-ar substitui acestei comisii), nr. 3868 din 5 iulie 2016 (astfel cum ofertantului îi este interzis să își modifice oferta prin completări sau lămuriri aduse ulterior, nici autoritatea contractantă nu poate modifica sau adăuga la documentația de atribuire), nr. 4565 din 6 octombrie 2016 (în condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus, prin documentația de atribuire, nicio cerință în ceea ce privește obligativitatea certificării pentru prestarea serviciilor, invocarea neconformității unei oferte din perspectiva unor cerințe care nu se regăsesc în documentație, fără ca aceasta din urmă să fi fost contestată, din perspectiva respectivei omisiuni, în termenul prescris de lege pentru aceasta, apare ca vădit neîntemeiată) și nr. 1029 din 7 martie 2017 (Curtea observă că prevederile obiectului contractului din fișa de date a achiziției nu face nicio referire la monumente istorice. Susținerile autorității contractante, potrivit cărora „este de notorietate că obiectivul de investiții [...] este un monument istoric" nu au nicio relevanță în condițiile în care întocmirea unei oferte se face prin raportare la cerințele exprese din documentația de atribuire. Curtea apreciază nejustificată solicitarea autorității în sensul că certificatul ISO 9001 ar trebui să conțină activitatea de proiectare monumente istorice, în condițiile în care obiectul contractului, astfel cum a fost definit de autoritate pentru partea de proiectare, nu definește distinct activitatea de proiectare monumente istorice. Dacă autoritatea urmărea ca respectivul certificat să definească expres activitatea de

proiectare monumente istorice ar fi avut obligația de a face expres această precizare în cadrul capitolului privind modul de îndeplinire a cerinței din fișa de date.), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– sentința civilă nr. 153/CA din 28 septembrie 2015 (petenta susține că oferta era inacceptabilă, atât timp cât ofertantul nu a făcut dovada autorizării activității conform Legii nr. 359/2004, însă această cerință nu a fost cuprinsă în fișa de date, iar autoritatea nu avea posibilitatea de a analiza condiții a căror îndeplinire nu a fost solicitată la inițierea procedurii de achiziție. În caz contrar ar fi fost o analiză abuzivă, care ar fi vătămat toți participanții la procedură, ceea ce legislația achizițiilor publice nu permite) și decizia civilă nr. 7/CA din 21 ianuarie 2016 (autoritatea contractantă nu a invocat nerespectarea cerinței autorizării activităților, astfel că se dovedește corectă alegația în sensul substituirii Consiliului comisiei de evaluare), Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 8657 din 26 iunie 2013 (autoritatea contractantă nu poate cere îndeplinirea unor condiții de calificare care nu sunt prevăzute în fișa de date a achiziției), Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 224 din 17 martie 2017 (principiul egalității de tratament și obligația de transparență ar fi vădit încălcate în cazul în care un operator economic ar fi supus, cu ocazia evaluării, unor criterii care nu sunt expres stabilite prin fișa de date), Curtea de Apel ....., Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 2640 din 20 octombrie 2015 (cerință de calificare constând în prezentarea de rapoarte de inspecție emise conform Ordinului nr. 337/N/2000. Obligarea de către Consiliu a autorității contractante să solicite clarificări de la Ministerul Lucrărilor Publice și Amenajării Teritoriului pentru a afla dacă Ordinul nr. 337/N/2000 a fost înlocuit cu alt ordin. Obligare nelegală, întrucât trebuie respectată cerința de calificare), nr. 1177 din 13 septembrie 2016 (Curtea consideră că examinarea ofertelor în raport de elemente neprevăzute în documentația de atribuire, ***chiar dacă*** ***prevăzut***, presupunea implicit o modificare a criteriilor de calificare, operațiune care se putea face exclusiv în condițiile art. 179 din ordonanță, a căror încălcare atrăgea sancțiunea nulității procedurii de atribuire) și nr. 24 din 11 ianuarie 2017 (chiar dacă executarea lucrării presupune personal atestat pentru instalații electrice, întrucât în documentația de atribuire nu a fost prevăzută

cerința atestării, ofertele nu pot fi respinse întrucât nu au inclus dovada atestării. Autoritatea contractantă nu poate pretinde ofertanților să depună un asemenea atestat, câtă vreme el nu a fost cerut prin documentația de atribuire, obligatorie și pentru autoritate), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Faptul că entitatea a inclus specificații tehnice legate de utilajul de ridicare (.....) nu înseamnă că entitatea a impus ofertanților cerințe de calificare legate de autorizarea lor pentru lucrări de sudură la componentele automacaralei.

