

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 387/27.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 67627/28.12.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., cu sediul ales pentru comunicare în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de ... -administrator, prin avocat ..., împotriva referatului de anulare a procedurii nr. 4197/22.12.2021 și a adresei de comunicare nr. 3394/22.12.2021, emise de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului sectorial de lucrări având ca obiect „*Supraînălțare compartiment II, al depozitului de zgură și cenușă ... de la cota 185,00 mdMN la cota 188,50 mdMN - SE ...*”, s-a solicitat:

- admiterea contestației, anularea referatului de anulare procedură nr. 4197/22.12.2021, ca netemeinic și nelegal și a actelor subsecvente acestuia, respectiv adresa de comunicare nr. 3394/22.12.2021;

- obligarea entității contractante la punerea în aplicare a Deciziei CNSC nr. ... și a Hotărârii Curții de Apel ...;

- obligarea entității contractante la comunicarea transparentă a măsurilor de remediere luate în conformitate cu Dispozitivul Deciziei CNSC și la continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea măsurilor de remediere.

- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de depunerea contestației, în sumă de 10.000 lei.

**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 formulată de SC ... SRL, împotriva referatului de anulare procedură nr.

4197/22.12.2021 și a comunicării rezultatului procedurii nr. 3394/22.12.2021, prin care solicită admiterea contestației, anularea actelor atacate, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii și la plata cheltuielilor de judecată.

Preliminar, contestatoarea face un scurt istoric al procedurii, după cum urmează:

- Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 01.10.2021, împotriva căreia a fost formulată contestație;

- Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. ... din 03.11.2021, în sensul că a admis, în parte, contestația;

- Împotriva acestei decizii, entitatea contractantă a formulat plângere prin care a solicitat anularea deciziei CNSC;

- Curtea de Apel ...s-a pronunțat prin Hotărârea nr. .../17.12.2021 (definitivă) și a menținut Decizia CNSC, ca temeinică și legală.

Ulterior emiterii acestei hotărâri, entitatea contractantă a întocmit referatul de anulare a procedurii nr. 4197/22.12.2021, prin care a propus anularea procedurii în baza art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, acest rezultat fiind comunicat prin adresa nr. 3394/22.12.2021.

Față de această situație faptică, contestatoarea solicită admiterea contestației și dispunerea măsurilor de remediere precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

Aceasta face precizarea că documentația de atribuire a fost contestată în termen legal, iar entitatea contractantă a avut posibilitatea de a remedia aspectele sesizate, respectiv cerințele minime de calificare incluse în caietul de sarcini, cerințe disproporționate incluse în formularul propunere tehnică.

Conform Deciziei CNSC ..., contestația a fost admisă cu trimitere clară la aspectele netransparente și disproporționate din cadrul documentației de atribuire, respectiv:

A. În mod greșit au fost introduse cerințe minime de calificare în caietul de sarcini, acestea având caracter de "clauze nescrise" potrivit art. 26 alin. (6) din HG nr. 394/2016 și

B. Cerințe disproporționate, fără legătură cu natura contractului, cu modalitatea de îndeplinire a acestuia.

Contestatoarea învederează că Decizia CNSC a fost clară, obiectivă și punctuală, iar Curtea de Apel ...a menținut-o ca legală și temeinică. Așadar, dispozitivul deciziei CNSC nu a fost respectat, deși atât Consiliul, cât și Curtea de Apel ...au obligat entitatea contractantă la remedierea documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a motivației din cuprinsul deciziei. Aceasta învederează că, deși măsurile de remediere sunt posibile și ușor de luat, entitatea contractantă a ales să anuleze procedura de atribuire, în mod netemeinic și nelegal.

Societatea contestatoare face precizarea că pentru a participa la procedură, a întocmit oferta tehnică, oferta financiară, DUAE, a plătit

garanție de participare, toate acestea fiind cuantificate în eforturi umane și financiare substanțiale.

În opinia sa, un act administrativ de remediere publicat în SEAP cu măsurile de îndreptare/eliminare a cerințelor netransparente și disproporționate este măsura care se impune a fi luată în așa fel încât toate ofertele să poată fi analizate și evaluate unitar, raportat la aceleași cerințe care au fost publicate în anunțul de participare.

Aceasta solicită Consiliului să observe motivarea în drept a actului contestat, respectiv prevederile art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, *„dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”*.

