

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. 1084/22.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 39193/28.07.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în, reprezentată prin doamna ... - administrator, formulată împotriva raportului procedurii nr. 2178/15.07.2021, emis de SC ...SA, cu sediul în, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Servicii de înlocuire a contoarelor de gaz cu membrană, cu debit maxim de până la 16mc/h pentru verificarea metrologică periodică*” Lotul 4, cod CPV 50411200-1, s-a solicitat:

- *anularea raportului procedurii nr. 2178/15.07.2021, publicat în SEAP în data de 19.07.2021, a tuturor actelor subsecvente și reluarea procedurii;*
- *reanalizarea cerinței de deținere a autorizației de tip EDSB prin raportare la Legea nr. 123/2012;*
- *stabilirea și comunicarea unui rezultat al procedurii.*

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ...SRL critică decizia entității contractante de a anula procedura de atribuire, apreciind ca fiind nelegală.

În fapt, petenta arată că operatorii economici înscriși au avut nelămuriri referitoare la documentația de atribuire, iar acestea au fost clarificate de autoritatea contractantă prin răspunsul consolidat postat în SEAP la data de 27.01.2021.

Numărul participanților dovedește că motivul invocat pentru anularea procedurii este lipsit de sens/nemotivat.

În opinia sa, nu există niciun motiv pentru a considera această procedură restrictivă, întrucât în documentația de atribuire nu există cerințe excesive și nici nu s-au strecurat erori materiale, așa cum invocă entitatea contractantă, privind cerința referitoare la autorizația de tip EDSB.

Justificarea comisiei de evaluare este apreciată de contestatoare ca fiind neîntemeiată și nelegală, încălcând atât prevederile Legii nr. 99/2016 și implicit HG nr. 394/2016, cât și ale art. 100 pct. 54 din Legea nr. 123/2012.

În cadrul raportului procedurii, comisia de evaluare a menționat următoarele: *„Având în vedere faptul că cerința/solicitarea deținerii autorizației ANRE de tip EDSB este excesivă și necorelată cu obiectul achiziției, totodată nefiind publicată o erată de eliminare a autorizației în cauză (deși prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a menționat ca fiind necesară doar autorizația de tip EDIB), și ținând cont de momentul la care se află procedura de atribuire - în evaluare oferte, respectiv după data limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire nu poate fi remediată la acest moment fără ca măsurile corective care ar putea fi luate (neluarea în considerare a cerinței în cauză, renunțarea la cerința privind deținerea autorizației de tip EDSB) să conducă la încălcarea principiilor prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor sectoriale, devin incidente prevederile art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016.”*

Astfel, petenta învederează Consiliului următoarele:

- în Legea nr. 123 din 10 iulie 2012 a energiei electrice și a gazelor naturale se stipulează: *Titlul II „GAZE NATURALE” art 100 punct 54: „instalație de utilizare - ansamblul de conducte, aparate și accesorii, inclusiv focarul și coșul de evacuare a gazelor arse, situat după stația/postul de reglare a presiunii și măsurare a debitului, după caz, cu excepția aparatului de măsurare a debitului, care face parte din sistemul de distribuție;”*

- obiectul contractului este de înlocuire a contoarelor de gaz = aparatului de măsurare a debitului definit de pct. 54 din Legea nr. 123/2012, autorizația de tip EDSB fiind în lumina legii necesară și obligatorie;

- comisia de evaluare menționează în raportului procedurii: *„serviciile ce fac obiectul acordului - cadru presupun desfășurarea activității de înlocuiri contoare de gaz cu membrană cu debit maxim de până la 16mc/h (<G10), de tip G1, G2, 5, G4, G6 și G10) aflate în instalațiile de utilizare ale clienților racordați la sistemul de distribuție a DISTRIGAZ SUD Rețele, și constau în principal în demontarea contorului vechi și înlocuirea cu un contor nou”,* continuând, în contradicție cu Legea nr. 123/2012: ... *„nefiind obligatorie și nici necesară pentru prestarea acestei activități deținerea autorizației de tip EDSB”.*