Argumentul companiei de apă în sensul că „[a]utorizarea ISCIR solicitată este o condiție legală, intrinsecă, care nu ține de necesitatea prevederii ei în anunțul de participare/simplificat/de concurs de către entitatea contractantă, ci de dispozițiile legale în vigoare, aplicabile atât activității de montaj, cât și celei de reparații" nu poate fi validat de către Consiliu, întrucât cerințele de calificare pe baza cărora se realizează evaluarea ofertelor sunt, în mod exclusiv, cele stabilite de organizatoare în documentația de competiție, transparentizate ca atare. Nu se poate lăsa la aprecierea operatorilor interesați sau a terților determinarea căror condiții de calificarea trebuie să se supună pentru a fi admiși la licitație, prin studierea întregii legislații în vigoare în România.

Precizarea de la pagina 7 din caietul de sarcini: „*Autorizare ISCIR pentru montare, reparare, întreținere și revizii macarale deplasabile de sarcină maximă de minim 25 tone – copii ale documentele de autorizare ISCIR*." are semnificația a unei veritabile cerințe de calificare a ofertanților, situație care atrage incidența art. 36 alin. (6) din norme (criteriile de calificare și criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise). Prin urmare, fiind o clauză nescrisă, ea este lipsită de orice relevanță și nu poate fundamenta respingerea vreunei oferte.

Precizarea redată constituie o cerință de calificare pentru că se referă la abilitarea operatorului economic ofertant, iar nu la produsul ofertat de el sau la serviciile asociate (specificații tehnice). „*Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potenţialului tehnic, financiar şi organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potenţial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru şi de a rezolva eventualele dificultăţi legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câştigătoare*." [art. 35 alin. (1) din norme]

O dovadă suplimentară că autorizația ISCIR constituie o cerință de calificare, nu o specificație tehnică, o reprezintă chiar interpretarea provenind din partea autorității de reglementare în domeniu, din fostul Ordin al preşedintelui Autorităţii Naţionale pentru Reglementarea şi Monitorizarea Achiziţiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare şi selecţie:

Art. 7. - (1) În cazul în care se impune, la **criteriul de calificare "capacitatea de exercitare a activităţii profesionale"**, **autorizarea** Autorităţii Feroviare Române (AFER), Autorităţii Naţionale de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE), **Inspecţiei de Stat pentru Controlul Cazanelor, Recipientelor sub Presiune şi Instalaţiilor de Ridicat (ISCIR)** etc. pentru entităţi juridice, în cazul unui grup de operatori economici care depun ofertă comună, cerinţa este considerată îndeplinită dacă unul dintre asociaţi - respectiv subcontractantul, dacă este cazul deţine autorizarea solicitată şi numai cu condiţia ca acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitată autorizarea respectivă.

Art. 8. - (1) În cazul în care se impune, la **criteriul de calificare "capacitatea tehnică şi/sau profesională"**, **autorizarea** AFER, ANR, **ISCIR** etc. pentru personalul implicat, îndeplinirea cerinţei se poate demonstra prin luarea în calcul a resurselor tuturor membrilor unui grup ce depune ofertă comună sau pe cele ale subcontractantului, cu condiţia ca cel care dispune de resursele umane autorizate să realizeze partea din contract pentru care se impun autorizările solicitate.

2. Document edificator considerat necesar pentru dovedirea apartenenţei la categoria profesională impusă de îndeplinirea contractului solicitat:

- certificate, atestate, autorizaţii etc., în funcţie de specificul contractului, în situaţia în care există reglementări legale care impun deţinerea unor astfel de documente

De exemplu: **Inspecţia de Stat pentru Controlul Cazanelor, Recipientelor sub Presiune şi Instalaţiilor de Ridicat (ISCIR)**, Autoritatea Naţională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE), Autoritatea Feroviară Română (AFER), Comisia Naţională pentru Controlul Activităţilor Nucleare (CNCAN), Registrul Auto Român (RAR), Autoritatea Rutieră Română (ARR) (certificate, atestate, autorizaţii etc. ale operatorului economic)

- autorizaţie de punere pe piaţă/de comercializare emisă pe numele operatorului economic

NOTĂ: Actele normative care impun astfel de documente se vor menţiona la nivelul anunţului de participare/invitaţiei de participare.