Contestatoarea apreciază că această încadrare a entității contractante vizează aspectele din Decizia pronunțată de CNSC care sunt considerate *„încălcare a prevederilor legale”*, întrucât în *„Referatul de Anulare Procedură”* nu este specificat în niciun fel care este partea care a încălcat prevederile legale, prevederile legale concrete încălcate, efectul încălcării prevederilor legale cu impact asupra contractului și elementele care ar duce la imposibilitatea încheierii contractului.

În opinia contestatoarei, s-a dispus anularea procedurii pe acest temei legal pentru a culpabiliza prevederile Deciziei CNSC, fără ca entitatea contractantă să-și asume răspunderea. Conform Deciziei nr. ..., cerințele minime de calificare înscrise în caietul de sarcini nu s-au regăsit în strategia de contractare. În acest context, în mod corect, legal și transparent acestea puteau fi remediate și interpretate așa cum s-a detaliat în motivarea deciziei.

Aceasta mai arată că anularea s-a făcut în baza unui referat de anulare, fără a se întocmi raportul procedurii, așa cum se specifică în legislația națională, completată cu Ordinul ANAP nr. 1170/2021, privind formularele obligatorii de utilizat în cadrul etapelor finale ale procedurilor de atribuire. Totodată, arată că motivarea în drept nu este raportată la prevederile art. 225 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016, prin încadrarea în prevederile literei c) a alin. (1) din art 225 entitatea contractantă dovedește că era posibilă remedierea documentației și nu s-a aflat în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere.

Petenta subliniază că documentația de atribuire postată în SEAP a inclus aspecte dovedite ca netransparente și fără legătură cu obiectul contractului, însă pentru acest fapt, entitatea contractantă nu își asumă niciun fel de răspundere, iar ofertanții participanți la procedura de atribuire, cei care au depus eforturi umane și financiare pentru a depune ofertă, sunt cei care au de suportat pagube, ca urmare a deciziei de anulare a procedurii.

Aceasta solicită Consiliului să observe că valoarea garanției de participare și volumul foarte mare de documente încărcate de fiecare ofertant dovedește intenția clară și serioasă de a respecta condițiile

impuse de entitatea contractantă, în vederea atribuirii contractului de lucrări.

Contestatoarea reiterează că măsurile de remediere sunt simple, necesită asumare, răspundere și transparență, astfel că procedura de atribuire poate continua, fără ca niciun ofertant participant la procedură să fie prejudiciat.

Apreciind că entitatea contractantă a confirmat faptul că nu se află în situația de la art. 225 alin (1) litera d), rezultă că este în măsură să adopte măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile reglementate la art. 2 alin. (2), astfel că solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată, și obligarea la continuarea procedurii.

În susținerea solicitării de admitere a capătului de cerere privind cheltuielile de judecată, contestatoarea anexează contestației dovada asistenței juridice pentru depunerea contestației, iar în susținerea contestației, anexează decizia CNSC nr.

Față de contestația depusă, ... SA a formulat punctul său de vedere, transmis cu adresa nr. 28153/31.12.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 118/03.01.2022, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea referatului de anulare a procedurii nr. 4197/22.12.2021, ca temeinic și legal.

Entitatea contractantă face precizarea că SC ... SRL a contestat documentația de atribuire a contractului de lucrări atât pentru „*Supraînălțare compartiment II, al depozitului de zgură și cenușă ... de la cota 185,00 mdMN la cota 188,50 mdMN - Sucursala Electrocentrale ...*”, cât și pentru „*Supraînălțare depozit de zgură și cenușă nr. 2, celula 4, de la cota 130,75 mdMN la cota 133,75 mdMN - Sucursala Electrocentrale ...*”, prin ambele contestații fiind solicitată anularea celor două proceduri și refacerea documentației de atribuire, invocând faptul că cerințele minime de calificare și de selecție din caietul de sarcini nu au fost precizate în anunțul de participare și că acestea sunt „*ambigue și abuzive*”.

Aceasta arată că CNSC a pronunțat două decizii contrare, respectiv:

- Prin Decizia nr. ..., Consiliul a respins contestația, reținând că: „*(...) niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire (...)*” (pag. 5/7). Consiliul a constatat că anterior formulării contestației a solicitat clarificări la care entitatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 2824/07.10.2021, fiind postată în SEAP, operatorii economici au avut posibilitatea consultării acestora”;

- Prin Decizia nr. ..., Consiliul a admis în parte contestația, reținând că entitatea contractantă are: „*(...) posibilitatea fie de a le introduce ca cerințe de calificare cu respectarea prevederilor legale, stabilirea acestora să nu conducă la restrângerea concurenței, să nu fie disproporționate în raport cu natura și obiectivele contractului, fie de a le*

considera clauze nescrise, acestea existând doar în caietul de sarcini, operatorii economici nefiind obligați să le respecte în elaborarea ofertelor”.