- comisia de evaluare dovedește că știe care este nivelul obligatoriu de autorizare, potrivit celor consemnate în raportul procedurii: „Autorizația EDSB este necesară pentru lucrări la sistemul de distribuție (conduce și branșamente adică cele descrise la Titlul II „GAZE NATURALE” art. 100 pct. 54 din Legea nr. 123/2012 și cea cerută de obiectul contractului), în timp ce Autorizația EDIB este necesară pentru lucrări la/aferente instalațiilor de utilizare;

- comisia de evaluare este conștientă că *„Instalația de utilizare nu este parte a Sistemului de distribuție, iar obiectul contractului îl reprezintă servicii de înlocuiri contoare (care aparțin conform Legii sistemului de distribuție);*

- entitatea contractantă a fost conștientă că publicarea, printr-o erată care să fie vizibilă și în JOUE, ar fi discreditat-o, deoarece ar fi prezentat potențialilor operatori economici europeni o încercare de eliminare a unei cerințe obligatorii prevăzută de textul de lege, fapt ce poate fi interpretat ca o avantajare a tuturor operatorilor economici care dețin autorizația de tip EDIB, dar nu dețin și autorizația de tip EDSB.

Această certitudine este dată și de fișa de date, unde, la modul de îndeplinire a capacității tehnice de către participanții străini, entitatea contractantă indică maniera de îndeplinire a cerinței de autorizare, astfel: *„În cazul ofertanților străini, entitatea contractantă acceptă documente echivalente emise în țara de rezidență”*. Nicio țară europeană (cu excepția României) nu are denumită autorizația necesară obiectului contractului de forma EDSB.

În justificările entității se face vorbire doar de execuție de instalații de utilizare, iar obiectul contractului nu presupune astfel de lucrări.

În concluzie, petenta consideră ca entitatea contractantă nu are motive reale de anulare a procedurii, deciziei sale fiindu-i aplicabile prevederile art. 152 alin. (2) din HG nr. 394/2016 și respectiv art. 245 din Legea nr. 99/2016.

SC ...SA a transmis documentele necesare în soluționarea contestației, atașat punctului său de vedere prin care solicită respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, menținerea raportului procedurii de atribuire nr. 2178/15.07.2021, publicat în SEAP la data de 19.07.2021, precum și decizia de anulare a procedurii de atribuire adoptată în cuprinsul acestuia.

În fapt, decizia privind anularea procedurii i-a fost comunicată contestatoarei prin adresa nr. 2193/20.07.2021, respectiv faptul că aceasta a fost luată în baza art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, deoarece s-au constatat erori și omisiuni în întocmirea documentației de atribuire, iar entitatea contractantă este în imposibilitate de a adopta măsuri de remediere fără încălcarea principiilor care guvernează achizițiile sectoriale.

În concret, entitatea contractantă arată că, la adoptarea deciziei de anulare, a avut în vedere următoarele considerente, care au rezultat din derularea procedurii:

În procesul de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire a acordului-cadru, respectiv în etapa de verificare a documentelor justificative privind îndeplinirea cerințelor de calificare solicitate prin anunțul de participare/documentația de atribuire, comisia de evaluare a constatat că unul din criteriile de calificare ce țin de capacitatea de exercitare a activității profesionale (în speță autorizarea de tip EDSB) a fost solicitat în mod eronat, fără legătură cu obiectul acordului-cadru.

Conform caietului de sarcini cap. 1.3: *„Prestatorul de servicii trebuie să desfășoare activitatea de înlocuiri contoare de gaz cu membrană cu debit maxim până la 16mc/h ($\leq G10$), aflate în instalațiile de utilizare ale clienților racordați la sistemul de distribuție a Distrigaz Sud Rețele SRL”.*

Autorizația EDSB este necesară pentru lucrări la sistemul de distribuție (conduce și branșamente), în timp ce autorizația EDIB este necesară pentru lucrări la/aferente instalații/lor de utilizare. Instalația de utilizare nu este parte a Sistemului de distribuție, iar obiectul contractului îl reprezintă servicii de înlocuiri contoare, activitate ce nu necesită deținerea autorizației EDSB, neintervenindu-se asupra sistemului de distribuție, ci asupra instalațiilor de utilizare.