Motivul de respingere a ofertei reclamantei vizează nedemonstrarea îndeplinirii cerinței autorizării ISCIR, însă respectiva cerință, făcând parte dintre clauzele calificate de legiuitor drept nescrise, nu poate fi valorificată ca motiv de respingere. Caracterul nescris al clauzei înseamnă că ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze. În sensul că noțiunea de „clauză nescrisă” semnifică inexistența cerinței s-a pronunțat și Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în sentința civilă nr. 848 din 10 martie 2017.

Nescrierea clauzei nu se confundă cu nulitatea ei, deoarece nulă nu poate fi decât o clauză scrisă, nu nescrisă, cum este aceea aflată în discuție. Drept urmare, nu era și nu este necesară atacarea caietului de sarcini de către SC ..... SRL pentru a avea efect dispoziția legală de la art. 36 alin. (6) din norme (altminteri, nici nu

ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal).

Nicio ofertă nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa entității achizitoare modul în care au fost redactate documentele de licitare. Nimic nu a oprit compania de apă să includă în anunțul de participare și în fișa de date cerința de calificare regăsită în caietul de sarcini, mai ales că era încredințată că „autorizarea ISCIR solicitată este o condiție legală".

Art. 126 alin. (11) din Legea nr. 99/2016 îi permitea expres SC ..... să solicite cerinţe privind capacitatea de exercitare a activităţii profesionale, în conformitate cu art. 186 [„(1) Entitatea contractantă are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente relevante care să dovedească forma de înregistrare şi, după caz, de atestare ori apartenenţă din punct de vedere profesional, în conformitate cu cerinţele legale din ţara în care este stabilit operatorul economic. (2) În procedurile de atribuire a contractelor sectoriale de servicii, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să deţină o autorizaţie specială sau să fie membri ai unei anumite organizaţii pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, entitatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că deţin o astfel de autorizaţie sau că sunt membri ai unei astfel de organizaţii."], cum este și autorizarea ofertantului din partea ISCIR.

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

Chiar și dacă, ipotetic, cerința ar fi apreciată drept specificație tehnică, separat de faptul că ar putea intra în contradicție cu cerințele din finalul caietului, care lasă a se înțelege că actele privind autorizarea ISCIR trebuie obținute ulterior contractării: „Documentația avizată, necesară obținerii Autorizației ISCIR (inclusiv proiectul de montaj avizat); Orice ale documente necesare punerii în circulație și autorizării ISCIR.", prin faptul că SC ..... SRL a prezentat SC ..... autorizațiile ISCIR nr. B/CR4/B/24/2503/0/10.04.2015 și nr. B/CR4/C,O/24/2504/0/ 10.04.2015, cu actualizările din 2017, pentru montare, reparare, întreținere și revizie la macarale, a fost acoperită specificația tehnică din caietul de sarcini („Autorizare ISCIR pentru montare, reparare, întreținere și revizii macarale deplasabile de sarcină maximă de minim 25 tone – copii ale documentele de autorizare ISCIR."). Circumstanțierea „fără lucrări de sudare" din cuprinsul autorizațiilor nu înseamnă că SC ..... SRL nu deține „Autorizare ISCIR pentru montare, reparare, întreținere și revizii macarale [...]".

În Hotărârea din 2 iunie 2016, cauza C-27/15, Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că principiul egalității de tratament și obligația de transparență trebuie interpretate în sensul că se opun excluderii unui operator economic de la procedura de atribuire a unui contract de achiziții publice ca urmare a nerespectării, de către acesta, a unei obligații care nu rezultă în mod expres din documentele aferente acestei

proceduri sau din legea națională în vigoare, ci dintr-o interpretare a

acestei legi și a acestor documente, precum și din acoperirea lacunelor, de către autoritățile sau de către instanțele administrative naționale, prezentate de documentele menționate. În aceste împrejurări, principiile egalității de tratament și proporționalității trebuie interpretate în sensul că nu se opun faptului de a permite operatorului economic să își remedieze situația și să îndeplinească

obligația menționată într-un termen stabilit de autoritatea

contractantă.

În plan intern, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3195 din 30 mai ..... (definitivă), a raționat:

Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în fișa de date a achiziției, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice.

În atare condiții, respingerea ofertei intimatei-contestatoare, în cadrul etapei de evaluare a DUAE, ca fiind inacceptabilă și neconformă, este lipsită de temei legal, din moment ce unicul criteriu pe care comisia de evaluare l-a constatat neîndeplinit de către ofertantă a fost cel inserat exclusiv în caietul de sarcini.

