

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 573/C1/274

Data: 14.03.2023

Prin contestația nr. 67/06.02.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5824/06.02.2023, formulată de SC SRL, cu sediul în, județ, având cod unic de înregistrare RO, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire elaborată de către entitatea contractantă, cu sediul în, județ, în cadrul procedurii licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect: „CL8 -", cod CPV: 45232150-8, s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 1988/27.01.2023, precum și a celorlalte adrese de comunicare a rezultatului;
- anularea în parte a raportului procedurii nr. 1985/27.01.2023, a proceselor-verbale de evaluare și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii și la reevaluarea ofertei clasate pe locul 1.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. /16.02.2023, SC SRL, lider al asocierii SC SRL – SC SA, cu sediul în, str. Conului, ..., județul, cod unic de înregistrare RO, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin și convențional prin, cu sediul ales pentru comunicarea actelor în, str., în calitate de ofertant câștigător, a formulat cerere de intervenție, în baza art. 61 cpc și art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în cadrul dosarului nr. 274/2023 în aceeași procedură de atribuire, solicitând admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de SC SRL și plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În introducerea contestației, SC SRL prezintă un scurt istoric al derulării procedurii de atribuire.

Precizează că în cadrul procedurii, oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă.

În opinia contestatorului, oferta declarată câștigătoare este neconformă, fiind evaluată cu încălcarea prevederilor legale și ale documentației de atribuire.

Invocă în susținere art. 129 alin. (1) din Legea 99/2016 și face trimitere la art. IV.4.3. Note lit. b) din fișa de date.

Potrivit contestatorului, ofertantul declarat câștigător nu deține autorizație de furnizor feroviar însoțită de agrement tehnic feroviar emise de Entitatea Feroviară Română (AFER) pentru execuția subtraversărilor de căi ferate cerute prin caietul de sarcini.

Contestatorul face trimitere la caietul de sarcini, pentru lotul 1, cap. 1 secțiunea I - specificații tehnice - cadrul general, pag. 33, pag. 43 și pag. 65.

Menționează că din planșele cuprinse în documentația de atribuire, reiese că s-au solicitat mai multe lucrări specializate de subtraversare de căi ferate. Cu titlu de exemplu, enumeră următoarele planșe:

- „planșa rețea de alimentare cu apă detaliu tip subtraversări drumuri și CF secțiune transversală;
- planșa rețele de alimentare cu apă UAT subtraversare drum național, conductă de aducțiune Lacu Sărat;
- planșa rețele de alimentare cu apă reabilitare conductă de aducțiune Lacul Sărat UAT:, str. Principală (DN29); DC8;
- planșa rețele de alimentare cu apă reabilitare conductă de aducțiune Lacul Sărat UAT:, str. Drum de exploatare”.

Potrivit contestatorului, rezultă că trebuie să execute subtraversări de căi ferate pentru rețele de alimentare cu apă, pentru care trebuie să fie autorizat conform legii.

Precizează că autorizarea pentru astfel de lucrări feroviare critice se face numai de către Entitatea Feroviară Română (AFER) conform Ordinului nr. 290/2000 și niciunul dintre operatorii din asocierea câștigătoare nu este autorizat pentru subtraversările cerute prin caietul de sarcini.

Susține că autorizația emisă conform Ordinului nr. 290/2000 trebuie să prevadă expres că antreprenorul poate proiecta și executa lucrări de subtraversări linii căi ferate, prin foraj orizontal.

În susținerea celor expuse, contestatorul face trimitere la punctul de vedere al AFER, menționând că lucrările care se execută în zona de siguranță a infrastructurii feroviare, inclusiv cele de subtraversare a căii ferate, pot fi executate numai de către constructori autorizați AFER.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă prin declararea ca fiind conformă a propunerii tehnice depusă de asocierea SC SRL – SC SA, a încălcat prevederea din art. III.1.b) din Fișa de date, privind capacitatea de a executa lucrările/activitățile profesionale cerute și trebuia respinsă ca fiind neconformă.

Contestatorul susține că entitatea a încălcat principiul tratamentului egal al ofertanților, creând un avantaj injust asocierii clasate pe locul 1.

Menționează că entitatea contractantă a încălcat principiul asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (1) lit. b și alin. (2) lit. f) din Legea nr. 100/2016 și susține că nu a respectat cerințele formularului 14, pct. C, pag. 35, din documentația de atribuire.

Precizează conform documentației de atribuire, formularul 14 - metodologia și organizarea pentru realizarea lucrărilor, pag. 35, că ofertanții trebuiau să depună inclusiv Graficul de execuție care să includă următoarele informații:

- „principalele activități ale contractului, respectiv: mobilizare, organizare de șantier, obținere avize, autorizații și aprobări, execuția lucrărilor, inspecții și testare, recepții la terminarea lucrărilor;
- obiectele de construcții din care sunt alcătuite activitățile;
- sectoarele de lucru în care se vor pune în operă activitățile de construcții;
- categoriile de lucrări sau stadiile fizice care alcătuiesc lucrările (pentru fiecare sector/front de lucru);
- succesiunea activităților (obiecte, fronturi, categorii de lucrări): care activități trebuie terminate înainte ca altele să înceapă, respectiv ce activități pot fi realizate simultan;
- durata necesară pentru fiecare activitate (zile); data de începere și respectiv de finalizare a fiecărei activități;
- evidențierea drumului critic”.

Potrivit contestatorului, ofertantul clasat pe locul 1 nu a depus graficul de execuție Gantt care să includă toate informațiile solicitate.

Menționează că, prin formularul 14 s-a impus ca ofertanții:

- să aibă în vedere o perioadă de 3 luni de sezon rece (15 decembrie - 15 martie), în care nu vor planifica lucrări ce nu se pot realiza în anumite condiții climatice. Dacă ofertanții propun lucrări în aceasta perioadă, vor demonstra că vor fi asigurate toate condițiile necesare execuției lucrărilor cu respectarea normelor tehnice și legislative aplicabile;
- evidențierea drumului critic care să corespundă cu succesiunea de activități a cărei durată maximă este durata de execuție.

Conform contestatorului, ofertantul declarat câștigător nu a indicat perioada de sezon rece, nu a îndeplinit cerințele privind drumul critic și nu a depus dovezile privind personalul din art. IV.4.1. pct. 2 din fișa de date.

Susține că ofertantul declarat câștigător nu a depus CV, diplome de studiu, documentele care să confirme experiența și declarația de disponibilitate pentru managerul de contract și pentru șeful de șantier.

Menționează că asocieria SC SRL – SC SA nu a prezentat lista cu resurse umane și utilaje conform tabelelor impuse de entitatea contractantă, nu a prezentat productivitatea estimată echipelor de lucru conform cerinței din formularul nr. 14 pct. B, pag. 34, din documentația de atribuire și nu a prezentat lista cu piese de schimb/instrumente speciale conform cerințelor din caietul de sarcini.

Precizează că tabelul solicitat în caietul de sarcini, partea 1 - cap. 1 - specificații tehnice, secțiunea 1 - cadrul general - cerințe specifice proiectului, pag. 83-84, pct. 2.13, unde se prevăd o serie de

echipamente ce trebuie cuprinse într-un catalog al uneltelor speciale, nu a fost depus de către ofertantul clasat pe locul 1.

Contestatorul apreciază că entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 165 alin. (1) din Legea 99/2016; art. 129 alin. (1), art. 130 alin. (1) și art. 131, art. 133 alin (1) lit. f)-k) și 139 alin. (2) din HG 394/2016.

Pentru a dovedi neconformitatea propunerii ofertei declarate câștigătoare, contestatorul face trimitere la art. III.1.1.b) și art. IV.4.1. rubrica note, din fișa de date.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă și-a ignorat sarcina de a solicita clarificări punctuale în temeiul art. 187 alin. (1) și (2) din Legea 99/2016, dar și obligația de declarare a ofertei ca fiind neconformă, în temeiul art. 140 alin. (4) și/sau (5) din HG 394/2016, în raport cu răspunsurile neconcludente, transmise în urma emiterii de către entitatea contractantă a adreselor nr. 15305/14.07.2022, nr. 20055/12.09.2022, nr. 21536/29.09.2022, nr. 23163/18.10.2022, nr. 24268/31.10.2022 sau nr. 27298/29.11.2022.

Solicită admiterea contestației sale și acces la dosarul achiziției, potrivit art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Invocă în drept dispozițiile Legii 9/2016, HG nr. 394/2016, Ordinul nr. 290/2000 și Legea nr. 101/2016.