Conform Procedurii privind proiectarea, verificarea proiectului tehnic, execuția, recepția tehnică și punerea în funcțiune a instalației de utilizare a gazelor naturale, Cap II, Secțiune 3, art. 13 pct. 4A:

1. Pentru execuția instalației de utilizare a gazelor naturale, beneficiarul are obligația să se adreseze unui executant.

2. Executantul are obligația punerii în practică a proiectului tehnic prevăzut la art. 11 alin. (3) numai după încheierea unui contract de prestări de servicii cu beneficiarul.

3. Contractul de prestări de servicii prevăzut la alin. (2) conține cel puțin criteriile minime obligatorii din anexă nr. 2.

4. Executantul prevăzut la alin. (1) este operator economic autorizat ANRE pentru execuția instalației de utilizare a gazelor naturale, în funcție de regimul de presiune al acesteia, respectiv:

a) pentru execuția instalației de utilizare a gazelor naturale ce funcționează în regim de medie, redusă și joasă presiune, și anume la presiuni egale sau mai mici de $6 \cdot 10^5$ Pa (6 bari), respectiv $p < 6 \cdot 10^5$ Pa (6 bari), se realizează de operatorul economic care deține tipul de autorizație EDIB.

Serviciile ce fac obiectul acordului-cadru presupun desfășurarea activității de înlocuiri contoare de gaz cu membrană cu debit maxim de până la 16mc/h ($< G10$), de tip G1, G2, 5, G4, G6 și G10, aflate în instalațiile de utilizare ale clienților racordați la sistemul de distribuție

a, și constau, în principal, în demontarea contorului vechi și înlocuirea cu un contor nou, nefiind obligatorie și nici necesară pentru prestarea acestei activități deținerea autorizației de tip EDSB. Dintr-o eroare s-a menționat o astfel de cerință la nivelul documentației de atribuire publicată în SEAP, ea fiind solicitată doar prin fișa de date/anunțul de participare și nefiind solicitată și în caietul de sarcini sau menționată în strategia de contractare.

Totodată, înainte de dată limită de depunere a ofertelor, ca urmare a publicării răspunsului consolidat la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire, entitatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări privind autorizațiile necesare a fi deținute de ofertanți după cum urmează:

„Întrebare: Referitor la autorizațiile ANRE care se solicită, rugăm să ne precizați dacă este suficientă doar autorizația ANRE tip EDIB.

Răspuns: Conform caietului de sarcini este obligatorie autorizația EGIU care în prezent este redenumită de reglementator EDIB, respectiv «Autorizație de executarea instalațiilor de utilizare a gazelor naturale având regimul de medie, redusă și joasă presiune». Se acceptă ofertele cu acest tip de autorizații în termenul de valabilitate”.

Deși prin răspunsul publicat s-a menționat că este necesară deținerea doar a autorizației de tip EDIB, din eroare nu a fost modificat criteriul de calificare publicat în anunțul de participare printr-o erată care să fie vizibilă și în JOUE.

Astfel, având în vedere prevederile Legii nr. 99/2016 potrivit cărora modificarea cerințelor/criteriilor de calificare menționate în anunțul de participare se face obligatoriu prin publicarea unei erate (atât la nivel european, cât și la nivel național) se constată imposibilitatea adoptării de măsuri de remediere în acest moment al procedurii, respectiv după dată limita de depunere a ofertelor - dată până la care era obligatorie publicarea unei erate de modificare/renunțare la autorizația de tip EDSB.

Astfel, având în vedere faptul că cerința/solicitarea deținerii autorizației ANRE de tip EDSB este excesivă și necorelată cu obiectul achiziției, totodată nefiind publicată o erată de eliminare a autorizației în cauza (deși prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a menționat că fiind necesară doar autorizația de tip EDIB), și ținând cont de momentul la care se află procedura de atribuire - în evaluare oferte, respectiv după data limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire nu poate fi remediată la acest moment fără ca măsurile corective care ar putea fi luate (neluarea în considerare a cerinței în cauza, renunțarea la cerință privind deținerea autorizației de tip EDSB) să conducă la încălcarea principiilor prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor sectoriale, devin incidente prevederile art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Entitatea contactantă mai menționează că și observatorii ANAP au achiesat la decizia sa prin emiterea în procedură a avizului conform

necondiționat nr. 12317/14706/1027049/AC/16.07.2021. Încălcarea dispozițiilor legale evocate afectează iremediabil procedura de atribuire, modificarea documentației de atribuire nemaifiind posibilă după depunerea ofertelor.

