

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnscl.ro

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

DECIZIE

Nr. .../C../....

Data: ...

Prin contestația nr. 539/16.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 28691/21.09.2016, S.C. ...S.R.L., cu sediul în localitatea ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., a contestat actul administrativ nr. 10532/13.09.2016 reprezentând „Comunicare ofertă necâștigătoare” emis în cadrul procedurii de atribuire prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitarea Complexului Muzeului Regiunii Porților de Fier și valorificarea lui ca produs turistic - rest de executat” – **Lotul 5** – „Iluminat turistic”, cod CPV 45212313-3, inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat anularea „Comunicare ofertă necâștigătoare nr. 10532/13.09.2016”, „anularea comunicării ca ofertă câștigătoare a S.C. ...S.R.L. pentru constatarea lipsei autorizației ANRE TIP A2 și C2A și a Autorizației AFER declarând oferta inacceptabilă” și atribuirea contractului către S.C. ...S.R.L.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 539/16.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 28691/21.09.2016, formulată de S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva actului administrativ nr. 10532/13.09.2016 reprezentând „Comunicare ofertă necâștigătoare” emis în cadrul procedurii de atribuire prin „cerere de oferte”, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitarea Complexului Muzeului Regiunii Porților de Fier și valorificarea lui ca produs turistic - rest de executat” – **Lotul 5** – „Iluminat turistic”, cod CPV 45212313-3, s-a solicitat anularea „Comunicare ofertă necâștigătoare nr. 10532/13.09.2016”, „anularea comunicării ca ofertă

câștigătoare a SC ...SRL pentru constatarea lipsei autorizației ANRE TIP A2 și C2A și a Autorizației AFER declarând oferta inacceptabilă” și atribuirea contractului către S.C. ...S.R.L.

În susținerea contestației sale, contestatoarea S.C. ...S.R.L. arată că procedura de atribuire a contractului pentru Lotul nr. 5 a mai fost contestată, fiind soluționată prin Decizia Consiliului nr. 1435/2016 prin care s-a admis contestația și s-a dispus anularea raportului procedurii nr. 7131/23.06.2016 și actele subsecvente acestuia.

Contestatoarea susține că, în mod ilegal, oferta depusă de SC ...SRL a fost declarată câștigătoare pentru Lotul 5, pentru următoarele motive:

- SC ...SRL nu a depus în documentația de participare, Anexa la declarația pe propria răspundere în temeiul art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, astfel fiind încălcate dispozițiile alin. (5) ale aceluiași articol;

- SC ...SRL a participat la procedură în interesul subantreprenorului căruia i-a subcontractat 95% din lucrare, subantreprenorul nefiind evaluat pentru îndeplinirea cerințelor minime de participare

- SC ...SRL nu îndeplinește cerințele minime de calificare privind autorizația AFER și ANRE TIP A2 și C2A și nici nu a declarat la data deschiderii ofertelor subcontractanți sau terți susținători atestați.

În susținerea considerațiilor sale, contestatoarea S.C. ...S.R.L. invocă dispozițiile art. 213 alin. (2) lit. i), art. 45 și art. 190 din OUG nr. 34/2016, art. 11¹ din HG nr. 925/2006 precum și prevederile art. 7 alin. (1), art. 8 alin. (1) și Anexa 2 ale Ordinului nr. 509/2001 emis de Președintele ANRMAR.

În dovedirea contestației sale pentru Lotul 5, S.C. ...S.R.L. a depus la dosarul cauzei un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 560/22.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr.28875/22.09.2016, în temeiul prevederilor art. 274 alin. (4) din OUG nr. 34/2006, contestatoarea a solicitat accesul la Dosarul nr. 1412/2016 ce a format obiectul primei contestații pentru Lotul 5 și care a fost soluționat prin Decizia CNSC nr. ..., cererea fiind încuviințată de către Consiliu prin adresa nr. 29516/2045 C5/29.0.92016, contestatoarea fiind invitată la studiu în data de 03.10.2016.

