CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / ....., ...
Data: .....

Prin contestaţia din data de ....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ..... („....."), cu sediul în ....., ..., ..., …, prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, cu sediul în ....., …, ..., având CUI RO …, număr de înregistrare în Registrul Comerţului ....., în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....), ... SA („...."), cu sediul în ....., ..., etaj 2, ..., ..., având CUI ....., ... SA („...."), cu sediul în ....., ..., județul ....., având CUI RO ....., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ....., reprezentate convențional prin …, având sediul de corespondență a actelor procedurale în ....., …, ..., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de ...., cu sediul în ....., ..., în calitate de entitate contractantă, pentru atribuirea contractului având ca obiect Execuţie lucrări ....ente obiectivului „....", cod-uri CPV 45234100-7 Lucrări de construcții de căi ferate (Rev. 2), 45213321-9 Lucrări de construcții de gări feroviare (Rev. 2), 45221000-2 Lucrări de construcții de poduri și tuneluri, puțuri și pasaje subterane (Rev. 2), 45234115-5 Lucrări de semnalizare feroviară (Rev. 2) și 45315300-1 Instalații de distribuție de energie electrică (Rev. 2), contestatoarea a solicitat:

(i) Anularea deciziei de respingere a ofertei asocierii ...., de care a luat cunoştinţă prin adresa nr. 11/1/59/23.01....., privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire în ceea ce privește

oferta sa, precum și a deciziei prin care oferta depusă de către asocierea .... (asocierea ....) a fost desemnată câștigătoare, decizie menţionată în raportul procedurii de atribuire publicat în SEAP în data de 23.01.....;

(ii) Anularea raportului procedurii, precum şi a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acesta (procese-verbale de evaluare, deciziile/adresele privind comunicarea rezultatului procedurii de atribuire etc.); și

(iii) În principal, constatarea admisibilității ofertei sale și a inadmisibilității ofertei asocierii ...., cu consecinţa declarării ca fiind câștigătoare a ofertei asocierii .... aflată pe primul loc în clasamentul ofertelor, în temeiul art. 26 alin. (10) teza a ll-a din Legea nr. 101/2016; în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că este necesară adoptarea de măsuri suplimentare în vederea restabilirii legalității procedurii de atribuire, obligarea entităţii contractante la reevaluarea ofertelor asocierilor .... și ...., cu respectarea dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice, cu consecinţa stabilirii ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, conform criteriilor de atribuire stabilite prin documentaţie.

Prin contestaţia din data de ....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., depusă de asocierea ..... SPA, ... SA și ..... (asocierea .....), prin ....., în calitate de lider al asocierii ....., cu sediul social în ....., ... 43121, ..., codul unic de înregistrare ....., reprezentată convențional prin ....., cu sediul ales în ....., str. Buzești nr. 50, clădirea Art Bussiness Center, et. 11, ..., în cadrul aceleiași proceduri de licitație deschisă, organizată de ...., contestatoarea a solicitat:

- dispunerea suspendării judecării contestației, precum și a altor contestaţii formulate ca urmare a comunicării rezultatului final al procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a dosarului nr. 8537/2/2018 în temeiul art. 22 din Legea nr. 101/2016;

- să nu se aprobe accesul la oferta sa, precum și la solicitările de clarificări sau răspunsul la solicitările de clarificări având în vedere declaraţia de confidenţialitate a asocierii ..... depusă odată cu oferta, în acest caz intervenind dispoziţiile art. 16 alin. (2) (aplicabil entității contractante), art. 19 alin. (1) şi (3) din Legea nr. 101/2016 (aplicabil CNSC);

- repunerea în termenul de formulare a contestaţiei având în vedere incidenţa dispoziţiilor art. 186 din Cod.proc.civ. întrucât la acest moment nu a avut acces în totalitate/din timp la documente din dosarul achiziției publice conform art. 231 din Legea nr. 99/2016, și completarea contestaţiei cu argumente/motive referitoare la rezultatul procedurii astfel încât termenul de 10 zile să înceapă să curgă pentru

aceste argumente/informaţii de la momentul luării la cunoştinţă a informaţiilor în baza cărora se poate concluziona existenţa unei încălcări a legislaţiei chiar și după studierea dosarului achiziție publice de la Consiliu;

- anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/1/57/23.01....., respectiv a rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta asocierii .... a fost declarată acceptabilă, conformă şi câştigătoare, adresa amintită prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum şi anularea tuturor actelor anterioare/concomitente şi/sau subsecvente acestora, precum şi a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare etc. dacă au fost emise de entitatea contractantă şi au dus la rezultatul procedurii de atribuire pe care îl contestă, având în vedere faptul că oferta câștigătoare este inacceptabilă și neconformă;

- anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/1/57/23.01..... prin care oferta asocierii .... a fost declarată acceptabilă și/sau conformă, suplimentar față de motivele de respingere a ofertei reținute prin acest ....., adresa amintită prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum şi anularea tuturor actelor anterioare/concomitente şi/sau subsecvente acestora, precum şi a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare/procesele-verbale de evaluare etc. dacă au fost emise de entitatea contractantă şi au dus la rezultatul procedurii de atribuire pe care îl contestă, având în vedere faptul că oferta asocierii .... este inacceptabilă şi/sau neconformă, suplimentar față de motivele pentru care oferta acesteia a fost respinsă;

- anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/1/57/23.01..... prin care oferta asocierii ...., a fost declarată acceptabilă şi conformă, suplimentar față de motivele de respingere a ofertei reținute prin acest ....., adresa amintită prin care s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum şi anularea tuturor actelor anterioare/concomitente şi/sau subsecvente acestora, precum şi a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare/procesele-verbale de evaluare etc. dacă au fost emise de entitatea contractantă şi au dus la rezultatul procedurii de atribuire pe care îl contestă, având în vedere faptul că oferta asocierii .... este neconformă, suplimentar față de motivele pentru care aceasta a fost respinsă;

- dispunerea de măsuri de remediere în vederea restabilirii legalității procedurii de atribuire constând în continuarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertelor asocierii ...., asocierii ...., asocierii ...., raportat la documentele depuse, la prevederile documentației de atribuire, precum și la prevederile legii aplicabile având în vedere că ofertele sunt inacceptabile și/sau neconforme, încălcându-se tratamentul egal față de oferta sa;

- în situația în care urmare a deciziei Curţii de Apel ..... din dosarul nr. 8537/2/2018 se admite plângerea asocierii ....., solicită anularea rezultatului procedurii de atribuire la care a făcut trimitere la petitele anterioare, respectiv a comunicării nr. 11/1/57/23.01....., anularea tuturor actelor anterioare/concomitente şi/sau subsecvente acestora, precum şi a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii, deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare etc. dacă au fost emise de entitatea contractantă şi au dus la rezultatul procedurii de atribuire pe care îl contestă, precum şi cele care ar împiedica continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei asocierii ..... și/sau declararea acesteia câștigătoare având în vedere că oferta sa este acceptabilă și conformă, astfel cum rezultă și din documentele aflate la dosarul achiziției publice. De asemenea, solicită obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu reevaluarea ofertei sale raportat la documentele depuse, prevederile documentaţiei de atribuire, precum şi prevederile legii aplicabile având în vedere că aceasta este acceptabilă şi conformă, precum și reevaluarea ofertelor depuse de asocierea ...., asocierea .... și asocierea ...., cu consecinţa stabilirii ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile, conform criteriilor de atribuire stabilite prin documentaţie.

- în situaţia în care urmare a deciziei Curţii de Apel ..... din dosarul 8537/2/2018 se respinge plângerea formulată de asocierea ..... solicită:

a) anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/1/57/23.01..... şi a rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta asocierii .... a fost declarată acceptabilă, conformă și câştigătoare, adresa amintită prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum şi anularea tuturor actelor anterioare/concomitente şi/sau subsecvente acestora, precum și a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare etc. dacă au fost emise de entitatea contractantă și au dus la rezultatul

procedurii de atribuire pe care îl contestă, având în vedere faptul că oferta asocierii .... este inacceptabilă și/sau neconformă;

b) anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/1/57/23.01..... şi a rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta asocierii .... a fost declarată acceptabilă şi conformă, adresa amintită prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum şi anularea tuturor actelor anterioare/concomitente şi/sau subsecvente acestora, precum şi a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare/procesele-verbale de evaluare etc. dacă au fost emise de entitatea contractantă și au dus la rezultatul procedurii de atribuire pe care îl contestă, având în vedere faptul că oferta asocierii .... este inacceptabilă și/sau neconformă, suplimentar față de motivele pentru care oferta acesteia a fost respinsă;

c) anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/1/57/23.01..... şi a rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta asocierii ...., a fost declarată acceptabilă şi conformă, adresă amintită prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, precum şi anularea tuturor actelor anterioare/concomitente şi/sau subsecvente acestora, precum şi a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire cum ar fi: raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., deciziile/comunicările privind rezultatul procedurii de atribuire, rapoartele intermediare de evaluare/procesele-verbale de evaluare etc. dacă au fost emise de entitatea contractantă şi au dus la rezultatul procedurii de atribuire pe care îl contestă, având în vedere faptul că oferta asocierii ...., este neconformă suplimentar față de motivele pentru care aceasta a fost respinsă;

d) obligarea entităţii contractante la reevaluarea ofertelor și/sau anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016 având în vedere că toate ofertele sunt inadmisibile, respectiv oferta asocierii ...., oferta asocierii .... şi a asocierii ...., ținându-se cont și de solicitările formulate în petitele susmenționate.

- punerea în vederea entității contractante să depună în copie dosarul achiziției publice potrivit dispozițiilor art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, având în vedere solicitarea sa de a-l studia în conformitate cu prevederile art. 19 din același act normativ;

- pronunţarea deciziei ulterior datei la care îi va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să poată uza de informaţiile care nu i-au fost comunicate, care nu sunt opozabile în acest moment şi la care are dreptul conform prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, astfel încât să nu îi fie îngrădit dreptul de a lua la cunoştinţă despre toate împrejurările/înscrisurile care au dus la raţionamentul entității contractante avut în vedere la momentul emiterii adresei

11/1/57/23.01....., solicitând, în egală măsură, acordarea posibilităţii de a formula concluzii scrise în temeiul art. 21 din același act normativ.

..... („.....”), prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....), reprezentate convențional prin SCA ȚUCA ZBÂRCEA & ASOCIAŢII, a formulat cererea de intervenție în dosarul ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. 4912/08.02....., prin care a solicitat admiterea cererii de intervenție, cu următoarele consecințe:

- în principal, anularea contestației pentru lipsa motivării în fapt și în drept;

- în subsidiar, respingerea contestației ca nefondată în ceea ce privește criticile îndreptate împotriva ofertei asocierii .....

Asocierea .... (asocierea ....), reprezentată prin liderul asocierii ...., cu sediul în …, reprezentată convențional de …, cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ....., …, ..., ..., a formulat cererea de intervenţie accesorie în dosarul ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. 5548/14.02....., prin care a solicitat admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție și respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de asocierea .....

Asocierea ...., prin ...., cu sediul în …., număr de înregistrare în Registrul Comerțului T…, acționând prin .... …, ..., ..., CUI RO .., în calitate de lider al asocierii .., reprezentată convențional prin …, cu sediul profesional în ....., …, unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, a formulat cererea de intervenţie înregistrată la Consiliu cu nr. 5696/14.02....., prin care a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție și, pe fond, respingerea contestației formulate de asocierea .... ca neîntemeiată/nefondată.

Asocierea ..... SPA, ... SA, ... (asocierea .....), prin ....., în calitate de lider al asocierii reprezentată convențional prin ....., a formulat cerere de intervenţie în cadrul procesual de soluționare a contestației formulate de asocierea ...., înregistrată la Consiliu cu nr. 5719/14.02....., prin care a solicitat:

- admiterea excepției de conexitate a dosarului Consiliului nr. ...../..... la prezentul dosar în temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și art. 139 Cod. proc. civ.;
- suspendarea soluționării dosarelor conexate până la soluţionarea definitivă a dosarelor nr. 8537/2/2018 și 8931/2/2018;
- accesul la dosarul achiziției publice care va fi depus de către entitatea contractantă, potrivit dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016;

- admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată (în principal, ca o cerere de intervenție principală, iar în subsidiar ca o cerere de intervenție accesorie în susţinerea autorității contractante);
- admiterea excepției inadmisibilității contestației formulate de asocierea .... față de solicitarea de „constatare a admisibilității ofertei asocierii .... și a inadmisibilității ofertei asocierii ...., cu consecinţa declarării ca fiind câștigătoare a ofertei asocierii .... aflată pe primul loc în clasament, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016”;
- admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecinţă, respingerea contestației formulată de asocierea ...., ca neîntemeiată;
- dispunerea comunicării tuturor actelor de procedură formulate de către părți și pronunţarea unei decizii ulterior datei la care îi va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să poată uza de informaţiile care nu i-au fost comunicate, precum și ulterior comunicării de către părți a tuturor actelor de procedură aduse la cunoştinţa Consiliului;
- pronunțarea deciziei ulterior datei la care îi va fi asigurat accesul la dosarul cauzei, astfel încât să poată uza de informaţiile care nu i-au fost comunicate, care nu sunt opozabile în acest moment şi la care are dreptul conform prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, și să nu îi fie îngrădit dreptul de a lua la cunoștință despre toate împrejurările/înscrisurile care au dus la raţionamentul autorității contractante avut în vedere la momentul deciziei finale privind procedura de atribuire, solicitând, în egală măsură, acordarea posibilităţii de a formula concluzii scrise în temeiul art. 21 din același act normativ.

Asocierea .... (asocierea ....), reprezentată prin liderul asocierii ...., reprezentată convențional prin …, a formulat cererea de intervenţie accesorie în dosarul nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. 5832/15.02....., prin care a solicitat admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție și respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de asocierea .....

Asocierea ...., prin ...., acționând prin .... …, reprezentată convențional prin …, a formulat cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 5901/15.02....., prin care a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție și, pe fond, respingerea contestației formulate de asocierea ..... ca neîntemeiată/nefondată.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. ...../..... şi ...../..... au fost conexate, pentru a se pronunţa o soluţie unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiaşi proceduri de atribuire.

Contestaţiile şi cererile de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzelor de față conexate, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestațiile formulate de asocierile .... și ....., împotriva comunicărilor rezultatului procedurii emise de entitatea contractantă, ..., prin care s-au solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În ceea ce privește contestaţia înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., prin care ofertanta .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, lider al asocierii ...., reclamă comunicarea rezultatului procedurii transmisă de entitatea contractantă prin adresa nr. 11/1/59/23.01....., în cadrul procedurii de atribuire menţionată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

În urma finalizării etapelor de evaluare a propunerilor tehnice și financiare, comisia de evaluare a întocmit clasamentul intermediar, oferta asocierii .... fiind clasată pe locul I, cu o propunere financiară în valoare de 2.723.081.259,87 lei, fără TVA, iar asocierea .... s-a clasat pe locul II, cu o propunere financiară în valoare de 2.850.163.157,00 lei, fără TVA. Diferenţa dintre cele două propuneri financiare este de aproximativ 27 de milioane de euro.

Asocierii .... i s-a solicitat prezentarea documentelor suport DUAE prin adresa nr. 11/1/1760/31.10.2018, pe care le-a prezentat prin încărcare în SEAP la data de 08.11.2018.

Prin adresa nr. 11/1/1877/29.11.2018, comisia de evaluare a solicitat clarificări privind documentele suport DUAE: „[...] să prezentați Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aspectelor de cale ferată - Lucrări suprastructură.”

Prin adresa din data de 05.12.2018, contestatoarea arată că a răspuns întrebărilor adresate. Față de „Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudură [...] - Lucrări suprastructură”, ... a arătat, în esenţă, că: unul dintre membrii asocierii, respectiv ..... SA deţine documente echivalente de acreditare, emise în țara de proveniență; activitatea de sudură nu reprezintă o lucrare în sensul cerinţelor de calificare enumerate de fișa de date a achiziției și a nomenclatorului ....; este asigurată executarea serviciilor conexe de sudură pe parcursul derulării contractului atât sub forma instrumentelor contractuale, cât și sub forma propriilor demersuri de agrementare (demarate deja).

Prin adresa nr. 11/1/59/23.01....., oferta .... a fost respinsă sub pretextul că asocierea ar fi oferit un răspuns neconcludent la întrebarea de clarificări și că, de altfel, nu îndeplineşte cerinţa de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției la pct. III.2.3.a)

Calificări profesionale ale operatorului economic. Asocierea .... a fost declarată câștigătoare, în pofida preţului superior oferit (27 de milioane euro în plus).

Petenta consideră că rezultatul procedurii de atribuire este nelegal, deoarece în mod greşit a fost respinsă oferta asocierii sale.

Oferta .... a fost respinsă ca inacceptabilă deși au fost prezentate documentele echivalente de acreditare deţinute de către .....

Cerinţa de prezentare a documentelor .... pentru sudură nu a fost impusă cu claritate drept cerinţă de calificare, în realitate, ea vizează capacitatea de executare efectivă a contractului, contestatoarea susținând că a răspuns elocvent și concludent clarificărilor adresate.

Principiul proportionalității, al eficienței utilizării fondurilor publice și al tratamentului egal impuneau clarificarea neechivocă a acestei chestiuni mai înainte de desemnarea câștigătoare a unui ofertant cu 27 milioane euro mai scump care, de altfel, nu a prezentat o ofertă conformă și admisibilă.

..... SA, lider al asocierii ...., deţine și a prezentat documentul echivalent agrementului .....

Asocierea .... a prezentat documentul emis de către autoritățile din ..... care permite executarea oricăror lucrări de cale ferată, inclusiv cele referitoare la sudură. Dovada și referiri efective la acest document echivalent se regăsesc în:

- Documentele suport DUAE, certificatele ....., respectiv pag. 119 - 124 din documentaţie;
- Răspunsul la clarificarea nr. 8 al cărei ultim paragraf face trimitere la acest document.

Echivalență, forţa probantă și elocvența acestui document, ignorat de către comisia de evaluare, sunt confirmate de dispoziţiile legale naţionale și europene, relevante în acest sens fiind art. 2 alin. (2), art. 166 alin. (4) – (6), art 169 alin. (2), art. 170 din Legea nr. 99/2016, art. 60 alin. (1)-(2), art. 62 alin. (1), (2), din Directiva 2014/24/UE, art. 62 alin. (1) și art. 81 alin. (1) din Directiva 2014/25/UE, precum și art. 5 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017.

Contestatoarea susține că Certificatul depus de asocierea .... este documentul echivalent pe baza căruia ..... SA este autorizată să execute toate categoriile de lucrări, inclusiv toate lucrările de cale ferată, fără excluderea operaţiunilor de sudare și fără limitarea valorică, întrucât deţine clasa 7, cea mai înaltă clasă de certificare.

Prin omisiunea analizării certificării anterior menționate, CFR SA a încălcat în mod grav atât dispoziţiile art. 133 din HG nr. 394/2016 cât și principiul recunoaşterii reciproce prevăzut expres de art. 2 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 99/2016 și de considerentul (2) al Directivei 2014/25/UE. Atât timp cât documentul echivalent care probează certificările .... menționate s-a aflat la dispoziţia comisiei de evaluare, refuzul de a-l lua în considerare reprezintă un abuz.

Totodată, contestatoarea susține că cerința de deținere și prezentare a documentelor .... pentru sudură nu a fost impusă pentru calificarea ofertantului, ci ea vizează executarea contractului.

Deși activitatea de sudură este necesară și se va desfășura în cadrul contractului (impunând că, la acel moment și pentru executarea sa conformă, să existe acreditările necesare), deținerea unui agrement distinct, special, pentru sudură nu constituie o cerință de calificare. Sancțiunea respingerii ofertei pentru pretinsa nerespectare a unei astfel de cerințe nescrise de calificare nu poate fi corectă atât timp cât cerința nu este expres impusă, clară și lipsită de echivoc.

În acest sens, petenta solicită să se aibe în vedere următoarele aspecte:

- fișa de date a achiziției (pct. III.2.3.a) impune cerința de calificare a deținerii autorizației/agrementului .... pentru lucrările feroviare enumerate expres și limitativ în chiar conținutul ei (infrastructură, suprastructură, lucrări de artă etc); activitatea de sudură nu se regăsește printre acestea și nici nu este indicată expres în altă secțiune a fișei de date a achiziției.
- potrivit ...., operațiunea de sudare reprezintă un serviciu conex lucrărilor principale și implică un mecanism de agrementare diferit de cel al lucrărilor în cadrul cărora se realizează sudura. Sunt avute în vedere dispozițiile OMT nr. 290/2000 și Lista produselor, lucrărilor și serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc emisă de .... potrivit cărora serviciile de *Sudarea șinelor, a aparatelor de cale inclusiv materialele pentru sudura aluminotermică* se încadrează în Clasa C – Infrastructură feroviară, subsistemul feroviar *Lucrări de construire, reparare, întreținere, modernizare, reabilitare ale liniilor de cale ferată și metrou* prevăzută distinct în lista mai sus menționată.
- potrivit ANAP, pentru desfășurarea operațiunilor care presupun certificări specifice (cum este cazul acreditărilor ...., exemplificate expres), nu este permisă impunerea unor cerințe de calificare.

Existența autorizării .... pentru alte categorii de lucrări decât cele menționate în fișa de date a achiziției reprezintă o obligație contractuală, o eventuală neîndeplinire a acestei obligații pe parcursul executării contractului putând fi eventual sancționată prin aplicarea mecanismelor contractuale. De asemenea, operatorul economic care desfășoară activitățile respective fără a deține autorizarea specifică pentru operațiunile de sudare se expune rigorilor legislației speciale. Dar niciuna dintre aceste situații nu sunt de natură a permite completarea cerințelor de calificare cuprinse în fișa de date a achiziției, cu încălcarea gravă a principiului transparenței.

Astfel cum a arătat și prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea susține că a întreprins toate demersurile necesare executării în condiții de legalitate a lucrărilor de sudarea șinelor și a

aparatelor de cale, pe parcursul derulării contractului de achiziţie publică.

Referitor la lipsa prezentării unui DUAE pentru SC PROIECT CONSULT SRL, reamintește faptul că asocierea .... deţine capacitatea tehnică și profesională de a executa în integralitatea lor lucrările care fac obiectul contractului, fără a fi necesară utilizarea capacităților altor terțe entități. Pentru a eficientiza executarea lucrărilor din punct de vedere al timpului alocat acestora, în conformitate cu prevederile art. 233 din Legea nr. 99/2016, ... îşi rezervă dreptul de a subcontracta, pe parcursul derulării contractului, o parte dintre lucrările care fac obiectul acestui contract, nefiind obligatorie desemnarea la momentul ofertării a subcontractanților care ar putea fi implicaţi după semnarea contractului. În acest sens este și formularul standard al DUAE aprobat prin Regulamentul UE nr. 7/2016 care, la rubrica D: INFORMAŢII PRIVIND SUBCONTRACTANȚII PE ALE CĂROR CAPACITĂȚI OPERATORUL ECONOMIC NU SE BAZEAZĂ, menționează posibilitatea de a se declara subcontractanți în măsura în care se cunoaşte identitatea acestora la momentul ofertării.

Prin urmare, în condiţiile în care nu a existat o cerinţă expresă de deţinere a unei autorizări .... pentru sudura şinelor şi a aparatelor de cale (drept cerinţă de calificare), petenta consideră că nu a fost necesar să indice în DUAE entităţi pe a căror capacitate se bazează pentru îndeplinirea respectivei pretinse cerinţe şi pentru care să depună DUAE. Angajamentul ferm de colaborare încheiat cu SC PROIECT CONSULT SRL a avut exclusiv rolul de a demonstra că, în cazul în care va fi necesar, va avea acces inclusiv la capacitatea unui terț de a executa lucrările de sudare în discuţie. Oricum, astfel cum a arătat, această capacitate este deținută la acest moment de asociatul ..... SA. De asemenea, până la momentul executării efective a lucrărilor de sudură și ceilalţi doi membrii ai asocierii .... (.... și ....) vor obţine certificările .... necesare ca urmare a demersurilor realizate în timp util.

De altfel, contestatoarea precizează că tratamentul egal, transparența și eficiența utilizării fondurilor publice impuneau clarificarea acestei chestiuni într-un mod lipsit de echivoc. Pretinsa neconcludenţă a răspunsului .... nu poate fi reţinută cât timp întrebarea a fost echivocă, iar pretinsa cerinţă de calificare vizată nu există.

În speţă, CFR SA a apreciat că pretinsul caracter neconcludent al răspunsului la solicitarea de clarificări privind autorizarea .... ar rezulta din împrejurarea că asocierea .... s-a limitat la invocarea existenței acreditărilor echivalente aparținând asociatului ..... SA.

Pe lângă lipsa de coerență logică a acestei afirmaţii, contestatoarea sesizează că entitatea contractantă își invocă propria culpă manifestată prin insuficiența analiză a conţinutului ofertei sale. Dacă ar fi verificat adresa nr. D15/23090/05.12.2017, emisă în favoarea ..... SA de Ministerul Infrastructurii, Transporturilor şi

Reţelelor din ....., CFR SA trebuia să solicite eventuale clarificări pentru a determina echivalența respectivului document cu autorizările invocate oricum eronat pentru respingerea ofertei.

Totodată, asocierea .... consideră că, în mod greşit a fost declarată câştigătoare oferta asocierii ...., aceasta fiind inadmisibilă și neconformă, sens în care sunt prezentate detaliat motivele.

În vederea soluţionării contestaţiei, Consiliul a solicitat entităţii contractante, prin adresa nr. 4162/...../...../....., în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziției, pentru .....: documentele .... depuse de asociere; pentru ....: propunerea tehnică, DUAE depuse de asociere, documentele .... depuse de asociere; solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea cu privire la documentele solicitate pentru ..... și ...., precum şi punctul de vedere cu privire la contestaţie.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 4600/06.02....., asocierea .... solicită audierea reprezentanților desemnați pentru acest dosar.

Prin adresa nr. 11/1/117/06.02....., înregistrată la Consiliu cu nr. 4597/06.02....., entitatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestaţia depusă de asocierea ...., împreună cu documentele care i-au fost solicitate.

.... a solicitat respingerea contestaţiei depuse de asocierea .... ca netemeinică şi nelegală, şi menţinerea deciziei astfel cum a fost stabilită prin raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01..... și prin comunicarea nr. 11/1/59/23.01.....

Entitatea contractantă a prezentat succint modul de desfășurare a procedurii de atribuire, precizând că, în data de 21.01....., a fost aprobat raportul procedurii, drept pentru care, în conformitate cu prevederile art. 228 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, prin adresa nr. 11/1/59/23.01....., i-a fost comunicat asocierii .... că oferta depusă a fost respinsă în temeiul prevederilor art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016, fiind inacceptabilă potrivit prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, întrucât nu îndeplineşte cerinţele minime solicitate prin documentaţia de atribuire şi conform prevederilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, întrucât răspunsul la întrebarea nr. 4 din solicitarea de clarificări nr. 11/1/1877/29.11.2018 este considerat neconcludent, astfel cum a fost consemnat și în raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01.....

În ceea ce priveşte capetele de cerere formulate, respectiv anularea rezultatului procedurii, consideră ca nefondate și inadmisibile solicitările contestatoarei în ceea ce priveşte constatarea de către Consiliu a „... admisibilităţii ofertei asocierii .... şi a inadmisibilitatii

ofertei asocierii ...., cu consecinţa declarării ca fiind câştigătoare a ofertei asocierii ..... ".

În ceea ce priveşte motivele invocate de contestatoare în cuprinsul contestației, susține că asocierea contestatoare doreşte să inducă în eroare Consiliul prin prezentarea distorsionată a solicitării comisiei de evaluare, respectiv întrebarea nr. 4 din solicitarea de clarificări nr. 11/1/ 1877/"29.11.....": „Față de cele prezentate în ofertă la pag. 674-675 va solicităm să prezentați Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată - Lucrări suprastructură", și nu cum a fost prezentată în contestație: „[...] să prezentaţi Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică şi realizarea căii fără joante, cu înglobarea aspectelor de cale ferată — Lucrări suprastructură."

Față de cele prezentate anterior, entitatea contractantă consideră că, asocierea contestatoare intenționează să diminueze importanța și necesitatea prezentării acestor tipuri de autorizaţii.

Cu privire la decizia comisiei de evaluare în referire la răspunsul prezentat de contestatoare la întrebarea la care a făcut referire anterior, entitatea contractantă solicită Consiliului să analizeze concluziile comisiei de evaluare prezentate în Nota internă nr. 11 înregistrată sub nr. 11/1/19/14.01....., punctul de vedere față de observaţiile ANAP act nr. 11/1/17/11.01..... și procesele-verbale de analiză nr. 24 și 25.

Din răspunsul prezentat de contestatoare la întrebarea nr. 4 din solicitarea de clarificări nr. 11/1/1877/"29.11.....", potrivit căruia „Celălalt membru al asocierii, ... SA, deţine acreditări echivalente în ....., inclusiv cele referitoare la sudură, însă consideră că, prin măsurile deja întreprinse, serviciul de sudură în cadrul asocierii .... este suficient de acoperit" reiese că ofertantul consideră că sunt suficiente argumentele și documentele prezentate în cadrul ofertei, drept pentru care comisia de evaluare a constatat că prezentei situații îi devin incidente prevederile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, întrucât ofertanta nu a clarificat dacă deţine tipurile de agremente .... solicitate prin documentaţia de atribuire, pentru fiecare categorie de lucrări, conform cap III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională — Calificări profesionale ale operatorului economic din documentaţia de atribuire.

Legalitatea deciziei privind neconcludența răspunsului prezentat de contestatoare este susținută încă o dată și de afirmaţia potrivit căreia „... serviciul de sudură în cadrul asocierii .... este suficient de acoperit", demonstrând încă odată că ofertanta nu a dorit să răspundă clar și concis cum îndeplinește cerinţa din documentaţia de atribuire.

.... menționează că, în situația în care contestatoarea considera că solicitarea comisiei excede documentaţiei de atribuire sau cadrului legal, avea dreptul, în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, de a contesta actul entității contractante în termen de 10 zile raportat

la data de 29.11.2018, drept pentru care în ceea ce priveşte criticile formulate de ofertantă cu privire la conținutul solicitării de clarificări le consideră tardive, neavând decât scopul de a induce în eroare Consiliul.

Având în vedere obligaţia comisiei de evaluare de a analiza oferta prin prisma documentelor prezentate, în situația de față nefiind prezentate documente din care să reiasă că ofertanta deţine Agrementul Tehnic Feroviar, pentru realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată pentru Lucrări de suprastructură, așa cum a fost solicitat prin fișa de date, cap.III.2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Calificări profesionale ale operatorului economic, prin ambiguitatea răspunsului prezentat de ofertantă, acesta nefiind susținut de niciun alt document, comisia de evaluare fiind pusă în situația de a constata neconcludența răspunsului prezentat de ofertantă și implicit de a constata inadmisibilitatea ofertei.

Prezentei proceduri de achiziţie sectorială îi sunt incidente prevederile Ordinului Ministrului Transporturilor nr. 290/2000, art. 1 alin. (1) și (2), respectiv Anexele 1 și 5, precum și cerinţele din documentaţia de atribuire prin care a fost solicitat, în mod transparent, prezentarea agrementelor tehnice feroviare .... pentru fiecare produs și/sau serviciu critic furnizat.

În ceea ce priveşte criticile contestatoarei referitoare la faptul că „Oferta .... a fost respinsă ca inacceptabilă deşi au fost prezentate documentele echivalente de acreditare deţinute de către .....”, entitatea contractantă susține că potrivit cerinței din documentaţia de atribuire prevăzută la cap. III.2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Calificări profesionale ale operatorului economic”, ofertanta avea obligaţia de a deţine autorizație de furnizor feroviar şi agrement tehnic feroviar emise de .... în conformitate cu art. 1 alin. (1) și (2) din OMT nr. 290/2000, valabile la data prezentării, pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructură, suprastructură, Lucrări de artă, Tuneluri, Electrificare și energoalimentare, Telecomunicaţii feroviare, Semnalizare feroviară și Lucrări de construcţii civile.

Contestatoarea nu a prezentat documente din care să rezulte faptul că cel puţin unul din membrii asocierii au capacitatea și sunt autorizaţi pentru efectuarea lucrărilor de sudare aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată - Lucrări suprastructură, respectiv adeverinţa emisă de Republica Elenă din data de 05.12.2017, valabilă până la data de 17.09.2018 și prezentată în Anexa 8 la contestație, nu confirmă îndeplinirea cerinţei privind echivalența .... mai ales că ofertanta avea obligaţia să prezinte documentele actualizate potrivit prevederilor art.

205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, în situația de față fiind prezentat un document expirat raportat la data prezentării acestuia, respectiv 05.12.2018.

Tocmai în aplicarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 privind tratamentul egal, comisia de evaluare a constatat că nu se mai impune formularea unei noi solicitări de clarificare, întrucât clarificarea de la punctul 4, din adresa de clarificări nr. 11/1/1877/29.11.2018, a fost clară și concisă, observatorii ANAP neformulând observaţii față de acest aspect la data încheierii procesului-verbal de analiză, și nici față de decizia comisiei de evaluare cu privire la neconcludența răspunsului prezentat de ofertant.

Mai mult, formularea unei noi solicitări de clarificări în situația în care ofertanta a prezentat un răspuns neconcludent, ar fi dus la încălcarea de către comisia de evaluare a legislaţiei incidente prezentei proceduri de achiziţie sectorială, ofertanta fiind în mod clar avantajat față de ceilalţi ofertanţi.

De altfel, entitatea contractantă solicită constatarea faptului că ofertanta nu a prezentat niciun document valabil care să ateste că deţine certificate echivalente .... pentru realizarea lucrărilor de sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată - Lucrări suprastructură, respectiv nici „... alte mijloace de probă adecvate, cum ar fi un dosar tehnic al producătorului...”

În ceea ce priveşte prevederile Directivelor UE la care face referire contestatoarea, se învederează că ofertanta nu a prezentat documente din care sa reiasă îndeplinirea cerinţelor mentionate.

Față de afirmaţia contestatoarei că ..... SA este autorizat „de a executa toate şi oricare dintre categoriile de lucrări de cale ferată, inclusiv sudură", entitatea contractantă solicită Consiliului să constate că ofertanta a obținut echivalența tipurilor de autorizaţii pe care le deţine pentru efectuarea lucrărilor feroviare, ... eliberându-i mai multe agremente tehnice feroviare, printre care și Agrementul Tehnic Feroviar Seria AT nr. 673/2017 prin care persoana juridică ..... (..... SA) are atestat serviciul feroviar critic „Construcții, modernizări linii de cale ferată, fără sudarea şinelor” fapt ce întărește încă odată legalitatea deciziei comisiei de evaluare de excludere a ofertei asocierii .....

În situația în care ofertanta ..... SA ar fi deținut certificate echivalente prin care aceasta ar fi fost autorizată să execute și lucrări de sudură, entitatea contractantă consideră că .... ar fi avut obligaţia de a elibera agrementul feroviar conform certificărilor deținute de ..... SA în țara de rezidentă, și nu ar fi avut motive să facă menţiunea expresă „fără sudarea şinelor” în agrementul tehnic menţionat anterior.

Referitor la încălcarea dispozițiilor art. 133 din HG nr. 394/2016 invocată de contestatoare, entitatea contractantă arată că, astfel cum a prezentat mai sus, comisia de evaluare a analizat și reanalizat

documentele prezentate de ofertantă astfel cum reiese și din nota internă nr. 11, precum și din procesul-verbal de analiză nr. 25.

Totodată, face precizarea că, încă din perioada de clarificare a documentației de atribuire, a clarificat aspectele cu privire la certificările pe care trebuie să le dețină ofertanții participanți la procedura de atribuire (clarificarea 40, răspuns 40), iar documentaţia de atribuire a făcut obiectul verificării de către ANAP, ulterior fiind desemnaţi și observatori care au participat şi verificat etapele procedurii de atribuire, aceştia neavând obiecțiuni cu privire la decizia de respingere a ofertei prezentate de asocierea .....

.... precizează că, la prezenta procedură de achiziţie sectorială, membrii asocierii și-au asumat prin acordul de asociere, prezentat odată cu DUAE, în data de 24.04.2018, efectuarea în integralitate a lucrărilor de suprastructură, nefiind subcontractate lucrările de sudare a şinelor, drept pentru care, în conformitate cu cerinţele din documentaţia de atribuire, ofertantul .... avea obligaţia să prezinte și pentru acest tip de lucrări agrementul feroviar ...., potrivit cerinţelor prevăzute în fișa de date a achiziţiei respectiv cap. III.2.3.a).

Un alt aspect ce întăreşte legalitatea deciziei comisiei de evaluare în ceea ce priveşte neconcludența răspunsului prezentat de asocierea .... este și faptul că deși a fost solicitată prezentarea documentelor pentru îndeplinirea cerinţei privind capacitatea tehnică și/sau profesională, în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări ofertantul a prezentat documente din care rezultă că abia în data 03.12.2018 a solicitat .... eliberarea agrementelor tehnice astfel cum este prezentat în procesul-verbal nr. 25.

Referitor la criticile aduse de contestatoare, față de decizia de desemnare câștigătoare a ofertei prezentate de asocierea ...., entitatea contractantă solicită respingerea acestora ca fiind nefondate, pentru considerentele pe care le prezintă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 5548/14.02....., asocierea .... a depus cererea de intervenţie accesorie împotriva contestației formulată de asocierea ...., solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Intervenienta precizează că în data de 23.01..... i-a fost comunicat rezultatul procedurii prin adresa nr. 11/1/60/23.01....., prin care a fost anunțată că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

De altfel, solicită accesul la dosarul achiziției, respectiv la documentul DUAE și a documentului suport al contestatoarei, asocierea .....

Consideră că ofertanta contestatoare a procedat în mod nelegal la declararea confidențiale a documentelor justificative prezentate în susținerea DUAE, normele legale fiind exprese în sensul că doar părți

din propunerea tehnică și financiară pot fi declarate motivat confidențiale.

Referitor la contestația formulată de asocierea ...., asocierea .... susține că este inadmisibilă, întrucât:

-nu se solicită anularea unui act administrativ ci a deciziei de respingere a ofertei asocierii ...., de care a luat cunoştinţă prin adresa entității contractante nr. 11/1/59/23.01....., precum și a deciziei entităţii contractante prin care oferta depusă de către asocierea .... (asocierea ....) a fost desemnată câștigătoare, decizie menţionată în raportul procedurii de atribuire publicat în SEAP în data de 23.01.....;

-nu este persoană vătămată prin raportare la capătul de cerere;

-nu justifică un interes față de capătul de cerere privind constatarea „inadmisibilității ofertei asocierii ...., cu consecința declarării ca fiind câștigătoare a ofertei asocierii .... aflată pe primul loc în clasamentul ofertelor, impunându-se admiterea excepției pe care înțelege să o invoce.

În situația foarte posibilă în care Consiliu ar respinge contestația formulată de asocierea .... și ar constata inadmisibilitatea ofertei sale, asocierea .... consideră că se impune anularea procedurii de atribuire sectorială, oferta sa fiind singura admisibilă la data emiterii raportului final al procedurii, nici față de această ipoteză contestatoarea nejustificând un interes.

De asemenea, nu poate fi reținută a fi îndeplinită nici condiția cumulativă a prejudiciului pe care să-l fi suferit sau riscă să-l sufere contestatoarea, de vreme ce oferta acesteia nu poate fi desemnată câștigătoare, fiind neconformă.

În ceea ce privește caracterul nefondat al contestației formulată de asocierea ...., intervenienta, asocierea ...., arată următoarele:

1.Referitor la cerința de deținere și prezentare a agrementului .... pentru sudură aluminotermică a fost impusă ca și cerință de calificare prin fișa de date a achiziției, intervenienta trage următoarele concluzii:

• prezentarea autorizaţiei de furnizor feroviar și agrement tehnic a fost solicitată pentru toate categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuţie, valabile la data prezentării;

• produsele şi/sau serviciile destinate utilizării în activităţile de construire, pentru a fi admise din punct de vedere tehnic, trebuie să fie realizate de agenţi economici autorizaţi și supravegheaţi care fac dovada omologării tehnice feroviare sau, după caz, a deţinerii unui agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs și/sau serviciu furnizat;

• cerinţele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale se consideră îndeplinite dacă unui dintre membrii asocierii deţine autorizaţia solicitată, cu condiţia ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă;

• cerinţa privind capacitatea de exercitare a activității profesionale nu poate fi îndeplinită prin intermediul unei alte persoane (terțul susţinător);
• agrementul tehnic trebuia să fie deținut de către ofertant la data depunerii ofertei.

Potrivit Listei produselor lucrărilor şi serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc (publicată pe site-ul www.atcr.ro) utilizată în cadrul Autorităţii Feroviare Române - .... pentru încadrarea în clasele de risc a produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice, cerinţa a OMT nr. 290/2000, Anexa 3, Cap.II, art. 10 alin. (4), la capitolul C, punctul 4 - Lucrări de construire, reparare, întreţinere, modernizare, reabilitare ale liniilor de cale ferată şi metrou apar următoarele lucrări feroviare critice ce necesită autorizare şi agrementare ....:

1. Lucrări de construcţie, reabilitare şi modernizare linii CF,
2. Întreţinerea şi repararea liniilor CF
3. Lucrări de recondiţionare a şinelor şi traverselor de cale ferată
4. Recondiţionarea elementelor de prindere a căii
5. Revizii linii şi inspecţie lucrări de artă
6. Sudarea şinelor, a aparatelor de cale inclusiv materialele pentru sudarea aluminotermică
7. Montare şi introducere în cale a aparatelor de cale.

Analizând toate prevederile fișei de date a achiziţiei cât și prevederile legale aplicabile la care se face trimitere în mod expres în conținutul acesteia devine neechivoc că:
- Sudarea şinelor, a aparatelor de cale inclusiv materialele pentru sudarea aluminotermică este o lucrare încadrată în clasa de risc 1A pentru care era necesară prezentarea agrementului feroviar în conformitate cu art. 1 alin. (1) din OMT 290/2000;
- Acest agrement nu putea fi deținut decât de către unui dintre membrii asocierii care ar fi și executat efectiv lucrarea respectivă;
- În lipsa unui agrement tehnic pentru produsele/serviciile critice, entitatea contractantă se află în imposibilitatea de a încheia un contract, dispoziţiile art. 7 alin. (1) din OMT nr. 290/2000 fiind exprese în acest sens.

Prevederea legală impune astfel că, pentru a încheia contractul, să existe toate agrementele impuse, neexistând posibilitatea ca ulterior, după semnare, să fie obținute aceste agremente obligatorii.

Este evident că, din perspectiva prevederilor legale aplicabile, respectiv dispoziţiile OMT nr. 290/2000, contestatoarei nu îi putea fi atribuit contractul având ca obiect inclusiv execuţia lucrării de realizare a sudurii căii fără joante (lucrare critică), decât dacă aceasta deţine agrementul feroviar, așa cum a fost, de altfel, solicitat prin fișa de date.

De altfel, susținerile contestatoarei ce vizează inexistența cerinței de calificare privind prezentarea unui agrement tehnic privind lucrarea de sudare aluminotermică sunt nesusținute din toate punctele de vedere.

Pe de altă parte, inclusiv în prezenta contestație, intervenienta susține că petenta a abordat ca și capitol prioritar solicitarea de a se constata că deține echivalentul agrementului .....

Totodată, este de remarcat că documentaţia de atribuire, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei şi-au consolidat forţa obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanţi la procedura de atribuire, inclusiv pentru contestatoare.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile candidate le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 129 din HG nr. 394/2016.

În ceea ce privește argumentul contestatoarei că activitatea de sudură nu ar face parte din categoria de lucrări de suprastructură, asocierea .... combate acest argument pe motivul că, din punct de vedere constructiv calea ferată este formată din 2 părți, respectiv suprastructură și infrastructură.

Suprastructura căii ferate reprezintă partea alcătuită din şină, aparate de cale, material mărunt de cale, traverse și prisma căii.

Suprastructura căii este definită ca fiind „ansamblul elementelor din construcția unei căi ferate care se găsesc deasupra platformei căii: stratul de balast, traversele, şinele, instalaţiile de cale etc."

Lucrările de suprastructură C.F includ, pe lângă cele legate strict de elementele căii arătate mai sus, toate amenajările care intervin la nivelul acestor elemente.

Mai mult decât atât, potrivit caietului de sarcini ....ent Suprastructurii, ce a fost pus la dispoziţia ofertanţilor de către entitatea contractantă, la pag. 97/123 începe capitolul 6.3 „Execuţia lucrărilor", care are ca subcapitol - 6.3.3.m pag. 101 „Sudarea reperelor aparatelor de cale" și -6.3.3.n pag. 105 „Construcția căii fără joante" (adică tocmai sudarea căii), respective 10 pagini care trebuiau să fie acoperite de conformarea prin existența unui Agrement tehnic privind sudarea aluminotermică.

Prevederile Instrucţiunii nr. 1/2017 a ANAP, citate de către contestatoare, au în vedere alte situaţii față de cele ce fac obiectul prezentei spețe, și în nicio situaţie o normă cu caracter general cum este aceasta, nu poate fi derogatorie de la o normă cu caracter special cum este OMT nr. 290/2000, în special art. 1 și art. 7.

Față de cele susținute de către contestatoare, intervenienta solicită Consiliului să constate că nu a fost încălcat principiul transparenței, întrucât menţiunile din fișa de date a achiziţiei a stat la baza întocmirii ofertelor de către toți ofertanţii, inclusiv asocierea ....,

care a înțeles pe deplin solicitările entității contractante, a prezentat toate agrementările .... solicitate în consecinţă.

2. Asocierea .... nu deţine agrementul .... solicitat și nici nu a prezentat un echivalent al acestuia.

Documentele doveditoare din care ar fi trebuit să rezulte acreditările echivalente sunt reprezentate de o adeverință emisă de Republica Elenă valabilă până la data de 17.09.2018.

Față de modalitatea în care contestatoarea a înțeles să răspundă solicitării de clarificare, se consideră că a răspuns în mod ambiguu, nu a oferit un răspuns clar care să facă trimitere la modalitatea exactă de îndeplinire a cerinţei de calificare, în scopul de a ascunde că, în realitate, niciunul dintre membrii asocierii nu deţin un astfel de agrement.

Astfel, intervenienta atrage atenția Consiliului că, la data solicitării, membrii asocierii .... dețineau documente .... după cum urmează:

-..... (..... SA) ..... - Construcţii, modernizări linii de cale ferată, fără sudarea şinelor - .... 673, valabil 03.05..... - poziţia 433 din Lista publicată în Buletinul 5/2018;

-..... SA ..... - Construcţii, reparaţii linii de cale ferată şi metrou, fără sudarea şinelor - .... 11 valabil 09.01..... - poziţia 713 din Lista publicată în Buletinul 5/2018;

-..... SA - Construcţii, reparaţii linii de cale ferată şi metrou, fără sudarea şinelor - .... 222 valabil 23.03..... - poziţia 1077 din Lista publicată în Buletinul 5/2018;

-.... - Nu deţine certificate ....;

-.... - Nu deţine certificate .... pentru sudură.

Față de aceste mențiuni extrem de neclare ale contestatoarei se impun a fi făcute următoarele precizări:

> sudură aluminotermică și electrică, este o activitate reglementată distinct prin Norma Tehnică Feroviară aprobată prin Ordinul nr. 1192/2006 în ceea ce priveşte procedeele tehnice de execuţie precum și condiţiile de execuţie; în ceea ce priveşte obţinerea agrementărilor specifice, acest gen de lucrare se supune condiţiilor OMT nr. 290/2000 fiind calificată ca și lucrare critică, fiind încadrată în clasa 1A;

> prin prisma procedurilor de achiziţie publică, precum și a prevederilor legale relevante în materie, sintagma „să securizeze acest tip de serviciu feroviar prin semnarea unui acord ferm de colaborare" este o exprimare neconcludentă și irelevantă câtă vreme PROIECT CONSULT SRL nu a fost menţionat niciunde în oferta depusă de asocierea contestatoare;

> cerinţele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale se consideră îndeplinite dacă unul dintre membrii asocierii

deţine autorizaţia solicitată, cu condiţia ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizaţia respectivă;

> cerinţa privind capacitatea de exercitare a activităţii profesionale nu poate fi îndeplinită prin intermediul unei alte persoane (terţul susţinător);

> Potrivit OMT nr. 290/2000, Anexa 3, Cap.II, art. 10 alin. (4) la capitolul C, punctul 4 - Lucrări de construire, reparare, întreţinere, modernizare, reabilitare ale liniilor de cale ferată şi metrou apar următoarele lucrări feroviare critice ce necesită autorizare și agrementare ....: „... Sudarea şinelor, a aparatelor de cale inclusiv materialele pentru sudarea aluminotermică", astfel încât această activitate nu reprezintă un serviciu așa cum doreşte să insinueze contestatoarea, ci o categorie de lucrări de construire de cale ferată.

Mai mult decât atât, așa cum a arătat prin acelaşi răspuns la clarificări, contestatoarea a indicat că doi dintre membrii asocierii au înțeles să solicite agrementarea pentru acest tip de lucrări în data de 03.12.2018, respectiv 04.12.2018, ceea ce fundamentează pe deplin convingerea că acest agreement nu este deţinut de către niciunul dintre membrii asocierii, că pretinsul certificat echivalent nu ar fi reprezentat o agrementare echivalentă (dacă s-ar fi aflat în perioada de valabilitate) și, mai important, că asocierea .... nu a deținut acest agrement la data depunerii ofertei, respectiv la data la care a menţionat în cuprinsul DUAE că deţine toate agrementările necesare.

3. Tratamentul egal, transparent și eficiența utilizare a fondurilor publice au fost avute în vedere în evaluarea documentelor de calificare ale asocierii .....

Deoarece contestatoarea pretinde ca entitatea contractantă să formuleze mai multe clarificări pe același aspect, intervenienta consideră că această solicitare ar duce la încălcarea unui principiu fundamental al achizițiilor publice, acela al concurenței loiale, în contextul că ar favoriza ofertantul prin clarificări succesive.

Totodată, asocierea .... susține că oferta sa este conformă și admibilă, sens în care aduce argumente detaliate.

Prin adresa nr. 1035/14.02....., înregistrată la Consiliu cu nr. 5696/14.02....., ..., a transmis cererea de intervenție prin care a solicitat cele precizate în partea introductivă a contestației, față de contestația depusă de .....

Intervenienta precizează că oferta sa a fost respinsă în mod nelegal din procedură în urma verificării propunerii financiare. Respingerea ofertei sale face obiectul dosarului nr. 8931/2/2018 aflat pe rolul Curții de Apel .....

Prin adresa nr. 1110/18.02....., înregistrată la Consiliu cu nr. 6183/19.02....., intervenienta comunică faptul că soluția dosarului nr. 8931/2/2018 a fost publicat pe portalul instanțelor după transmiterea cererii de intervenție, sens în care a precizat dispozitivul hotărârii Curții de Apel .....: „Respinge excepţiile tardivităţii şi

inadmisibilităţii cererii de intervenţie accesorie. Încuviinţează în principiu cererea de intervenţie accesorie. Admite plângerea. Modifică Decizia CNSC nr. 3048/...../...../05.12.2018 în sensul că: Admite contestaţia. Anulează adresa nr. 11/1/1761/31.10.2018 emisă de entitatea contractantă Compania Naţională de Căi Ferate CFR SA privind respingerea ca neconformă a ofertei Asocierii ...., partea din procesul verbal de analiză nr. 23/31.10.2018 al Comisiei de evaluare prin care s-a decis respingerea ca neconformă a ofertei Asocierii ...., precum şi actele subsecvente respingerii ca neconformă a acestei oferte. Obligă entitatea contractantă să reevalueze propunerea financiară a Asocierii ...., în ceea ce priveşte motivele de respingere contestate. Respinge cererea de suspendare a procedurii de atribuire, ca rămasă fără obiect. Respinge cererea de intervenţie accesorie, ca nefondată. Definitivă. Pronunţată în şedinţă publică azi 15.02....."

Astfel, interesul său de a interveni în dosarul nr. ...../..... este evident, contestatoarea formulând critici cu privire la conformitatea Sistemului …., ofertat și de asocierea sa, și chiar solicitând să fie desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire, în condițiile în care, în urma reevaluării dispuse prin hotărârea din dosarul nr. 8931/2/2018 și corectării erorii aritmetice/viciului de formă, oferta sa va fi clasată pe prima poziție în clasamentul intermediar al ofertelor admisibile, realizat conform criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut".

Pentru aceste motive, reiterează cererile formulate în cadrul intervenției, de a se respinge contestația și de a se admite pe fond cererea sa de intervenție.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 5719/14.02....., asocierea ..... a transmis cerere de intervenție în cadrul procesual de soluționare a contestației formulate de asocierea ...., solicitând cele precizate în parte introductivă a deciziei.

Referitor la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție, asocierea ..... solicită admiterea acesteia, în principal, ca fiind o cerere de intervenție principală, iar în subsidiar, o cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, având în vedere că este interesată să participe la soluționarea litigiului dintre părți, respectiv entitatea contractantă și asocierea ...., întrucât asocierea sa nu a fost eliminată de la procedura de atribuire definitiv, iar dosarul privind plângerea formulată împotriva deciziei Consiliului nr. 2925/...../3195/15.11....., nu a fost soluționat definitiv. De asemenea, și având în vedere că prețul ofertat de asocierea sa este cel mai scăzut devine evident că interesul său este de a anula/corecta orice demers care să poată duce la imposibilitatea unei reevaluări a ofertei sale în urma unei decizii favorabile din partea Curții de Apel .....

De asemenea, interesul său subzistă și în situația în care plângerea mai susmenționată ar fi respinsă, având în vedere solicitarea de anulare a rezultatului procedurii de atribuire cu scopul de a participa la o procedură ulterioară și de a-și valorifica drepturile pe această cale, invocând încălcarea principiului tratamentului egal.

În cadrul procedurii de atribuire, asocierea ..... SPA, ... SA, ..., prin ....., în calitate de lider al asocierii ....., critică comunicarea rezultatului procedurii transmisă de entitatea contractantă prin adresa nr. 11/1/57/23.01....., solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Întrucât decizia Consiliului nr. 2925/...../3195/15.11.2018 nu a rămas definitivă, contestatoarea susține că interesul său este determinat, legitim, personal, născut şi actual.

Mai mult, chiar dacă s-ar soluţiona dosarul nr. 8537/2/2018 prin respingerea plângerii sale, ceea ce ar duce la consolidarea deciziei amintite a Consiliului, consideră că există și în acest caz un interes al său în ceea ce priveşte anularea procedurii de atribuire pe de o parte ca efect al respectării principiului tratamentului egal, iar pe de altă parte ca operator interesat de a participa la o procedură ulterioară și care se consideră vătămat de faptul că s-ar putea încheia contractul cu un operator economic a cărui ofertă este neconformă/inacceptabilă în detrimentul participării sale la o procedură ulterioară.

Având în vedere aceste aspecte, ... a formulat prezenta contestație atât în ceea ce priveşte rezultatul faţă de propria ofertă (față de care rămân valabile argumentele expuse deja în contestația care a făcut obiectul deciziei Consiliului nr. 2925/...../3195/ 15.11.2018), cât şi în ceea ce priveşte verificarea respectării principiului tratamentului egal raportat la modul de evaluare a ofertei sale faţă de oferta declarată câştigătoare, precum şi a verificării respectării tuturor prevederilor legale şi a documentaţiei de atribuire în evaluarea asocierii .....

În opinia contestatoarei, oferta asocierii .... a fost considerată conformă, deşi din documentele care rezultă din dosarul de achiziţie publică, această ofertă nu respectă cerinţele tehnice din documentaţia de atribuire.

De asemenea, asocierea ...., deși a fost respinsă ca inacceptabilă totuşi, suplimentar faţă de motivele respingerii ofertei din raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., contestatoarea consideră că entitatea contractantă trebuia să reţină și alte motive de respingere a ofertei.

În egală măsură, deşi asocierea .... a fost respinsă ca neconformă, totuşi, suplimentar faţă de motivele respingerii ofertei din raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., consideră că entitatea contractantă trebuia să reţină și alte motive de respingere a ofertei.

De altfel, contestatoarea susține că oferta sa financiară are valoarea cea mai scăzută raportat la ceilalţi ofertanți astfel încât, luând în considerare criteriul de atribuire „preţul cel mai scăzut”

câștigătorul acestei proceduri trebuia să fie ofertantul cu cel mai scăzut preţ, și nu ofertantul cu cea mai mare ofertă financiară.

Totodată, contestatoarea prezintă situația de fapt, în care entitatea contractantă, după emiterea deciziei Consiliului nr. 2925/...../3195/15.11.2018, a continuat procedura prin evaluarea ofertelor, chiar dacă a depus plângere la Curtea de Apel ....., formându-se dosarul nr. 8537/2/2018, dosar încă nefinalizat.

Ca urmare a evaluării ofertelor, entitatea contractantă i-a comunicat adresa nr. 11/1/57/23.01..... prin care i s-a dezvăluit rezultatul final al procedurii de atribuire, respectiv respingerea ofertei sale și implicit declararea drept câștigătoare a asocierii ...., toate celelalte oferte fiind respinse ca inadmisibile.

Având în vedere că oferta asocierii .... este una inadmisibilă, iar evaluarea acestei ofertei s-a făcut cu încălcarea legislaţiei în materia achiziţiilor publice, precum şi a documentaţiei de atribuire, consideră că se impune remedierea acestui ....., obligarea entităţii contractante la respectarea dispoziţiilor legale şi a documentaţiei de atribuire, iar dacă se constată că nu există nicio ofertă ca fiind admisibilă, să se anuleze rezultatul procedurii de atribuire.

Aşadar, prin prezenta contestaţie, ... critică modul în care entitatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei asocieri ...., a asocierii .... şi a asocierii ...., respectiv nu doar că s-au încălcat dispoziţiile documentaţiei de atribuire și a legislaţiei în domeniu, dar s-a încălcat și principiului tratamentului egal, favorizând aceşti ofertanţi.

Pe de altă parte, raportându-se la dispoziţiile documentaţiei de atribuire, la oferta asocierii ...., a asocierii .... şi a asocierii ...., precum și la răspunsurile acestor ofertanţi faţă de solicitările de clarificări ale entității contractante, se poate concluziona faptul că: fie nu s-a răspuns concludent; fie nu s-a răspuns complet; fie s-a modificat oferta, încălcându-se principiul tratamentului egal; fie nu s-au solicitat clarificări faţă de aspecte ce necesitau clarificarea.

Prin adresa nr. 4790/...../...../08.02....., Consiliul i-a solicitat asocierii ..... un punct de vedere față de excepția lipsei de interes, în condițiile în care oferta sa a fost respinsă, iar cu privire la acest ..... nu a formulat nicio critică.

Asocierea ..... a răspuns acestei solicitări prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 5714/14.02....., precizând că din comunicarea nr. 11/1/57/23.01....., singurele aspecte la care se face trimitere se referă la respingerea ofertei sale ca fiind inadmisibilă, făcându-se trimitere la decizia Consiliului nr. 2925/...../3195/ 15.11.2018.

Contestatoarea precizează că, împotriva deciziei Consiliului menționată mai sus, a formulat plângere la Curtea de Apel .....,

plângere ce formează dosarul nr. 8537/2/2018, care nu a fost soluționat definitiv.

Astfel, petenta susține că în contestația formulată împotriva rezultatului procedurii, a avut în vedere că:

- în situația în care prin decizia Curții de Apel ..... din dosarul 8537/2/2018 se admite plângerea, solicită anularea rezultatului procedurii, respectiv comunicarea nr. 11/1/57/23.01....., anularea tuturor actelor subsecvente anterioare/concomitente și/sau subsecvente acestora, precum și a celor conexe cu adresa amintită emise de entitatea contractantă în procedura de atribuire. De asemenea, solicită obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertei asocierii ..... raportat la documentele depuse, prevederile documentației de atribuire, precum și prevederile legii aplicabile având în vedere că aceasta este acceptabilă și conformă, precum și reevaluarea ofertei asocierii ...., asocierii ...., asocierii ...., cu consecința stabilirii ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, conform criteriilor de atribuire stabilite prin documentație.

-în situația în care, Curtea de Apel ..... respinge plângerea sa, solicită anularea rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 11/1/57/23.01..... și rezultatul procedurii prin care oferta asocierii .... a fost declarată acceptabilă, conformă și câștigătoare, anularea rezultatului procedurii de atribuire prin care oferta asocierii .... a fost declarată acceptabilă și conformă, anularea rezultatului procedurii prin care oferta asocierii .... a fost declarată acceptabilă și conformă, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor și/sau anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 255 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016.

Astfel, contestatoarea consideră că dovedește un interes în cadrul prezentei contestați indiferent de soluția pe care ar pronunța-o Curtea de Apel ..... (fie de respingere a plângerii, fie de admitere a acesteia), motiv pentru care solicită respingerea excepției lipsei de interes.

Prin adresa nr. 11/1/139/11.02....., înregistrată la Consiliu cu nr. 5055/11.02....., entitatea contractantă, ..., a transmis punct de vedere față de contestaţia depusă de asocierea ....., solicitând respingerea acesteia ca netemeinică și nefondată pentru următoarele considerente:

Pe cale de excepție, entitatea contractantă invocă „excepția autorității de lucru judecat” în temeiul prevederilor art. 431 Noul Cod de Procedură Civilă. Face precizarea că, Consiliul s-a pronunțat prin decizia nr. 2925/...../3195/15.11.2018 pe motivele invocate și reiterate de către asociere în cuprinsul contestație, fapt ce confirmă că este în prezența autorității de lucru judecat.

Față de motivele invocate de contestatoare în cererile formulate în cuprinsul contestației, entitatea contractantă consideră că acestea

au fost formulate pe baza înțelegerii greșite a modului de evaluare a ofertelor sau cu scopul de a induce în eroare Consiliul.

În urma finalizării etapei de evaluare a propunerilor tehnice cele trei ofertante criticate, respectiv asocierea ...., asocierea .... și asocierea ...., au fost calificate în etapa următoare, respectiv în etapa de evaluare a propunerilor financiare, ofertele tehnice ale acestora fiind declarate conforme.

Totodată, entitatea contractantă precizează că propunerile tehnice, propunerile financiare și răspunsurile ofertanților la solicitările de clarificări au fost declarate în baza prevederilor art. 70 din Legea nr. 99/2016 ca fiind confidențiale de toți ofertanții la prezenta procedură de achiziție sectorială.

De asemenea, și procesele-verbale de analiză sunt confidențiale întrucât în cuprinsul acestora se regăsesc detalii din oferte, ofertanta asocierea .... declarând confidențiale și documentele suport DUAE.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 4912/08.02....., asocierea .... a depus cererea de intervenţie împotriva contestației formulată de asocierea ....., solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Pentru a dispune în sensul celor de mai sus, solicită Consiliului să aibă în vedere următoarele considerente:

I. Admisibilitatea cererii de intervenţie, deoarece:

a) Oferta asocierii .... s-a clasat pe locul I în clasamentul întocmit în urma finalizării etapelor de evaluare a propunerilor tehnice şi financiare;

b) Ulterior finalizării etapei de evaluare a documentelor suport DUAE, oferta asocierii .... a fost respinsă ca inacceptabilă, iar asocierea .... a fost declarată câştigătoare;

c) Asocierea .... a promovat contestaţie, prin care a criticat atât decizia de respingere a ofertei sale, cât și decizia de declarare câştigătoare a asocierii ....;

d) Prin contestaţia promovată de către asocierea ..... este criticată (şi) oferta asocierii .....

Intervenienta consideră că demersul procesual al său este orientat spre respingerea argumentelor invocate de către ..... în legătură cu oferta asocierii .....

Asocierea .... justifică, aşadar, un drept propriu şi un interes legitim în a combate criticile invocate împotriva ofertei sale, ambele derivate din dreptul propriu la adjudecarea contractului, în ipoteza admiterii contestaţiei promovate de către asocierea ..... împotriva rezultatului procedurii de atribuire.

II. Argumentaţia în drept

A. Contestaţia este nemotivată

Contrar exigenţelor impuse de prevederile legale ale art. 10 din Legea nr. 101/2016, atât motivarea în fapt şi în drept a contestației, cât și mijloacele de probă pe care se întemeiază să fie indicate şi depuse odată cu depunerea contestaţiei, documentul înregistrat de către ..... nu cuprinde motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază și nici probele în susţinerea acesteia.

Citarea unor prevederi din documentaţia de atribuire și invitarea instanţei/Consiliului la a verifica dacă un ofertant le respectă, nu reprezintă o motivare validă, efectivă a unui demers jurisdicțional, necesar a fi întreprins cu respectarea rigorilor impuse de art. 10 lit. f) al Legii nr. 101/2016.

Afirmaţiile din contestaţia formulată de către ..... nu au nici măcar caracterul unor simple bănuieli, ele sunt formulate în absenţa oricărui suport probator și, mult mai grav, a oricărei referiri corelate între critica efectivă, conduita ofertanţilor vizaţi şi mijloacele de probă.

Mai mult, motivarea contestaţiei este independentă de studiul dosarului cauzei de către contestatoare. Din acest motiv, soluţionarea contestaţiei poate fi independentă de studierea dosarului de către contestatoare, mai cu seama că nicio prevedere din cuprinsul Legii nr. 101/2016 nu leagă şi, cu atât mai puţin, nu împiedică soluţionarea contestaţiei de către Consiliu de absenţa studierii dosarului de către partea care a promovat contestaţia.

Astfel cum demonstrează jurisprudenţa constantă a Consiliului și a instanţelor de judecată, contestaţia trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate la momentul formulării ei, iar nu să fie o formă fără fond, care se poate completa pe parcursul soluţionării cauzei, în urma accesului la dosarul achiziţiei publice.

B. Contestaţia este nefondată

În subsidiar, în situaţia în care s-ar depăşi excepţia de nulitate a contestației pentru lipsa de motivare, permiţând asocierii ..... să formuleze critici efective, intervenienta solicită Consiliului să respingă contestaţia ca nefondată în ceea ce priveşte criticile formulate împotriva ofertei asocierii ..... Întrucât la acest moment nu există argumente posibile a fi combătute în ceea ce priveşte oferta asocierii ...., își rezervă dreptul ca, după studiul dosarului şi a oricăror alte probe sau înscrisuri care vor fi depuse de câtre contestatoare, să formuleze apărări corespunzătoare, cu respectarea principiului contradictorialităţii şi al dreptului la apărare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 5832/15.02....., asocierea .... (asocierea ....) a transmis cererea de intervenție accesorie în dosarul nr. ...../....., solicitând respingerea ca neîntemeiată a contestației promovate de asocierea ....., prin .....

Intervenienta susține că plângerea formulată de asocierea ..... este inadmisibilă, întrucât aceasta nu este persoană vătămată prin raportare la capetele de cerere IV, VII, VIII și IX, având în vedere

declarația expresă a contestatoarei, în sensul în care aceasta are ofertă financiară cea mai scăzută.

În situația foarte posibilă în care Curtea de Apel ..... ar respinge contestația formulată de asocierea ....., iar Consiliul ar constata inadmisibilitatea ofertei asocierii .... (situație extrem de puțin probabilă) în cadrul prezentului dosar, s-ar impune anularea procedurii, oferta asocierii .... fiind singura considerată admisibilă la data emiterii raportului final al procedurii, nici față de această ipoteză, contestatoarea nejustificând un interes.

Prin adresa nr. 1061/15.02....., înregistrată la Consiliu cu nr. 5901/15.02....., ..., a transmis cererea de intervenție prin care a solicitat respingerea contestației formulate de asocierea ..... ca neîntemeiată/ nefondată.

Intervenienta precizează că oferta sa a fost respinsă în mod nelegal din procedură în urma verificării propunerii financiare, decizia de respingere a ofertei sale făcând obiectul dosarului nr. 8931/2/2018 aflat pe rolul Curții de Apel .....

Prin adresa nr. 1109/18.02....., înregistrată la Consiliu cu nr. 6181/19.02....., intervenienta comunică soluția dosarului nr. 8931/2/2018 publicată pe portalul instanțelor după transmiterea cererii de intervenție, precizând dispozitivul hotărârii Curții de Apel ..... Astfel, consideră că interesul său de a interveni în dosarul nr. ...../..... este evident, contestatoarea formulând critici cu privire la admisibilitatea ofertei sale, în condițiile în care în urma reevaluării dispuse în dosarul 8931/2/2018 și corectării erorii aritmetice/viciului de formă, oferta sa va fi clasată pe prima poziție în clasamentul intermediar al ofertelor admisibile, realizat conform criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Ca urmare a studierii dosarului achiziției, ... („.....") a transmis Note scrise prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 9721/15.03....., argumentând caracterul abuziv al deciziei de respingere a ofertei asocierii ...., sub pretextul nerespectării unei cerințe de calificare nescrise, precum și a nelegalității deciziei de desemnare câștigătoare a ofertei ...., cu circa 27 de milioane de euro mai scumpă, neîndeplinind cerințele impuse prin documentația de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 9867/15.03....., asocierea ..... a transmis Concluzii scrise ca urmare a studiului dosarului.

Tot ca urmare a studiului dosarului, prin adresa nr. 1666/15.03....., înregistrată la Consiliu cu nr. 9869/15.03....., ...-...., a transmis Concluzii scrise, precizând că asocierea .... nu a demonstrat că îndeplinește cerința privind

calificările profesionale, motiv pentru care a fost corect respinsă de entitatea contractantă.

În ceea ce privește cererea de audieri adresată de asocierea .... către Consiliu, consideră că este nejustificată.

Prin e-mail, înregistrate la Consiliu sub nr. 9900/18.03....., asocierea câștigătoare .... față de contestația ..... a depus Note scrise.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, Consiliul reţine următoarele:

.... a inițiat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului având ca obiect Execuţie lucrări ....ente obiectivului „....", cod-uri CPV 45234100-7 Lucrări de construcții de căi ferate (Rev. 2), 45213321-9 Lucrări de construcții de gări feroviare (Rev. 2), 45221000-2 Lucrări de construcții de poduri și tuneluri, puțuri și pasaje subterane (Rev. 2), 45234115-5 Lucrări de semnalizare feroviară (Rev. 2) și 45315300-1 Instalații de distribuție de energie electrică (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../.....

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează a se atribui este de 2.867.944.000 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este ”prețul cel mai scăzut”, iar termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost inițial 15.11.2017, ora 16:00, acesta fiind modificat prin anunțul de tip erată nr. 124560/04.04.2018 pentru data 24.04.2018, ora 16:00.

În cadrul aceleiași proceduri, au depus contestații STRABAG AG, care a fost admisă de Consiliu prin decizia nr. 3048/C6/3834/ 17.11.2017, ..., care a fost respinsă, ca nefondată, prin decizia nr. 2925/...../3195/15.11.2018 și asocierea ....-...., prin ...., care a fost respinsă, ca nefondată, prin decizia Consiliului nr. 3048/...../...../05.12.2018.

Totodată, este de reţinut că deciziile nr. 2925/...../3195/ 15.11.2018 și 3048/...../...../05.12.2018 au fost atacate cu plângeri de asocierile ....., respectiv .... care au făcut obiectul dosarelor nr. 8537/2/2018, respectiv 8931/2/2018.

Plângerea formulată de asocierea ..... a fost respinsă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin hotărârea nr. 1228/11.03.....

Plângerea formulată de asocierea .... a fost admisă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal prin hotărârea nr. 753/15.02.....

...., SUCURSALA ....., a constituit cauțiunea având în vedere prevederile art. 611 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 205211505/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Victoria, în data de 30.01.....

...., a constituit cauțiunea conform prevederilor art. 611 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de

consemnare nr. 205218402/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Victoria, în data de .....

Cererea de suspendare a soluționării dosarelor solicitată de asocierea ..... a fost admisă prin Încheierea nr. 270/...../....., .../18.02.....

În ceea ce privește cererile de intervenție formulate de asocierea ...., văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, oferta sa fiind declarată câștigătoare, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 11/1/27/21.01....., în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul le încuviințează în principiu ca cereri de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Cât privește cererea de intervenție formulată de ....., prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....), Consiliul constată că acestea nu sprijină apărarea niciuneia din părți, nefiind în interesul autorității contractante, respectiv acela de a fi păstrată decizia de declarare câștigătoare a ofertei prezentate de asocierea ...., și nici în interesul contestatoarei, asocierea ...., în mod evident, interesul acestora fiind de eliminare din competiție a ofertei asocierii ..... Așadar, cererea formulată de ....., prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....) nu poate fi considerată cerere de intervenție principală/accesorie în interesul vreuneia din părți. Într-adevăr, ..., prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....) sprijină poziția contestatoarei asocierea ....., dar doar parțial, în referire la declararea incorectă a ofertei câștigătoare.

De asemenea, nu se poate considera că ....., prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....) sprijină poziția contestatoarei asocierea ....., sub aspectul deciziei de anulare a desemnării ofertei câștigătoare, câtă vreme interesul acestor societăți este contrar, acestea urmărind să devină câștigătoare ale procedurii, or o eventuală susținere a contestatoarei nu poate fi parțială.

Astfel fiind, Consiliul va respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de ....., prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....).

Pentru aceleași motive, mai sus precizate, sunt respinse ca inadmisibile și cererile de intervenție formulate de asocierile .... și .....

În ceea ce privește excepția autorității lucrului judecat invocată de entitatea contractantă față de contestația depusă de asocierea ....., Consiliul o va respinge ca nefondată, având în vedere că acesta a fost formulată împotriva ofertelor prezentate de asocierile ...., ... și .... și nu împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, în consecință, în speță, nu este întrunită tripla identitate (părți, obiect, cauză) stipulată de art. 431 alin. (1) Cod proc. civ.

Trecând la soluționarea contestației formulate de ....., prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, în calitate de lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ... SA și ..... SA (asocierea ....), împotriva respingerii ofertei depuse, se reține că, prin adresa nr. 11/1/59/23.01..... care cuprinde rezultatul procedurii în privința acestei oferte, s-au comunicat ofertantei următoarele: «… oferta dumneavoastra … a fost respinsa in temeiul prevederilor art. 143, alin. (1) din HG nr. 394/2016, fiind inacceptabila potrivit prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, intrucat nu indeplineste cerintele minime solicitate prin documentatia de atribuire si prevederilor art. 140, alin. (4) din HG nr. 394/2016 raspunsul la intrebarea nr. 4 din solicitarea de clarificari nr. 11/1/1877/29.11.2018 este neconcludent, conform Raportului procedurii nr. 11/1/27/21.01....., astfel:

„Motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei ca fiind inacceptabila, potrivit prevederilor art. 143 alin. (2) lit. (b) din HG nr. 394/2016 sunt neindeplinirea cerintelor minime solicitate prin documentatia de atribuire, respectiv nu ati facut dovada indeplinirii cerintei prevazute la cap. III.2.3. a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala - Calificari profesionale ale operatorului, intrucat nu ati prezentat Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermica, electrica si realizarea caii fara joante, cu inglobarea aparatelor de cale ferata ....ente categoriei de *Lucrari SUPRASTRUCTURA*.

In sustinerea deciziei comisiei de evaluare citam si punctul de vedere emis de ANAP, publicat in biblioteca de spete pe site-ul http://anap.gov.ro in care precizeaza:

"(…) In situatia in care autoritatea contractanta solicita in cadrul criteriilor referitoare la capacitatea de exercitare a activitatii profesionale si/sau cerintelor de executare a contractului anumite autorizatii specifice, cerinta se considera indeplinita in cazul operatorilor economici ce participa in comun la procedura de atribuire, daca acestia demonstreaza ca dispun de respectivele resurse autorizate si/sau ca unul dintre membrii asocierii detine autorizatia solicitata, dupa caz, cu conditia ca respectivul membru sa execute partea din contract pentru care este solicitata autorizatia respectiva. (2) In cazul in care ofertantul/candidatul sau operatorii economici care participa in comun la procedura de atribuire subcontracteaza o parte din contractul de achizitie publica, cerinta prevazuta la alin. (1) se considera indeplinita daca subcontractantul nominalizat detine autorizatia solicitata prin documentația de atribuire, cu conditia ca acesta sa execute partea din contract pentru care este solicitata autorizatia respectiva."

Din prevederile sus-citate, reiese in mod clar ca aveati obligatia de a prezenta autorizatiile de furnizor feroviar si agrementele tehnice feroviare - .... solicitate de entitatea contractanta prin documentatia de atribuire, fie in asociere

cu un alt operator economic ce detine autorizatia lipsa, cu conditia ca acesta din urma sa execute partea din contract pentru care este solicitata respectiva autorizatie, fie prin nominalizarea unui subcontractant care detine autorizatia respectiva si care va executa partea din contract pentru care este solicitata autorizatia in cauza.

Avand in vedere ca in Acordul de asociere prezentat in cadrul ofertei, membrii asocierii respectiv: ..... SA, ... SA si ..... SA, au declarat ca vor realiza in comun categoria de Lucrari SUPRASTRUCTURA, se impune ca cel putin unul din membrii asocierii sa detina Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermica, electrica si realizarea caii fara joante, cu inglobarea aparatelor de cale ferata pentru acest tip de lucrari.

Nedetinerea acestor tipuri de autorizatii este confirmata si de faptul ca in cadrul raspunsului la solicitarea de clarificari nr. 11/1/1877/29.11.2018, ati prezentat documente din care rezulta ca abia in data de 03.12.2018 si respectiv 04.12.2018, membrii asocierii ..... SA si respectiv ..... SA au depus cerere la .... in vederea agrementarii serviciului feroviar critic "Lucrari de sudarea sinelor de cale ferata si metrou prin procedeul electric al topirii intermediare si presiunii in capete (EP)" si "Sudarea sinelor, a aparatelor de cale inclusiv materialele pentru sudura aluminotermica."

Avand in vedere ca prin propunerea tehnica prezentata si acceptata de comisia de evaluare ca fiind conforma, ati prezentat inclusiv realizarea caii fara joante care include si activitatea de sudare a sinelor si inglobarea aparatelor de cale, drept pentru care, in conformitate cu OMT 290/2000 pentru executarea acestor tipuri de lucrari, se impune obligativitatea detinerii de catre executant a agrementelor tehnice feroviare specifice.

Din afirmatia dumneavoastra din raspunsul la intrebarea nr. 4 din solicitarea de clarificarei nr. 11/1/1877/29.11.2018, potrivit careia „Celalalt rnembru al asocierii, ... SA, detine acreditari echivalente in ....., inclusiv cele referitoare la sudura, insa consideram ca, prin masurile deja intreprinse, serviciul de sudura in cadrul Asocierii .... este suficient de acoperit" a reiesit ca dumneavoastra considerati ca sunt suficiente argumentele si documentele prezentate in cadrul ofertei, drept pentru care comisia de evaluare a constatat ca prezentei situatii ii devin incidente prevederile art. art. 140, alin. (4) din HG nr. 394/2016, oferta prezentata fiind inacceptabila, intrucat raspunsul prezentat este neconcludent, raportat la informatiile solicitate, neclarificand daca membrii asocierii detin acest tip de autorizatie, prin prezentarea de documente care sa confirme detinerea unor astfel de autorizatii, conform acordului de asociere prezentat in cadrul ofertei.

Mai mult ambiguitatea raspunsului la care facem referire mai sus este data si de prezentarea "*acordul ferm de colaborare*" incheiat cu SC Proiect Consult SRL drept pentru care, va facem cumoscut ca potrivit informatiilor publicate in mod transparent, in fisa de data a achizitiei, la cap III.2.3.a) - Informatii privind subcontractarea, la modalitatea de indeplinire este prevazuta in mod clar obligatia de a prezenta odata cu DUAE si acordul de subcontractare, or in situatia de fata documentele DUAE le-ati depus in data de 24.04.2018, iar "acordul ferm de colaborare" incheiat cu SC Proiect Consult SRL a fost prezentat in data de 06.12.2018, prin urmare acest operator economic nevand nicio calitate in prezenta procedura, asa cum sunt definite de legislatia incidenta prezentei proceduri de achizitie sectoriala, respectiv ofertant, ofertant asociat, tert sustinator sau subcontractant, intrucat in cadrul ofertei, la data limita de depunere a ofertelor 24.04.2018, nu a fost depus niciun document DUAE pentru acest operator economic.

La prezenta procedura de achizitie sectoriala, membrii asocierii dumneavoastra si-au asumat prin acordul de asociere, prezentat odata cu DUAE in data de 24.04.2018, efectuarea in integralitate a lucrarilor de suprastructura, nefiind subcontractate lucrarile de sudare a sinelor, drept pentru care, in conformitate cu cerintele din documentatia de atribuire, aveati obligatia de a prezenta si pentru acest tip de lucrari agrementul feroviar ...., potrivit cerintelor prevazute in fisa de date a achizitiei la cap. III.2.3.a) ...».

Totodată, se reține că, la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, din fișa de date, s-au prevăzut următoarele: "… **Ofertantul are obligatia de a detine autorizatie de furnizor feroviar si agrement tehnic feroviar emise de .... în conformitate cu art. 1, alin. (1) si (2) din OMT 290/2000, valabile la data prezentarii, pentru urmatoarele categorii de lucrari feroviare**: Infrastructura; Suprastructura; Lucrari de arta; Tuneluri; Electrificare si energoalimentare; Telecomunicatii feroviare; Semnalizare feroviara; Lucrari de constructii civile.

Documentele justificative:

1.Prezentarea autorizatiei de furnizor feroviar si agrement tehnic, eliberate de .... în conformitate cu art. 1, alin. (1) si (2) din OMT 290/2000 pentru categoriile de lucrari feroviare critice necesare in vederea indeplinirii contractului de executie, valabile la data prezentarii.

2. Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, respectiv Autorizatie de furnizor feroviar si Agrement Tehnic Feroviar, iar în cazul ofertantilor straini documente echivalente emise in conformitate cu legislatia aplicabila in tara de rezidenta, urmeaza sa fie prezentate, la solicitarea entitatii contractante, de ofertantul clasat pe locul I in clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor.

3. Ofertantul are obligatia de a prezenta un angajament prin care, în cazul expirarii autorizatiei/ atestatelor/certificatelor pe perioada de derulare a contractului, va proceda la prelungirea valabilitatii acestora în termen util, din proprie initiativa si pe cheltuiala sa, aducând acest fapt si la cunostinta entitatii contractante.

Nota:

1. Documentele emise in alta limba, trebuie sa fie insotite de traducerea autorizata in limba romana.

2. In cazul asocierii mai multor operatori economici care participa în comun la procedura de atribuire, cerintele privind capacitatea de exercitare a activitatii profesionale se considera îndeplinite daca acestia demonstreaza ca dispun de respectivele documente si/sau ca unul dintre membrii asocierii detine autorizatia solicitata, dupa caz, cu conditia ca respectivul membru sa execute partea din contract pentru care este solicitata autorizatia respectiva (art. 58, alin. 1 din HG 394/2016).

3. **În cazul în care ofertantul**/candidatul **sau operatorii economici care participa în comun la procedura de atribuire subcontracteaza o parte din contractul sectorial care urmeaza sa fie atribuit, in cadrul criteriile referitoare la capacitatea de exercitare a activitatii profesionale cerinta referitoare la prezentarea unor autorizatii specifice se considera indeplinita daca subcontractantul nominalizat detine autorizatia solicitata prin documentatia de atribuire, cu conditia ca acesta sa execute partea din contract pentru care este solicitata autorizatia respectiva** (art. 58, alin. 2 din HG 394/2016).

4. **Cerinta privind capacitatea de exercitare a activitatii profesionale nu poate fi indeplinita prin intermediul unei alte persoane (tertul sustinator)**.

Se recomanda consultarea site-ului www.....ro**".**

De asemenea, raportat la motivul de respingere a ofertei prezentate de contestatoare, se reține că entitatea contractantă a solicitat acesteia clarificări, ofertanta a răspuns, iar prin procesul – verbal de analiză nr. 25 (nr. 11/1/1915/17.12.2018) s-au reținut următoarele: «Întrebarea nr. 4: Având în vedere cerința din fișa de date prevăzută la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională – Calificări profesionale ale operatorului neconomic, vă solicităm clarificarea următoarelor:

- SC ..... SA – ofertant asociat – Lider al asocierii

Față de cele prezentate în ofertă la pag. 674 – 675 vă solicităm să prezentați Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată – *Lucrări suprastructură.*

- SC ..... SA – Ofertant asociat

Față de cele prezentate în ofertă la pag. 683 – 684 vă solicităm să prezentați Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată – *Lucrări suprastructură.*

- SC ..... SA – Ofertant asociat

Față de cele prezentate în ofertă la pag. 714 – 715 vă solicităm să prezentați Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată – *Lucrări suprastructură.*

Răspuns: ”Sudura aluminotermica, precum și cea electrică reprezintă servicii feroviare conexe destinate domeniului infrastructurii feroviere, conform nomenclator .... – *LISTA PRODUSELOR, LUCRĂRILOR ȘI SERVICIILOR FEROVIARE CRITICE ȘI ÎNCADRAREA ACESTORA ÎN CLASA DE RISC – capitolul C – Infrastructura feroviară punctul 4.6 – Sudarea șinelor, a aparatelor de cale inclusiv materialele pentru sudura aluminotermică.*

Pentru lucrările de infrastructură (ca și cele de suprastructură) au fost solicitate în mod expres documente .... prin fișa de date, documente furnizate odată cu răspuns la solicitarea de clarificări nr. 7 Clarificarea Ofertantului Asocierea .... la pag. 674 – 675, 683 – 684 și 714 – 715.

În ceea ce privește sudura aluminotermică și electrică, întrucât este o activitate reglementată distinct prin Norma Tehnică Feroviară aprobată prin Ordinul nr. 1192/2006, la momentul elaborării ofertei, Asocierea .... a decis să securizeze acest tip de serviciu feroviar prin semnarea unui acord ferm de colaborare cu Proiect Consult SRL (fișierul CFR_CLR_008_Anexe_07_Sudură_PConsult), deținător al ATF nr. 664 și nr. 497.

După depunerea ofertelor, membrii asocierii au decis să demareze la rândul lor, proceduri de agrementare .... după cum urmează:

- Specificație tehnică pentru lucrări de sudarea șinelor de cale ferată și metrou prin procedeul electric al topirii intermediare și presiunii în capete (EP) – ..... SA aprobată în data de 15/06/2018 de către Direcția Tehnică CNCF CFR și în data de 12/06/2018 de către Autoritatea Feroviară Română – Organismul Notificat Feroviar Român;
- Solicitare ..... SA de acordare a Agrementului Tehnic Feroviar pentru Lucrări de sudarea șinelor de cale ferată și metrou prin procedeul electric al topirii intermediare și presiunii în capete (EP);
- Solicitare ..... de acordare a Agrementului Tehnic Feroviar pentru Sudarea șinelor, a aparatelor de cale, inclusiv materialele pentru sudura aluminotermică;
- Solicitare ..... SA de acordare a Agrementului Tehnic Feroviar pentru Sudarea șinelor de cale ferată prin procedeul topirii intermediare și npresiunii în capete (sudura electrică)”;

Celălalt membru al Asocierii, ... SA, deține acreditări echivalente în ....., inclusiv cele referitoare la sudură, însă considerăm că, prin măsurile deja întreprinse, serviciul de sudură în cadrul asocierii Raiworks este suficient acoperit …"

Concluzie: Față de răspunsul prezentat de ofertant la pag. 78 – 91 și cerința din fișa de date, în care se menționează că ofertantul are obligația de a deține autorizație de furnizor feroviar și **agrement tehnic feroviar**, emise de .... în conformitate cu art. 1 alin. (1) și (2) din OMT 290/2000 pentru categoriile de lucrări feroviare critice (sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată – *Lucrări suprastructură*) necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, **valabile la data prezentării**, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu prezintă Agrementele Tehnice Feroviare solicitate. Atașat răspunsului la solicitarea de clarificări acesta prezintă documente prin care solicită ...., acordarea Agrementelor tehnice privind Serviciul Feroviar Critic: "Lucrări de sudarea șinelor de cale ferată și metrou prin procedeul electric al topirii intermediare și presiunii în capete" pt. ...., "Sudarea șinelor de cale ferată prin procedeul topirii intermediare și presiunii în capete (sudură electrică)" și "Sudarea șinelor, a aparatelor de cale inclusiv materialele pentru sudura aluminotermică" pt. ...., documentele fiind înregistrate la .... în 03.12.2018 și 04.12.2018.

De asemenea, ofertantul prezintă pag. 78/103 din răspunsul la solicitarea de clarificări un "Acord ferm de colaborare" încheiat între Asocierea .... și PROIECT CONSULT SRL Sibiu având ca obiect: "… obiectul prezentului acord îl reprezintă prestarea serviciilor critice feroviare de către Prestator, în conformitate cu Anexa 54, art. (2) (c) din OMT 290/2000, după cum urmează:

- Sudura aluminotermică a șinelor de cale ferată și a reperelor de rulare ale aparatelor de cale;
- Realizarea căii fără joante prin sudarea șinelor de cale ferată prin procedeul topirii intermediare și presiunii în capete cu mașinile mobile de sudat cu deplasare pe calea ferată, și înglobarea aparatelor de cale sudată prin procedeul sudurii aluminotermice …"

Față de aceasta, comisia de evaluare constată că operatorul economic PROIECT CONSULT SRL **nu este implicat** în prezenta procedură de achiziție sectorială, neavând niciuna din calitățile prevăzute de legislația incidentă domeniului achizițiilor sectoriale, respectiv de ofertant, terț susținător sau subcontractant.

Autorizația de furnizor feroviar seria AF nr. 7646 și Agrementul tehnic feroviar seria AT nr. 664/2016, seria AT nr. 497/2017 emise de .... pentru operatorul economic Proiect Consult SRL, nu sunt analizate de comisia de evaluare întrucât, îndeplinirea cerinței din fișa de date prevăzută la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională nu poate fi demonstrată prin intermediul altei persoane, autorizațiile/agrementele fiind resurse netransferabile, așa cum de altfel este prevăzut și în fișa de date a achiziției publice, pag. 5/10, punct 4, prin care se menționează că "Cerința privind capacitatea de exercitare a activității profesionale nu poate fi îndeplinită prin intermediul unei alte persoane (terț susținător)."

Așa cum am prezentat anterior, comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu prezintă Agrementul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată din cadrul categoriei de *Lucrări suprastructură*, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire – **cerința neîndeplinită».**

Ca prim aspect, este de reținut că cerința referitoare la prezentarea de către ofertanți a autorizației de furnizor feroviar și agrement tehnic feroviar emise de .... pentru sudarea aluminotermică,

electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată ....ente categoriei de *Lucrări SUPRASTRUCTURĂ,* a fost impusă prin fișa de date, ca cerință de calificare, la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, contrar celor susținute de societatea contestatoare.

Câtă vreme în cadrul cerinței s-a făcut referire la prevederile art. 1 alin. (1) și (2) din Ordinul nr. 290/2000 [*În domeniul transportului feroviar şi cu metroul produsele şi/sau serviciile destinate utilizării în activităţile de construire, modernizare, întreţinere şi de reparare a infrastructurii feroviare şi a materialului rulant, pentru a fi admise din punct de vedere tehnic, trebuie să fie realizate de agenţi economici autorizaţi şi supravegheaţi din punct de vedere tehnic, denumiţi în continuare furnizori feroviari, care fac dovada omologării tehnice feroviare sau, după caz, a deţinerii unui agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs şi/sau serviciu furnizat. (2) Autorizarea şi supravegherea, din punct de vedere tehnic, a furnizorilor feroviari, omologarea tehnică feroviară şi emiterea agrementelor tehnice feroviare se efectuează de către Autoritatea Feroviară Română - ...., denumită în continuare ...., în calitate de organism desemnat de Ministerul Transporturilor pentru a evalua conformitatea produselor şi/sau serviciilor şi pentru a realiza activităţi de inspecţie tehnică feroviară în domeniul transportului feroviar şi cu metroul.*], este evident că ofertanta avea obligația de a se conforma acesteia.

Fiind explicit prevăzut de Ordinul nr. 290/2000 că în domeniul transportului feroviar activitățile de construire, modernizare, întreținere și reparare a infrastructurii trebuie să fie realizate de agenți economici care fac dovada omologării sau, după caz, a deținerii unui agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs și/sau serviciu furnizat, este lipsit de echivoc că ofertanta avea obligația prezentării agrementului tehnic și pentru activitatea de sudură în discuție.

Societatea contestatoare a confirmat existența în cadrul contractului a sudurii aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată ....ente categoriei de *Lucrări Suprastructură,* motiv pentru care avea obligația depunerii Agrementului Tehnic Feroviar și pentru această activitate, de sudare.

Fiind încadrată în clasa A1 de risc potrivit Listei Produselor, Lucrărilor și Serviciilor Feroviare Critice, aflată pe site-un www.....ro, la cap. C, pct. 4.6, raportat la prevederile Acordului de asociere, se impunerea ca fiecare membru al asocierii .... să facă dovada agrementării tehnice .... pentru activitatea de sudare amintită.

Întrucât este o componentă a lucrărilor de suprastructură, activitatea de sudare în discuție având și încadrare în clasa A1 de risc, trebuia prezentat de către membrii asocierii dovada deținerii agrementării tehnice pentru această activitate.

Astfel cum a arătat și contestatoarea prin notele scrise, având în vedere adresa emisă de Autoritatea Feroviară Română – .... nr. 3140/763/20.02....., activitatea de sudare a șinelor de cale ferată

nu poate fi asimilată sau inclusă în nicio altă activitate derulată în cadrul infrastructurii feroviare.

Astfel, fiind o componentă a lucrărilor de suprastructură, cu încadrare în clasa A1 de risc, se impunea deținerea Agrementului Tehnic Ferovier de către executanții lucrărilor, în speța analizată, potrivit Acordului de asociere, cei 3 membrii ai asocierii.

În condițiile în care asocierea ofertantă a stabilit, potrivit Acordului de asociere, că va realiza în comun (toți cei trei asociați) lucrările care fac obiectul contractului care se va atribui, inclusiv cele de suprastructură, respectiv sudarea care a condus la respingerea ofertei, este evident că acești asociați trebuiau să prezinte Agrementul Tehnic Feroviar și pentru activitatea de sudare.

Or, din verificarea documentelor depuse de asocierea ...., se reține că, pentru liniile de cale ferată, ... SA a prezentat AGREMENTUL TEHNIC FEROVIAR Seria AT nr. 673/2017 pentru construcții, modernizări linii de cale ferată, fără sudarea șinelor; Clasa de risc 1A; Data eliberării 22.09.2017; Valabilitate 03.05.....; ..... SA a prezentat AUTORIZAȚIE de furnizor feroviar seria AF nr. 7136 pentru construire, modernizare, revizii și reparații planificate … fără sudarea șinelor; Data eliberării 25.11.2016; Valabilitate 24.11.2021; ..... SA a prezenta AUTORIZAȚIEde furnizor feroviar Seria AF nr. 6501 pentru construcții, reparații și întreținere linii de cale ferată și metrou fără sudarea șinelor … Data eliberării 21.11.2013. Valabilitate 21.11.2018.

Totodată, se reține că asociații ..... SA și ..... SA au solicitat de la Autoritatea Feroviară Română, în data de 03.12.2018, respectiv 04.12.2018, Agrement Tehnic Feroviar pentru lucrări de sudură.

Or, un astfel de demers, ulterior deschiderii ofertelor, nu poate fi acceptat fără încălcarea unuia dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale, respectiv tratamentul egal, reglementat la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016.

Fiind o cerință de calificare impusă prin fișa de date, trebuia făcută dovada îndeplinirii acesteia de la data depunerii ofertei, 24.04.2018, neputându-se accepta depunerea de documente pe parcursul evaluării ofertelor, respectiv după data de 03.12.2018 și 04.12.2018, când membrii asocierii ...., ... SA și ..... SA au solicitat Agrement Tehnic Feroviar pentru activitatea de sudare.

Din verificarea documentelor depuse de asociere, s-a reținut și faptul că societățile subcontractante nominalizate în procedură, ... nu vor executa lucrări de sudare de tipul celor în discuție.

În ceea ce privește afirmația ofertantei în referire la faptul că ..... SA ar îndeplini într-o manieră echivalentă cerința de calificare în discuție, trebuie avut în vedere, pe de o parte că, potrivit prevederilor art. 2 alin. (2) din Ordinul nr. 290/2000 (2) Prestarea serviciilor privind întreţinerea materialului rulant, precum şi construirea, modernizarea, repararea şi întreţinerea infrastructurii de transport feroviar şi cu metroul, denumite în continuare servicii

feroviare critice, poate fi efectuată numai de către furnizorii feroviari, dacă aceştia fac dovada că deţin un agrement tehnic pentru fiecare serviciu prestat.

Adeverința prezentată de ..... SA eliberată de Republica Elena – Ministerul Infrastructurii, Transporturilor și Rețelelor pentru execuția următoarelor categorii de lucrări de specialitate: drumuri; construcții; hidrotehnice; portuare; electromecanice; industriale-energetice, nu poate face dovada îndeplinirii de către asocierea .... a cerinței de calificare în analiză.

Având obligația de a realiza servicii de construire, modernizare, reparare și întreținere a infrastructurii de transport feroviar, denumite servicii feroviare critice, doar prin furnizori feroviari care fac dovada deținerii unui agrement tehnic pentru fiecare serviciu prestat, prin urmare, inclusiv pentru sudare, este evident că cerința de calificare în discuție nu este îndeplinită de asociere.

În ceea ce privește trimiterea ofertantei în cadrul răspunsului de clarificare la faptul că Asocierea .... a decis să securizeze acest tip de serviciu feroviar prin semnarea unui acord ferm de colaborare cu Proiect Consult SRL, este considerată de Consiliu lipsită de relevanță, societatea amintită neavând calitatea de asociat sau subcontractant.

În cadrul DUAE depus de acest operator economic nu se găsește menționat nici ca asociat și nici ca subcontractant, astfel că nu poate fi invocată agrementarea deținută de acesta.

Existența pentru Proiect Consult SRL a Agrementului Tehnic Feroviar și a Autorizației de Furnizor feroviar sunt lipsite de relevanță, în condițiile în care această societate nu are nicio calitate în prezenta procedură de atribuire.

Cât privește susținerea contestatoarei în referire la faptul că, ”pentru a eficientiza executarea lucrărilor din punct de vedere al timpului alocat acestora, în conformitate cu prevederile art. 233 din Legea nr. 99/2016 … își rezervă dreptul de a subcontracta, pe parcursul derulării contractului, o parte dintre lucrările care fac obiectul acestui contract”, trebuie avut în vedere că potrivit prevederilor art. 68 din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 394/2016, subcontractanții nominalizați pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale sunt acceptați doar dacă vor realiza partea de contract pentru care este necesară autorizația solicitată.

Trimiterea contestatoarei la prevederile art. 233 din Legea nr. 99/2016 nu poate fi acceptată, câtă vreme cerința de calificare trebuie verificată la data depunerii ofertei, atribuirea impunându-se a fi realizată în favoarea unei ofertante care îndeplinește toate cerințele documentației de atribuire, respectiv fișă de date și caiet de sarcini, inclusiv clarificări ale acestora.

De asemenea, trimiterea contestatoarei la faptul că depunerea Acordului ferm de colaborare încheiat cu .... ”a avut rolul exclusiv de a demonstra că, în cazul în care va fi necesar, va avea acces inclusiv la capacitatea unui terț de a a executa lucrările de sudare în discuție”, este considerată nefondată, prin fișa de date, la pct. III.2.3.a) fiind explicit precizat, prin Nota 4, că cerința de calificare în discuție **nu poate fi îndeplinită prin intermediul unui terț susținător**.

Raportat la cele reținute, se consideră că o solicitare de clarificare, conform celor susținute de contestatoare nu ar fi fost posibilă fără încălcarea tratamentului egal în procedură.

Astfel, respingerea ofertei depuse de asocierea .... este considerată corectă, critica sub acest aspect fiind neîntemeiată.

Vizavi de criticile contestatoarei față de oferta asocierii ...., declarată câștigătoare, se constată lipsa de interes a acestora.

În aprecierea acestei finalități sunt avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*.

Totodată, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.*

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o entitate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al achizitoarei.

Aplicând aceste considerente la speţa analizată, Consiliul apreciază că formularea unor critici împotriva ofertei câștigătoare depuse de asocierea ...., nu este justificată de existenţa unui interes care să îndeplinească condiţiile expuse anterior.

Cum acuzațiile aduse de contestatoare nu sunt de natură să înlăture caracterul neconform al ofertei acesteia şi să-i asigure accesul la încheierea contractului, este evidentă lipsa de interes a reclamantei în a cere descalificarea altei oferte. Reclamanta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului entităţii contractante de declarare a unei oferte câștigătoare, astfel cum impune art. 3 alin. (1) lit. f) din lege, mai sus menţionat.

În condiţiile în care oferta contestatoarei nu putea fi declarată admisibilă și câștigătoare, este subînţeles că nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului autorităţii

contractante de declarare câștigătoare a altei oferte. Nici prin argumentarea probatorie a contestaţiei şi nici în mijloacele de probă anexate ei, autoarea contestaţiei, contrar art. 249 din Noul Cod de procedură civilă, nu produce vreo dovadă a unui prejudiciu personal decurgând din rezultatul procedurii organizate de .....

În numeroase decizii de speţă, instanţele de validare a deciziilor Consiliului au stabilit că o contestaţie a unui ofertant descalificat corect este lipsită de interes. Cu titlu de exemplu, practica instanţelor judecătoreşti în acest sens:

- Curtea de Apel Cluj, Secţia a II-a Civilă de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 8543 din 22 octombrie 2014: *Pentru petentă analiza pe fond a ofertei câştigătoare prezintă interes doar în situaţia în care propria sa ofertă ar fi fost declarată eligibilă (acceptabilă), ceea ce nu s-a întâmplat. Faţă de împrejurarea că oferta reclamantei, în urma soluţionării prezentului litigiu nu va putea fi reţinută de către autoritatea contractantă ca întrunind cerinţele legale, pentru a putea fi aleasă ca fiind oferta câştigătoare, este inutil (lipsit de interes) a fi analizată pe fondul ei oferta câştigătoare;*
- Curtea de Apel Alba Iulia, Secţia de contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 7353 din 24 octombrie 2014: *În privinţa criticilor aduse de către asocierea petentă deciziei de desemnare a SC … SRL drept ofertant câştigătoar al procedurii, lipsa de interes reţinută prin Decizia Consiliului este întemeiată, în condiţiile în care oferta proprie a petentei a fost declarată inacceptabilă … în mod legal;*
- Curtea de Apel ....., Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 2305 din 20 octombrie 2011: … Interesul în declararea drept inacceptabilă a ofertei câştigătoare se subsumează în totalitate păstrării calităţii de participant în procedura achiziţiei, calitate pe care petenta nu o mai întruneşte …;
- Curtea de Apel ....., Secţia a VIII-a Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 7890 din 27 octombrie 2014: … contestatoarea nu mai are calitatea de participant la procedura de atribuire, iar în aceste condiţii nu mai putea obţine nici un folos practic, în cazul admiterii contestaţiei … astfel motivele contestaţiei referitoare la neconformitatea ofertei … nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al ofertei petentei … şi, pe cale de consecinţă, să îi asigure accesul la procedura de atribuire, contestarea rezultatului fiind lipsită de interes …;
- Curtea de Apel Craiova, Secţia Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 1395 din 02 iunie 2010: *Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câştigător vor fi reţinute ca lipsite de interes în condiţiile în care oferta petentei a fost reţinută ca neconfomă, astfel că nu ar putea obţine niciun folos material direct din reţinerea ca neconformă a ofertei declarate câştigătoare.*
- Curtea de Apel Craiova, Secţia Contencios administrativ şi fiscal, decizia nr. 577 din 05 februarie 2015: *Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câştigător sunt apreciate ca lipsite de interes în condiţiile*

în care oferta petentei a fost reţinută ca neconformă, neputând obţine niciun folos material şi direct din reţinerea ca neconformă a ofertei declarate câştigătoare;

- Curtea de Apel Piteşti, Secţia comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, decizia nr. 743/R-C din 12 septembrie 2008: *În procedura actuală se verifică dacă măsurile adoptate de autoritatea contractantă sunt de natură să o prejudicieze pe reclamantă. Or, dacă oferta ei a fost înlăturată, iar această măsură a fost apreciată ca fiind legală şi întemeiată, orice contestaţie a reclamantei faţă de alte măsuri ale autorităţii contractante nu satisface un interes al acesteia, în sensul că nu îi aduce niciun folos practic. Reclamanta nu a adus în faţa Consiliului niciun argument privind netemeinicia soluţiei adoptată de autoritatea contractantă în privinţa sa, însă Consiliul a apreciat, cercetând din oficiu aspectul respectiv, că măsura respectivă este corectă. Nici în faţa Curţii de apel reclamanta nu a invocat netemeinicia măsurii autorităţii contractante, făcând referire doar la oferta declarată admisă. Cum motivele referitoare la oferta concurentă nu sunt de natură să înlăture caracterul inacceptabil al propriei oferte şi să îi asigure participarea la procedura de atribuire ce se află în derulare, Curtea va reţine lipsa de interes a reclamantei în promovarea contestaţiei şi, respectiv, a plângerii în analiză, pe care o va respinge ca atare;*

- Curtea de Apel Piteşti, Secţia Comercială şi de Contencios Administrativ şi Fiscal, Decizia nr. 645 din 05.06.2009: *Asupra fondului plângerii contestatoarei se constată faptul că ofertanta contestatoare invocă nereguli în privinţa ofertei depuse de o altă societate, fără a avea în vedere faptul că, pentru a putea critica oferta depusă de un alt participant este necesar ca oferta sa să fie admisibilă în funcţie de criteriile menţionate de autoritatea contractantă, în caz contrar, orice critici aduse în raport cu situaţia celorlalţi participanţi relevându-se ca fiind lipsită de interes. Nu este primit nici argumentul potrivit căruia anularea procedurii actuale dă contestatoarei posibilitatea de a participa din nou la procedură ca urmare a reluării acesteia, tocmai pentru că interesul verificat în cauză nu poate fi raportat la un eveniment viitor şi incert, ci doar la procedura actuală în care a participat şi în legătură cu care interesul său este născut şi actual.*

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere că decizia Consiliului nr. 3048/...../...../05.12.2018 a fost atacată cu plângere de asocierea .... și a fost admisă de Curtea de Apel ....., prin hotărârea nr. 753/15.02....., motiv pentru care se consideră că entitatea contractantă are obligația de a anula rezultatul procedurii, respectiv decizia prin care a stabilit câștigătoare oferta asocierii .....

Astfel, criticile împotriva unei oferte care posibil nu va mai avea calitatea de câștigătoare se consideră lipsite de interes, motiv pentru care se vor respinge în consecință.

Pe cale de consecință, Consiliul admite excepția inadmisibilității invocate de intervenienta asociere ...., față de criticile aduse de ..... ofertei sale.

În ceea ce privește solicitarea ..... de audiere a reprezentanților desemnați pentru această procedură, trebuie avut în vedere că potrivit prevederilor art. 21 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, procedura în fața Consiliului este scrisă, iar din documentele și informațiile existente la dosarul cauzei a fost posibilă soluționarea, motiv pentru care se va respinge această solicitare.

Trecând la soluționarea contestației formulate de asocierea ..... SPA, ... SA și ..... (asocierea .....),

prin ....., în calitate de lider al asocierii ....., se constată că este lipsită de interes, având în vedere faptul că oferta acesteia a fost respinsă de entitatea contractantă, prin decizia Consiliului nr. 2925/...../3195/15.11.2018 s-a considerat corectă această respingere, iar Curtea de Apel ..... a menținut această decizie prin hotărârea nr. 1228/11.03.....

Totodată, au fost avute în vedere și prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi*.

Mai mult, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.*

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o entitate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura şi să fi suferit, să sufere sau să rişte să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorităţii contractante.

Aplicând aceste considerente la speţa analizată, Consiliul apreciază că formularea unor critici împotriva ofertelor depuse de asocierile ...., ... și ...., nu este justificată de existenţa unui interes care să îndeplinească condiţiile expuse anterior.

Mai mult, nici faptul că asocierea contestatoare a solicitat anularea procedurii, nu este de natură a justifica vreun interes al acestei ofertante.

Oferta asocierii ..... a fost respinsă, ... menținut prin hotărârea nr. 1228/11.03....., emisă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Cum acuzațiile aduse de contestatoare nu sunt de natură să înlăture caracterul neconform al ofertei acesteia şi să-i asigure accesul la încheierea contractului, este evidentă lipsa de interes a reclamantei în a cere descalificarea altor oferte și anularea procedurii. Reclamanta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului entităţii contractante de declarare a unei oferte câștigătoare, astfel cum impune art. 3 alin. (1) lit. f) din lege, mai sus menţionat.

În condiţiile în care oferta contestatoarei nu putea fi declarată admisibilă și câştigătoare, este subînţeles că nu a suferit, suferă sau

riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecinţă a actului entităţii contractante de declarare câștigătoare a altei oferte. Nici prin argumentarea probatorie a contestaţiei şi nici în mijloacele de probă anexate ei, autoarea contestaţiei, contrar art. 249 din Noul Cod de procedură civilă, nu produce vreo dovadă a unui prejudiciu personal decurgând din rezultatul procedurii organizate de .....

În numeroase decizii de speţă, instanţele de validare a deciziilor Consiliului au stabilit că o contestaţie a unui ofertant descalificat corect este lipsită de interes, iar interesul este raportat la limitele procedurii în care a depus oferta și nu în afara acesteia. Cu titlu de exemplu, practica instanţelor judecătoreşti în acest sens:

- Curtea de Apel Alba Iulia prin decizia nr. 131/27.01.2016 ”Cu privire la justificarea interesului petentei în contestarea ofertei celuilalt concurent, Curtea reține că în analizarea acestuia trebuie pornit de la concluzia deja enunțată: oferta este neconformă și inacceptabilă.

Petenta susține că îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute la art. 255 din ordonanță și face apel la prevederile art. 2 alin. (1) lit. p) din Legea nr. 554/2004, care definesc noțiunea de interes legitim privat ca fiind posibilitatea de a pretinde o anumită conduită, în considerarea realizării unui drept subiectiv viitor și previzibil, prefigurat. Astfel, se impune a se constata că petenta justifică un drept previzibil sau prefigurat care este de natură a fi încălcat prin actul autorității contractante care a fost contestat. Dreptul previzibil constă în posibilitatea pe care petenta o deține în a fi un potențial câștigător al procedurii de achiziție publică, în considerarea experienței și a calificărilor profesionale deținute. De asemenea, interesul petentei este personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declararea procedurii judiciare îi aparține în totalitate. Interesul concret în declararea ofertei celuilalt operator ca fiind neconformă o reprezintă reluarea procedurii de achiziție și să i se dea posibilitatea petentei de a participa, în asociere cu altă societate (în situația în care se consideră că aceasta nu poate participa individual), la licitație și de a câștiga aceasta licitație pentru a realiza serviciile pentru care societatea a fost înființată […].

Raportând definiția interesului legitim privat la caracteristicile procedurii reglementate de ordonanță, prin prisma filtrului de specialitate stipulate în art. 255 alin. (2), Curtea reține că interesul legitim și actual presupune că, în prezenta procedură, petenta să aibă îndreptățirea să participe și să își valorifice un drept. Previzibilitatea acestuia se circumscrie limitelor temporale ale derulării procedurii și nu poate exista în afara ei.

Ca atare, dreptul subiectiv viitor și previzibil, prefigurat, la care face referire petenta, este dreptul de a participa la procedura de evaluare finală a ofertelor, în limitele prezentei proceduri, și nicidecum drepturi referitoare la potențiale participări în alte proceduri.

Privită în această cheie, susținerea petentei potrivit căreia declararea ofertei celuilalt operator ca fiind neconformă ar determina reluarea procedurii de achiziție și, astfel, ea ar avea posibilitatea de a participa, în asociere cu altă societate (în situația în care se consideră că aceasta nu poate participa individual), la licitație și de a câștiga această licitație nu poate fi acceptată.

Pe de o parte, pentru a putea critica o altă ofertă, este necesar ca oferta depusă de petentă să fie corespunzătoare, întrucât dreptul subiectiv la care face referire este născut doar dacă această premisă este îndeplinită, iar, pe de altă parte, o reluare a procedurii nu garantează că oferta petentei ar deveni conformă și, în nici un caz, că ar fi câștigătoare, concurența pe piața serviciilor de profil negarantând un astfel de .....

Reținând că situația-premisă – existența ofertei conforme a petentei – nu este îndeplinită în mod corect a decis Consiliul că aceasta nu justifică un interes legitim și actual în contestarea ofertei concurente.

Ca atare, excepția invocată de autoritatea contractantă prin intâmpinare este întemeiată, iar ca efect al admiterii ei se va menține soluția de neanalizare a criticilor ofertei respective, acestea fiind inutile atât în faza contestației, cât și în cea a plângerii."

– Curtea de Apel ..... prin decizia nr. 3811/01.07.2015 "Interesul unui ofertant în constatarea rezultatului procedurii de atribuire poate fi justificat, sub aspectul folosului practic urmărit prin demersul legal (conform condiției ca interesul să fie născut și actual), numai în cazul în care acesta ar dovedi un beneficiu direct pe care l-ar obține în cazul admiterii contestației sale. În consecință, dacă oferta unui participant la procedură a fost respinsă de către autoritatea contractantă și dacă această măsură a fost confirmată de către Consiliu, atunci același ofertant nu mai poate justifica interesul, în sensul procesual civil, pentru a învesti Consiliul cu o cerere având ca obiect critici privind neconformitatea ofertei declarate câștigătoare.

Așa cum confirmă și doctrina, interesul este o condiție de promovabilitate a oricărui demers judiciar, iar, în mod special în materia achizițiilor publice, interesul în promovarea unei contestații este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfășurare a procedurii de achiziție publică.

Este exclusă condiția existenței unui interes legitim, actual și direct și, totodată, a cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante, din moment ce, chiar urmare a reevaluării dispuse de către Consiliu, nu ar putea fi luată nicio măsură prin prisma căreia să se poată aprecia că intimata – contestatoare justifică existența unui folos practic ce ar fi urmărit prin promovarea demersului. Astfel spus, deoarece oferta intimatei-contestatoare nu este una admisibilă, respectivul participant devenind terț față de procedură, este evident că nu mai există cadrul legal pentru cercetarea legalității deciziei pronunțate cu privire la oferta declarată câștigătoare.

Nu pot fi primite argumentele referitoare, în esență, la interesul de a obține anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 209 din ordonanță. Soluția se impune, în primul rând, întrucât intimata-contestatoare nu mai este operator economic implicat în procedura de achiziție publică, în raport de art. 206 alin. (1) ind. 1 din ordonanță. În al doilea rând, interesul trebuie să fie, potrivit art. 255 alin. (2) lit. a) din ordonanță, în legătură cu procedura de achiziție la care petenta a participat, or, dezideratul de a obține anularea procedurii nu poate fi apreciat ca interes în legătură cu procedura.

În sfârșit, mai apreciază prezenta instanță că și interesul constând în anularea procedurii în vederea reluării acesteia și participării contestatoarei și la viitoarea procedură nu constituie interes direct în sens de folos practic obținut, întrucât nu există nicio garanție că oferta sa va fi declarată câștigătoare. Simpla participare la o viitoare procedură nu constituie un interes legitim, născut și actual, personal și direct, putând și vorba cel mult de un interes ipotetic".

– Curtea de Apel ..... prin decizia nr. 3855/07.07.2015 "Curtea reține că, atât timp cât oferta petentei a fost respinsă în mod corect ca inacceptabilă, aceasta nu are interes actual pentru a critica declararea

că admisibile a celorlalte oferte, dat fiind că prin anularea procedurii de atribuire petenta nu ar obține nici un folos practic.”

– Curtea de Apel ..... prin decizia nr. 4277/21.09.2015 ”Curtea constată că este corect raționamentul Consiliului în sensul că sunt lipsite de interes susținerile petentei referitoare la ofertele celorlalți participanți la procedură, raportat la faptul că în mod legal oferta acesteia a fost exclusă din procedură, având în vedere că, indiferent de rezultatul acestor verificări cu privire la alți ofertanți, acesta nu ar fi în măsură să producă petentei un folos practic, câtă vreme nu ar putea să participe în continuare la procedură și să o câștige cu o ofertă care nu este conformă cu cerința obligatorie din fișa de date a achiziției. Odată stabilit faptul că un ofertant a fost în mod legal exclus din cadrul procedurii de atribuire, ca urmare a încadrării în situația prevăzută la art. 181 lit. c) ind. 1 din ordonanță, orice critici privind legalitatea altor aspecte ale procedurii sau legalitatea altor oferte devin lipsite de interes, întrucât, chiar și în situația în care ar fi întemeiate, nu ar putea avea drept consecință reincluderea în procedură a ofertantului exclus și participarea acestuia la etapele următoare”.

– Curtea de Apel ..... prin decizia nr. 3928/23.08.2016 ”Curtea, analizând motivele pentru care oferta SC KE SRL a fost declarată inacceptabilă și neconformă, a constatat în mod corect că autoritatea contractantă a procedat în mod legal respingându-i oferta. Consiliul a considerat că SC KE SRL nu mai justifică un interes în formularea criticilor referitoare la oferta câștigătoare, în condițiile în care, oricare ar fi rezultatul analizei acestora, caracterul inacceptabil al ofertei depuse de SC KE SRL nu poate fi înlăturat astfel încât să fie declarată câștigătoare a contractului. Consiliul a făcut aplicabilitatea prevederilor art. 32 alin. (1) și art. 33 C. proc. civ., precum și ale art. 255 alin. (1) și (2) din ordonanță și a constatat lipsa de interes a contestatoarei, reținând că nu justifică un interes personal, actual și direct, în situația în care oferta acesteia, în mod legal, a fost respinsă ca inadmisibilă.

Cu opinie majoritară, Curtea reține că soluția pronunțată de Consiliu este legală și temeinică sub acest aspect.

Finalitatea urmărită de contestatoare, dată fiind soluția cu privire la caracterul inacceptabil și neconform al ofertei sale, nu poate fi declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare, ci anularea procedurii, astfel încât să încerce depunerea unei noi oferte în situația incertă a reluării procedurii.

Potrivit dispozițiilor speciale ale art. 255 alin. (1) și (5) din ordonanță, împotriva actelor emise în cursul procedurii de calificare și de atribuire a contractului de achiziție publică doar persoanele interesate și vătămate într-un drept ori într-un interes legitim privat prin actul autorității contractante au deschisă calea contestației.

Interesul este o cerință necesară pentru exercitarea dreptului la acțiune. Prin interes se înțelege folosul practic, imediat, pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii judiciare. Interesul în promovarea oricărei acțiuni trebuie cercetat în persoana reclamantului, iar lipsa lui constituie motiv de respingere a acțiunii. În acest sens, nu poate fi invocat un interes oarecare, ci acesta trebuie să fie legitim, personal – adică propriu celui ce promovează acțiunea

– născut și actual, care există atât la data promovării acțiunii, cât și pe tot timpul exercitării acesteia.[…]

În ceea ce privește cea de-a doua condiție, constând în perspectiva lansării unei noi proceduri, instanța reține că reprezintă o chestiune de fapt stabilirea gradului de certitudine a unui atare eveniment viitor, astfel încât să se poată reține că există folosul practic, imediat, pe care îl are o parte pentru a justifica exercitarea acțiunii judiciare, neputându-se accepta susținerea petentei, conform căreia considerentele Curții Europene ar determina o prezumție absolută a existenței interesului oricărui ofertant de a obține un control exhaustiv de legalitate, doar pentru a obține anularea întregii proceduri. […]

În mod corect a reținut Consiliul că înlăturarea ofertei declarate câștigătoare nu îi aduce contestatoarei folosul practic al adjudecării contractului, iar anularea procedurii nu poate fi echivalentă cu actualizarea interesului, ci presupune un interes viitor, nesigur.

Având în vedere toate aceste considerente, cu majoritate de voturi, Curtea va respinge ca neîntemeiată plângerea, inclusiv în privința capetelor accesorii, a căror soluție depinde de admiterea capătului principal, nemaifiind necesară analiza apărărilor de fond subsidiare”.

Cu toate că deciziile invocate fac trimitere la legea veche în materia achizițiilor publice, cele constatate sunt aplicabile și prin raportare la legislația actuală.

Față de cele reținute se va respinge contestația asocierii ..... ca lipsită de interes, fără soluționarea altor excepții or a fondului cauzei.

Pe cale de consecință, Consiliul admite excepția inadmisibilității invocate de intervenienta asociere ...., față de criticile aduse de asocierea ..... ofertei sale.

Vizavi de documentele puse la dispoziția părților în vederea studierii lor, Consiliul a asigurat ofertantelor această posibilitate, cu excepția documentelor declarate confidențiale.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondate capetele de cerere din contestația depusă de ..... („....."), prin sucursala sa .... (..... SA) - ..... - SUCURSALA ....., ROMÂNIA, privind respingerea ofertei sale, și ca lipsite de interes celelalte capete de cerere privind respingerea ofertei depuse de asocierea ...., precum și ca lipsită de interes contestația asocierii ..... SPA, ... SA și ..... (asocierea .....), prin ....., în contradictoriu cu .....

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererile de intervenție formulate de asocierea .... și le admite.

Cererile de intervenție formulate de asocierile ...., ... și ..... se resping ca inadmisibile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**.....**	**...**

Redactată în 7 exemplare, conţine 46 (patruzeci și șase) pagini.