Contrar susținerilor contestatoarei, aceasta arată că numărul participanților la procedură nu exceptează entitatea contractantă de la respectarea normelor obligatorii, considerate a fi incidente pentru adoptarea decizie de anulare. Apreciază că maniera în care a procedat este legală în raport de dispozițiile art. 225 din Legea nr. 99/2016 și de natură să nu încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul participantului, reținând faptul că, în speță, aceasta a făcut dovada existenței unei proceduri viciate, ce a compromis toate ofertele depuse.

Entitatea contractantă arată că a comis o eroare, pe care și-o asumă și față de care a apreciat că nu poate adopta altă soluție decât anularea procedurii, reținute fiind și dispozițiile art. 36 alin. (4) din HG nr. 394/2016. Comisia a considerat că întreaga procedură se află în situația prevăzută de art. 225 din Legea nr. 99/2016.

Văzând că nu este posibilă continuarea procedurii de atribuire în situația faptică prezentată și că nici nu este posibilă luarea vreunei măsuri de remediere care să permită desemnarea unei oferte câștigătoare, fără a fi încălcate principiile tratamentului egal și asumării răspunderii, consacrate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă consideră că nu avea altă cale legală decât aceea de a-și asuma propriile greșeli prin anularea procedurii și reluarea acesteia.

Entitatea contractantă învederează că petenta critică raportul procedurii, însă prin prisma motivelor de contestare se referă la cerința documentației de atribuire care a fost modificată, motivarea sa fiind în legătură cu documentația de atribuire, imposibil a fi contestată la acest moment al procedurii, iar nu cu actul contestat în cauză, raportul procedurii de atribuire, la nivelul căruia a fost adoptată decizia de anulare a procedurii.

În opinia sa, prin actul de contestare, autoarea motivează investirea organului administrativ juridicțional, invocând motive legate de cerințele documentației, rămase definitive la momentul contestării, și care nu pot fi puse în discuție la acest moment. În consecință, contestația înaintată apare ca fiind lipsită de motivare din moment ce în îndeplinirea obligației impusă de legiuitor prin conținutul art 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, motivarea în fapt și în drept a demersului de contestare reprezintă condiție esențială de admisibilitate.

În esența sa, actul de contestare este total lipsit de orice element de fundamentare, contestatoarea nu precizează motivele de nelegalitate în legătură cu actul contestat/decizia adoptată, și nici vătămarea

produsă, care nu poate fi prezumată, contrar principiului *actori incumbit probatio*.

Argumentațiile autoarei contestației nu pot fi reținute în soluționare raportat la actul pretins nelegal contestat, impunându-se și verificarea dispozițiilor art. 249 din N.C.P.C.

Astfel, entitatea contractantă arată că petenta a susținut și a investit organul administrativ jurisdicțional cu anularea raportului procedurii nr. 2178/15.07.2021, publicat în SEAP în data de 19.07.2021 și a tuturor actelor subsecvente și reluarea procedurii, presupus vătămat de decizia de anulare a procedurii, însă nu a susținut sub nicio formă acest petit prin prisma motivării înaintate în toate cazurile, contestarea oricărei părți a documentației de atribuire la acest moment al procedurii fiind apreciat a fi un demers tardiv prin raportare la art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Referitor la alegațiile contestatoarei privind autorizația necesară pentru prestarea serviciilor, entitatea contractantă învederează următoarele:

- La nivelul Distrigaz Sud Rețele, personalul care efectuează înlocuirea contoarelor deține autorizația EDIB pentru susținerea competențelor și obținerea avizului de montator emis de BRML;

- Distrigaz Sud Rețele încheie protocol pentru desfășurarea activităților de montare/demontare contoare pentru revizii tehnice periodice a Instalațiilor de utilizare gaze naturale cu operatorii economici care au autorizații EDIB și respectiv personal autorizat pentru execuția acestor lucrări.