Având în vedere considerentele din decizia nr. ..., entitatea contractantă, în termenul legal, a formulat plângere la Curtea de Apel ..., considerând că în mod netemeinic se impun cerințele din caietul de sarcini, cu privire la personalul de execuție și dotările tehnice minime pentru execuția lucrării, ca fiind cerințe de calificare ce trebuiau să se regăsească la nivelul anunțului de participare și nu numai la nivelul caietului de sarcini. Conform art. 22 alin. (10) din H.G. nr. 394/2016, documentația de atribuire este alcătuită din caietul de sarcini (sau documentul descriptiv) care conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității entității contractante.

Curtea de Apel ..., prin Hotărârea nr. .../2021 a menținut decizia CNSC nr. ..., astfel că entitatea contractantă solicită a fi observate următoarele aspecte care au obligat comisia de evaluare la emitere referatului de anulare a procedurii nr. 4197 din 22.12.2021:

- Decizia nr. ... a fost pronunțată cu mult după data limită de depunere a ofertelor, respectiv la data de 18.10.2021, întrucât procedura nu a fost suspendată, entitatea contractantă nu a avut posibilitatea de a prelua la nivelul fișei de date a achiziției, ca cerințe minime de calificare, cerințele caietului de sarcini referitoare la utilaje și personal;

- A considera cerințele de calificare din caietul de sarcini ca fiind clauze nescrise, ar fi însemnat ca oferta tehnică prezentată să nu fie corelată cu cerințele caietului de sarcini, iar comisia de evaluare nu ar fi avut posibilitatea evaluării cerințelor din caietul de sarcini referitoare la dotările cu utilaje și personalul aferent executării contractului;

- Considerarea cerințelor de calificare din caietul de sarcini ca fiind clauze nescrise ar fi creat ofertanților participanți un avantaj mare comparativ cu cei ce ar fi vrut să depună oferte în condițiile create (prin renunțarea la cerințele privind personalul și utilajele) condiții care ar trebui să profite tuturor ofertanților (prezenți și viitori).

- Având în vedere cele invocate, precum și că CNSC nu s-a pronunțat și asupra solicitării de eliminare a cerințelor de calificare din caietul de sarcini, considerate de contestatoare ca fiind „ambigue și abuzive”, comisia de evaluare, în conformitate cu art. 225 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, a considerat legală emiterea raportului de anulare procedură, întrucât omisiunea de neprecizare a cerințelor de calificare și în anunțul de participare nu putea fi adoptată prin măsuri corective, iar considerarea acestora ca fiind clauze nescrise ar fi dus la încălcarea

principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție sectorială prevăzute la art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Chiar dacă prin criticile invocate contestatoarea vrea să includă în mod intenționat și eronat convingerea că entitatea contractantă nu a respectat prevederile legale în deciziile luate, aceasta solicită a se observa că raportul de anulare a procedurii este temeinic și legal, întrucât derularea în continuare a procedurii de achiziție ar fi dus la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 lit. a) nediscriminarea și lit. b) tratamentul egal, din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contractantă susține că, în elaborarea documentației de atribuire, a respectat dispozițiile legale prevăzute în Legea nr. 99/2016, astfel că, în conformitate cu art. 164, a elaborat documentația de atribuire prevăzută la art. 3 lit. s).

Conform art. 165 alin. (6), a precizat prin caietul de sarcini specificațiile tehnice, caietul de sarcini fiind parte a documentației de atribuire. Conform dispozițiilor art. 191, entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției criteriile privind capacitatea tehnică și profesională, conform dispozițiilor art. 32, art. 36, art. 55 și art. 66 din HG nr. 394/2016.

Aceasta solicită a se avea în vedere complexitatea contractului de lucrări *„Supraînălțare compartiment II, al depozitului de zgură și cenușă ... de la cota 185,00 mdMN la cota 188,50 mdMN - pentru Sucursala Electrocentrale ...”*, care nu poate fi atribuit fără evaluarea propunerii tehnice a ofertantului cu cerințele precizate în caietul de sarcini.

Eliminarea din documentația de atribuire a cerințelor ar fi însemnat modificarea în totalitate a caietului de sarcini, respectiv a scopului contractului de lucrări ce urma a fi atribuit. Având în vedere că lucrarea presupune folosirea numai a unor anumite tipuri de utilaje/sau corespondentul acestora, utilaje ce au fost definite în caietul de sarcini, prin eliminarea acestei cerințe exista riscul atribuirii contractului unui operator economic care nu dispune de dotarea cu utilaje necesare executării contractului, respectiv nici de dotarea cu personalul solicitat în caietul de sarcini în conformitate cu proiectul ISPE.

Entitatea contractantă face precizarea că noțiunea „specificații tehnice” trebuie privită ca parte integrantă a caietului de sarcini, aceasta din urmă putând acoperi un spectru mai larg de informații necesare atribuirii contractului de achiziție publică, informații precum cele referitoare la contextul achiziției, scopul și obiectivele specifice ale lucrării, rezultate așteptate, modalități de acceptanță și plată, modul de prezentare și completare ale ofertelor inclusiv activități desfășurate de personalul de execuție și utilajele aferente.

Cu privire la includerea în formularul de propunere tehnică a *„strategiei pentru prevenirea conflictului de interese, strategiei anti-corupție, prezentarea modului de realizare a înregistrărilor pentru*

activitățile realizate în contract", formularul de propunere tehnică aferent procedurii în cauză respectă întocmai formularul cadru de propunere tehnică din cuprinsul documentației de atribuire aferentă contractelor de execuție lucrări, documentație emisă de ANAP pentru entitățile contractante și postată pe site-ul agenției.

Entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că, după data de deschidere a ofertelor, opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al entității contractante, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa entitatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor criticate din documentația de atribuire, în condițiile în care contestatoarea nu probează caracterul restrictiv și nelegal al acestora, precum și faptul că acestea nu ar corespunde necesității entității contractante.

Aceasta menționează că CNSC nu a eliminat aceste cerințe considerate „ambigue și restrictive”, indicând că atâta timp cât nu se regăsesc în anunțul de participare conform art. 36 alin. (6) din HG nr.3934/2016, trebuie considerate clauze nescrise. Nepreluarea prin fișa de date a achiziției a cerințelor minime de calificare stabilite prin caietul de sarcini nu poate fi calificată ca o încălcare a legislației achizițiilor sectoriale de către entitatea contractantă.

În conformitate cu Ordinul nr. 1568/2002, ofertanții *„au deplina libertate de a-și prevede în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în propunerea tehnică, caietul de sarcini și normativele aflate în vigoare care reglementează executarea lucrărilor”*, motiv pentru care formularul de propunere tehnică a ofertantului trebuia elaborat în corelare cu cerințele din caietului de sarcini.

Entitatea precizează că formularul solicitat a fost structurat pentru lucrarea ce urmează a fi executată conform formularului emis de către ANAP, considerând că formularul de propunere tehnică nu cuprinde cerințe suplimentare și restrictive.

În susținere, aceasta arată că jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (C-76/16, EU:C:2017:549), a stabilit că *„principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, că aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții”*.

Conform art. 3 pct. 19 lit. s) din Legea nr. 99 din 19 mai 2016 privind achizițiile sectoriale, documentația de atribuire este în fapt documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției sectoriale, obiectul contractului sectorial și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice sau documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de

prezentare a documentelor de catre candidați ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile.

Solicitarea contestatoarei de a obliga entitatea contractantă la plata cheltuielilor efectuate pe parcursul procedurii de atribuire cauzate de nerespectarea de către comisia de evaluare a legislației în domeniul achiziției în etapa de evaluare este nefondată, întrucât conform legislației privind achizițiile sectoriale, comisia de evaluare are dreptul și chiar obligația de a emite un act prin care poate în condițiile art. 225 alin. (2) din Legea nr.99/2016, să anuleze procedura de atribuire. Solicitarea unor clarificări înaintea formulării contestației ar fi eliminat această situație conflictuală.

Având în vedere cele invocate, raportat la prevederile legislației în materia achizițiilor sectoriale, entitatea contractantă precizează că, în respectarea principiilor prevăzute la art. 2 lit. a) nediscriminarea, lit. b) tratamentul egal, lit. d) transparența, precum și a dispozițiilor prevăzute la art. 185 din Legea nr. 99/2016, atribuirea contractului de lucrări trebuie să se facă numai după evaluarea criteriilor privind capacitatea tehnică și economică din caietul de sarcini, prin coroborare cu propunerea tehnică și propunerea financiară depusă în cadrul procedurii de atribuire a contractului de lucrări.