Prin adresa nr. 576/28.09.2016, comunicată prin fax, prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 29495/28.09.2016, sub nr. 29497/28.09.2016 și respectiv sub nr. 29860/03.10.2016, contestatoarea S.C. ...S.R.L. a răspuns solicitării Consiliului nr. 28869/2045 C5/22.09.2016, comunicând documentele solicitate și anume: dovada trimiterii prin poștă (confirmare de primire AR39906228824/21.09.2016) a adresei nr. 538/16.09.2016 reprezentând dovada notificării prealabile a autorității contractante, precum și copia răspunsului autorității contractante nr. 10879/26.09.2016.

Prin adresa nr. 28868/2045 C5/22.09.2016, Consiliul a solicitat autorității contractante ... înaintarea documentelor necesare, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, respectiv cele întocmite/primate ulterior deciziei Consiliului nr. ..., precum și

dovada publicării în SEAP a contestației în conformitate cu art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 11131/28.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29544/29.09.2016, autoritatea contractantă ... a comunicat, în original, punctul de vedere referitor la contestația formulată de S.C. ...S.R.L. pentru Lotul 5 și în copie certificată, documentele solicitate prin adresa Consiliului nr.28868/ 22.09.2016.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, formulată de S.C. ...S.R.L. pentru Lotul 5, ca fiind nelegală și nefondată, arătând că a pus în aplicare Decizia nr. ..., prin care Consiliul s-a pronunțat, stabilind ca fiind nefondate criticile aduse de contestatoarea SC ...SRL ofertei depuse de SC ...SRL, dar a anulat raportul procedurii nr. 7131/23.06.2016, întocmit pentru Lotul 5 și actele subsecvente acestuia obligând autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei, conform celor reținute în motivare. Se mai arată că în urma reevaluării ofertei operatorul economic SC ...SRL, prin aplicarea criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, a declarat câștigătoare oferta operatorului economic SC ...SRL.

În continuare, autoritatea contractantă răspunde punctual criticilor formulate de SC ...SRL față de acest rezultat al procedurii.

În ceea ce privește criticile aduse de contestatoare, referitoare la Lipsa anexei la declarația pe propria răspundere din cadrul documentației de atribuire a SC ...SRL, autoritatea contractantă susține că, în cadrul documentației de participare, operatorul economic SC ...SRL a uzat de prevederile art. 11 din HG 925/2006 depunând o Declarație pe propria răspundere, detaliind în anexa la aceasta modul concret de îndeplinire a cerințelor de calificare, pentru Lotul 5, din înscrisurile depuse rezultând că întrunește toate condițiile de calificare și cerințele, conform legii, așa cum rezultă fără echivoc din dosarul achiziției.

Raportat la critica referitoare la faptul că SC ...SRL a participat la procedură în interesul subantreprenorului, subcontractând către acesta 95% din lucrare, respectiv întreaga lucrare, iar SC ...nu îndeplinește cerințele minime de calificare privind autorizația AFER și ANRE pentru a executa întreaga lucrare, autoritatea contractantă consideră că această susținere este total nefondată, deoarece SC ...SRL nu a subcontractat întreaga lucrare ci 95 % din aceasta. Pe de altă parte, autoritatea contractantă susține că, niciun text de lege nu limitează sau stabilește vreun prag pentru subcontractare, astfel încât, nu se poate considera că, dacă a fost subcontractat 95% din lucrare, s-a subcontractat toată lucrarea ci, eventual, o mare parte din aceasta.

Referitor la neîndeplinirea cerințelor minime de calificare privind autorizațiile AFER și ANRE de către SC ...SRL, autoritatea contractantă menționează faptul că, asupra acestui aspect, Consiliul s-a pronunțat deja, prin Decizia nr. ... din 16.08.2016, constatând că, în ceea ce privește cerința referitoare la deținerea acestor autorizații, SC ...SRL îndeplinește cerința de calificare prin intermediul subcontractantului SC ... SA (fila 34 din decizie), cu atât mai mult cu cât, SC ... SA are atât calitatea de subcontractant cât și de terț susținător (documente atașate

la punctul de vedere nr.7517/07.07.2016, ca urmare a Completării la Contestație, trimise C.N.S.C.), în cadrul ofertei SC ...SRL

În drept, autoritatea contractantă își întemeiază punctul de vedere pe dispozițiile art. 18 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.