- Normele la care face referire contestatoarea reglementează dependența aparatului de măsurare din punct de vedere al proprietății, includerea contorului în obiectivele SD tratând delimitarea acestor obiective din punct de vedere patrimonial.

- Apartenența aparatului de măsurare la instalațiile de utilizare, din punct de vedere al normelor care reglementează intervenția asupra acestora, se desprinde din Normele tehnice pentru proiectarea, executarea și exploatarea sistemelor de alimentare cu gaze naturale, aprobat prin Ordinul ANRE nr. 89/2018 - art. 41, 47, 222, 339 alin. (3).

Urmare punctului de vedere formulat de entitatea contractantă, petenta a transmis concluziile scrise nr. 1186/11.08.2021, înregistrate la Consiliu cu nr. 41852/11.08.2021, prin care menționează următoarele:

Din definiția dată de Legea nr. 123/2012 la art. 100 cumulat cu punctele 4 și 8 din anexa la Autorizația 17904, rezultă că asupra unui contor de gaz se poate interveni numai în baza autorizației de tip EDSB. La fel se poate observa că punctul 12 lit. c) din anexă obliga deținătorul să respecte Legea nr. 123/2012.

Astfel, petenta consideră că ...SA a întocmit documentația de atribuire în mod corect, solicitând toate autorizațiile necesare efectuării serviciilor care fac obiectul contractului, și anume autorizații EDIB, EDSB

și aviz de montator eliberat de BRML, respectând prevederile legislației din domeniile achizițiilor publice și ale energiei.

După finalizarea evaluării și întocmirea clasamentului, ...SA invocă nejustificat (chiar dacă lămurise aspectul prin răspuns la o solicitare de clarificari) existența unei presupuse cerințe cu caracter excesiv = autorizatie de tip EDSB. Dovezile existenței unei invocări netemeinice sunt date de comisia de evaluare în raport și de entitatea contractantă în punctul său de vedere nr. 2483/09.08.2021.

Comisia de evaluare a solicitat ofertanților să prezinte documentele suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ, iar termenul limită inițial de depunere a documentelor suport a fost - 03.06.2021. Ofertanții au transmis documentele suport, cu respectarea termenului acordat. După acest moment, entitatea contractantă, în total dezacord cu prevederile Legii nr. 123/2012, a anulat nejustificat procedura invocand motive injuste.

În opinia contestatoarei, nicio autorizație nu a fost solicitată în mod eronat, deoarece obiectul contractului este înlocuirea contoarelor de gaz, contor pe care Legea nr. 123/2012 îl definește ca parte a sistemul de distribuție, iar deținerea autorizației de tip EDSB nu este decât o cerință legală și obligatorie. Doar un operator economic care deține toate cele trei autorizații: EDSB, EDB și avizul de montator mijloace de măsurare (contoare gaz) poate avea calitatea de operator economic, așa cum aceasta este definită de Legea nr. 99/2016.

De asemenea, arată că în mod evident raspunsul dat în procedură nu a constituit o modificare a cerințelor/criteriilor de calificare menționate în anunțul de participare, ci doar o șansă dată și altor agenți economici de a participa la procedură, șansă care nu a fost contestată de ceilalți operatori economici. Având în vedere că cerința/solicitarea deținerii autorizației ANRE de tip EDSB nu a fost excesivă și a fost corelată cu obiectul achiziției, publicarea unei erate de eliminare a autorizației în cauză nu era necesară.

Entitatea contractantă susține că ANAP a achiesat necondiționat la decizia sa, prin avizul de conformitate 12317/14706 / 1027/AC/16.07.2021, dar în conținutul acestuia se stipulează: *„Procesul de control ex ante este limitat la aspectele verificate și constatate în baza listelor de verificare ale ANAP și nu exonerează de răspundere autoritatea contractantă în raport cu acțiunile și deciziile adoptate de aceasta în procesul de atribuire și/sau modificare a contractului în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile”*, fapt ce denotă o asumare individuală a răspunderii de către entitatea contractantă.

