



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 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. 1789 / C8 / 1982

Data: 14.10.2019

Prin contestația nr. 1349/25.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 37793/25.09.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de domnul - director general, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de furnizare de invertoare pentru lămpi fluorescente montate pe vagoane de călători - model B24, cod CPV 31155000-7, cu data-limită de depunere a ofertelor 27.08.2019, organizată de SA, cu sediul în, sectorul 1, ..., CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului, reprezentată de domnul - director general, în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat

**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 de a desemna câștigătoare oferta SC ... SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, potrivit criteriilor stabilite

de Entitatea Feroviară Română (AFER), invertoarele pentru lămpi fluorescente montate pe vagoane de calatori (1LF) sunt produse feroviare critice și, în conformitate cu alin. (2) al art. 1 din anexa nr. 1 la Ordinul nr. 290/2000: „Produsele și serviciile necesare pentru realizarea activităților specificate la alin. (1), care pot influența siguranța circulației și securitatea transportului, calitatea serviciilor, sănătatea oamenilor și protecția mediului, în transportul feroviar și cu metroul, denumite în continuare, după caz, produse sau servicii feroviare critice, pot fi procurate numai de la furnizori feroviari.” Calitatea de furnizor feroviar este definită la alin. (1) al art. 1: „În scopul respectării cerințelor privind siguranța circulației și securitatea transportului, calitatea serviciilor, sănătatea oamenilor și protecția mediului în transportul feroviar și cu metroul, activitățile de construire, modernizare, reparare și de întreținere a materialului rulant și a infrastructurii feroviare pot fi efectuate numai de agenții economici autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic de AFER. denumiți în continuare furnizori feroviari.”

În secțiunea III.1.1.b - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, din fișa de date, la pct. b1) se prevede: „Operatorii economici - persoane juridice române: Autorizația de Furnizor Feroviar și Certificat de Omologare Tehnică/Agreement Tehnic Feroviar, eliberate/vizate de către AFER în conformitate cu cerințele art. 1 și 2 din OMT 290/2000, valabile la momentul prezentării - pentru obiectul acordului cadru se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor”, or, la data depunerii ofertelor (27.08.2019), SC ... SRL nu deținea nici autorizație de furnizor feroviar și nici agreement tehnic feroviar. Dacă, la acea dată, SC ... SRL a completat DUAE cu informația că deținea aceste documente, firma se află sub incidența art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016 și entitatea contractantă este obligată să o excludă din procedură.

Pentru această situație nu se poate invoca acoperirea cerinței explicitate la art. IV. 4 din fișa de date, și anume: „Operatorul va prezenta un angajament/declarație că, în cazul în care Autorizația de Furnizor Feroviar/Certificatul de Omologare Tehnică/Agreement Tehnic Feroviar expiră pe perioada de derulare a acordului cadru, va întreprinde demersurile necesare pentru prelungirea acestora.”

SC ... SRL a obținut pentru prima dată agreementul tehnic feroviar pentru astfel de produse la 29.08.2019, ulterior datei de depunere a ofertelor.

Referitor la modul prin care firmei SC ... SRL i s-a atribuit „ATF” nr. 567/29.08.2019, în conformitate cu art. 7 din anexa nr. 5 la Ordinul nr. 290/2000:

Agreementul tehnic în transportul feroviar și cu metroul se poate acorda agenților economici care îndeplinesc cumulativ următoarele cerințe:

a) fac dovada ca în obiectul lor de activitate este cuprinsă și realizarea sau furnizarea produselor și/sau serviciilor feroviare critice pentru care se solicită obținerea acordului tehnic;

b) dețin acordul principalului beneficiar potențial pentru utilizarea produsului/serviciului feroviar critic respectiv;

c) dețin autorizația de furnizor feroviar în cazul serviciilor prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. b) și c);

d) fac dovada că fabricantul deține autorizație de furnizor feroviar și certificat de omologare tehnică feroviară sau, după caz, acord tehnic pentru produsele indigene furnizate, în cazul serviciilor prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. e);

e) dețin documentația care prezintă caracteristicile tehnice și performanțele produsului, avizată în prealabil de utilizatorul final și de AFER, precum și documentația necesară pentru înțelegerea, funcționarea, utilizarea, întreținerea și repararea acestuia;

f) fac dovada că au efectuat un program de încercări și verificări prin care s-au determinat principalele performanțe și caracteristici tehnice ale produsului/serviciului feroviar critic, dacă este cazul;

g) fac dovada rezultatelor obținute în utilizarea produselor și/sau serviciilor feroviare critice identice sau similare pentru care au solicitat acordul tehnic, în cazul în care acestea au fost utilizate în țara de origine și/sau în alte țări;

h) se angajează să accepte, pe perioada de valabilitate a acordului tehnic, supravegherea tehnică efectuată de AFER prin acțiuni de evaluare sau prin acțiuni de inspecție tehnică, după caz, pe fluxul de fabricație și/sau în activitățile în care se utilizează produsele și/sau serviciile feroviare critice pentru care s-a solicitat acordul tehnic;

i) fac dovada că fabricantul produsului sau executantul serviciului dispune de structuri organizatorice, de dotări tehnice, precum și de personal instruit și atestat, după caz, care să asigure desfășurarea proceselor de realizare a produselor și/sau serviciilor feroviare critice prevăzute la art. 1 alin. (2) lit. a), b) și c);

j) fac dovada ca au achitat tarifele aferente prestațiilor efectuate de AFER.

Dintre aceste cerințe, este evident că SC ... SRL:

- nu deține autorizație de furnizor feroviar conform lit. c);

- în caz că deține documentele conform lit. e), nu poate să asigure întreținerea și repararea „ILF”-urilor, deoarece în nomenclatorul societății de activități autorizate conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 nu apare ca autorizată activitatea de reparare a echipamentelor electronice și optice (CAEN 3313);

- nu a făcut un program de încercări și verificări prin care să se determine principalele performanțe și caracteristici tehnice ale produsului conform alin. (1);

- nu a făcut dovada rezultatelor obținute în utilizarea produselor în țara de origine, deoarece, la www.vitzoenerav.com, a firmei producătoare ... Ltd, în lista de produse fabricate de ei nu apar invertorii (invertors);

- angajamentul SC ... SRL de la lit. h) este pur formal, atât timp cât nu are autorizată activitatea de reparare a produselor, deci nu are personal calificat și, implicit, nici stand omologat AFER pentru verificarea conformității produselor primite din China.

Contestatoarea invocă și punerea sa într-o situație discriminatorie.

În punctul său de vedere nr. DA3/4/1598/01.10.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 38833/01.10.2019, entitatea contractantă susține în apărare că, în fișa de date,

secțiunea III.1.1.b) - *Capacitatea de exercitare a activității profesionale*, a solicitat ca operatorii economici să dețină autorizație de furnizor feroviar și certificat de omologare tehnică/agrement tehnic feroviar, eliberate/vizate de către AFER în conformitate cu cerințele art. 1 și 2 din Ordinul nr. 290/2000, valabile la momentul prezentării pentru obiectul acordului cadru.

Sunt incidente și prevederile art. 2 alin. (5) și (6) din ordin: *„(5) Produsele și/sau serviciile feroviare critice, provenite din import sau de la furnizori unici, pot fi procurate de la agenți economici care nu dețin autorizație de furnizor feroviar, dacă aceștia fac dovada că dețin un acord tehnic feroviar pentru fiecare produs și/sau serviciu furnizat. În cazul furnizorilor unici acordul tehnic feroviar poate fi solicitat și obținut de beneficiarul produsului/serviciului respectiv. (6) Prevederile alin. (5) se aplică și pentru serviciile de intermediere a furnizării produselor feroviare critice.”*

După cum reiese din oferta depusă, SC ... SRL a menționat în DUAЕ, partea a IV-a: *„Îndeplinește criteriile sau regulile obiective și nediscriminatorii aplicabile pentru limitarea numărului de candidați în următorul mod: în cazul în care sunt solicitate anumite certificate sau alte forme de documente justificative, vă rugăm să precizați pentru fiecare dintre acestea dacă operatorul economic dispune de documentele solicitate”*: *„DA, ISO 9001, Acord tehnic feroviar.”*

Comisia de evaluare a consemnat în procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care o însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. DA3/4/1403/03.09.2019, următoarele:

- la 28.08.2019, în urma analizei DUAЕ și a ofertelor, comisia de evaluare a solicitat SC SRL și SC ... SRL să prezinte autorizație de furnizor feroviar și certificat de omologare tehnică/agrement tehnic feroviar, eliberate/vizate de către AFER, valabile la momentul prezentării, pentru obiectul acordului-cadru. Răspunsurile au fost solicitate până la data de 29.08.2019.