În conformitate cu dispozițiile art. 29 alin. (1) din Normele metodologice, „[c]riteriile de calificare au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.

Prin urmare, faptul că autorizațiile în discuție erau indispensabile pentru îndeplinirea obligațiilor asumate prin contract de către ofertant nu este de natură să anihileze consecințele juridice ale acestei cauze de ineficacitate. Prin stabilirea unor criterii de calificare corespunzătoare, autoritatea contractantă putea și trebuia să evite consecințele negative ale atribuirii contractului în favoarea unui contractant care nu are potențialul tehnic și/sau organizatoric de a duce la îndeplinire obligațiile contractuale.

Autoritatea nu își poate invoca propria turpitudine, iar modalitatea efectivă de executare a contractului nu poate fi stabilită de Consiliu sau de instanță în cadrul procedurii de soluționare a plângerii potrivit dispozițiilor art. 29 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

Din această perspectivă, este nerelevantă susținerea din plângere potrivit căreia comisia de evaluare nu poate avea în vedere contractele de prestări de servicii cu operatori economici care dețin autorizațiile solicitate în caietul de sarcini. O atare

precizare de către intimata-ofertantă a fost făcută în contextul justificării îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini. Or, din moment ce s-a stabilit că respectiva cerință reprezintă o clauză nescrisă, nu se mai impune analizarea legalității și/sau conformității cu acest criteriu de calificare.

Pentru toate aceste considerente, în temeiul art. 32 și art. 34 din Legea nr. 101/2016, Curtea va respinge plângerea ca nefondată, menținând ca legală și temeinică decizia Consiliului.

Cu titlu de jurisprudență relevantă, Consiliul face trimitere la decizia sa nr. 2250/C8/2383/10.08..... (nedefinitivă), invocată de către reclamantă, în considerentele căreia s-a reținut:

Având în vedere caracterul documentelor pretinse a lipsi din propunerea tehnică a ofertei desemnate câștigătoare, respectiv autorizații eliberate de CNCAN în considerarea dispozițiilor Legii nr. 111/1996, Consiliul constată că demonstrarea deținerii unor astfel de autorizări nu reprezintă o specificație tehnică a produsului, necesar a fi evaluată în etapa tehnică, ci ține de capacitatea ofertantului de a executa contractul de achiziție publică, încadrându-se astfel în categoria cerințelor de calificare, așa cum sunt acestea definite de legiuitor.

Astfel, pentru a analiza modul de îndeplinire de către ofertanta câștigătoare a cerinței în discuție este necesar a se stabili, prioritar, dacă cerința în cauză reprezintă o clauză nescrisă, în sensul art. 30 alin. (6) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Raportat la faptul că cerințele de calificare privind capacitatea ofertantului se stabilesc la nivelul fișei de date, Consiliul reține că, în prezenta procedură, printre condițiile de participare regăsite la punctul III.2. din fișa de date, autoritatea contractantă nu a menționat nicio cerință prin care ofertanții erau ținuți să facă dovada deținerii vreunei autorizații specifice, cerința care, pentru a fi opozabilă, trebuia prevăzută în fișa de date și anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, având în vedere dispozițiile exprese de la art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, se constată că acesta reprezintă o clauză nescrisă.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se constată că evaluarea ofertei SC ..... SRL are la bază culpa entității contractante, ceea ce conduce la nerespectarea prevederilor legale în vigoare, situație în care critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale apare a fi fondată. În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația nr. ...../13.08....., în contradictoriu cu SC ....., va anula actul de respingere a ofertei și comunicarea nr. 38641/08.08..... și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile sectoriale și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile.

Relativ la cererea de intervenție voluntară accesorie formulată în sprijinul entității contractante, în temeiul și în termenul statuat la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, de către SC ..... SRL, văzând cele ce preced, Consiliul apreciază nefondată respectiva cerere de intervenție, motiv pentru care o va respinge.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../ 13.08....., în contradictoriu cu SC ....., și anulează procesul-verbal de evaluare nr. 38636/08.08....., în partea care privește oferta contestatoarei, comunicarea nr. 38641/08.08..... și actele ulterioare. Obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ..... SRL și la emiterea unui raport al procedurii de atribuire pentru această ofertă, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, entitatea va comunica rezultatul procedurii contestatoarei și intervenientei.

Încuviințează, în principiu, și respinge, ca nefondată, cererea de intervenție voluntară accesorie nr. 34205/23.08....., depusă de SC ..... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în cinci exemplare, conține douăzeci de pagini.