Petenta învederează că, în mod evident și creând un precedent periculos, ...SA s-a antepunat pe obiectul contestației nr. 1084/22.07.2021, în momentul în care a reluat procedura contestată prin publicarea anunțului ..., fără a aștepta decizia CNSC.

Motivul invocat pentru anularea raportului procedurii este legat de inexistența sau ilegalitatea motivelor invocate de entitatea contractantă pentru anularea procedurii și nu la documentația de atribuire, pe care a înțeles-o și acceptat-o alături de ceilalți operatori economici și de entitatea contractantă. Aceasta mai arată că își întemeiază contestația pe textul Legii nr. 123/2012 și nu a unor Norme tehnice, așa cum incorect susține ...SA.

Totodată, petenta solicită Consiliului să ia act de încălcarea de către ...SA a prevederilor art. 18 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că aceasta a luat la cunoștință despre contestație la data de 28.07.2021, iar punctul său de vedere a fost primit de CNSC și SC ...SRL abia în data de 09.08.2021.

În concluzie, autoarea contestației arată că toate prevederile documentației de atribuire și-au consolidat forța obligatorie atât față de ofertanți, cât și față de entitatea contractantă, iar aceasta are obligația să analizeze ofertele în raport cu cerințele de participare necontestate.

Contestatoarea a solicitat Consiliului să ceară punctul de vedere al ANRE prin care să stabilească, în mod avizat, dacă contorul de gaz face parte din sistemul de distribuție și dacă pentru efectuarea de lucrări în sistemul de distribuție este obligatorie autorizația de tip EDSB, având în vedere că această autoritate contractantă a mai demarat proceduri de achiziție de același tip și este inflexibilă în interpretarea Legii nr. 123/2012. Prin adresa nr. 1223/19.08.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 43475/19.08.2021, contestatoarea a înaintat răspunsul ANRE nr. 92146/18.08.2021, emis ca urmare a solicitării SC ...SRL cu privire la tipul de autorizație necesar pentru schimbarea unui mijloc de măsurare gaze naturale.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

SC ...SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, pe loturi, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare CN1027049 din 21.12.2020 și a documentației de atribuire aferente, pentru încheierea acordului cadru având ca obiect „*Servicii de înlocuire a contoarelor de gaz cu membrană, cu debit maxim de până la 16mc/h pentru verificarea metrologică periodică*” Lotul 4, valoarea totală estimată fiind de 25.264.211,25 lei, fără TVA, valoarea estimată pentru lotul 4 de 716.306,50 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunerea ofertelor 25.01.2021, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este „*Prețul cel mai scăzut*”.

În cadrul procedurii, așa cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr. 2178/15.07.2021, pentru lotul 4, au fost depuse 2 oferte, respectiv SC ... SRL și SC ...SRL, contestatoarea din prezenta cauză.

Prin contestația depusă, SC ...SRL critică rezultatul procedurii de atribuire, în speță decizia de anulare a procedurii de atribuire, în partea ce privește lotul 4.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către SC ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207381284/1 din data de 27.07.2021, în sumă de 11.709,32 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care excepția va fi respinsă.

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) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că SC ...SRL critică decizia entității contractante de anulare a procedurii de atribuire considerând-o nelegală, și solicită anularea raportului procedurii de atribuire cu nr. 2178/15.07.2021, în partea ce privește lotul 4, și a tuturor actelor subsecvente și reluarea procedurii prin reanalizarea cerinței de deținere a autorizației de tip EDSB prin raportare la textul Legii nr. 123/2012.

Analizând motivele concrete avute în vedere de către entitatea contractantă în luarea decizie de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul constată că prin raportul procedurii nr. 2178/15.07.2021 a reținut la punctul 3.2.7, următoarele:

„(...) Deși prin răspunsul publicat s-a menționat faptul că este necesară deținerea doar a autorizației de tip EDIB din eroare nu a fost modificat criteriul de calificare publicat în anunțul de participare printr-o erată care să fie vizibilă și în JOUE.