La 28.08.2019, SC ... SRL a transmis adresa nr. 381/28.08.2019, solicitând *„decalarea termenului de depunere a acordului tehnic feroviar până la data de 02.09.2019, deoarece, din motive tehnice nu are acces la platforma SEAP”*. Autoritatea a acceptat prezentarea documentelor până la data de 02.09.2019. S-a menționat în clar că valabilitatea acestora este conform primei solicitări, respectiv 29.08.2019.

SC ... SRL a încărcat în SEAP răspunsul în termenul stabilit, iar comisia de evaluare a constatat prezentarea acordului tehnic feroviar seria AT nr. 567/2019, eliberat la 29.08.2019 și valabil până la 28.08.2020, așadar valabil la momentul prezentării și la data primei solicitări (29.08.2019). Ofertanta a respectat cerința din fișa

de date, secțiunea III.1.1.b): „operatorii economici trebuie să dețină Autorizație de Furnizor Feroviar și Certificat de Omologare Tehnică/Agreement Tehnic Feroviar, eliberate/vizate de către AFER în conformitate cu cerințele art.1 și art. 2 din OMT nr. 290/2000, valabile la momentul prezentării - pentru obiectul acordului cadru”, și implicit prevederile Ordinului nr. 290/2000.

Documentele de calificare au fost solicitate (conform fișei de date) valabile la momentul prezentării, nu la momentul depunerii ofertelor, cum menționează contestatoarea.

Față de încadrarea produsului care face obiectul acordului-cadru în clasa de risc 2A și mențiunile operatorilor economici în DUAЕ, comisia de evaluare a respectat întocmai prevederile Ordinului nr. 290/2000 și legislația privind achizițiile sectoriale.

Referitor la comentariile contestatoarei privind eliberarea agreementului tehnic feroviar ATF nr. 567/29.08.2019, Autoritatea Feroviara Română este singura responsabilă să reglementeze norme și să autorizeze operatorii care își desfășoară activitatea în domeniul feroviar. Sunt incidente și următoarele prevederi ale Ordinului nr. 290/2000:

- art. 2. alin. (5): „Produsele și/sau serviciile feroviare critice provenite din import sau de la furnizori unici pot fi procurate de la agenți economici care nu dețin autorizație de furnizor feroviar ...”

- anexa nr. 5 - Norma privind acordarea de agreemente tehnice feroviare în transportul feroviar și cu metroul, art. 1 alin. (2): „Agreemente tehnice feroviare se pot acorda pentru următoarele produse/servicii feroviare critice: ... e) servicii de intermediere a furnizării produselor feroviare critice ...”

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. CN1013314, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 24.07.2019, entitatea contractantă SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării a maximum 8.991 de invertoare pentru lămpi fluorescente montate pe vagoane de călători model B24, estimate valoric la 1.411.587 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 24.07.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat doi operatori economici, respectiv SC ... SRL, a cărei ofertă a fost desemnată câștigătoare, și SC SRL, a cărei ofertă a fost declarată necâștigătoare, având un preț mai mare decât al celeilalte. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, instrucțiuni, caietul de sarcini, formularele necesare și modelele acordului-cadru și al contractului subsecvent de furnizare, 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, raportat la 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 jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că entitatea 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. Acest principiu impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (*ex pluribus*, Ordonanța din 10 noiembrie 2016, Spinoso Costruzioni Generali și Melfi, C-162/16, EU:C:2016:870, punctul 23). Curtea a reiterat, la punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de

aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

Trebuie amintit că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, entitatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de

vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să

încalce principiul egalității de tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare care reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziții publice (și sectoriale), asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării ofertelor a fost stabilit de societatea contractantă prin raportul procedurii de atribuire nr. DA3/4/1538/20.09.2019, rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 25.09.2019, SC SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la entitatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Disputa este legată de admiterea și declararea câștigătoare la procedură a ofertei SC ... SRL, pe care reclamanta o consideră inacceptabilă, din cauza neîndeplinirii cerințelor de calificare. Din perspectiva cercetării legalității și temeiniciei evaluării ofertei în

dispută relevante sunt, în primul rând, prevederile fișei de date a achiziției:

- pct. III.1.1.b) - *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale”*:

b) Operatorii economici ce depun oferta trebuie să dețină autorizație/certificat ori apartenență din punct de vedere profesional, respectiv să dețină:

b1) Operatori economici - persoane juridice române

Autorizație de Furnizor Feroviar și Certificat de Omologare Tehnică/Agreement Tehnic Feroviar, eliberate/vizate de către AFER în conformitate cu cerințele art. 1 și 2 din OMT 290/2000, valabile la momentul prezentării - pentru obiectul acordului cadru se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

[...]

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Conform art. 205 (1) din Legea nr. 99/2016 cu modificările și completările ulterioare, entitatea contractantă poate solicita ofertanților să depună documente justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării procedurii de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ, urmează să fie prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

- pct. IV.4.1 - *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”*:

Prin propunerea tehnică depusă, ofertantul are obligația de a face dovada conformității produselor care urmează să fie furnizate, cu cerințele prevăzute în Caietul de sarcini.

Împreună cu propunerea tehnică, ofertantul va prezenta:

[...]

- Operatorul va prezenta un angajament/declarație că, în cazul în care Autorizația de Furnizor Feroviar/Certificatul de Omologare Tehnică/Agreement Tehnic Feroviar expiră pe perioada de derulare a acordului cadru, va întreprinde demersurile necesare pentru prelungirea acestora.

În respectivul caiet de sarcini, la pag. 9, autoritatea a stabilit:

Produsele vor fi însoțite, la livrare, de următoarele documente:

[...]

- copie după Autorizație de Furnizor Feroviar și Certificat de Omologare Tehnică sau Agreement Tehnic Feroviar [...] în termen de valabilitate la data livrării produsului.

Abaterea pretinsă de reclamantă constă în nedeținerea de către SC ... SRL, la data depunerii ofertei (27.08.2019), a autorizației de furnizor feroviar și a agreementului tehnic feroviar.

În propriul DUAЕ, Partea IV, societatea a declarat că dispune (la timpul prezent) de documentele solicitate de autoritate, inclusiv de agreement tehnic feroviar. În plus, la dosarul cauzei există și o declarație datată 19.08.2019, în care aceeași societate menționează că va prezenta: *„Certificat de Omologare Tehnică/Agreement Tehnic Feroviar, eliberate/vizate de către AFER în conformitate cu cerințele art. 1 și 2 din OMT 290/2000, valabile la data limită a primei livrări”*.

Din consultarea înscrisurilor transmise la dosarul cauzei de către SA, forul administrativ-jurisdicțional observă că SC ... SRL i-au fost cerute de către organizatoarea licitației, prin adresa nr.

DA3/ 4/1385/29.08.2019 (precedată de adresa similară nr. DA3/4/1376/ 28.08.2019), în mod expres: „Autorizație de Furnizor Feroviar și Certificat de Omologare Tehnic/Agrement Tehnic Feroviar, eliberate/vizate de către AFER, valabil la momentul prezentării”.

În pofida clarității acestei solicitări, din care reiese limpede că avea obligația de a aduce nu doar un agrement tehnic feroviar, ci și autorizația de furnizor feroviar, SC ... SRL a înțeles să depună doar agrementul tehnic feroviar seria AT nr. 567/2019, eliberat la 29.08.2019, cu următorul răspuns: „*Bună ziua, Vă atașăm Agrementul Tehnic Feroviar*”. Societatea ofertantă nu amintește nimic legat de absența din răspunsul său a autorizației de furnizor feroviar. Nu aduce vreo explicație, nu expune niciun motiv de scutire a sa de la obligația prezentării autorizației.

Răspunsul dat de societate trebuia apreciat drept neconcludent de organizatoare, el fiind supus dispozițiilor imperative ale art. 140 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/ completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*

În speță, ținând seama de lipsa autorizației de furnizor feroviar, omisiune coroborată cu absența din răspuns a oricărei explicații din partea ofertantei, entitatea contractantă trebuia să determine că sunt aplicabile prevederile imperative din norme redate mai sus, iar oferta inacceptabilă. Nu comisiei de evaluare a autorității îi revenea sarcina să justifice omisiunea, ci ofertantei căreia i-au fost cerute documentele, care nu s-a preocupat să prezinte nicio explicație.

Pe de altă parte, în speță, se deduce și încălcarea art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia entitatea contractantă nu are dreptul ca, prin clarificările/completările solicitate, să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, prin faptul că i-a acceptat SC ... SRL decalarea datei-limită de răspuns până la o dată la care firma să poată intra în posesia agrementului.

Este limpede că, dacă s-ar fi aflat în posesia agrementului la 28.08.2019 (când a cerut extinderea termenului), SC ... SRL l-ar fi comunicat atunci organizatoarei și nu ar mai fi transmis cererea nr. 381/28.08.2019. Astfel cum a transmis cererea nr. 381/ 28.08.2019 (prin fax), putea transmite și agrementul (tot prin fax), însă acesta a fost emis abia în ziua următoare (la 29.08.2019). De altminteri,

scuza firmei „*din motive tehnice nu avem acces la platforma SEAP*” nu este credibilă și nici probată, SEAP funcționând la 28.08.2019, dovadă fiind chiar actele entității contractante postate la acea dată. Riscurile transmiterii răspunsurilor de clarificare/ completare, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic (*mutatis mutandis* art. 131 din lege), cu excepția cazului în care operatorul probează că Sistemul Electronic de Achiziții Publice nu a funcționat în acel interval, *quod non*. În fapt, decalarea datei de răspuns nu doar că s-a bizuit pe un motiv artificial, ci a și determinat apariția unui avantaj pentru SC ... SRL, permițându-i să obțină de la AFER agreementul tehnic feroviar seria AT nr. 567/2019, emis la 29.08.2019.

Mai mult, deși, din propriul DUAЕ, reieșea că operatorul economic SC ... SRL dispunea, la momentul ofertării (nu la timpul viitor), de agreement tehnic feroviar, cel adus în urma solicitării organizatoarei este datat 29.08.2019, la distanță de o lună de la ofertare. În această situație, revenea organizatoarei sarcina de a verifica dacă operatorul a completat DUAЕ cu o informație nereală, motiv de excludere din competiție. Însă, din cauză că răspunsul evaziv este suficient pentru a duce la concluzia că oferta este inacceptabilă, o asemenea verificare nu mai prezintă relevanță. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., ... SA nu a reușit să argumenteze și, cu atât mai puțin, să sprijine cu mijloace de probă, faptul că SC ... SRL era în posesia agreementului la data la care a înaintat oferta (DUAЕ).

Tot contrar opiniei organizatoarei, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților/entităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină respectivele contracte. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Curtea de Apel, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

SC ... SRL, astfel cum a solicitat decalarea termenului de răspuns prin adresa nr. 318/28.08.2019, avea la îndemână posibilitatea liberă de a explica organizatoarei de ce nu îi revine

obligăția aducerii autorizației de furnizor feroviar, astfel încât să elimine riscul de a fi respinsă oferta din cauza expusă.

Conform unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a Uniunii Europene, în temeiul art. 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. Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, cauza T-415/10, Nexans France, reclamantă, împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, pârâtă, amintește de la bun început că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod nelegal entitatea achizitoare a admis și declarat câștigătoare oferta SC ... SRL. Obiecțiile contestatorului privind nelegalitatea admiterii ofertei concurente se vădesc a fi fondate și, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC SRL nr. 1349/25.09.2019, în contradictoriu cu SA, va anula raportul procedurii de atribuire nr. DA3/4/1538/ 20.09.2019 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ... SRL, 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 autoritatea să comunice ofertanților rezultatul reevaluării, cu respectarea legislației aplicabile.

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

Admite contestația SC SRL nr. 1349/ 25.09.2019, în contradictoriu cu SA, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. DA3/4/1538/20.09.2019, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea la reevaluarea ofertei SC ... SRL și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile sectoriale, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului act, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor sectoriale.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în patru exemplare, conține douăsprezece pagini.