În concluzie, având în vedere argumentele de fapt și de drept invocate, solicită, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulate de către SC ... SRL ca nefondată și menținerea referatului de anulare procedură, ca temeinic și legal.

În replică, SC ... SRL a formulat concluzii scrise, ca urmare a punctului de vedere emis de ..., transmise cu adresa nr. 16/06.01.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 897/07.01.2022, în care arată că punctul de vedere transmis nu dovedește că sunt îndeplinite prevederile art. 225 alin. (1) litera c) din Legea nr. 99/2016, respectiv nu precizează clar care sunt prevederile legale încălcate, cine a încălcat aceste prevederi și nici motivele ce vizează imposibilitatea încheierii contractului.

Contestatoarea mai arată că punctul de vedere transmis este doar o critică nejustificată, netemeinică și nelegală adusă deciziilor CNSC pronunțate în două proceduri diferite ale aceleiași entități contractante.

În susținerea netemeinicii și nelegalității criticilor entității aduse Deciziei CNSC nr. ..., petenta arată că împotriva acesteia entitatea contractantă a făcut plângere în fața Curții de Apel ..., iar Curtea a emis o decizie definitivă care confirmă legalitatea. Așadar, întrucât cele două Decizii sunt definitive, criticile entității contractante sunt apreciate ca fiind netemeinice și nelegale.

Contestatoarea consideră că entitatea contractantă observă în cuprinsul Deciziilor emise doar presupuse „vicii/erori”, însă face abstracție că a avut posibilitatea de a remedia toate aspectele sesizate prin contestație, încă din ziua primirii acesteia, solicitând Consiliului să

observe că se încearcă o culpabilizare a sa, iar scuza entității contractante că *procedura nu a fost suspendată* este netemeinică.

Așadar, odată cu primirea contestației, entitatea contractantă a avut posibilitatea adoptării de măsuri de remediere, așa cum sunt acestea definite în legislație, art. 3 litera d) și art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, deși Decizia CNSC a fost menținută prin Decizia Curții de Apel ..., entitatea contractantă susține în continuare, prin punctul de vedere, că motivarea acesteia nu este corectă. Totodată, criticile aduse prin punctul de vedere asupra Deciziei CNSC sunt tardive, nefondate și nelegale, fiind negate elementele incorecte confirmate de CNSC și Curtea de Apel ..., entitatea contractantă continuând să susțină că, de fapt, documentația inițială a fost corectă și legală.

În ceea ce privește invocarea, de către entitatea contractantă, a complexității deosebite a contractului, contestatoarea face trimitere inclusiv la denumirea contractului, de unde rezultă că nu se construiește un complex nou, ci se supraînalță un depozit existent, considerând că respectiva complexitate invocată este bazată doar pe afirmații, fără dovezi concrete.

Aceasta solicită Consiliului să observe că în întreg punctul de vedere sunt citați ca responsabili și culpabili terțe entități, respectiv: CNSC este vinovat pentru pronunțarea târzie, incompletă a deciziei și pentru motivarea deciziei pronunțate, ISPE - societatea proiectantă este cea care a impus personalul în caietul de sarcini, ANAP a impus formularul propunere tehnică cu cerințe disproporționate, astfel că principiul asumării răspunderii este inaplicabil în procedurile derulate de aceasta.

De asemenea, din punctul de vedere exprimat rezultă că cerințele privind prezentarea unor strategii nu sunt asumate de entitatea contractantă, ci sunt impuse de ANAP, însă ANAP nu este parte în procedură, iar documentațiile cadru puse la dispoziție pot fi adaptate pentru a fi folosite în proceduri, în raport cu necesitățile entităților/autorităților contractante și cu specificul fiecărui contract. Așadar, petenta consideră că răspunderea pentru includerea unor cerințe disproporționate în documentația de atribuire nu poate reveni decât autorităților contractante, unica semnatară a documentației de atribuire.