În probațiune anexează contestației, următoarele înscrisuri:

- Adresa de comunicare a rezultatului nr. 1988/27.01.2023 - anexa 1;
- Raportul procedurii 1985/27.01.2023 - anexa 2;
- Planșa rețea de alimentare cu apă detaliu tip subtraversări drumuri și CF secțiune transversală (fișier BR-CL8.1-PT-D.06.pdf) - anexa 3;
- Planșa rețele de alimentare cu apă UAT Subtraversare Drum National, conductă de aducțiune Lacu Sărat (fișier BR-CL8.1-PT-Cffl-S.01.pdf) - anexa 4;
- Planșa rețele de alimentare cu apă reabilitare conductă de aducțiune Lacul Sărat UAT:, str. Principală (DN29); DC8 (fișier BR-CL8.1-PT-CHI-H.01.pdi) - anexa 5;
- Planșa rețele de alimentare cu apă reabilitare conductă de aducțiune Lacul Sărat UAT:, str. Drum de exploatare; (fișier BR-CL8.1-PT-CHI-H.03.pdf) - anexa 6;
- Extras bază de date AFER - anexa 7;
- Punctul de vedere al AFER exprimat prin adresa 730/ON/872/29.09.2021 - anexa 8;
- Formularul 14 - anexa 9;
- Extras CS pag. 83-84 Partea 1 - Cap. 1 - Specificații tehnice, Secțiunea 1 - Cadrul general - Cerințe specifice proiectului (CSP) - anexa 10.

Prin adresa nr. 3162/10.02.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 6999/13.02.2023, entitatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația formulată de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În introducerea punctului de vedere, entitatea contractantă prezintă istoricul derulării procedurii de atribuire.

În ceea ce privește critica contestatorului referitor la neconformitatea ofertei declarate câștigătoare, entitatea contractantă subliniază faptul că autorizația invocată nu a constituit cerință de calificare sau de conformitate.

Susține că cerința din caietul de sarcini citată de contestator, se referă la faptul că autorizația este necesară pentru execuția lucrărilor, în etapa post atribuire, fiind necesară derulării contractului.

Potrivit entității contractante, obținerea acestei autorizații face parte din obligația de executare a contractului, nefiind cerință de calificare și invocă în susținere art. 185 alin. (5) din Legea 9/2016.

Lucrările speciale de subtraversare nu definesc obiectul principal al contractului, motiv pentru care sunt asociate etapei de derulare a contractului.

Entitatea contractantă precizează că autorizația reprezintă cerință minimă de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională a ofertantului. Susține că aceste autorizații nu vizează capacitatea de exercitare a activității profesionale și invocă în susținere art. 58 alin. (2), alin. (4) din Directiva nr. 24/2014, art. 192 lit. g) din Legea 9/2016 și art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2006.

De asemenea în susținerea celor precizate, entitatea contractantă face referire la documentația de atribuire/Cap. I Specificații tehnice/Secțiunea 1-Cadru general/parte 2 Cadru general CG, la cap. 1.28.- Detaliile de execuție/pct. 6 și cap. 1.23.-Autorizații/pct. 1.

Entitatea contractantă precizează că asocierea declarată câștigătoare a prezentat în propunerea tehnică, la capitolul proceduri de execuție, modul de executare a subtraversărilor, inclusiv cele de cale ferată, precum și condiționalitățile pe care trebuie să le îndeplinească antreprenorul pentru executarea acelor subtraversări.

Precizează că în graficul de execuție din propunerea tehnică, ofertantul declarat câștigător a evidențiat etapele referitoare la subtraversări pe o perioadă de timp semnificativă de la demararea procedurii de proiectare/autorizare până la începerea execuției lucrărilor.

Potrivit entității contractante, prin documentația de atribuire, nu s-a solicitat ofertanților prezentarea autorizațiilor necesare, licențelor și aprobărilor necesare pentru execuția lucrărilor, inclusiv autorizația AFER la momentul depunerii ofertelor, ci doar înainte de începerea lucrărilor care necesită astfel de autorizații.

Menționează că în propunerea tehnică (pag. 426-437), ofertantul declarat câștigător a prezentat graficul de execuție Gantt, conform cerințelor din documentația de atribuire formularul 14, pentru toate activitățile din contract.

Conform entității contractante, referitor la „perioada de 3 luni de sezon rece”, ofertantul declarat câștigător, a menționat că „la planificarea lucrărilor s-a impus restricția de 3 luni” și a prezentat extras din Programul mmp cu lista datelor cu restricții pentru execuție.

La analizarea graficului de execuție, entitatea contractantă susține că a constatat că ofertantul nu a planificat lucrări în „perioada de 3 luni de sezon rece”, menționată în documentația de atribuire.

Referitor la graficul de execuție Gantt în format nativ, entitatea contractantă menționează că a solicitat intervenientului clarificări prin adresa nr. 21536 din 29.09.2022, acesta răspunzând solicitării prin adresa nr. 22106 din 05.10.2022.

Entitatea contractantă precizează că a constatat că graficul Gantt în format nativ transmis de ofertant, corespunde cu fișierul în format pdf. existent în oferta depusă.

Contrar criticii contestatorului în ceea ce privește ofertantul declarat câștigător că nu a depus documente care să confirme experiența

și declarația de disponibilitate pentru managerul de contract și pentru șeful de șantier, entitatea contractantă precizează că acesta a prezentat o serie de documente, prezentându-le pe larg.

Entitatea contractantă susține că a solicitat clarificări prin adresa nr. 2055/12.09.2022, iar ofertantul declarat câștigător a răspuns prin adresa nr. 20786/20.09.2022. Menționează că în urma analizării răspunsului, a constatat că solicitarea a fost clarificată.

Contrar criticii din cuprinsul contestației că ofertantul declarat câștigător nu a prezentat lista cu resurse umane, utilaje conform tabelelor impuse și nu a prezentat productivitatea estimată a echipelor de lucru conform cerinței din formularul 14 pct. B (pag. 34) din documentația de atribuire, entitatea contractantă susține că a regăsit în propunerea tehnică a asocierii SC SRL – SC SA, listele solicitate care au respectat tabelele existente în Formularul 14 /pct. B din documentația de atribuire.

În ceea ce privește lista utilajelor și productivitatea estimată a echipelor de lucru, entitatea contractantă menționează că ofertantul declarat câștigător, în cuprinsul ofertei sale tehnice, a depus listele care au respectat tabelele existente în formularul 14/pct. B din Documentația de atribuire.

Referitor la critica contestatorului asupra ofertantul clasat pe locul 1 că nu a prezentat lista cu piese de schimb/instrumente speciale conform cerințelor din caietul de sarcini, entitatea contractantă precizează că a solicitat clarificări prin adresa nr. 21536 din 29.09.2022.

Ulterior solicitării entității contractante, aceasta precizează că ofertantul declarat câștigător a răspuns prin adresa nr. 22106 din 05.10.2022 prin care a transmis extras din caietul de sarcini referitor la listele de unelte speciale și piese de schimb.

Potrivit entității contractante, ofertantul declarat câștigător a menționat că prezentarea listei cu necesarul de unelte, instrumente speciale și piese de schimb este susținută de angajamentele ofertantului legate de îndeplinirea contractului, prezentând extrase din cap. 8, cap. 12 și cap. 14.

În urma analizării răspunsului la solicitările sale, entitatea contractantă precizează că ofertantul declarat câștigător nu a furnizat informațiile privind numărul furnizat/cost unitate/cost total, conform solicitării din caietul de sarcini solicitându-i noi clarificări prin adresa nr. 23163 din 18.10.2022.

Conform entității contractante, SC SRL a răspuns solicitărilor prin adresa nr. 23771/25.10.2022, prin care acesta a prezentat informațiile solicitate.

Concluzionând, entitatea contractantă susține că în urma analizei răspunsurilor intervenientului, la solicitările sale de clarificări, a apreciat informațiile ca fiind concludente, iar completările transmise nu modifică conținutul propunerii tehnice, acestea putând fi încadrate în categoria viciilor de formă, conform art. 141. alin. (1) din HG 394/2016.

Invocă în susținere prevederile art. 133 alin. (1) lit. b) și j); art. 141. alin. (3) din HG 394/2016 și art. 26 din Legea 101/2016.

Apreciază că a respectat prevederile legale în materia achizițiilor publice, iar rezultatul evaluării este unul corect și legal.

Entitatea contractantă precizează că își menține raportul procedurii nr. 1985/27.01.2023 și solicită respingerea contestației formulate de SC SRL ca neîntemeiată, nefondată și nelegală.

Entitatea contractantă a făcut dovada transmiterii punctului de vedere către contestator în conformitate cu 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr./16.02.2023, SC SRL, lider al asocierii SC SRL – SC SA a formulat cerere voluntară de intervenție, solicitând admiterea acesteia și respingerea contestației formulate de SC SRL ca neîntemeiată obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

Intervenientul invocă în susținere prevederile art. 15 și art. 17 alin. (3) și alin. (4) din Legea nr. 101/2016; art. 61 alin. (1) - (2) Cpc; art. 24 din Constituția României și art. 6 din CEDO.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că intervenientul nu deține autorizație de furnizor feroviar însoțită de Acord tehnic feroviar emise de Autoritatea Feroviară Română (AFER) pentru execuția subtraversărilor de căi ferate cerute prin caietul de sarcini și evidențiate în planșele din documentația de atribuire, intervenientul face trimitere la caietul de sarcini pentru Lotul 1, Cap. 1, Secțiunea 1 - specificații tehnice - cadrul general, pag. 43 și pagina 65.

În opinia intervenientului, această critică este nefondată, deoarece autorizația AFER nu a fost solicitată de entitatea contractantă nici prin anunțul de participare și nici prin celelalte documente ale procedurii în anunțul de participare, ca fiind un criteriu de selecție.

În acest sens, intervenientul invocă în susținere jurisprudența CNSC și CJUE, pe spețe similare, precizând că nu poate fi sancționat pentru neprezentarea unei autorizații AFER prevăzută de legislația specială, fără a fi menționată în mod expres în documentația de atribuire.

Intervenientul apreciază că în desfășurarea procedurii de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă nu a încălcat principiile care stau la baza atribuirii contractelor și niciunul dintre participanții la procedură nu a beneficiat de un tratament avantajos și injust, contrar susținerilor contestatorului.

Susține că autorizația AFER nefiind solicitată ofertanților prin documentele achiziției, poate fi obținută și prezentată până la momentul la care execuția proiectului va ajunge la stadiul subtraversărilor prin foraj orizontal a căilor ferate.

Precizează că la nivelul întregului contract există doar 3 porțiuni de subtraversare a căilor ferate, ceea ce echivalează un procent de aproximativ 0,3% din totalul execuției de lucrări.

Menționează că dacă s-ar admite susținerea contestatorului și s-ar dispune excluderea ofertantului câștigător pentru depunerea unei oferte neconforme, s-ar încălca principiul fundamental al proporționalității, deoarece măsura ar fi disproporționată în raport de procentul de 0,3% pe care îl reprezintă lucrările de subtraversare din valoarea totală a contractului.

În ceea ce privește critica contestatorului că intervenientul nu respectă cerințele formularului 14 pct. C, pag. 35 din documentația de

atribuire, SC SRL apreciază că este neîntemeiată și solicită respingerea ei.

În opinia intervenientului, susținerile contestatorului sunt nefondate deoarece graficul de execuție GANTT este parte integrantă din documentația tehnică depusă de acesta și conține toate cerințele din caietul de sarcini.

Menționează că în cadrul formularului 14 (în documentația tehnică - pag. 1-278 din document și 2-279 din pdf-ul intitulat „Documentația tehnică final-Lot1.pdf.p7s”), încărcat în SEAP la data de 14.06.2022 ora 14:23, se regăsește capitolul C. Graficul de execuție (pag. 268-278 din document și pag. 269-279 din documentul în format pdf).

Potrivit intervenientului, graficul de execuție depus conține toate informațiile menționate în formularul 14 - metodologia și organizarea pentru realizarea lucrărilor, prezentându-le pe larg.

Susține că în cuprinsul capitolului C. graficul de execuție se regăsesc date și informații cu privire la perioada de sezon rece (pag. 268 din document și pag. 269 din documentul în format pdf).

Despre drumul critic, intervenientul precizează că se regăsește în capitolul C. Graficul de execuție - pct. 23. Evidențierea drumului critic - pag. 278 din document și pag. 279 din documentul în format pdf, fiind depus în integralitate în cadrul pdf-ului intitulat „Documentația tehnică final- Lot1.pdf.p7s”, la pag. 438-439 din documentul în format pdf.

Cu privire la depunerea Graficului de execuție (GANTT) în format nativ (editabil), intervenientul susține că acesta a fost pus la dispoziția entității contractante ca anexă la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. NPEB 740/04.10.2022.

În opinia intervenientului, depunerea documentului în format nativ (editabil) în cadrul etapei solicitării de clarificări, nu este de natură să producă un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, fiind pe deplin îndeplinite condițiile art. 141 alin. (1) și alin. (37); art. 221 alin. (1) și alin. (2) din Legea 9/2016.

Referitor la critica contestatorului că „ofertantul clasat pe locul 1 nu a depus dovezile privind personalul din art. IV.4.1 pct. 2 din fișa de date”, intervenientul o apreciază ca fiind neîntemeiată.

Intervenientul susține că documentele care probează experiența personalului cheie au fost prezentate împreună cu formularele 15, 16 și 17 fiind depuse pentru managerul de contract: dl Ionuț Albert Ungureanu și pentru șeful de șantier dl Florin Alexandru Gorgan.

Precizează că lista personalului cheie a făcut obiectul unei solicitări de clarificări, fiind clarificate aceste aspecte în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. NPEB 698/19.09.2022.

Invocă în susținere art. 141 alin. (1), alin. (3); art. 221 alin. (1) și alin. (2) din Legea 9/2016.

În ceea ce privește critica formulată de către contestator referitoare la faptul că „ofertantul clasat pe locul 1 nu a prezentat lista cu resurse umane și utilaje conform tabelor impuse de entitate și nu a prezentat productivitatea estimată a echipelor de lucru conform cerinței din formularul nr. 14 pct. B din documentația de atribuire”, intervenientul o apreciază ca fiind neîntemeiată precizând că SC SRL nu a motivat această critică.

Intervenientul susține că oferta sa tehnică conține listele cu resurse umane și utilaje, cât și productivitatea estimată a echipelor de lucru, toate fiind depuse în acord cu cerințele din documentația de atribuire.

Potrivit intervenientului, în cadrul ofertei tehnice a inserat și lista angajaților, extras din Registrul salariaților (Revisal) la data de 14.12.2021.

Precizează că atât lista cu resurse umane, cât și lista cu utilaje respectă întrutotul modelul oferit de entitatea contractantă, cuprins în formularul nr. 14 pct. B din documentația de atribuire.

Menționează că în cadrul ofertei tehnice, a depus atașat extras din balanța mijloacelor fixe din care reiese care sunt bunurile de care intervenientul dispune pentru realizarea obiectului contractului de achiziție publică.

Susține că, în cadrul formularului 14, încărcat în SEAP la data de 14.06.2022 ora 14:23, se regăsește la capitolul B. Organizarea pentru realizarea lucrărilor pct. 16 Productivitatea estimată a echipelor de lucru.

Contrar susținerilor contestatorului că intervenientul „nu ar fi prezentat lista cu piese de schimb/instrumente speciale conform cerințelor din caietul de sarcini”, intervenientul precizează că atât lista pieselor de schimb cât și lista uneltelor speciale au fost incluse în oferta tehnică.

Potrivit intervenientului, prin răspunsurile la solicitarea de clarificare nr. NPEB 740/04.10.2022 și nr. NPEB 840/24.10.2022, acesta a circumstanțiat atât lista pieselor de schimb cât și lista uneltelor speciale.

În continuarea cererii de intervenție, prezintă sub formă tabelară din cuprinsul răspunsurilor la solicitările de clarificări nr. NPEB 740/04.10.2022 și nr. NPEB840/24.10.2022, în ceea ce privește uneltele speciale și uneltele de schimb.

Susține că în cadrul ofertei tehnice a depus atașat 45 de fișe tehnice pentru utilajele și materialele folosite în cadrul proiectului.

Precizează că în cuprinsul acestor fișe tehnice rezultă că se asigură perioada de garanție de 36 de luni și se va asigura serviciul de post-garanție pentru 5 ani, pe bază de contract de service al cărui cost va fi suportat de intervenient.

În opinia intervenientului, în condițiile în care fiecare producător de utilaje și materiale ce vor fi utilizate în cadrul proiectului, asigură garanție pentru fiecare subansamblu, este clară dovada îndeplinirii cerinței din documentația de atribuire cu privire la acordarea garanției.

Solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulată de SC SRL și acces la documentele dosarului în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2019.

Invocă în drept, dispozițiile art. 61 și urm. Cpc, art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr.101/2016, art. 221 alin. (1) și (2) din Legea 9/2016, art. 141 alin. (1) și (3) din Normele Metodologice ale Legii 8/2016, precum și dispozițiile invocate în cuprinsul cererii de intervenție.

Anexează cererii de intervenție următoarele documente:

- Anexa 1. Adresa nr. 1986/27.01.2023 - comunicare rezultat procedură;
- Anexa 2. Raportul procedurii nr. 1985/27.01.2023;

- Anexa 3. Hotărârea CJUE din 26.01.2023;
- Anexa 4. Dovada încărcării în SEAP la data de 14.06.2022 ora 14:23 a pdf-ului intitulat „Documentația tehnică final-Lot1.pdf.p7s”), încărcat în SEAP;
- Anexa 5. Extras din Formularul 14 - capitolul C. Graficul de execuție;
- Anexa 6. Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. NPEB 740/04.10.2022;
- Anexa 7. Graficul de execuție - evidențierea drumului critic;
- Anexa 8. Graficul de execuție a proiectului;
- Anexa 9. Extras din Formularul 14 - pct. 8 Abordarea modului de gestionare a contractului. Abordarea privind documentele antreprenorului - Echipa managerială;
- Anexa 10. Documente care probează experiența managerului de contract, Ionuț Albert Ungureanu;
- Anexa 11. Documente care probează experiența șefului de șantier, dl Florin Alexandru Gorgan;
- Anexa 12. Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. NPEB 698/19.09.2022;
- Anexa 13. Extras din Formularul 14 - Lista cu resurse umane nr. 1 și nr. 2.
- Anexa 14. Lista personalului SRL - extras din Registrul salariaților (Revisal) la data de 14.12.2021;
- Anexa 15. Extras din Formularul 14 - Lista utilajelor nr. 1 și nr. 2;
- Anexa 16. Modelul de listă cu resurse umane și listă cu utilaje cuprins în Formularul nr. 14 pct. B (pag. 34-35) din documentația de atribuire;
- Anexa 17. Extras din Formularul 14 - extras din Balanța mijloacelor fixe ale SC SRL;
- Anexa 18. Extras din Formularul 14 - Productivitatea estimată a echipelor de lucru;
- Anexa 19. Lista cu piese de schimb/instrumente speciale cuprinsă în Caietul de sarcini;
- Anexa 20. Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. NPEB 840/24.10.2022;
- Anexa 21. Extras din fișele tehnice depuse în cadrul ofertei tehnice (pdf-ul intitulat „Documentația tehnică final-Lot1.pdf.p7s”);
- Împuternicire avocațială nr. 6869479/14.02.2023.

Prin adresa nr. 3569/16.02.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 8087/17.02.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 8393/274/C1/20.02.2023, Consiliul solicită intervenientului, să justifice înscrisurile menționate ca fiind confidențiale în propunerile sale tehnice și financiare, conform art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

SC SRL răspunde prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 8802/21.02.2023, solicitând respingerea accesului la ofertele sale tehnice și financiare.

Invocă în susținere jurisprudența CJUE, Legea nr. 363/2018, OUG 25/2019, Legea nr. 11/1991, Legea 9/2016 și Legea nr. 554/2004.

Precizează că oferta asocierii intervenientului cuprinde secrete tehnice și comerciale, propria strategie de ofertare, date personale ale angajaților, menționând că aceste date nu pot avea caracter public.

În ceea ce privește oferta sa financiară, intervenientul menționează că niciuna din criticile contestatorului nu vizează oferta sa financiară.

Întrucât SC SRL a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa 113/274/C1/22.02.2023, Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 24.02.2023.

Întrucât SC SRL a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 10561/274/C1/02.03.2023, Consiliul i-a comunicat acestuia termenul de studiere a dosarului și implicit de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de 02.03.2023.

În urma studierii dosarului achiziției publice, SC SRL, transmite concluzii scrise prin adresa înregistrate la CNSC sub nr. 10120/28.02.2023.

Contestatorul reiterează susținerile din cuprinsul contestației formulate.

Contestatorul susține că în ceea ce privește lipsa autorizației și agreementului tehnic AFER, acest aspect a fost recunoscut în punctul de vedere al entității contractante și în cererea de intervenție.

Menționează că cerința privind autorizarea legală pentru lucrări de subtraversare căi ferate este prevăzută în caietul de sarcini, în „capitolul 1 specificații tehnice, secțiunea 1 cadrul general, partea 1 cerințe specifice proiectului”.

Contrar susținerilor entității contractante și ale intervenientului, contestatorul apreciază că cerința nu reprezintă o simplă obligație de respectat numai în etapa de derulare a contractului.

În opinia contestatorului, intervenientul nu a analizat modul în care va executa lucrările, ci mizează pe o soluție pe care o va identifica după atribuirea contractului.

Contestatorul apreciază acest aspect ca fiind contrar pct. IV.4.1. din fișa de date și obligației legale de formulare a ofertelor în conformitate cu toate cerințele documentației de atribuire.

Susține că autorizația AFER și agreementul tehnic pentru executarea de subtraversare căi ferate nu pot fi obținute într-o perioadă scurtă de timp și invocă în susținere art. 68 alin. (1), art. 192 lit. k) din Legea 99/2016 și jurisprudența CJUE.

Contestatorul apreciază că entitatea contractantă a încălcat prevederile art. III.1.1.b) și art. IV.4.3 Note lit. b) din fișa de date, art. 129 alin. (1), art. 133 alin. (1) lit. b), f)-k) și art. 139 din HG 394/2016.

Potrivit contestatorului, intervenientul nu a cuprins în graficul GANTT activitatea principală de organizare de șantier și nici activitatea de inspecții CCTV, contrar cerinței din formularul 14 pct. C.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă trebuia să aprecieze că lipsa indicării unor activități principale în GANTT determină

neconformitatea propunerii tehnice, iar completarea cu formatul nativ al documentul GANTT ca depășind limitele art. 140 alin. (5)-(8).

Susține că în urma studierii dosarului, a constatat că drumul critic nu este evidențiat în paginile indicate de entitatea contractantă și de intervenient.

Referitor la critica privind managerul de contract și șeful de șantier, contestatorul menționează că entitatea contractantă a acceptat nelegal un răspuns neconcludent, cât și completarea ofertei cu un nou CV, cu un alt conținut, pentru aceeași persoană, contrar art. 221 alin. (2) din Legea 99/2016 și art. 140 alin. (5) din HG 394/2016.

În ceea ce privește lista cu piesele de schimb și uneltele speciale, contestatorul susține că intervenientul nu a depus această listă și nu a inclus costurile aferente în propunerea financiară.

Prezintă istoricul solicitărilor de clarificări și răspunsurile la aceste clarificări și susține că intervenientul a completat propunerea tehnică cu încălcarea art. 140 alin. (5)-(8) din HG 394/2016, dar a modificat și propunerea financiară, afirmând: *„costurile sunt acoperite”*.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă a încălcat prevederile art. 140 din HG 394/2016.

Menționează că în urma studierii dosarului, a constatat că intervenientul a completat oferta inițială cu mii de pagini care au fost depuse atașat răspunsurilor la clarificări.

Apreciază că entitatea contractantă prin insistența de a solicita clarificări și prin acceptarea unor modificări succesive a ofertei intervenientului, creând un avantaj injust acestuia.

Invocă în drept, dispozițiile Legii 9/2016, HG nr. 394/2016, Ordinul nr. 290/2000 și Legea nr. 101/2016.

În urma studierii dosarului achiziției publice, SC SRL, transmite concluzii scrise prin adresa înregistrate la CNSC sub nr. 11088/03.03.2023.

Intervenientul apreciază concluziile transmise de către contestator ca fiind tardive.

În opinia intervenientului, concluziile scrise depuse de contestator încalcă dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precizând că s-a formulat un nou motiv de contestație prin afirmația: *„Anexele depuse odată cu răspunsurile la clarificări au depășit ca număr de pagini oferta inițială depusă de ofertantul declarat câștigător”*.

Precizează că, nu există nicio dispoziție legală care să menționeze că anexele la răspunsurile la solicitările de clarificări nu pot conține, ca volum, mai multe pagini ca oferta depusă inițial.

Susține că, în cadrul răspunsurilor la solicitarea de clarificări, au fost redepuse părți întregi din documentația ce a făcut parte din oferta tehnică și respectiv cea financiară, depusă inițial de către intervenient.

Potrivit intervenientului răspunsurile la solicitările de clarificări au lămurit erori, abateri minore sau vicii de formă care nu au dus în niciun fel la crearea unor avantaje injuste pentru acesta sau la încălcarea principiului tratamentului egal și al transparenței.

În cuprinsul concluziilor sale scrise, intervenientul reiterează susținerile din cererea de intervenție.

Invocă jurisprudența CJUE și jurisprudența CNSC.

Solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

În susținere, anexează următoarele documente:

- Anexa 1. Dovada comunicării concluziile scrise de contestator;
- Anexa 2. Dovada depunerii la data de 16.02.2023 a documentației necesare pentru obținerea autorizării AFER;
- Anexa 3. Factura nr. 2724/17.02.2023 și dovada achitării acesteia la data de 20.02.2023;
- Anexa 4. Factura nr. 7660/02.03.2023 și Chitanța nr. 7288/02.03.2023.

Prin adresa nr. 74/07.02.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 6878/10.02.2023, contestatorul depune, în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208863886/1 tranzacția nr. 1303447231/6926047 din data de 06.02.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala, în cuantum de 220.000,00 lei.

Prin adresa nr. 252/09.02.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 7142/13.02.2023, contestatorul depune, în completare, în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208873303/1 tranzacția nr. 1304285512/ 8487324 din data de 09.02.2023, eliberată de CEC Bank Sucursala, în cuantum de 309.499,66 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

..... în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect: „CL8 -, UAT, cod CPV: 45232150-8, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. CN1041048/02.04.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 103.800.368,00 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al acordului cadru este „cel mai bun raport calitate-preț”.

În cauza care face obiectul prezentei, SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SC SA a depus cererea de intervenție înregistrată la CNSC sub nr./16.02.2023 față de contestația formulată de SC SRL, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția entității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererile de intervenție drept cereri de intervenție accesorii formulate în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67

din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător al procedurii, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC SRL împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Având în vedere declarația de confidențialitate aflată în propunerea tehnică a asocierii SC SRL – SC SA coroborat cu solicitările contestatorului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 forma în vigoare la data depunerii contestației, care dispun în mod expres și imperativ faptul că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”, Consiliul a solicitat SC SRL prin adresa nr. 8393/274/C1/20.02.2023, să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale, să justifice această încadrare, cu demonstrarea prejudiciului în situația dezvăluirii acestora, prin orice mijloace de probă.

La această solicitare, ofertantul în cauză a răspuns prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 8802/21.02.2023, solicitând respingerea accesului la ofertele sale tehnice și financiare.

Invocă în susținere jurisprudența CJUE, Legea nr. 363/2018, OUG 25/2019, Legea nr. 11/1991, Legea 9/2016 și Legea nr. 554/2004.

Precizează că oferta asocierii intervenientului cuprinde secrete tehnice și comerciale, propria strategie de ofertare, date personale ale angajaților, menționând că aceste date nu pot avea caracter public.

În ceea ce privește oferta sa financiară, intervenientul menționează că niciuna din criticile contestatorului nu vizează oferta sa financiară.

La acest răspuns generalist, ofertantul în cauză nu a administrat niciun mijloc de probă prin care să demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și nici prejudiciul care va fi suferit urmare a dezvăluirii acestora.

Analizând răspunsul SC SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, cu excepția informațiilor cu caracter personal.

Din contestația formulată de SC SRL, Consiliul reține că acesta critică modul de desemnare a ofertei declarate câștigătoare aparținând asocierii SC SRL – SC SA SC SRL, apreciind că oferta acestuia din urmă trebuia respinsă ca neconformă deoarece nu ar

îndeplini cerințele documentației de atribuire, motiv pentru care, Consiliul va analiza aceste critici prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, analizând prima critică, privind lipsa din cadrul ofertei a deținerii autorizației de furnizor feroviar însoțită de Acord tehnic feroviar emise de Autoritatea Feroviară Română (AFER) pentru execuția subtraversărilor de căi ferate cerute în caietul de sarcini, se reține că entitatea contractantă nu a solicitat/indicat în mod expres în cadrul caietului de sarcini prezentarea vreunei autorizații AFER pentru execuția

subtraversărilor de căi ferate, această condiție fiind rezultatul propriei interpretări a contestatorului.

Mai mult, **chiar și în ipoteza solicitării** exprese a autorizației în cauză în cadrul caietului de sarcini, având în vedere caracterul documentului pretins a lipsi din propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător, respectiv a autorizației AFER, Consiliul reține că aceasta nu reprezintă o specificație tehnică a lucrărilor (în sensul dispozițiilor **art. 22 alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 394/2016**) 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.

Relevante în soluționarea prezentei, sunt următoarele prevederi legale:

- art. 185 din Legea 9/2016: „(1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de capacitate referitoare la:

- a) *capacitatea de exercitare a activității profesionale;*
- b) *situația economică și financiară;*
- c) *capacitatea tehnică și profesională.*

(2) *Entitatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).*

(3) *Entitatea contractantă stabilește numai criteriile de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial / acordul-cadru care urmează să fie atribuit.*

(4) *Entitatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.*

(5) *Toate criteriile privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”;*

- art. 36 din HG nr. 394/2016: „(1) Entitatea contractantă poate utiliza criteriile de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(2) Entitatea contractantă stabilește criterii de selecție în cadrul documentației de atribuire atunci când aplică în cadrul procedurii de atribuire etapa de selecție a candidaților și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criterii de calificare ce au fost stabilite de entitatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/ de concurs.

(5) Entitatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților, ori de câte ori urmează să realizeze o selecție a acestora.

(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”;

- art. 35 alin. (1) din HG nr. 394/2016: „Criteriile de calificare privind capacitatea 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”.

Din interpretarea textelor legale mai sus iterate, rezultă că entitatea contractantă are dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților ce au ca scop demonstrarea potențialului tehnic /organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, **sub condiția ca aceste cerințe să fie incluse în anunțul de participare, stabilirea acestora doar în caietul de sarcini fiind considerate clauze nescrise.**

Consiliul reține că, prin natura sa, autorizația AFER reprezintă înscris de natura celor prevăzute la art. 186 alin. (2) din Legea 9/2016 potrivit căruia „În procedurile de atribuire a contractelor sectoriale de servicii, în cazul în care este necesar ca operatorii economici să dețină o autorizație specială sau să fie membri ai unei anumite organizații pentru a putea presta serviciile în cauză în statul de origine, entitatea contractantă are dreptul de a solicita acestora să demonstreze că dețin o astfel de autorizație sau că sunt membri ai unei astfel de organizații” coroborat cu art. 185 alin. (1) lit. a) din același act normativ, potrivit căruia: „(1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la: a) capacitatea de exercitare a activității profesionale”.

Raportat la faptul că cerințele de calificare privind capacitatea tehnică a ofertantului se stabilesc la nivelul anunțului de participare, Consiliul reține că, în prezenta procedură, printre condițiile de participare

regăsite la punctele **III.1.) și III.1.3)**, entitatea contractantă nu a menționat nicio cerință prin care ofertanții erau ținuti să facă dovada deținerii unei autorizații AFER, cerință care, pentru a fi opozabilă, trebuia prevăzută în anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, având în vedere dispozițiile exprese de la art. 36 alin. (6) din HG nr. 394/2016, se constată că, chiar și în ipoteza solicitării cerinței în caietul de sarcini, aceasta reprezintă o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Prin urmare, în această etapă a procedurii de evaluare a propunerilor tehnice, nu se pot adăuga cerințe/specificații noi care nu au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, anterior elaborării și depunerii ofertelor, contestatorul încercând în acest moment să interpreteze/includă anumite cerințe care nu au fost menționate în mod expres în cadrul anunțului de participare astfel încât să devină obligatorii și să constituie temei de respingere a unei oferte.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 129 din HG nr. 394/ 2016), cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, prevederile documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza **C-213/2017, CJUE** s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45:

„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C- 19/00, Rec., p.

I- 7725, punctul 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și

Wienstrom, C- 448/01, Rec., p. I- 14527, punctul 47), constituie

într- adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre altele, Hotărârea

Universale- Bau și alții, citată anterior, punctul 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C- 315/01, Rec., p. I- 6351, punctul 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C- 513/99, Rec., p. I- 7213, punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C- 21/03 și C- 34/03, Rec., p. I- 1559, punctul 26)”.

Astfel, în condițiile în care entitatea contractantă nu a impus în cadrul anunțului de participare obligativitatea prezentării de către ofertanți a unei autorizații AFER, o eventuală solicitare a unei autorizații în acest sens ar fi însemnat nerespectarea propriei documentații de atribuire și a regulilor stabilite în cadrul procedurii de achiziție, fapt ce ar fi fost contrar și principiilor tratamentului egal și nediscriminării consacrate de legislația în materie.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, 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)”

iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” și a precizat că „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură”.

Prin urmare, în lipsa unei solicitări exprese de depunere a acestei autorizații, entitatea contractantă nu avea temei legal de respingere a ofertei declarate câștigătoare, motiv pentru care critica contestatorului este lipsită de temei legal, entitatea contractantă având obligația de a verifica îndeplinirea conformității ofertelor tehnice cu respectarea strictă a propriilor cerințe stipulate în cadrul documentației de atribuire, orice altă cerință sau condiție impusă operatorilor economici excede propriilor reguli stabilite.

În Hotărârea pronunțată la data 26.01.2023 în cauza C-403/21 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, CJUE s-a pronunțat astfel:

„68 Astfel cum reiese din răspunsul dat la prima întrebare, pentru a nu a lipsi de substanță larga putere de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili criteriile de selecție pe care intenționează să le impună operatorilor economici drept condiții de participare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții, **obligățiile rezultate din reglementări speciale** aplicabile unor activități legate de un contract de achiziții publice care urmează să fie atribuit **nu se pot adăuga de drept în calitate de criterii de selecție la criteriile menționate expres în documentele acestui contract.**

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

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatorului privind pretinsa lipsă a autorizației AFER din oferta desemnată câștigătoare.

De asemenea, nu poate fi reținută nici lipsa din cadrul propunerii tehnice a graficului de execuție, deoarece din analiza ofertei tehnice a asocierii declarate câștigătoare, se constată că aceasta a prezentat Graficul de execuție Gantt, conform cerințelor din DA / Formularul 14, după cum urmează:

La cap. C „Graficul de Execuție” (pag. 3373-3383, vol. 8 din dosarul cauzei) - se regăsește partea descriptivă a modului de elaborare precum și informațiile care sunt evidențiate în graficul de execuție astfel:

-Pct. 17 - se menționează „*graficul a fost realizat cu ajutorul MS Project (program specializat de planificare)*”, fiind prezentate Principalele activități ale contractului, respectiv: mobilizare, organizare de șantier, obținere avize, autorizații și aprobări, execuția lucrărilor, inspecții și testare, recepții la terminarea lucrărilor;

-Pct. 18 - sunt prezentate Obiectele de construcții din care sunt alcătuite activitățile (unde este cazul);

-Pct. 19 - sunt prezentate Sectoarele (fronturile) de lucru în care se vor pune în operă activitățile de construcții;

-Pct.20 - sunt prezentate Categoriile de lucrări sau stadiile fizice care alcătuiesc Lucrările (pentru fiecare sector/front de lucru):

-Pct.21 - sunt prezentate Succesiunea activităților (obiecte. fronturi, categorii de lucrări): care act ivit ați trebuie terminate înainte ca altele sa înceapă, respectiv ce activități pot fi realizate simultan;

-Pct.22 - sunt prezentate Durata necesară pentru fiecare activitate (zile); data de începere și respectiv de finalizare a fiecărei activități;

-Pct.23 - sunt prezentate Evidențierea drumului critic, iar la

- pag. 3531-3543, (vol. 9 din dosarul cauzei) - este prezentat Graficul Gantt pentru toate activitățile din contract fiind evidențiate cu culoarea roșie activitățile eferente drumului critic, iar la pag. 3542-3543 este prezentat Graficul de execuție în care sunt indicate doar activitățile aflate pe drumul critic, în perioada de 3 luni de sezon rece menționată în documentația de atribuire, nefiind planificate lucrări.

În ceea ce privește transmiterea graficului și în format nativ (editabil), se reține că acesta a fost transmis în urma solicitării de clarificări din partea entității contractante prin adresa nr. 21536/29.09.2022 la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. NPEB 740/04.10.2022, comisia de evaluare constatând că informațiile incluse în Graficul Gantt în format editabil sunt identice cu cele transmise în format pdf, fiind incidente prevederile art. 140 alin. (6) lit. a) coroborat cu art. 141 din HG nr. 394/2016.

Caracterul nefondat se reține și în ceea ce privește lipsa prezentării dovezilor, privind personalul cheie, conform cap. IV.4.1.pct.2 din Fișa de date, care stipulează: „2. Lista cu personalul cheie propus pentru îndeplinirea contractului de lucrări (Formular 15) din partea Antreprenorului. Se vor nominaliza minim: Manager contract de lucrări (Reprezentant Antreprenor) și Șef de șantier, pentru care se vor prezenta următoarele documente justificative: CV-uri (Formular 16),

diplome de studiu, atestate, autorizații (după caz), documente care să confirme experiența (recomandări, alte documente emise de terți care pot confirma cele declarate în CV); Declarație de disponibilitate (Formular 17)”, ofertantul asocierea SRL - SA prezentând pentru Managerul de contract și Șeful de șantier următoarele documente (pag 251-277, vol. 1 din dosarul cauzei):

- Manager de proiect - Ungureanu Ionuț: Curriculum vitae pentru personalul cheie - Formularul nr. 16; - Diploma de licență seria B. nr.0159120 eliberată de Universitatea Spiru Haret

din, Facultatea de Management Braşov; Certificat de absolvire - Manager Proiect; Scrisoare de recomandare nr. 7721/14.09.2020, emisa de SC HILL International S.R.L. / poziția ocupată - reprezentant Antreprenor / Manager de contract / perioada menționată 08.2018 - 08.2020 = 2 ani, experiență; Scrisoare de confirmare nr. 40657/27.04.2022, emisa de S.C. RAJA S.A. Constanța / poziția ocupată - reprezentant al Antreprenorului / Manager de proiect / perioada menționată 01.2021 - data recomandării 1 an și 4 luni experiență; Recomandare nr.6228/21.03.2019 emisă de Primăria Prejmer, jud Braşov - perioada menționată 01.2017-07.2018; Certificat SPIDER PROJECT TEAM -Declarație de disponibilitate - Formularul nr. 17;

- Șef de șantier - Gorgan Florin Alexandru: Curriculum vitae pentru personalul cheie - Formularul nr. 16; Diploma de licență, seria B. nr. 0078457 eliberată de Universitatea Tehnica din Cluj Napoca, Facultatea de Inginerie Electrica; Adeverință electrician autorizat, gradul III A si III B emisa de A.N.R.E; Recomandare nr. 30736/14.02.2022, emisă de C.U.P. S.A. Focșani: perioada menționată 01.03.2021 - 30.09.2021 - inginer CTC; Recomandare nr. 2045/31.03.2022, emisă de SC HIDROCONSTRUCTIA SA: perioada menționată 15.07.2018-01.10.2021 = 3 ani și 2 lun = 3 ani; Recomandare nr. 5549/11.02.2022, emisă de Primăria Prejmer, jud Braşov, perioada menționată 07.2018 - 07.2020 - responsabil de contract; Scrisoare de confirmare nr. 40658/27.04.2022 emisă de SC RAJA SA Constanța - perioada menționată 01.2021-04.2022; Declarație de disponibilitate - Formularul nr. 17.

Consiliul reține că entitatea contractantă a solicitat clarificări asocierii SC SRL – SC SA privind poziția în care au fost nominalizați cei 2 specialiști motivat de faptul că nu a regăsit în propunerea tehnică formularul nr. 15 intitulat „Lista cu personalul cheie propus pentru îndeplinirea contractului” iar prin răspunsul de la punctul 5 din adresa nr. 698/19.09.2022, respectivul ofertant a depus înscrisul solicitat (pag. 5395-5396, vol. 12 al dosarului cauzei).

Având în vedere faptul că informațiile din formularul nr. 15 se regăseau în propunerea tehnică a asocierii SC SRL – SC SA la pag. 203 (pag. 3308 din dosarul achiziției, vol. 8 al dosarului cauzei), se reține că simpla depunere a unui tabel în care să fie evidențiate informațiile anterior menționate din propunerea tehnică nu a determinat apariția vreunui avantaj în favoarea asocierii SC SRL – SC SA.

Totodată, se reține că la punctul 6 din adresa anterior menționată, asocierea SC SRL – SC SA a corectat 2 așa-zise erori materiale din CV-ul persoanei propusă manager de contract, înlocuind sintagma „Rolul propus în cadrul contractului: Manager de proiect” din CV-ul depus inițial (pag. 3628, vol. 9 al dosarului cauzei) cu „Rolul propus în cadrul contractului: Manager contract de lucrări (Reprezentant antreprenor)” – pag. 5411 și sintagma referitoare la poziția deținută anterior în cadrul contractului CL 25 încheiat cu SC Raja Constanța „Project manager – departamentul construcții” cu cea din recomandare

(pag. 3634-3635, vol. 9) respectiv „Reprezentant al antreprenorului/Manager de proiect”.

Consiliul reține că prin răspunsurile anterior menționate, asocierea SC SRL – SC SA a corectat erori materiale în CV-ul expertului Ungureanu Ionuț prin corelarea acestuia cu mențiunile exacte din propunerea tehnică privind poziția în care a fost nominalizat și poziția ocupată într-un contract derulat anterior, rezultată din recomandarea emisă de beneficiarul anterior, fără ca respectivele modificări să conducă la incidența prevederilor art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, astfel cum avea dreptul potrivit alin. (6) lit. a) al aceleiași norme juridice.

De asemenea, nu poate fi reținută nici afirmația contestatorului potrivit căreia asocierea declarată câștigătoare nu a prezentat lista cu resurse umane și utilaje conform tabelelor impuse de entitatea contractantă și nu a prezentat productivitatea estimată a echipelor de lucru conform cerinței din Formularul 14 pct. B (pag.34) din documentația de atribuire, aceste documente regăsindu-se la **pag. 3342-3371, vol.8** din dosarul cauzei.

Pe de altă parte, în ceea ce privește punctul II.5 al contestației, referitor la completarea propunerii tehnice cu listele de unelte speciale și piese de schimb, Consiliul reține că la paragraful 2.13 intitulat „*Unelte și instrumente specifice/Piese de schimb*” aflat la pag. 355 – 356 din dosarul achiziției, în vol. 2 al dosarului cauzei, autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

*„Toate **instrumentele speciale și piesele de schimb** necesare pentru testarea, menținerea, ajustarea și calibrarea echipamentelor furnizate conform prevederilor contractuale vor fi aprovizionate de către Antreprenor și vor deveni proprietatea Beneficiarului imediat ce Contractul a fost finalizat.*

***Lista** cu necesarul de unelte, instrumente speciale și piese de schimb **va fi prezentată împreună cu Oferta** și va fi actualizată în momentul în care procesul de fabricare s-a finalizat și înainte de transportul efectiv al echipamentului.*

Antreprenorul va pune la dispoziție un număr minim de unelte speciale așa cum este prezentat în lista de mai jos. Costul furniturii de unelte speciale va fi inclus în prețul total al ofertei. Uneltele speciale vor fi livrate împreună cu celelalte componente.

Antreprenorul va completa catalogul uneltelor speciale, inclusiv următoarele: (...).”

În continuarea cerinței anterior reprodusă se regăsește un tabel în care sunt enumerate următoarele 10 categorii de unelte speciale:

- Banc de lucru atelier mecanic;
- Cărucior pentru scule;

- Dulap de scule;
- Set scule conținând chei reglabile, chei fixe, lere, chei combinate, chei tubulare, șurubelnițe, șurubelnițe izolate, prelungitoare, șublere, tarozi, filiere precum și alte dispozitive necesare pentru întreținere, montaj, demontare, cu mențiunea că sculele vor fi potrivite pentru orice tip de șurub sau piuliță folosită pe șantier, inclusiv pentru dibluri și ancore de fundații;
- Cheie dinamometrică cu moment pre-setat (90 Nm ÷ 130Nm);
- Cheie dinamometrică cu declanșator (24 Nm ÷ 350Nm);

- Cutii metalice cu înmuietoare pentru scule;
- Instrumente de măsură (voltmetre, ampermetre, multimetre, frecvențmetre);
- Un palan manual, cu lanț, având capacitatea de 2 to;
- Aparat de electrofuziune.

În continuarea tabelului anterior menționat, entitatea contractantă a formulat următoarea cerință cu privire la piesele de schimb:

„Antreprenorul va pune la dispoziție un număr minim de piese de schimb așa cum este prezentat în lista de mai jos. Costul furniturii de piese de schimb va fi inclus în prețul total al ofertei. Piesele de schimb vor fi livrate împreună cu celelalte componente.

Antreprenorul va completa catalogul pieselor de schimb, inclusiv următoarele:

1 Kit complet piese de schimb acționări electrice (vane) pentru fiecare tip de vane propuse în ofertă;

2 Kit complet piese de schimb pentru fiecare tip de vane acționate manual propuse în ofertă;

3 Kit complet de piese de schimb pentru fiecare pompă/grupuri de pompare propuse în ofertă (elemente de etanșare, garnituri, presetupe, rulmenți, bucșe etc.);

4 Kit complet de piese de schimb pentru hidranți subterani (1 kit pentru 10 hidranți);

5 Un set Piese pentru instalațiile de clorinare conform recomandări producător;

6 Manometre de schimb pentru fiecare 5 buc sau tip”.

În tabelul cu piesele de schimb, în dreptul fiecăreia dintre cele 6 categorii de piese de schimb solicitate sunt prevăzute spații/căsuțe în care se pot completa informații referitoare la numărul de bucăți furnizate (cu explicația din subsolul tabelului potrivit căreia *„Numărul pieselor de rezervă furnizate se va calcula conform necesităților de funcționare și întreținere pe o perioadă de 5 ani”*), costul pe unitate și costul total, în lei.

În capătul de tabel aferent denumirii pieselor se regăsește o trimitere la nota de subsol „1” potrivit căreia *„Lista pieselor de rezervă este pentru toate Echipamentele incluse în Lucrări. Piesele de rezervă trebuie să fie noi și furnizate în ambalajul lor original. Ofertantul va aduce la cunoștința Autorității Contractante detalii despre orice piese de rezervă furnizate care necesită condiții speciale de depozitare”*.

Cerințele anterior menționate din caietul de sarcini sunt completate de cele aflate la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1041048/00006]

FisaDate_DF1142357.pdf", intitulate generic „fișa de date” potrivit căroră „Propunerea tehnică va fi întocmită conform cerințelor din Caietul de Sarcini (...) Nu sunt acceptate limitări ale obligațiilor ofertantului față de cerințele prezentate în documentația de atribuire (...) În cazul în care oferta tehnică nu respectă toate cerințele prevăzute în documentația de atribuire și nu reflectă asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini, entitatea contractantă are dreptul de a o respinge, conform prevederilor Legii 99/2016”.

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 129 din HG nr. 394/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. ff) din Legea 9/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă entității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit cerințelor din caietul de sarcini coroborat cu cele din fișa de date, operatorii economici participanți aveau obligația să prezinte în cadrul ofertei lista cu necesarul de unelte, instrumente speciale și piese de schimb pe modelul, conținutul și structura din caietul de sarcini și să includă în prețul total al ofertei sumele necesare procurării acestor unelte, instrumente speciale și piese de schimb.

Cerințele din caietul de sarcini cu privire la necesarul de unelte, instrumente speciale și piese de schimb sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de entitatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, intervenientul nu a formulat obiecții cu privire la modul în care entitatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-a însușit atât obligația de a descrie depune în cadrul ofertei lista cu uneltele, instrumentele speciale și piesele de schimb ofertate pe modelul, conținutul și structura din caietul de sarcini cât și riscurile care depun din omisiunea respectării acestor cerințe.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul reține că, pe parcursul evaluării propunerilor tehnice, sesizând absența listelor cu unelte, instrumente speciale și piese de schimb din oferta asocierii SC SRL – SC SA, entitatea contractantă a transmis acestuia adresa de solicitare clarificări nr. 21536/29.09.2022 (pag. 5832-5833, vol. 13 al dosarului cauzei), prin care i-a cerut acestuia, printre altele, următoarele informații:

„Unde se regăsesc Listele de unelte speciale și piese de schimb solicitate în caietul de sarcini, Cadrul General, CSP, Cap. 2.13?”.

La această solicitare de clarificări, asocieria SC SRL – SC SA a răspuns prin adresa nr. 22106/ 05.10.2022 (pag. 5834-5838, vol. 13), în cuprinsul căreia a reprodus cele 2 tabele cu unelte, instrumente speciale și piese de schimb din caietul de sarcini.

Toți cei 3 experți cooptați au apreciat răspunsul asocierii SC SRL – SC SA ca fiind neconcludent, în rapoartele de specialitate nr. 25857/15.11.2022 (pag. 10805, vol. 24 al dosarului cauzei), nr. 25858/15.11.2022 (pag. 10847, vol. 24) și nr. 25856/15.11.2022 (pag. 10887, vol. 24).

Constatând că asocierea SC SRL – SC SA a transmis în anexa răspunsului anterior menționat tabelul cu piesele de schimb fără să completeze coloanele aferente cantității și prețului, entitatea contractantă a transmis acestuia o nouă solicitare de clarificări prin

adresa nr. 23163/18.10.2022 (pag. 8893-8894, vol. 19 al dosarului cauzei), cu următorul conținut:

„În răspunsul nr. NPEB 740/04.10.2022, s-au atașat extrase din Caietul de sarcini, dar nu s-au oferit informații cu privire la piese de schimb solicitate prin caietul de sarcini: Numărul furnizat/Cost Unitate/Cost Total. De clarificat”.

Asocierea SC SRL – SC SA a răspuns prin adresa nr. NPEB 840/24.10.2022 (pag. 8895-8897, vol. 19 al dosarului cauzei), în cuprinsul căruia a completat pentru fiecare dintre cele 6 categorii de piese de schimb cantitatea „1” și prețul „50.000”, menționând că „(...) numărul pieselor de rezervă furnizate se va calcula conform necesităților de funcționare și întreținere pe o perioadă de 5 ani, iar costul furniturii de piese de schimb va fi inclus în prețul total al ofertei. În completarea răspunsului prezentăm tabelul completat cu mențiunea că numărul furnizat reprezintă un ansamblu pentru a acoperi toate tipurile de echipamente pentru care ne angajăm să furnizăm piese de schimb, iar costurile sunt acoperitoare pentru furnizarea pieselor”.

Ulterior, autoritatea contractantă a încheiat procesul verbal nr. 25999/16.11.2022 (pag. 10658-10782, vol. 23 al dosarului cauzei), în care, la pag. 45 (pag. 10702, vol. 23) a reprodus textul celor 2 solicitări de clarificare și rezumatul răspunsurilor, concluzionând, în cazul primului răspuns că „(...) ofertantul nu a furnizat informațiile privind numărul furnizat/cost unitate/cost total conform solicitării din caietul de sarcini” iar în cazul celui de-al doilea că „(...) ofertantul a furnizat toate informațiile solicitate (...)”.

Ca un prim aspect, Consiliul constată că nu pot fi reținute susținerile generice formulate de SC SRL la punctele 96-97 din cererea de intervenție potrivit căreia cele 2 liste (lista cu piesele de schimb și lista cu uneltele speciale) ar fi fost inclusă de la bun început în propunerea sa tehnică deoarece la dosarul cauzei nu se regăsesc aceste înscrisuri.

Având a se pronunța potrivit art. 20 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 strict cu privire la documentele aflate la dosarul cauzei, printre care nu se regăsesc listele cu piesele de schimb și uneltele speciale, Consiliul reține că prevederile art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016 au fost aplicabile, entitatea contractantă având neclarități cu privire la identificarea acestor înscrisuri în oferta asocierii SC SRL – SC SA, sens în care a formulat explicit solicitarea „Unde se regăsesc Listele de unelte speciale și piese de schimb solicitate în caietul de sarcini (...)?”.

Totodată, se reține că asocierea SC SRL – SC SA nu a fost în măsură să indice unde în oferta sa s-ar regăsi cele 2 liste,

menționând în schimb faptul că își completează propunerea tehnică cu cele 2 liste copiate din caietul de sarcini (sintagmele exacte sunt „prezentarea listei cu necesarul de unelte, instrumente speciale și piese de schimb solicitate prin caietul de sarcini în completarea propunerii tehnice reprezintă o preluare a informațiilor din CS, fiind susținută de angajamentele ofertantului legate de îndeplinirea contractului, redată în continuare” și „pentru completarea propunerii tehnice, la nivelul propunerii tehnice este preluată lista cu necesarul de unelte, instrumente speciale și piese de schimb solicitate prin caietul de sarcini”).

Ulterior, autoritatea contractantă a solicitat asocierii SC SRL – SC SA completarea informațiilor lipsă din primul răspuns la solicitarea de clarificări (respectiv să completeze numărul și prețurile pieselor de schimb din lista copiată din caietul de sarcini), acesta conformându-se.

Consiliul reține că, deși toți cei 3 experți cooptați au semnalat lipsa de concludență a primului răspuns la solicitările de clarificări cu piesele de schimb și uneltele speciale, comisia de evaluare a continuat succesiunea solicitărilor de clarificări, cu ignorarea prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 394/2016 potrivit cărora *„(6) Membrii comisiei de evaluare care nu sunt de acord cu raportul de specialitate al expertului cooptat prevăzut la alin. (3) au obligația de a-și prezenta punctul de vedere în scris, elaborând în acest sens o notă individuală care devine anexă la raportul procedurii de atribuire. În cadrul acestei note se justifică în mod documentat punctul de vedere al respectivilor membri, la un nivel similar cu exigențele ce derivă din aplicarea prevederilor alin. (5)”*, la dosarul cauzei neregăsindu-se niciun punct de vedere privind reiterarea solicitărilor.

Totodată, Consiliul reține că prevederile art. 140 din HG nr. 394/2016 stabilesc reguli precise cu privire la clarificările care pot fi solicitate în diverse stadii ale procesului de evaluare a ofertelor și cu privire la situațiile în care pot fi acceptate clarificări sau completări ale ofertelor prezentate de ofertanți, reguli care nu au fost respectate de către comisia de evaluare, aceasta solicitând în mod repetat informații asocierii SC SRL – SC SA în scopul completării ofertei cu informații care lipseau din aceasta.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau

pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest

sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

*37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.
Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare statuate la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul constată că activitatea acesteia nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare este întemeiată în ceea ce privește listele cu unelte, instrumente specifice și piese de schimb, urmând să fie admisă.*

În ceea ce privește criticile din concluziile scrise formulate ulterior studierii dosarului, privind volumul informațiilor transmise de către asocierea SC SRL – SC SA entității contractante prin solicitările de clarificări, Consiliul urmează să le respingă ca inadmisibile conform art. 21 alin. (3) Legea nr. 101/2016 care dispune în mod expres că: „Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”, contestatorul neformulând în contestație nicio critică cu privire la aceste aspecte.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă, în ceea ce privește listele cu unelte, instrumente specifice și piese de schimb iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii

SC SRL – SC SA cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge în rest ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, va admite în parte cererea de intervenție formulată de SC SRL

Referitor la solicitarea SC în calitate de intervenient de obligare a contestatorului SC SRL la plata de cheltuieli de judecată, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Totodată, Consiliul va reține că, potrivit art. 453 alin. (1) cpc partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată.

Conform art. 61 cpc oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți.

De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) cpc, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

În speță, SC SRL a formulat o cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

Astfel, din analiza coroborată a dispozițiilor codului de procedură civilă referitoare la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul reține că, pentru acordarea cheltuielilor de judecată nu este suficientă dobândirea calității de parte într-un proces, ci mai este necesar și ca acea parte să câștige procesul, adică să obțină total sau în parte pretențiile solicitate prin cererea de chemare în judecată, dispozițiile art. 453 coroborat cu art. 454 teza I cpc fiind explicate în acest sens.

Or, din această perspectivă, Consiliul reține că intervenientul accesoriu deși devine parte în proces după admiterea în principiu a cererii sale, conform art. 65 alin. (1) cpc, totuși acesta nu a invocat și nu putea invoca nicio pretenție proprie în proces pentru a deveni *„parte care câștigă procesul”* sau *„parte în culpă”*, ci sprijină numai apărarea uneia dintre părți, după cum rezultă din dispozițiile art. 61 alin. (3) cpc, astfel încât acesta nu poate obține condamnarea părții care a căzut în pretenții la plata cheltuielilor de judecată și nici nu poate fi obligat la plata acestora părții care a câștigat procesul, ci doar partea în favoarea căreia a intervenit și care a fost în culpă putând fi obligată la achitarea acestor cheltuieli.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge ca inadmisibilă solicitarea intervenientului de obligare a contestatorului la plata de cheltuieli de judecată.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE

Admite în parte contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă, în ceea ce privește listele cu unelte, instrumente specifice și piese de schimb iar, pe cale de

consecință, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC SRL – SC SA cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Respinge în rest ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă iar, pe cale de consecință, admite în parte cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Respinge ca inadmisibilă solicitarea intervenientului SC SRL de obligare a contestatorului la plata de cheltuieli de judecată.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practica deciziei
.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 30 (treizeci) pagini