Astfel, având în vedere prevederile legii nr. 99/2016 potrivit cărora modificarea cerințelor/criteriilor de calificare menționate în anunțul de participare se face obligatoriu prin publicarea unei erate (atât la nivel european, cât și la nivel național) se constată imposibilitatea adoptării de măsuri de remediere în acest moment al procedurii, respectiv după data limită de depunere a ofertelor – data până la care era obligatorie publicarea unei erate de modificare/renunțare la autorizația de tip EDSB.

Având în vedere faptul că cerința/solicitarea deținerii autorizației ANRE de tip EDSB este excesivă și necorelată cu obiectul achiziției, totodată nefiind publicată o erată de eliminare a autorizației în cauză (deși prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a menționat că fiind necesară doar autorizația de tip EDIB), și ținând cont de momentul la care se află procedura de atribuire – în evaluare oferte, respectiv după data limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire nu poate fi remediată la acest moment fără ca măsurile corective care ar putea fi luate (neluarea în considerare a cerinței în cauză, renunțarea la cerința privind deținerea autorizației de tip EDSB) să conducă la încălcarea principiilor prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor sectoriale, devin incidente prevederile art. 225 alin. (1) lit.c) și alin. (2) din legea nr. 99/2016”.

Din analiza documentelor depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că decizia de anulare a procedurii de atribuire în baza art. 225 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia:

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

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului; (...)

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)”, este întemeiată.

Pentru a se pronunța astfel, Consiliul are în vedere că înainte de data de depunere a ofertelor, a fost publicat în SEAP un răspuns consolidat la clarificările solicitate de operatori economici cu adresa nr. 69/27.01.2020, prin care entitatea contractantă a adus modificări cu privire la criteriile de calificare publicate în anunțul de participare CN1027049 publicat în data de 21.12.2020.

Consiliul constată că în anunțul de participare CN1027049, la Cap. III.1) Condiții de participare, Subcap. III.1.1.) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale, entitatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților îndeplinirea unor cerințe, printre care:

„Cerința nr. 2 pentru toate loturile: Operatorii economici trebuie să fie autorizați ANRE în domeniul distribuției de gaze naturale – autorizații EDSB și EDIB (sau echivalent) conform «Regulamentului pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale și a condițiilor cadru de valabilitate aferente autorizațiilor» nr. 98 din 2015, cu modificările ulterioare și să dețină Aviz BRML pentru activitatea de înlocuire contoare de gaze naturale, conform art. 23 din Ordonanța nr. 20/1992”.

Aceeași cerință este menționată și în fișa de date a achiziției. la Cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Prin adresa nr. 69/27.01.2020 entitatea contractantă a publicat în SEAP răspuns la clarificări consolidat, prin care la **„Întrebarea nr. 2: Referitor la autorizațiile ANRE care se solicită, rugăm să precizați dacă este suficientă doar autorizația ANRE tip EDIB”**, a formulat următorul **„Răspuns: Conform caietului de sarcini este obligatorie autorizația EGIU care în prezent este redenumită de reglementat tot EDIB, respectiv «Autorizație de executarea instalațiilor de utilizare a gazelor naturale având regimul de medie, redusă și joasă presiune». Se acceptă ofertele cu acest tip de autorizații în termenul de valabilitate”**.

Consiliul constată că prin răspunsul publicat entitatea contractantă a dat explicații de natură a schimba cerința de calificare în sensul modificării condițiilor de participare la procedura de atribuire, din perspectiva capacității acestora de exercitare a activității profesionale, respectiv prin

relaxarea condițiilor de participare prin obligativitatea deținerii doar a autorizației EDIB și, eliminarea implicită a autorizației EDSB despre care susține că în mod eronat a indicat-o, modificări care s-au efectuat cu încălcarea prevederilor art. 62 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Astfel, prin răspunsul transmis în SEAP entitatea contractantă a modificat criteriile de calificare ale ofertanților, situație în care devin incidente dispozițiile art. 62 alin. (1) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora ***„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, entitatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”.***

În situația în care entitatea contractantă nu și-a respectat obligația de a publica, printr-un anunț tip erată, modificarea intervenită, singura măsură care se impunea a fi luată era anularea procedurii de atribuire, întrucât entitatea contractantă se afla în situația definită de legiuitor pentru alin. (1) lit.c) a art. 225 din Legea nr. 99/2016. Legiuitorul a stabilit că, dacă oricând pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, care pun entitatea contractantă în imposibilitatea de a dispune măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din același act normativ, entitatea contractantă are obligația și nu dreptul de a anula procedura de atribuire.