Prin adresa nr. 617/11.10.2016, comunicată prin mijloace electronice (e-mai), înregistrată la Consiliu sub nr. 30784/12.10.2016, contestatoarea a formulat „Note scrise”, ca urmare a studierii, în data de 03.10.2016, a dosarului nr. 1412/2016 ce a format obiectul primei contestații pentru Lotul 5 și care a fost soluționat prin Decizia CNSC nr. ..., astfel cum a solicitat contestatoarea prin adresa nr. 560/22.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 28875/22.09.2016, cererea fiind încuviințată de către Consiliu prin adresa nr. 29516/2045 C5/29.09.2016.

Contestatoarea susține că astfel justifică și probează cele invocate în contestație și anume faptul că:

- S.C. ...nu a depus în documentația de participare, anexa la declarația pe propria răspundere în temeiul art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 și consideră că, Anexa la declarația pe proprie răspundere a fost depusă ulterior deschiderii ofertelor și datată înainte de această dată deoarece, din analiza procesului verbal și din dosarul studiat se poate observa că lipsește și Declarația privind calitatea de participant la procedură completată de fiecare operator economic, inclusiv subcontractor (Formular nr.8) iar conținutul procesului verbal a fost modificat și nu este conform cu fișa de date.

- S.C. ...nu îndeplinește cerințele minime de calificare privind autorizația AFER și ANRE, în susținerea considerațiilor fiind invocate prevederile art. 7 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, întrucât atât la citirea documentelor cât și la înscrierea în procesul verbal nu s-a găsit vreun document din care să rezulte existența unui terț susținător sau a unui subcontractant.

Precizează de asemenea că din analiza procesului verbal și din dosarul studiat se poate observa că lipsește și Declarația privind calitatea de participant la procedura completată de fiecare operator economic, inclusiv subcontractor (Formular nr. 8), afirmând că dovedește cele afirmate „prin faptul că, deși reprezentantul nostru a fost prezent la deschidere și este nominalizat în procesul verbal, nu a putut semna procesul verbal, precum și cu martori”.

Prin concluziile scrise depuse, contestatoarea susține că aceste documente au fost depuse ulterior – nu au existat în documentele ofertantului S.C. ...S.R.L. la momentul deschiderii – întrucât atât la citirea documentelor cât și la înscrierea în procesul verbal niciun membru din comisie nu a găsit vreun document din care să rezulte existența unui terț susținător sau a unui subcontractant.

Contestatoarea afirmă de asemenea și faptul că cei 7 membri ai comisiei de evaluare au analizat documentele din cele două oferte depuse, și că *„În oferta S.C. ...S.R.L. erau de citit trei pagini, respectiv Declarația pe proprie răspundere (o pagină) și Anexa 1 (două pagini). Cum din procesul verbal reiese că s-a citit declarația pe proprie răspundere este clar că numai aceasta a existat”*.

S.C. ...S.R.L. afirmă de asemenea *„Bănuim că strategia Autorității Contractate a fost să declare oferta noastră inacceptabilă pentru a putea încredința acest Lot acestei firme, fără a ține cont de ceea ce a impus prin Fișa de date”*.

Prin concluzii scrise S.C. ...S.R.L. își menține și criticile cu privire la faptul că, în opinia sa, ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește cerințele de calificare referitoare la certificarea AFER și ANRE.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „cerere de oferte” offline, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitarea Complexului Muzeului Regiunii Porților de Fier și valorificarea lui ca produs turistic - rest de executat”, având cod CPV: 45212313-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. 387106/13.04.2016, stabilind data limită pentru primirea ofertelor la data de 03.05.2016 ora 10⁰⁰, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată de 11.515.253 lei, fără TVA.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 13.04.2016, contestația fiind înregistrată la Consiliu la data de 21.09.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia, *„La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare”* și a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării contestației ce face obiectul prezentei cauze.

Rezultă că, în speță, sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform căreia *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*, astfel că procedura de soluționare a contestației urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, în vigoare la data depunerii prezentei contestații.

Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, procedurii de atribuire în cauză

[astfel cum este acesta definită de art. 2 lit. ș) din OUG nr. 34/2006] îi sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 34/2006.

Consiliul reține în soluționarea cauzei că procedura de atribuire a fost divizată pe 11 loturi, iar prezenta contestație privește lotul 5 – „Iluminat turistic” cod CPV 45310000-3 – Lucrări de instalații electrice, având o valoare estimată de 1.179.023 lei.

Cu privire la lotul 5 ce face obiectul prezentei cauze, Consiliul constată că potrivit procesului verbal de deschidere a ofertelor nr. 5106/03.05.2016 au fost depuse două oferte pentru acest lot, respectiv ofertele depuse de către S.C. ...S.R.L. și S.C. ...S.R.L.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire cu privire la lotul 5 a formulat contestație S.C. ...S.R.L. aceasta fiind soluționată, împreună cu alte 4 contestații privind alte loturi, prin Decizia nr. ... pronunțată în data de 16.08.2016.

Consiliul reține că prin decizia mai sus menționată Consiliul s-a pronunțat astfel:

*„Admite contestațiile formulate de S.C. ...S.R.L., pentru **lotul 7, 9 și 5**, anulează rapoartele procedurii de atribuire nr. 5909/20.05.2016, nr. 5911/20.05.2016 și nr. 7131/23.06.2016 întocmite pentru loturile 7, 9 și 5 și actele subsecvente acestora, și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze ofertele contestatoarei S.C. ...S.R.L., depuse pentru **loturile 7, 9 și 5** conform celor reținute în motivare.*

*Admite contestația formulată de S.C. ...S.R.L. cu privire la **lotul 1**, anulează raportul procedurii nr. 7472/01.07.2016, întocmit pentru lotul 1, și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei S.C. ...S.R.L., depusă pentru **lotul 1**, conform celor reținute în motivare.*

*Respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ...S.R.L., cu privire la **lotul 4**.*

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

Ulterior punerii în executare a deciziei Consiliului autoritatea contractantă a emis un nou raport al procedurii de atribuire înregistrat sub nr. 10527/13.09.2016 cât și noi adrese de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire pentru lotul 5.

Prin adresa nr. 10532/13.09.2016 autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei S.C. ...S.R.L. următoarele:

„Prin prezenta vă facem cunoscut că în urma participării dvs. în cadrul procedurii cerere de oferte privind atribuirea contractului de achiziție publică: «reabilitarea Complexului Muzeului Regiunii Porților de Fier și valorificarea lui ca produs turistic – rest de executat – LOT 5» oferta dumneavoastră a fost declarată necâștigătoare la prețul de 992.646,90 lei fără TVA.

Oferta câștigătoare a aparținut SC ...SRL cu o propunere financiară de 990.053, 65 lei fără TVA”.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire citat anterior S.C. ...S.R.L. a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze prin care critică oferta declarată câștigătoare pentru lotul 5 sub două aspecte.

Contestatoarea S.C. ...S.R.L. a depus la autoritatea contractantă notificare prealabilă prin care a făcut cunoscute acesteia două aspecte de nelegalitate reluate în prezenta contestație, notificare căreia autoritatea contractantă i-a dat curs prin adresa nr. 10879/26.09.2016.

În cadrul răspunsului la notificare, Consiliu constată că autoritatea contractantă a precizat următoarele cu privire la cele două aspecte criticate:

„1. Lipsa anexă la declarația pe propria răspundere din cadrul documentației de atribuire a SC ...SRL.

În cadrul documentației de participare, operatorul economic SC ...SRL a uzat de prevederile art. 11 din HG 925/2006 depunând o Declarație pe propria răspundere, detaliind în anexa la aceasta modul concret de îndeplinire a cerințelor de calificare, pentru Lotul 5.

Mai mult decât atât, prin înscrisurile depuse a rezultat că întrunește toate condițiile de calificare și cerințele, conform legii, așa cum rezultă fără echivoc din dosarul achiziției.

2. SC ...SRL a participat la procedură în interesul subantrepreecorului, subcontractând către acesta 95% din lucrare, respectiv întreaga lucrare, iar SC ...nu îndeplinește cerințele minime de calificare privind autorizația AFER și ANRE pentru a executa întreaga lucrare.

Această susținere din partea dumneavoastră este total nefondată, deoarece SC ...SRL nu a subcontractat întreaga lucrare ci 95% din aceasta; SC ...SA are atât calitatea de subcontractant cât și de terț susținător în cadrul ofertei SC ...SRL; iar, asupra neîndeplinirii cerințelor minime de calificare privind autorizațiile AFER și ANRE, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, prin Decizia nr. ... din 16.08.2016, s-a pronunțat, deja asupra acestuia fapt, constatând că, în ceea ce privește cerința referitoare la deținerea acestor autorizații, SC ...SRL îndeplinește cerința de calificare prin intermediul subcontractantului SC ...SA.

Menționăm că niciun text de lege nu limitează sau stabilește vreun prag pentru subcontractare, așadar nu se poate considera, în niciun caz, că dacă a fost subcontractat 95% din lucrarea s-a subcontractat toată lucrarea ci, eventual, o mare parte din aceasta”.

În continuare, Consiliul procedează la analiza primului aspect criticat potrivit căruia S.C. ...S.R.L. nu a depus în documentația de participare, anexa la declarația pe proprie răspundere în temeiul art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 925/2007, contestatoarea afirmând în susținerea criticii faptul că autoritatea contractantă recunoaște că în procesul verbal de deschidere al ofertelor nr. 5106/03.05.2016 au fost menționate doar „Elementele principale ale ofertelor și lista documentelor depuse” de către fiecare ofertant, iar pentru ofertantul S.C. ...S.R.L. s-a făcut mențiunea „DA” cu privire la documentul Declarație conform art. 11 din H.G. nr. 925/2006.

Contestatoarea apreciază că, ofertantul uzând de dreptul prevăzut de art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, ar fi trebuit să prezinte un minim de informații din care autoritatea contractantă să poată trage concluzii cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei cu privire la critica formulată, Consiliul constată următoarele:

Așa cum a răspuns și autoritatea contractantă notificării prealabile, printre documentele depuse de aceasta la dosarul cauzei, în speță cele prezentate de către ofertantul declarat câștigător pentru lotul 5, se regăsesc, atât documentul „Declarație” cât și „ANEXA 1” a acestuia, ambele înscrisuri fiind întocmite în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, prin urmare afirmația din contestație potrivit căreia *„S.C. ...nu a depus în documentația de participare, anexa la declarația pe propria răspundere în temeiul art. 11, alin. (4) din HG nr. 925/2006”*, se dovedește a fi nefondată.

Cu privire la acest aspect criticat, Consiliul mai reține, contrar susținerilor contestatoarei potrivit căreia chiar autoritatea contractantă a „recunoscut” că în conținutul procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor au fost menționate doar „Elementele principale ale ofertelor și lista documentelor depuse” fiind făcută mențiunea „DA” la declarație, că Declarația era completă doar însoțită de anexă, conform art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, situație în care mențiunea „DA” a fost făcută pentru documentul complet (Declarație însoțită de anexă).

Consiliul reține că o eventuală lipsă a anexei, în condițiile în care contestatoarea a avut la ședința de deschidere a ofertelor un reprezentant, putea fi semnalată de S.C. ...S.R.L. autorității contractante chiar dacă procesul verbal nu a fost finalizat în aceeași zi (semnat și înmănat reprezentanților ofertanților). În acest sens, contestatoarea putea să depună la autoritatea contractantă un document cu număr de înregistrare în care să sesizeze aceste aspecte.

Consiliul va reține ca tardivă, în această etapă a procedurii de atribuire, susținerea contestatoarei potrivit căreia *„din procesul verbal reiese că s-a citit declarația pe proprie răspundere este clar că numai aceasta a existat”*, cum de altfel este reținută ca tardivă și afirmația potrivit căreia *„atât la citirea documentelor cât și la înscrierea în procesul verbal niciun membru din comisie nu a găsit vreun document din care să rezulte existența unui terț susținător sau a unui subcontractant”*, în condițiile în care reprezentantul contestatoarei nu a sesizat în scris aspectele criticate în termenul de contestare (stabilit de art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006, act normativ în vigoare la data deschiderii ofertelor) calculat prin raportare la data la care a avut loc deschiderea ofertelor, respectiv față de 03.05.2016.

În ceea ce privește afirmația potrivit căreia aceste din urmă documente au fost depuse ulterior deschiderii ofertelor, Consiliul o va respinge ca nesusținută de probe, contestatoarea face o astfel de susținere fără a aduce nicio dovadă în acest sens, deși, conform art. 249 din Codul de procedură civilă, *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afara de cazurile anume*

prevăzute de lege”, regulă exprimată prin adagiul „actori incubit onus probandi” (reclamantului îi incumbă sarcina probei).

Consiliul va respinge ca nefondate susținerile contestatoarei potrivit căroră *„Bănuim că strategia Autorității Contractante a fost să declare oferta noastră inacceptabilă pentru a putea încredința acest Lot acestei firme, (...)”*, în condițiile în care oferta contestatoarei a fost declarată ofertă admisibilă însă necâștigătoare situată pe locul al doilea și nu ofertă inacceptabilă cum afirmă contestatoarea.

În ceea ce privește critica autoarei contestației potrivit căreia din analiza procesului verbal și a dosarului studiat constată că lipsesc Declarația privind calitatea de participant la procedura completată de fiecare operator economic, inclusiv subcontractor (Formular nr. 8), Consiliul o va respinge ca inadmisibilă având în vedere faptul că în cadrul adresei nr. 538/16.09.2016 reprezentând notificarea prealabilă, întocmită în conformitate cu dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, nu se regăsește și această pretinsă încălcare a legislației privind achizițiile publice, în aceste condiții scopul procedurii prealabile și în consecință scopul legii nefiind realizat pentru toate criticile invocate în contestație.

Legea nr. 101/2016 stipulează, pe de o parte, la art. 6 alin. (1) lit. a) obligația contestatoarei de a transmite autorității contractante o notificare, conform dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. a), în termen de *„a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”*, iar pe de altă parte, obligația acesteia de a transmite autorității contractante o contestație, în cadrul termenului legal de contestare, stipulat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Așa cum rezultă din conținutul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma *„se poate face numai după”*, utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiție de admisibilitate a contestației.

Instituirea procedurii prealabile prin actualul cadru legislativ are un dublu scop: să ofere posibilitatea autorității contractante să-și repare ea însăși eventualele greșeli, asigurându-se astfel o cale mai rapidă de restabilire a legalității și protejează operatorul economic, acesta având posibilitatea de a obține anularea actului printr-o procedură administrativă, simplă și rapidă.

Consiliul apreciază că scopul legii nu a fost atins în cauză, în ceea ce privește critica potrivit căreia din analiza procesului verbal și a

dosarului studiat se constată că lipsesc Declarația privind calitatea de participant la procedura completată de fiecare operator economic, inclusiv subcontractor (Formular nr. 8), în condițiile în care această critică nu se regăsește în notificarea prealabilă nr. 538/16.09.2016 pe care contestatoarea i-a transmis-o autorității contractante.

Astfel, Consiliul apreciază că se impune să existe identitate de motive între notificarea prealabilă și contestație, pentru a se atinge scopul instituirii procedurii prelabile prin actualul cadru legislativ. Numai astfel autoritatea contractantă poate examina în cunoștință de cauză pretențiile solicitantului, în condițiile legii, înainte de a fi sesizat Consiliul.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va respinge ca fiind inadmisibilă critica autoarei contestației potrivit căreia din analiza procesului verbal și a dosarului studiat se constată că lipsesc Declarația privind calitatea de participant la procedura completată de fiecare operator economic, inclusiv subcontractor (Formular nr. 8).

Un alt aspect criticat îl constituie faptul că ofertantul declarat câștigător a participat la procedura „în interesul subantreprenorului”, subcontractând către acesta 95% din lucrare, respectiv întreaga lucrare și astfel subantreprenorul nu a fost evaluat pentru îndeplinirea cerințelor minime de participare, iar S.C. ...S.R.L. nu îndeplinește cerințele minime de calificare privind autorizația AFER și ANRE pentru a putea executa întreaga lucrare conform ordinului ANRMAP nr. 509/2001, art. 7 alin. (1), art. 8 alin. (1) și Anexa 2.

Cu privire la acest aspect Consiliul a fost investit prin contestația anterioară formulată de către S.C. ...S.R.L. când pe lângă criticile aduse deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă a formulat critici și cu privire la oferta declarată câștigătoare, respectiv S.C. ...S.R.L., printre altele și cu privire la neîndeplinirea de către aceasta a cerințelor de calificare cu privire la autorizația AFER și ANRE.

Consiliul reține că în considerentele Deciziei C.N.S.C. nr. ... emisă în data de 16.08.2016, cu privire la criticile aduse faptului că oferta declarată câștigătoare nu îndeplinește cerințe de calificare referitoare la cele două cerințe de calificare, respectiv autorizația AFER și ANRE, s-a pronunțat astfel:

*„Consiliul constată că S.C. ...S.R.L. critică oferta declarată câștigătoare pentru **lotul 5**, invocând nelegalitatea deciziei de declarare câștigătoare a ofertei depusă de S.C. ...S.R.L.*

Cu privire la aceasta critică faptul că aceasta nu îndeplinește cerința prevăzută la cap. III.2.1.b) din fișa de date a achiziției, referitoare la autorizarea ANRE TIP A2 și C2A , invocând faptul că societatea declarată câștigătoare nu se regăsește pe lista publicată la adresa www.anre.ro și nu are declarați subcontractanți sau terți susținători.

Potrivit fișei de date a achiziției, Consiliul constată că autoritatea contractantă a stabilit, la cap. III.2.1.b) «Capacitatea de exercitare a activității profesionale» ca «Cerința pentru loturile 1,4,5,7,8 – operatorul economic va deține autorizație ANRE TIP A2 și C2A conform art. 2 din HG 867/2003 și art. 11-12 din Ordinul Președintelui ANRE nr. 23/2013».

Din verificarea documentelor depuse la dosarul cauzei, respectiv din conținutul procesului verbal al ședinței de deschidere nr. 5106/03.05.2016, întocmit pentru lotul 5, rezultă că ofertantul S.C. ...S.R.L. a depus «Declarație conform art. 11 din HG 925/2006», ocazie cu care comisia de evaluare a hotărât «în vederea continuării procesului de evaluare, solicitarea documentelor aferente Declarației pe propria răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificare depuse inițial de către SC ...SRL, și prezentarea acestora în termen de 3 zile lucrătoare (...)», hotărâre materializată prin adresa nr. 5834/19.05.2016.

În data de 14.06.2016 au fost analizate documentele de calificare depuse, conform consemnărilor din procesul verbal al ședinței de evaluare nr. 6854, rezultând, contrar susținerilor contestatoarei, că ofertantul S.C. ...S.R.L. a declarat subcontractant pentru «LOT 5 – Iluminat turistic» S.C. ...S.A. ce reprezintă un procent de 95% din valoarea contractului ce urmează a fi subcontractant, subcontractant pentru care au fost depuse documentele solicitate prin documentația de atribuire, inclusiv Acordul de subcontractare încheiat între S.C. ...S.R.L. și S.C. ...S.A.

În aceste condiții, documentele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale au fost depuse de către subcontractant.

Astfel, Consiliul constată că pentru îndeplinirea cerințelor de calificare pentru lotul 5, referitoare la autorizația ANRE au fost depuse Atestatul nr. 9090/25-06.2013 și Atestatul nr. 9990/28-04.2014, emise de ANRE, context în care apar ca nerelevante susținerile contestatoarei cu privire la faptul că societatea declarată câștigătoare nu se regăsește pe lista publicată la adresa www.anre.ro, criticile formulate cu privire la acest aspect urmând a fi respinse ca nefondate.

O altă cerință neîndeplinită, în opinia contestatoarei, de către S.C. ...S.R.L. este cea prevăzută în fișa de date a achiziției la cap. III.2.1 b) din fișa de date a achiziției, unde autoritatea contractantă a stabilit că pentru loturile 4-7 se impune ca operatorul economic să dețină autorizație pentru lucru în zona protejată a căii ferate emis de Autoritatea Feroviară Română – AFER conform HG nr. 626/1998, în condițiile în care acest ofertant nu a declarat subcontractanți sau terți susținători.

Cu privire la această cerință Consiliul constată că în fișa de date a achiziției la cap. III.2.1 b) «Capacitatea de exercitare a activității profesionale» autoritatea contractantă a stabilit astfel: «Cerința pentru loturile 4-7, operatorul economic va deține autorizație pentru lucru în zona protejată a căii ferate emis de Autoritatea Feroviară Română – AFER conform HG 626/1998 actualizată».

În analiza documentelor de calificare depuse, Consiliul constată că și în ceea ce privește cerința referitoare la deținerea autorizației AFER, S.C. ...S.R.L. îndeplinește cerința de calificare tot prin intermediul subcontractantului S.C. ...S.A.

Astfel, cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare comisia de evaluare a consemnat în conținutul procesului verbal de evaluare nr. 6854/14.06.2016, următoarele: «Da – Autorizație

de furnizor feroviar seria AF nr. 6530 elib la data 22.12.2014 de către Ministerul Transporturilor AFER valabil 10.12.2018 pentru SC Luxten Lighting», din documentele depuse la dosarul cauzei rezultând că documentul depus de către S.C. ...S.R.L. pentru dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare este «Autorizație de furnizor feroviar Seria AF Nr. 6530» pentru «Lucrări de construcții-montaj și reparații capitale la instalații de electroalimentare (ELF)», situație în care critica cu privire la acest aspect va fi respinsă ca nefondată”.

Având în vedere că cea de a doua critică a contestatoarei referitoare la neîndeplinirea cerințelor de calificare de către oferta declarată câștigătoare pentru lotul 5, privind autorizarea AFER și ANRE și sub aspectul subcontractării lucrării în procent de 95% din lucrare Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. ... în data de 16.08.2016.

În aceste condiții Consiliul reține puterea de lucru judecat cu privire la acestea cu atât mai mult cu cât decizia susmenționată nu a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel aceasta având astfel caracter definitiv, motiv pentru care criticile vor fi respinse.

În ceea ce privește critica potrivit căreia ofertantul S.C. ...S.R.L. a subcontractat întreaga lucrare afirmând că aceasta, Consiliul o va respinge având în vedere lucrarea a fost subcontractată în procent de 95% și nu în întregime și așa cum a răspuns și autoritatea contractantă notificării prealabile formulată de către contestatoarea și niciun text de lege nu stabilește o valoare în procente maximă a subcontractării.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de S.C. ...S.R.L., conform celor reținute în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de S.C. ...S.R.L., pentru **lotul nr. 5**, în contradictoriu cu

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.