Invocarea, în punctul de vedere, a prevederilor Ordinului nr. 1568/2002 este, în opinia petentei, nerelevantă, întrucât acest ordin se referă strict la listele de cantități/devizele financiare și consumurile pentru realizarea lucrărilor. Aceste aspecte nu au fost incluse în referatul de anulare a procedurii sau în comunicare. Contestatoarea arată că aceste documente nici nu au fost contestate, nu au făcut obiectul analizei CNSC și nu fac obiectul modificării documentației de atribuirii.

În ceea ce privește citarea, de către entitatea contractantă, a prevederilor Legii nr. 99/2016 (art. 3 pct. 19 lit. s), simpla citare a

textului de lege nu explică de ce nu se respectă aceste prevederi. Astfel, dacă legiuitorul a statuat diferit locul de prezentare a cerințelor minime de calificare, a prescripțiilor tehnice și financiare, atunci obligația respectării acestora revine atât operatorilor economici, cât și autorității contractante.

Opinia petentei este că, dacă în lege nu ar fi făcută distincția clară între părțile documentației de atribuire și obligația respectării principiilor detaliate la art. 2 din Legea nr. 99/2016, atunci motivația entității contractante ar fi corectă, în sensul că cerințele de calificare, cerințele tehnice, cerințele financiare ar putea fi descrise doar într-un document, iar nu în părți distincte ale documentației de atribuire.

Concluzionând, contestatoarea arată că CNSC, în pronunțarea deciziei, a ținut seama de dispozițiile art. 26 din Legea nr. 101/2016, reiterând concluziile din contestație și precizând că își menține solicitările din aceasta.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de entitate contractantă, ... SA a inițiat, în temeiul prevederilor Legii nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului sectorial de lucrări având ca obiect „Supraînălțare compartiment II, al depozitului de zgură și cenușă ... de la cota 185,00 mdMN la cota 188,50 mdMN - SE ...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../01.10.2021, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 5.832.260 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit declarației de participare publicată în SEAP în data de 18.10.2021, și a notei de consemnare oferte nr. 3462/19.10.2021, au depus oferte un număr de 4 operatori economici, printre care și contestatoarea.

Conform referatului de anulare a procedurii nr. 4197/22.12.2021, procedura de atribuire a fost anulată, în temeiul art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, întrucât procedura se află la etapa de evaluare a documentelor DUAЕ, iar autoritatea contractantă este în imposibilitatea de a adopta măsurile de remediere a documentației de atribuire, dispuse de Consiliu prin Decizia nr.

Împotriva acestei decizii a entității contractante, SC ... SRL a formulat prezenta contestație.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Târgu-Jiu a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă dosarului nr.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că împotriva documentației de atribuire, SC ... SRL a formulat o contestație, care a fost soluționată de Consiliu prin Decizia nr. ... din data de 03.11.2021.

În dispozitivul acestei decizii s-a dispus, astfel:

*„Admite în parte contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă ... SA în ceea ce privește cerințele de calificare din caietul de sarcini, cerințele din formularul de propunere tehnică privind strategia pentru prevenirea conflictului de interese, strategia anti-corupție și prezentarea modului de realizare a înregistrărilor pentru activitățile realizate în contract iar, pe cale de consecință, **obligă entitatea contractantă la remedierea documentației de atribuire** cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.*

Respinge ca nefondate celelalte critici.”

Totodată, în considerentele acestei decizii, Consiliul a reținut:

«În speță, procedând la verificarea anunțului de participare și a strategiei de contractare (pag. 65-63 din dosarul achiziției depus de autoritatea contractantă), Consiliul constată că autoritatea contractantă a ales să nu uzeze de dreptul său, expres reglementat de prevederile art. 185 din Legea nr. 99/2016, de a aplica/stabili în cadrul prezentei proceduri de atribuire criterii de calificare privind capacitatea tehnică și profesională referitoare la calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic și la utilajele, instalațiilor și echipamentele tehnice aflate la dispoziția operatorului economic care prestează servicii pentru executarea contractului de lucrări alegând să le includă doar în caietul de sarcini, situația în care sunt aplicabile prevederile art. 26 alin. (6) din HG nr. 394/2016 „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”

Criticile formulate de contestator urmează să fie admise, autoritatea contractantă având posibilitatea fie de a le introduce ca cerințe de calificare cu respectarea prevederilor legale, stabilirea acestora să nu conducă la restrângerea concurenței, să nu fie disproporționate în raport cu natura și obiectivele contractului, fie de a fi considerate clauze nescrise, acestea existând doar în caietul de sarcini, operatorii economici nefiind obligați să le respecte în elaborarea ofertelor. (...)

Referitor la cerințele din formularul de propunere tehnică anexă la documentația de atribuire cu privire la „Strategia utilizată de Ofertant

pentru prevenirea conflictului de interese, prin raportare la clauzele contractuale incluse în acest sens în Documentația de atribuire; Prezentarea strategiei anti-corupție ce va fi implementată de Ofertant pentru prevenirea corupției; Prezentarea modului de realizare a înregistrărilor pentru activitățile, realizate în acest Contract”, Consiliul urmează să le admită având în vedere că în cadrul informațiilor cu privire la modul de elaborare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă este obligată să ofere informații astfel încât operatorii economici să fie capabil să își elaboreze o ofertă corespunzătoare Caietului de sarcini, elementele în discuție neavând legătură cu modalitatea concretă de ducere la îndeplinirea a contractului pentru a fi introduse la acest capitol.»

Împotriva acestei decizii, entitatea contractantă a formulat plângere, care a fost respinsă de Curtea de Apel ..., prin Decizia nr. .../2021, pronunțată în dosarul nr. ... în data de 17.12.2021.

Prin urmare, Decizia Consiliului, prin care s-a dispus remedierea documentației de atribuire, a rămas definitivă, revenind entității contractante obligația de a o pune în aplicare.

Având în vedere că pe parcursul soluționării contestației la documentația de atribuire, procedura nu a fost suspendată, aceasta continuând și aflându-se la data emiterii Deciziei CNSC nr. ... în etapa evaluării DUAЕ, Consiliul constată că în această etapă nu mai pot fi luate măsurile de remediere dispuse de Consiliu.

Măsurile dispuse de Consiliu puteau fi aplicate fără ca acestea să afecteze principiile reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 doar înainte de deschiderea ofertelor.

Autoritatea contractantă nu mai poate continua această procedură, pentru care ofertanții au întocmit ofertele raportat la prevederile documentației de atribuire, așa cum a fost publicată în SEAP. Ori, prin decizia Consiliului nr. ..., s-a dispus modificarea documentației de atribuire. Prin urmare, noile oferte vor trebui întocmite raportat la aceste noi prevederi ale documentației de atribuire. Totodată, există posibilitatea ca la procedură să depună oferte alți operatori economici, care considerau că nu pot depune o ofertă conformă în condițiile documentației de atribuire inițiale.

Ori toate acestea nu se mai pot desfășura fără a se aduce atingere principiilor reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, astfel că singura măsură de remediere posibilă la acest moment este anularea prezentei proceduri de atribuire și inițierea unei alte proceduri.

Astfel, Consiliul constată că în această situație devin aplicabile prevederile art. 225 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016:

„Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri:

d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice

din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile reglementate la art. 2 alin. (2)".

Consiliul consideră lipsit de relevanță faptul că procedura de atribuire a fost anulată de entitatea contractantă în baza altui temei legal, respectiv lit. c) a aceluiași articol și aliniat, potrivit căruia: „c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”.

Mai mult, motivarea în fapt a deciziei entității contractante din referatul de anulare a procedurii este în sensul motivului de anulare prevăzut la lit. d) și nu a celui de la lit c), entitatea contractantă motivând astfel decizia sa de anulare: *„Deoarece procedura de achiziție se găsește în faza de evaluare a documentelor DUAE depuse, comisia de evaluare este în imposibilitatea de a elabora măsurile de remediere în concordanță cu Decizia CNSC și Curtea de Apel ..., care a respins plângerea formulată de ... SA, propune anularea procedurii de achiziție”.*

O eventuală decizie a Consiliului de modificare a deciziei de anulare a procedurii, în sensul invocării ca temei de drept a prevederilor art. 225 alin. (1) lit. d) și nu a prevederilor art. 225 alin. (1) lit. c) ar reprezenta un formalism exagerat, care nu ar avea nicio altă finalitate, decât tot cea a anulării procedurii, cu pierdere de timp, pe care entitatea contractantă îl poate folosi mai eficient, prin inițierea unei alte proceduri de atribuire.

Prin urmare, constatând că anularea procedurii este singura măsură de remediere care mai poate fi luată la acest moment, Consiliul va menține decizia de anulare a procedurii luată de entitatea contractantă, motiv pentru care, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

Având în vedere respingerea contestației, Consiliul va respinge și solicitarea contestatoarei de acordare a cheltuielilor de judecată

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în 4 exemplare, conține 14 (paisprezece) pagini.