Consiliul constată că apar ca lipsite de relevanță criticile aduse de contestatoare cu privire legalitatea sau nelegalitate cerinței de calificare referitoare la autorizațiile (EDSB și EDIB) indicate în anunțul de participare și fișa de date, de vreme ce obiectul contestației îl constituie nelegalitatea deciziei de anulare a procedurii de atribuire, decizie care a fost în mod corect luată de către entitatea contractantă, având în vedere încălcarea obligației stabilită în sarcina sa de legiuitor, respectiv aceea ca orice modificare adusă anunțului de participare să se facă printr-un anunț tip erată vizibilă și în JOUE. Lipsa unui astfel de demers înainte cu 3 zile lucrătoare înainte de data de depunere a ofertelor, a condus la încălcarea principiilor statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, cu precădere a principiului transparenței.

Vor fi reținute ca relevante argumentele prezentate de către entitatea contractantă în punctul de vedere potrivit cărora a comis o eroare față de care nu poate adopta altă decizie decât cea de anulare a procedurii de atribuire, având în vedere, pe de o parte, prevederile art. 36 alin. (4) din HG nr. 394/2016 potrivit cărora *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs”*, iar pe de altă parte, prevederile art. 62 alin. (1) care stabilesc că dacă *„după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în*

acesta, entitatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare”.

Astfel, față de cele reținute anterior, Consiliul va respinge ca nefondate susținerile contestatoarei potrivit cărora răspunsul dat în procedură nu a constituit o modificare a cerințelor/criteriilor de calificare menționate în anunțul de participare, ci doar o șansă dată și altor agenți economici de a participa la procedură, și faptul că cerința/solicitarea deținerii autorizației ANRE de tip EDSB nu a fost excesivă și a fost corelată cu obiectul achiziției, motiv pentru care, în opinia sa, publicarea unei erate de eliminare a autorizației în cauză nu era necesară.

În aceste condiții, procedura de atribuire nu putea continua, indiferent de stadiul în care se afla când s-a constatat eroarea, fiind imposibilă lăua unei măsuri de remediere care să permită desemnarea ofertei câștigătoare fără încălcarea principiilor statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Faptul că rezultatul procedurii a fost stabilit cu respectarea dispozițiilor legale este conformat și de Avizul Conform Necondiționat nr. 12317/14706/1027049/AC, emis de Agenția Națională pentru Achiziții Publice în data de 16.07.2021, ulterior finalizării procedurii de atribuire prin raportul înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 2178/15.07.2021, în conținutul căruia este consemnat faptul că avizul conform necndiționat este dat *„Pentru controlul de calitate și regularitate referitor la deciziile comisiei de evaluare aferente procesului de evaluare a ofertelor, conform listelor de verificare, proceselor verbal nr. 266/03.03.2021, nr. 950/20.04.2021, nr. 1173/24.05.2021, nr. 2173/14.07.2021 și a raportului procedurii nr. 2178/15.07.2021, postat în SICAP în data de 16.07.2021”.*

Contestatoarea solicită Consiliului să ia act de încălcarea de către ...SA a prevederilor art. 18 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că aceasta a luat la cunoștință despre contestație la data de 28.07.2021, iar punctul său de vedere a fost primit de CNSC și SC ...SRL abia în data de 09.08.2021.

Consiliul are în vedere că punctul de vedere a fost primit în data de 09.08.2021, cu depășirea termenului de 5 zile prevăzut de art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, însă legiuitorul a stabilit la alin. (3) că *„Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel”.* Prin urmare, în condițiile în care nu au fost invocate excepții, transmiterea punctului de vedere în data de 09.08.2021 nu a împiedicat soluționarea contestației și nu a produs vreo vătămare contestatoarei.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu SC ...SA.

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. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu SC ...SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, 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.

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

Redactată în 4 exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini.