

DECIZIE
BO2012_0400
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/30.03.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/30.03.2012, depusă de asocieria formată din ■ SA, cu sediul în ■, ■ GmbH, cu sediul în ■, CIF ■, ■ SA, cu sediul în ■, și SC ■ SRL, cu sediul în ■, CUI ■, și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la reprezentantul convențional Societatea Civilă de Avocați ■, cu sediul în ■, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări "construcții și instalații (exclusiv ERTMS, GSM-R, centralizarea electronică), secțiunea 3: ■, tronsonul ■", cod CPV 45234100-7, cu data de deschidere a ofertelor 24.08.2011, organizată de ■ SA, cu sediul în ■, CUI ■, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor, cu stabilirea celei câștigătoare dintre ofertele admisibile.

La 10.04.2012, ■ mbH, cu sediul în ■, CIF ■, și sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ■, a adresat Consiliului cererea de intervenție nr. ■/10.04.2012, prin care solicită respingerea contestației indicate mai sus și menținerea rezultatului procedurii stabilit de autoritatea contractantă.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 și 55 C. proc. civ.

În baza legii și a documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

În temeiul art. 278 al. 2 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația asocierii ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL nr. ■/30.03.2012, în contradictoriu cu ■ SA, și anulează raportul procedurii nr. ■/21.03.2012, precum și adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reclarificarea ofertei contestatoarei, la reevaluarea ofertelor operatorilor economici implicați și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației de atribuire și a legislației în vigoare privind achizițiile publice, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor, autoritatea

va comunica operatorilor economici implicați rezultatul procedurii potrivit ordonanței.

În conformitate cu art. 129 al. 4 și art. 49 al. 3 C. proc. civ., Consiliul recalifică cererea de intervenție nr. 61/10.04.2012, depusă de ■ mbH, în cerere de intervenție în interesul autorității contractante, o încuviințează în principiu în baza art. 52 al. 1 C. proc. civ. și o respinge ca nefondată în temeiul art. 278 al. 5 din OUG menționată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 al. 1 și 3 din OUG 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare. Cu plângere pentru intervenientă *în condițiile art. 56 C. proc. civ.*

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 al. 1 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care asocierea ofertantă ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei sale și de declarare câștigătoare a ofertei concurente prezentată de asocierea ■ mbH - ■ AG - SC ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SRL - SC ■ SA.

În motivarea contestației, autoarea ei învederează că, în urma reevaluării dispuse de Consiliu prin decizia nr. ■/■.12.2011, autoritatea i-a respins, din nou, oferta ca neconformă, considerând că răspunsurile de clarificări aduse de contestatoare sunt neconcludente. Aspectele ce au făcut obiectul singurei adrese trimisă de autoritate cu solicitări de clarificări au vizat:

- resursele necesare pentru principalele materiale: furnizori și surse de aprovizionare;
- tehnologia de lucru pentru specialitatea energoalimentare;
- metodologia de lucru propusă pentru lucrările de sprijinire între firele de circulație;
- lucrările la calea de poduri.

În opinia contestatoarei, a răspuns complet și concludent la fiecare dintre aceste solicitări. Pe parcursul evaluării ofertei, autoritatea nu a precizat că răspunsurile ar fi neconcludente și nici nu a reiterat solicitarea de clarificări. Având în vedere că autoritatea a adresat ulterior asocierii clarificarea unor probleme diferite, este firesc a se prezuma ca răspunsurile la primele solicitări de clarificare au fost concludente.

Comunicarea contestată nu este motivată sub aspectul temeiurilor concrete pentru care toate explicațiile asocierii au fost respinse ca neconcludente.

Deși OUG 34/2006 nu prevede în mod expres ce se înțelege prin răspunsuri "neconcludente" și nici nu conține prevederi referitoare la limitele aprecierii autorității contractante pentru a încadra anumite răspunsuri într-o atare categorie, este evident ca răspunsul neconcludent este acel răspuns ce nu permite, cu un grad suficient de acuratețe, verificarea veridicității afirmațiilor din ofertă.

Art. 17 din ordonanță impune autorității obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 al. (2) în relația cu operatorii economici, inclusiv în privința evaluării ofertelor și a răspunsurilor de clarificare.

Tratamentul egal necesită ca toate ofertele să fie analizate cu același grad de exigență. Urmează să se verifice modalitatea în care autoritatea a procedat la evaluarea ofertei declarată câștigătoare.

Însă, cu certitudine, din analiza comunicării contestate reiese că autoritatea a încălcat principiul proporționalității și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, prin evaluarea formală a ofertei contestatoarei și calificarea discreționară și nejustificată a răspunsurilor transmise drept "neconcludente", fără a lua în considerare informațiile concludente furnizate, circumscrise cerințelor stabilite în documentația de atribuire.

"Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se ca, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate" - Hotărârea Curții de Justiție a UE din 5 mai 1998 National Farmer's Union și alții, C-157/96, pct. 60.

"[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri. [...] Mai mult, ar fi în contradicție cu principiul egalității [...] ca o comisie de evaluare să se bucure de o putere de apreciere nelimitată în a alege dacă sau nu să ceară clarificări privind o oferta individuală, indiferent de considerații obiective și fără a fi supusă unei supravegheri judiciare" - Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, la pct. 37-38.

În decizia nr. 387 din 16.02.2010, Curtea de Apel ■, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, a reflectat în mod similar principiile mai sus enunțate, reținând că: *"Reprezintă o atitudine abuzivă [a autorității contractante] declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta [...] prin prisma interesului public care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidentei [...]."*

Autoritatea nu a luat în considerare niciuna dintre explicațiile transmise față de conținutul ofertei. Astfel, pentru clarificările nr. 2, 3 și 4 autoritatea reține ca unic motiv pentru "neconcludența" răspunsurilor că, la paginile indicate din ofertă nu se regăsește informația solicitată. Însă, ea putea și trebuia să solicite clarificări suplimentare, pentru a da posibilitatea asocierii să argumenteze motivat explicațiile și să ofere explicații suplimentare, cu atât mai mult cu cât existau premisele necesare calificării drept conforme a ofertei, precum și un avantaj cert sub aspect financiar față de oferta declarată câștigătoare.

Autoritatea nu a adresat nicio clarificare suplimentară de natură să le învedereze că răspunsurile furnizate nu ar fi concludente, dar a adresat alte întrebări, de natură a prezuma că a depășit acele aspecte și a procedat la analiza unora noi.

Autoritatea consideră ca răspunsul la clarificarea nr. 1 este neconcludent întrucât "nu precizează resursa necesară (furnizori/sursa de aprovizionare) pentru principalul material: șina - resursa materială principală pentru execuția lucrărilor de cale ferată".

Solicitarea a fost: *"În Fișa de date - Cap. C.3.4.1. pct. a) iv. - se solicita prezentarea în cuprinsul propunerii tehnice a principalelor resurse materiale. Se solicită să precizați unde se regăsește în propunerea d-voastră tehnică depusă resursele: șină, aparatele de cale, traverse de lemn, traverse de beton pentru linia curentă, cămine vizitare, tuburi dren."*

Din redactarea solicitării, în lipsa unor mențiuni obligatorii în acest sens din fișa de date, asocierea a interpretat enumerarea ca fiind una exemplificativă și în niciun caz ca pe o cerință ce ar putea duce la excluderea ofertei sau calificarea răspunsului ca fiind neconcludent. În plus, în condițiile arătate, autoritatea avea posibilitatea de a include în cadrul solicitărilor de clarificări transmise ulterior o nouă clarificare privind acest aspect.

Noua solicitare de clarificări se impunea cu atât mai mult cu cât autoritatea a analizat răspunsurile la clarificarea nr. 1 și a solicitat alte clarificări, suplimentare, cu privire la răspunsul inițial. Astfel, prin pct. 2.6 al solicitării de clarificări nr. ■/■.01.2012, autoritatea

menționează neclaritatea unor aspecte privind furnizorii ■ si ■, însă nu face nicio mențiune cu privire la lipsa unor informații considerate esențiale privind șina.

În plus, în cadrul ofertei (spre exemplu în listele de cantități), precum și în răspunsul la clarificarea nr. 1, existau numeroase referiri la materialul "șină", de natură să creeze convingerea autorității că asocierea va furniza acest material potrivit cerințelor contractului și conform caietului de sarcini.

Cu privire la clarificarea nr. 2, autoritatea a considerat că răspunsul a fost neconcludent întrucât, la paginile indicate, nu se regăsește "descrierea tehnologiei de lucru pentru specialitatea energoalimentare conform rapoartelor experților cooptați".

Solicitarea a fost următoarea: "*Precizări în conformitate cu Fișa de date - Cap. C.3.4.1. pct.2 (modalitatea de prezentare a propunerii tehnice), unde se regăsește în propunerea d-voastră tehnică depusă (paginile din cuprinsul propunerii tehnice depuse) descrierea metodologiei de lucru propusă pentru specialitățile: energoalimentare [...].*"

În răspuns s-a făcut referire la paginile din propunerea tehnică nr. 141-150, 388-448 [vol. I] - Secțiunea 2.3.B. Tehnologia de lucru: Instalații.

Potrivit ofertei [pag. 6, vol. I], ■ SRL urmează să asigure executarea contractului pe specialitatea energoalimentare.

Prin răspunsul dat asocierea a furnizat informațiile relevante, astfel cum au fost solicitate, cu privire la toate aspectele prevăzute în fișa de date la cap. C.3.4.1. pct.2, inclusiv referitoare la tehnologia de lucru la această specialitate. A arătat disponibilitatea și intenția de a acorda toate informațiile relevante pentru a demonstra autorității contractante conformitatea ofertei cu cerințele din fișa de date și caietul de sarcini. A precizat în mod expres în răspunsul transmis că "lucrările privind specialitățile energoalimentare [...] se vor desfășura în concordanță cu prevederile caietului de sarcini pentru această specialitate."

Calificarea răspunsului contestatoarei ca fiind neconcludent este surprinzătoare, având în vedere și experiența anterioară a aceleiași asocieri în cadrul unei alte proceduri de atribuire, desfășurată de aceeași autoritate, unde executarea contractului pentru specialitatea energoalimentare a fost atribuită aceleiași societăți ■ SRL.

Prin clarificarea nr. 3 autoritatea a solicitat: "*În caietul de sarcini - specialitatea terasamente - Capitolul 6.2.3.1. - "Lucrări de terasamente pe intervalele de circulație" al. 1 pct. 1 (pag. 66/88) sunt specificate lucrările de sprijinire între cele două fire de circulație. Se solicită precizări, în conformitate cu Fișa de date - Cap. C.3.4.1. pct. 2 a). iii, unde se regăsește în propunerea d-voastră tehnică*

depusă descrierea metodologiei de lucru propusă pentru lucrările de sprijinire între cele două fire de circulație."

Asocierea a menționat paginile relevante din oferta sa, din care se citează un paragraf. În plus, a reluat în cadrul răspunsului o descriere detaliată a propunerii tehnologiei de lucru pentru sprijinire între cele două fire de circulație, indicând detalii ce ar fi putut să clarifice și să asigure autoritatea contractantă de conformitatea ofertei asocierii cu oricare și toate cerințele relevante impuse prin fișa de date și caietul de sarcini.

Fișa de date nu conține nicio mențiune cu privire la nivelul de detaliere până la care ofertanții trebuie să descrie tehnologiile de lucru, ceea ce demonstrează ca autoritatea a înțeles să lase la latitudinea ofertantului modul de detaliere a acestor tehnologii.

Potrivit clarificării nr. 4, autoritatea a solicitat: *"În Caietul de sarcini - specialitatea poduri - Cap. 6 - Descrierea lucrărilor și ordinea de execuție pct. 6.1. al. 6 (pag. 20/50) sunt specificate detalii privind lucrările la calea pe poduri. Se solicită precizări, în conformitate cu Fișa de date - Cap. C.3.4.1. pct. 2 a), iii, unde se regăsește în propunerea d-voastră tehnică depusă detalii privind lucrările la calea pe poduri."*

Având în vedere textul clarificării, rezultă că solicitarea s-a raportat la prevederile cap. C.3.4.1. pct. 2 a) iii din fișa de date:

"[...] Tehnologia de lucru: descriere mașini, utilaje și echipamente (conform formular L) care să asigure avansul tehnologic corespunzător al lucrărilor și nivelul calitativ al acestora în raport cu condițiile concrete din teren, împreună cu justificări în acest sens; în particular se va prezenta modul în care avansul tehnologic asigurat de mașinile/utilajele/echipamentele propuse va permite încadrarea în termenul de finalizare a lucrărilor prezentat în ofertă (cu excepția specialității telecomunicații feroviare)."

În cadrul ofertei există completat formularul L, în conformitate cu cerințele din documentația de atribuire, acest formular prevăzând în mod expres declarația asocierii privind utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care dispune pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului, precum și lista cuprinzând cantitățile de mașini/utilaje/echipamente tehnice/laboratoare.

De asemenea, asocierea a transmis autorității un răspuns complet și concludent: "Tehnologia de lucru privind calea de pod se regăsește în părțile desenate din Vol. I din Propunerea Tehnică între paginile 65-85." S-a precizat, de asemenea, că "la realizarea lucrărilor de cale pe poduri cu cuva de balast calea sus se va folosi același tip de suprastructură (aceasta fiind detaliată în Vol. I din Propunerea Tehnică-Suprastructură pag. 40-60) [...]". La paginile citate se găsesc date relevante și concludente în ceea ce privește

specialitatea poduri. Răspunsul denotă faptul că asocierea a luat în calcul și a reflectat în oferta sa descrierea tehnologiei de lucru pentru lucrările ce fac obiectul contractului la specialitatea dată.

Mai mult, în vederea clarificării detaliilor cuprinse în oferta sa și pentru a asigura o mai bună înțelegere a acestor aspecte, în cuprinsul răspunsului transmis a fost redată o procedură de lucru specifică respectivelor categorii de lucrări.

De asemenea, asocierea a precizat: "[...] *Totodată dorim să menționăm și faptul că în ceea ce privește executarea lucrărilor de linie pe poduri, acestea se vor realiza în strictă concordanță cu prevederile caietelor de sarcini pentru aceasta specialitate și cu instrucțiunile ■ nr. 4, 303/2003, 314, 317, 340, 341 și proiectul de reabilitare a liniei (acestea se găsesc la pag. 41/30 - caiet de sarcini Poduri); De altfel aceste instrucții sunt norme obligatorii și se aplică în toate cazurile.*"

Simpla analiză a răspunsului transmis relevă faptul că a încercat să clarifice într-o manieră cât mai detaliat și complet întrebările autorității.

În final, contestatoarea solicită Consiliului accesul la dosarul achiziției publice, astfel încât să poată fi verificată legalitatea procesului de evaluare a ofertelor și a atribuirii contractului. Se aduce la cunostința Consiliului intenția contestatoarei de a își completa argumentele din contestație, la momentul la care documentația comunicată Consiliului de către autoritatea contractantă îi va fi accesibilă.

În temeiul art. 275 al. (6) din ordonanță, solicită citarea sa în vederea susținerii de concluzii orale.

În punctul său de vedere nr. ■/10.04.2012 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ■/11.04.2012, autoritatea contractantă susține în apărare că, în fișa de date, cap. C.3.4.1., a indicat ofertanților modalitatea de prezentare a propunerii tehnice, prin enumerarea punctelor ce trebuie precizate în cuprinsul acesteia - "Condiții pe care oferta tehnică trebuie să le întrunească cumulativ". Astfel, ofertanții urmau să precizeze:

"Descrierea metodologiei de lucru propusă pe ansamblul lucrărilor și pentru fiecare din specialitățile care le alcătuiesc, evidențiind cel puțin următoarele: a) Pentru fiecare din specialități:

- firma/firmele care execută lucrarea;
- expertul care coordonează lucrarea;

- tehnologia de lucru: descriere mașini, utilaje și echipamente (conform formular L) care să asigure avansul tehnologic corespunzător al lucrărilor și nivelul calitativ al acestora în raport cu condițiile concrete din teren, împreună cu justificări în acest sens; în particular se va prezenta modul în care avansul tehnologic asigurat de mașinile/utilajele/echipamentele propuse va permite încadrarea în termenul de finalizare a lucrărilor prezentat în oferta (cu excepția specialității "telecomunicații feroviare");

- resursele necesare pentru principalele materiale: furnizori/surse de aprovizionare și cantități estimate; în particular, pentru piatra spartă și strat de

repartiție se vor prezenta carierele de la care se intenționează a se face aprovizionarea cu material la nivelul calitativ cerut în caietul de sarcini, împreună cu cantitățile preconizate a fi achiziționate de la fiecare, un calendar estimat pentru aprovizionare, precum și cu confirmări scrise de la acestea privind capacitatea de a furniza cantitățile estimate conform calendarului;

- logistica de transport al materialelor."

Contestatorul nu a precizat în cuprinsul propunerii tehnice, la specialitatea suprastructura linii de cale ferată (inclusiv poduri, podețe), resursele necesare pentru principalele materiale - furnizori/surse de aprovizionare, în conformitate cu pct. C.3.4.1. pct. 2. a) iv. Nu se poate reține mențiunea contestatorului privind apartenența sau nu a șinei la categoria "materialelor principale" pentru o lucrare de construcție de cale ferată.

Chiar dacă nu s-au specificat în clar în cuprinsul documentației de atribuire materialele principale ale lucrării, comisia de evaluare a precizat explicit în întrebare: *"În Fișa de date - Cap. C.3.4.1. pct. a) iv. se solicită prezentarea în cuprinsul propunerii tehnice a principalelor resurse materiale. Se solicită să precizați unde se regăsește în propunerea d-voastră tehnică depusă resursele: șina, aparatele de cale, traverse de lemn, traverse de beton pentru linia curentă, cămine vizitare, tuburi dren."*

Răspunsul dat face referire la următoarele resurse materiale: "traverse de lemn, aparate de cale, cămine de vizitare, tuburi de dren", fără a se menționa și furnizorul/sursa de aprovizionare pentru șină. Prin urmare, el nu este concludent. Nu s-a impus transmiterea unei noi solicitări de clarificare.

Mai mult, asocierea a transmis comisiei de evaluare adresa nr. ■/16.02.2012, prin care aduce la cunoștință că i s-au trimis un număr mare de întrebări, o avalanșă de clarificări tehnice exagerat de detaliate.

Contestatoarea nu a precizat în propunerea tehnică, la specialitatea energoalimentare, tehnologia de lucru care să asigure avansul tehnologic corespunzător al lucrărilor și nivelul calitativ al acestora în raport cu condițiile concrete din teren, în conformitate cu pct. C.3.4.1., pct. 2.a), iii. Specialitatea energoalimentare este tratată în cuprinsul documentației tehnice într-un caiet de sarcini de 111 pagini și face obiectul lucrărilor la substațiile de tracțiune electrică, a posturilor de transformare și transformatoarelor de putere, a separatoarelor, a cablurilor de energie electrică și a cablurilor de comandă și semnalizare.

Expertii cooptați de la SC ■" SA au consemnat lipsa descrierii tehnologiei de lucru pentru specialitatea energoalimentare, motiv pentru care comisia de evaluare a solicitat contestatoarei: "[...] precizări, în conformitate cu Fișa de date - Cap. C.3.4.1. pct. 2 (modalitatea de prezentare a propunerii tehnice), unde se regăsește

În propunerea d-voastră tehnică depusă (paginile din cuprinsul propunerii tehnice) descrierea metodologiei de lucru propusă pentru specialitățile: energoalimentare [...]"

Întrebarea a fost clară și a definit în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă.

Prin răspunsul nr. 2.1, asocierea a indicat o serie de numere de pagini unde urma să se regăsească metodologia de lucru (pag. 141-150), însă la aceste pagini nu există metodologie sau descrieri de astfel de lucrări. Experții cooptați au consemnat lipsa de la paginile indicate a descrierii tehnologiei de lucru pentru specialitatea energoalimentare. Așadar, răspunsul nu a fost concludent.

Ofertantul s-a autosesizat și a depus odată cu răspunsurile ulterioare (act nr. ■/27.01.2012) și această metodologie de lucru. Însă, o completare a propunerii tehnice cu astfel de metodologii de lucru sau descrieri de lucrări intră sub incidența art. 79 al. 2 din HG 925/2006, ca modificări ale conținutului propunerii tehnice, susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți.

Contestatorul, față de soluția tehnică aleasă de lucru la calea ferată în paralel cu necesitatea asigurării circulației pe tronsonul de cale ferată la care se execută lucrări nu a precizat în cuprinsul propunerii tehnice, la specialitatea terasamente, descrierea lucrărilor de sprijinire între cele două fire de circulație, cu implicații majore în asigurarea siguranței circulației materialului rulant. În consecință, comisia de evaluare i-a solicitat: "*[...] precizări, în conformitate cu Fișa de date-Cap. C.3.4.1. pct. 2 a), iii unde se regăsește în propunerea d-voastră tehnică depusă descrierea metodologiei de lucru propusă pentru lucrările de sprijinire între cele două fire de circulație*".

Contestatoarea a indicat anumite pagini unde urma să se regăsească descrierea metodologiei de lucru, însă comisia de evaluare nu a identificat la paginile date această descriere. Paragraful citat în contestație din propunerea tehnică prezintă o etapizare a lucrărilor și succesiunea închiderilor de linie, iar nu o metodologie de lucru propusă pentru lucrările de sprijinire între cele două fire de circulație.

Ofertantul s-a autosesizat și a depus odată cu răspunsurile ulterioare (act nr. ■/27.01.2012) și această descriere de lucrări.

Situația se repetă și pentru specialitatea poduri, pentru care oferta nu cuprinde detalii privind lucrările.

Pentru ambii ofertanți întrebările au fost identice (referitor la aparatele de cale, tipul de șină, traversă, traversele de beton, montaj contrașină joantele izolate lipite), fără încălcarea principiului tratamentului egal.

Decizia comisiei de evaluare de a declara ca neconformă oferta depusă de asocierea contestatoare este întemeiată pe art. 79 al. (1) din HG 925/2006, potrivit căruia "în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă".

În subsidiar se face precizarea că o completare a propunerii tehnice cu metodologii de lucru sau descrieri de lucrări intră sub incidența art. 79 al (2) din aceeași hotărâre a Guvernului.

La 10.04.2012, ■ mbH, având calitatea de "lider" (nu de reprezentant al ei în fața Consiliului) al asocierii declarate câștigătoare, formată împreună cu ■ AG, SC ■ SA, SC ■ SA, SC ■ SRL și SC ■ SA, a investit Consiliul cu cererea de intervenție nr. ■/10.04.2012, în temeiul art. 49 al. 2 C. proc. civ., prin care solicită respingerea contestației pe rol și menținerea rezultatului procedurii de atribuire. Motivarea pe fond se rezumă la fraza: "*Considerăm că în mod corect Autoritatea contractantă a evaluat ofertele raportându-se la cerințele din documentația de atribuire și legislația aplicabilă*". Intervenienta adaugă că, după studierea dosarului achiziției, "își rezervă dreptul" de a completa cererea de intervenție.

În replică la cererea ■ mbH, contestatoarea a depus adresa nr. ■/13.04.2012, în care susține respingerea ca inadmisibilă a cererii, arătând că, în doctrina procesual-civilă, admisibilitatea cererii de intervenție în interes propriu a fost apreciată în funcție de următoarele condiții:

- tertul urmărește să i se recunoască sau stabilească un drept propriu;

- intervenientul principal invocă un drept propriu asupra bunului ce formează obiectul cererii de chemare în judecată, el tinzând să câștige pentru sine bunul litigios;

- intervenția în interes propriu este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată (art. 50 al. 1 C. proc. civ.), având natura juridică a acesteia, și se îndreaptă împotriva ambelor părți inițiale în proces, reclamant și parat;

- tertul ar avea posibilitatea să își formuleze pretenția și pe cale separată;

- intervenientul opune părților pretenții proprii.

Condițiile menționate nu sunt îndeplinite de cererea de intervenție în interes propriu a ■ mbH. Ea nu are natura unei "cereri de chemare în judecată", respectiv a unei contestații, astfel încât să constituie o veritabilă intervenție în interes propriu. Nu este îndreptată împotriva ambelor părți: contestatoare și autoritate contractantă. Intervenienta nu contestă un act al autorității

contractante si nu se indreapta direct sau indirect impotriva autorității ori a raportului procedurii de atribuire. Prin cererea sa, intervenienta apara poziția autorității si rezultatul procedurii de atribuire stabilit de autoritate. Așadar, conținutul cererii de interventie prezintă caracteristicile unei "aparari", sprijinind poziția autorității, ceea ce are natura unei cereri de interventie accesorie, iar nu in interes propriu.

Prin contestatie, asocierea ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL a reclamat evaluarea nelegala a ofertei sale, "fara a critica admisibilitatea sau conformitatea ofertei asocierii ■". Interesul contestatoarei este, deci, constatarea nelegalității rezultatului procedurii de atribuire in ceea ce privește respingerea ofertei sale. Contestatia se limitează la conformitatea ofertei autoarei si reevaluarea ei.

In condițiile aratate, cererea de interventie in interes propriu a ■ mbH nu poate fi admisă.

In ceea ce privește fondul cauzei, intervenienta se mărginește la a declara ca, in opinia sa, rezultatul procedurii este temeinic si legal, fara a aduce vreo argumentație in sprijinul acestei afirmații. Se impune constatarea faptului ca afirmațiile intervenientei sunt nesustinite/nemotivate, urmând a fi respinse de către Consiliu ca atare.

Dat fiind că ambele ofertante aflate în conflict juridic au cerut Consiliului accesul la dosarul achiziției, organul de soluționare le-a pus la dispoziție documentele dosarului cauzei, cu excepția propunerilor tehnice din oferte, astfel cum se dispune în textul art. 274 al. (4) din OUG 34/2006, și le-a acordat un termen rezonabil pentru formularea de eventuale concluzii scrise.

Totodată, cu adresa nr. ■/17.04.2012, Consiliul a solicitat intervenientei să îi comunice:

- dacă cererea de intervenție este în interes propriu sau în interesul autorității contractante;

- punctul de vedere față de excepția inadmisibilității cererii de intervenție în interes propriu, invocată de asocierea "■-■-■-■" în răspunsul său nr. ■/13.04.2012;

- în cazul în care cererea de intervenție este în interes propriu, conformarea la art. 50 al. 1 C. proc. civ. ("cererea de intervenție în interes propriu va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată"), coroborat cu art. 270 al. (1) din OUG 34/2006 ("contestația se formulează în scris și trebuie să conțină [...]");

- care este actul autorității contractante pe care îl atacă prin cererea de intervenție în interes propriu și în ce fel o vatămă el;

- care este obiectul cererii de intervenție în interes propriu (pretenția proprie a ■ mbH), asimilată unei contestații, dat fiind că

actualul obiect (respingerea contestației asocierii "■-■-■-■" și menținerea rezultatului procedurii) este corespunzător unei cereri de intervenție în interesul autorității contractante, aceasta urmărind același lucru. Prin ce diferă ceea ce solicită intervenienta de ceea ce solicită autoritatea contractantă?;

- dacă dorește recalificarea cererii într-una de intervenție în interesul autorității contractante;

- motivarea solicitării de respingere a contestației asocierii "■-■-■-■" ca nefondată.

Intervenienta a răspuns cu adresa nr. ■/23.04.2012, în care menționează că cererea de intervenție este una în interes propriu.

Dreptul pe care îl invoca este dreptul dobândit prin comunicarea rezultatului procedurii, respectiv acela de a semna contractul de achiziție publică ca urmare a declarării sale castigatoare. El este distinct de dreptul autorității la menținerea actelor emise în cadrul procedurii de atribuire. Deși interesul ambelor părți (autoritate contractantă și ofertant castigator) apare ca fiind comun, fiecare are un drept propriu care derivă din calitatea acestora și din scopul diferit pe care îl urmăresc (autoritatea dorește să își satisfacă nevoile prin achiziția de lucrări, iar ofertantul castigator tinde la obținerea de profit prin execuția respectivelor lucrări). Mai mult decât atât, dacă se vor invoca critici cu privire la oferta sa, este evident interesul său de a obține constatarea de către Consiliu a modului legal în care oferta sa a fost evaluată.

În plus, Curtea de Apel ■, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 197 din 19 ianuarie 2012, a reținut irevocabil posibilitatea ofertantei câștigătoare de a formula cerere de intervenție în interes propriu. O cerere de intervenție accesorie i-ar îngădi accesul la justiție și apărarea propriului drept. Prin urmare, excepția inadmisibilității este nefondată.

Aspectele pe care Consiliul le pune în discuție sunt aspecte de formă, ale unei cereri de chemare în judecată, respectate prin cererea de intervenție formulată, dacă ne raportăm la părți, obiect, capete de cerere, motivare în fapt și în drept. Legiuitorul nu a urmărit, prin introducerea art. 50 al. 1 C. proc. civ., îngradirea dreptului de apărare al părților, deoarece în dreptul comun demersul juridic al intervenientului produce alte efecte și consecințe juridice. Aplicarea dispozițiilor dreptului comun în materia achizițiilor publice ar trebui să completeze legislația specială, iar nu să vină în contradicție cu principiile de drept naționale și europene.

Pretentia proprie care face obiectul cererii de intervenție este constatarea modului legal în care autoritatea contractantă a evaluat ofertele și a declarat castigătoare oferta sa.

Deși demersul juridic se încadrează la art. 49 al. 2 C. proc. civ., atributul calificării unei cereri, raportat la motivele invocate de către parti, aparține Consiliului.

După consultarea documentelor aflate la dosarul cauzei, asocierea contestatoare a înaintat organului administrativ-jurisdicțional notele scrise înregistrate cu nr. ■/23.04.2012, totalizând 18 pagini.

Se arată că argumentele prezentate în susținerea contestației sunt confirmate de observatorii UCVAP, prin opinia anexată la raportul procedurii. Concluzia acestora a fost că "[...] *nu s-a respectat unul din principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, precizate la art. 2 al. (2) lit. b) din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv tratamentul egal.*" Se confirmă că, în evaluarea ofertei contestatoarei, autoritatea a aplicat un tratament diferit față de cel din evaluarea ofertei câștigătorului.

Întrucât contestatoarea nu poate avea acces la propunerea tehnică a asocierii câștigătoare, potrivit art. 274 al. (4) din ordonanță, pentru corecta soluționare a contestației revine Consiliului să aprecieze nelegalitatea evaluării ofertei contestatoarei prin:

- verificarea propunerii tehnice a ■ și a lipsurilor din documentația ofertei, față de clarificările solicitate de autoritate acestui ofertant, precum și față de cerințele documentației de atribuire;

- verificarea răspunsurilor transmise de ■ la solicitările de clarificare ale autorității și măsura în care acestea constituie "precizări" sau "completări" ale propunerii tehnice;

- verificarea legalității aplicării procedurii de atribuire de către autoritatea, față de prevederile art. 2.3 din Ordinul nr. 302/2011 privind aprobarea formularelor standard ale Procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor și Raportului procedurii, aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de servicii, având în vedere că autoritatea a procedat la analiza propunerilor tehnice și apoi a celor financiare, la prima evaluare, iar la a doua invers;

- verificarea manierei în care autoritatea a procedat la evaluarea ofertei contestatoarei prin clarificările solicitate și evaluarea acestor răspunsuri.

Autoritatea contractantă a solicitat clarificări suplimentare asocierii câștigătoare cu privire la propunerea tehnică, deși nu avea o asemenea obligație potrivit deciziei precedente a Consiliului, permițându-i în acest fel modificarea și completarea ofertei după primul proces de evaluare a Consiliului. Conduita autorității în etapa

reevaluării confirmă că evaluarea inițială a ofertei declarate câștigătoare a fost nelegală, incorectă și incompletă, precum și ca propunerea tehnică a ■ nu îndeplinea toate cerințele din caietul de sarcini, desi aceasta fusese declarata câștigătoare.

Rezultă, de asemenea, că fără clarificările suplimentare solicitate ofertantului ■ ulterior deciziei Consiliului (astfel încât să i se permită acestuia depunerea unor clarificări și documente suplimentare), oferta nu ar fi putut îndeplini cerințele din caietul de sarcini.

Prin raportul procedurii de atribuire autoritatea retine in mod nejustificat o alta durata – 32 de luni – pentru executia lucrarilor, fata de cea precizata in oferta contestatoarei – 30 de luni, desi accepta clarificarile sale sub acest aspect și conformitatea ofertei cu cerintele C.3.4.1. pct. 2b)ii din fișa de date. Concluzia ca durata de executie este de 32 de luni este eronata si de natura sa prejudicieze drepturile contestatoarei, având în vedere că durata de execuție a lucrărilor reprezintă unul dintre factorii de evaluare a ofertelor. În plus, durata de execuție se stabilește de către ofertant, nu de către autoritatea contractantă, aceasta neavand nicio competenta materiala în a face adăugiri la o oferta.

Concluziile observatorilor Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice sunt clare sub aspectul nelegalității evaluării:

"Comisia de evaluare a decis ca «anumite completari (cu referire la detalii tehnice) aduse de ambii operatori economici nu aduc modificari ale propunerilor tehnice depuse [...]» asa cum sunt precizate la pag. 3 din procesul-verbal nr. ■/02.03.2012, nu au reprezentat un element de neconformitate al ofertelor, acestea fiind luate in considerare.

In ceea ce priveste motivele de la punctele 2, 3 si 4, de la pag. 20 din procesul-verbal nr. ■/02.03.2012, care stau la baza declarării ofertei Asocierea ■ SA – ■ GMBH – ■ SA – ■ ca fiind neconformă, comisia de evaluare nu a mai ținut cont de completările aduse de ofertant, în urma clarificarilor solicitate considerand raspunsurile ca fiind neconcludente.

Observatorii desemnați au constatat ca, în primul caz, răspunsul primit este neconcludent fără a mai solicita clarificări suplimentare, iar în cel de-al doilea caz, comisia de evaluare, în urma primirii unui raspuns neconcludent, a procedat la transmiterea unei solicitari suplimentare. [Pasajul se referă la evaluarea diferită efectuată de autoritate cu privire la două răspunsuri ale contestatoarei transmise în cadrul aceluiași set de clarificări, un raspuns fiind reținut direct ca neconcludent și temei al deciziei de respingere, însa cu privire la al doilea autoritatea a solicitat clarificări suplimentare.]

[...] comisia de evaluare a considerat faptul ca ofertantul Asocierea ■ SA - ■ GMBH - ■ SA - ■, prin răspunsurile la clarificările solicitate, a completat propunerea tehnică de natură sa intre «sub incidența art. 79 al. 2 din HG 925/2006 [...]».

Observatorii desemnați constată că nu s-a aplicat un tratament egal, deoarece comisia de evaluare, în cazul răspunsurilor la clarificările solicitate ofertantului ■ - ■ - ■ - ■ - ■ - ■, a considerat ca aceste răspunsuri sunt completări ale unor detalii tehnice solicitate prin caietul de sarcini, cu toate ca acestea nu au fost regăsite în propunerea tehnică depusă, așa cum reiese din solicitările de clarificări, întrebarea 1 și întrebarea 2 din răspunsul ofertantului ■ - ■ - ■ - ■ - ■ - ■ ce conține 166 de pagini, înregistrat sub nr. ■/29.12.2011 ora 14.20."

In anexa nr. 1 la procesul-verbal nr. ■/17.02.2012, observatorii rețin, printre altele, că:

"Potrivit comisiei de evaluare, ambii ofertanți au prezentat în ofertele tehnice depuse inițial, referiri/informații cu privire la cerințele minime mai sus-menționate, fiind precizate paginile unde sunt tratate acestea.

Se menționează că la paginile respective din ofertele tehnice depuse inițial, nu se regăsesc referiri/informații cu privire la aceste cerințe minime solicitate prin caietul de sarcini. Se precizează că ambii ofertanți au răspuns în termenul legal stabilit de comisia de evaluare, atașând documente/informații relevante în acest sens.

[...] prin Adresa nr. ■/22.12.2011, ofertantului Asocierea ■ - ■ - ■ - ■ - ■ - ■ i-au fost solicitate «precizări și detalieri» cu privire la «detalii tehnice care nu se regasesc in metodologia de lucru prezentată în propunerea tehnică depusă», iar ofertantului Asocierea ■ SA - ■ GMBH - ■ SA - ■, prin adresa nr. ■/22.12.2011, i s-a solicitat să precizeze «unde se regăsește în propunerea dumneavoastră tehnică» anumite detalii ce nu au fost regasite.

Precizăm faptul ca în cazul aceleiași spețe, respectiv neregăsirea în propunerile tehnice depuse inițial de către ofertanți a unor cerințe minime din caietul de sarcini, comisia de evaluare a incalcat principiul tratamentului egal în ceea ce privește formularea întrebărilor din contextul clarificărilor solicitate [...]."

Relevante sunt și concluziile observatorilor de la pct. 4-8:

"[...] Comisia de evaluare a interpretat in mod diferit raspunsurile la solicitarile de clarificari, neaplicand un tratament egal operatorilor economici implicati in procedura.

[...] la paginile indicate de catre comisia evaluare nu se regasesc informatii/precizari cu privire la cerintele minime solicitate."

Din multitudinea răspunsurilor și documentelor prezentate de asocierea ■ reiese ca a prezentat, de asemenea, "completări" cu

privire la oferta sa, iar nu simple precizări sau detalieri, cum le califică autoritatea contractanta.

Sustinerile autorității sunt contrazise atât de documentele existente la dosarul achiziției, cât și de prevederile legale aplicabile.

Indiferent de caracterul tehnic al clarificarilor solicitate, in cazul in care asocierea ■ a prezentat prin clarificari documente suplimentare fata de continutul ofertei sale si cerintele din caietul de sarcini, neaplicarea acelorasi exigente ca si in cazul contestatoarei nu poate decât să confirme concluziile observatorilor UCVAP, de incalcare a principiului tratamentului egal.

O parte dintre motivele de respingere a ofertei contestatoarei sunt contrazise si de concluziile expertilor cooptati, care au confirmat prin raportul nr. ■/30.01.2012 ca "in documentatia anexata la documentele de clarificare ■/27.01.2012 este prezentata corespunzator descrierea tehnologiei de lucru pentru specialitatea energoalimentare."

Comportamentul autorității este relevat chiar prin modalitatea in care ea a actionat cu privire la clarificarea materialului principal "șină" (primul motiv de respingere) si refuzul de a reitera solicitarea de clarificari pe acest aspect pur formal, in conditiile in care aceeasi autoritate a resolicitat o alta clarificare ce facuse, de asemenea, obiectul setului initial sau a adresat solicitari de clarificari ulterioare.

Avand in vedere cele patru motive retinute de autoritatea contractanta ca temei pentru respingerea ofertei contestatoarei, in urma studiului dosarului achizitiei se confirmă:

- nelegalitatea evaluarii ofertei contestatoarei, prin incalcare a principiului tratamentului egal;

- obligatia autoritatii de a solicita clarificari suplimentare in ceea ce priveste oferta contestatoarei si raspunsul la clarificarea nr. 1 si maniera arbitrara in care autoritatea a evaluat oferta contestatoarei, prin refuzul nejustificat de a reitera solicitarea, in cursul clarificarilor ulterioare;

- valabilitatea pe fond a raspunsurilor contestatoarei la clarificarile nr. 2, 3 si 4, precum si admisibilitatea acestora;

- intenția autoritatii contractante de a crea cerinte in afara documentatiei de atribuire, pentru a putea sustine, pe de o parte, respingerea ofertei contestatoarei si, in egala masura, permite completarea si modificarea ofertei ■.

În ceea ce privește durata de executie a lucrarilor din oferta sa, contestatoarea aduce justificări în sensul determinării ei corecte, precizată ca fiind de 30 de luni, iar nu de 32 de luni, cum eronat menționează autoritatea în raportul procedurii.

În finalul notelor sale, contestatoarea solicită încuviințarea accesului la documentele de calificare ale asocierii declarate câștigătoare, pe care autoritatea a omis să le prezinte Consiliului.

Cu nr. ■/23.04.2012, intervenienta ■ mbH prezintă Consiliului concluziile sale scrise în urma studierii dosarului cauzei.

În esență se invocă și argumentează pe larg neconcludența fiecăruia dintre răspunsurile de clarificare date de contestatoare, aflată în culpă, și temeinicia evaluării ofertelor realizată de autoritatea contractantă. Prin solicitarea de noi clarificări pe aceleași aspecte autoritatea i-ar fi creat un avantaj evident contestatoarei, fapt ce contravine dispozițiilor legale.

La 24.04.2012, intervenienta transmite Consiliului o copie a deciziei civile nr. ■ din 19 ianuarie 2012, prin care Curtea de Apel ■, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, i-a respins plângerea depusă împotriva deciziei anterioare a Consiliului.

La 26.04.2012, intervenienta formulează un răspuns la "concluziile scrise" aparținând contestatoarei, învederând că, prin acestea, autoarea lor aduce noi motive de fapt și de drept față de cele din contestație. Potrivit art. 256 ind. 2 din ordonanță, persoana care se considera vatamata poate sesiza Consiliul doar într-un anumit termen, fapt care exclude posibilitatea partilor de a invoca ulterior alte motive față de cele invocate în termen legal. Consiliul a sancționat un astfel de demers ulterior depunerii contestației cu respingerea ca tardiv formulat (decizia nr. 2180 din 30 mai 2011).

Raportat la modul în care a fost evaluată oferta intervenientei de către autoritatea contractantă, se învederează că, prin răspunsurile transmise la solicitarea de clarificări a autorității nu a fost modificată în niciun fel metodologia propusă prin ofertă. Răspunsurile se referă la caracteristicile tehnice ale materialelor, astfel cum erau ele specificate în caietul de sarcini, și nu la metodologia efectivă de lucru (care se regăsește în ofertă).

De asemenea, prin semnarea și stampilarea condițiilor speciale de contract, câștigătoarea nu și-a completat oferta, ci a confirmat, prin lipsa de obiecțiuni formulate în termen cu privire la condițiile speciale de contract, acceptarea clauzelor prevăzute în acest document.

În ceea ce privește trimiterea făcută de contestatoare la rapoartele UCVAP, respectivele rapoarte au un caracter consultativ pentru autoritatea contractantă.

În continuare se aduc unele contraargumente la afirmațiile contestatoarei vizând durata de execuție a lucrării, iar în final se solicită Consiliului să constate tardivitatea motivelor suplimentare invocate de contestatoare și, pe fond, respingerea susținerilor ca nefondate.

Văzând răspunsul antemenționat al intervenientei, cu adresa nr. ■/27.04.2012, asocierea contestatoare solicită Consiliului să îi acorde un termen rezonabil pentru depunerea de apărări în combaterea excepției tardivității pe care a invocat-o intervenienta.

Contestatoarea a transmis Consiliului apărărilor sale astăzi, 03.05.2012, cu adresa nr. ■/03.05.2012.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ■, publicat în SEAP la ■.07.2011, autoritatea contractantă ■ SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări în cadrul obiectivului de investiții "construcții și instalații (exclusiv ERTMS, GSM-R, centralizarea electronică), secțiunea 3: ■, tronsonul ■", parte a obiectivului "reabilitare a liniei de cale ferată ■, componentă a Coridorului ■ paneuropean, pentru circulația trenurilor cu viteza maximă de 160 km/h", lucrări estimate valoric la ■ lei, fără TVA. Anunțul a fost publicat și în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene nr. ■ din ■ iulie 2011. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ■.07.2011, alături de anunțul de participare, cu excepția documentelor tehnice a căror dimensiune nu a permis postarea lor.

La procedură s-au prezentat patru asocieri de operatori economici, între care și asocierea ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL, a cărei ofertă (cu prețul cel mai scăzut) a fost respinsă de autoritatea achiziitoare ca neconformă, întrucât: *"explicațiile prezentate de ofertant prin răspunsul la clarificări nu au fost concludente și, în același timp, ofertantul a modificat conținutul propunerii financiare, și anume: a modificat Anexa la Formularul de ofertă (pag. 3-5 din Oferta financiară depusă), Sub-clauza 13.5(b)(ii) - procentul «maxim 5%» în «maxim 10%» din sumele provizionate, prin depunerea unei noi Anexa la Formularul de ofertă (pag. 93-95 din Răspunsul la clarificări); autoritatea contractantă constată o realocare între liniile bugetare declarate în oferta inițială."* Această motivare se regăsește în raportul procedurii de atribuire nr. ■/07.11.2011 și în adresa de comunicare a rezultatului procedurii trimisă de autoritate asocierii la 07.11.2011. Împotriva acestui rezultat, asocierea a inițiat la Consiliu un demers de anulare a lui, prin contestația nr. ■/15.11.2011, care a fost admisă de organul administrativ-jurisdicțional prin decizia nr. ■/■.12.2011, conform dispozitivului căreia a fost anulat raportul procedurii nr. ■/07.11.2011 și comunicările rezultatului procedurii și obligată autoritatea contractantă la reclarificarea ofertei contestatoarei, la reevaluarea ofertelor operatorilor economici implicați și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației în vigoare, în termen de cel mult zece zile de la data primirii deciziei.

Decizia a fost ridicată de autoritate la 13.12.2011, dată de la care avea obligația aducerii ei la îndeplinire în termenul impus, de zece zile [art. 278 al. (4) din ordonanță nu permite stabilirea unui termen mai lung]. Reevaluarea s-a încheiat, după expirarea acestui termen, prin raportul procedurii nr. ■/21.03.2012, prin care oferta asocierii ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL a fost respinsă ca neconformă, întrucât anumite explicații date de ofertantă au fost considerate de autoritate neconcludente, iar oferta asocierii ■ mbH - ■ AG - SC ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SRL - SC ■ SA, singura ofertă admisibilă rămasă în competiție, a fost declarată câștigătoare.

După primirea adresei autorității contractante de comunicare a acestui rezultat al procedurii, pentru motivele evocate mai sus, asocieria ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL a investit Consiliul, în termen legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de petentă, Consiliul găsește util a relua câteva dintre elementele de fixare a cadrului speței consemnate în decizia sa precedentă:

Astfel, primordial trebuie relevat că achiziția în referință se remarcă printr-o valoare financiară alocată considerabilă, respectiv de ■ lei, fără TVA, ceea ce face ca licitația organizată de ■ SA să fie una cu impact semnificativ asupra întregului sector al achizițiilor publice din România, unde nu se întâlnesc în mod uzual achiziții cu asemenea valori, dar și asupra bugetului din care este suportată finanțarea.

Raportat la quantumul sumelor implicate în achiziție, cu certitudine contractul în discuție este unul de importanță și interes deosebite pentru toți factorii implicați, inclusiv pentru cei cu atribuții de control și monitorizare, ceea ce reclamă o atenție sporită din partea lor, în special din partea autorității contractante – pentru respectarea tuturor dispozițiilor și principiilor legale în atribuirea lui, precum și pentru eliminarea oricăror suspiciuni de favorizare sau de defavorizare în participarea la procedură a anumitor operatori economici ori de atribuire părtinitoare a contractului. Rolul activ al autorității contractante trebuie să fie extins până la elucidarea în cele mai mici amănunte a ofertelor, pentru a preveni comiterea oricărei greșeli în evaluarea lor, greșeli ale căror repercusiuni nu pot fi ignorate, ci dimpotrivă.

În rândul secund, trebuie observat că autoritatea și-a îndeplinit obligația de transparență în etapa preofertare, punând la dispoziția operatorilor economici documentația aferentă licitației și clarificările pe marginea ei. Obligația de transparență constituie o expresie concretă și specifică a principiului egalității de tratament, principiu care și-a dobândit consacrarea în jurisprudența Curții Europene de Justiție, care consideră de mult timp că acest principiu aparține

principiilor fundamentale ale dreptului comunitar [Hotărârea din 19 octombrie 1977, Ruckdeschel și alții (117/76 și 16/77, Rep., p. 1753, punctul 7)], pe care statele membre au obligația să le respecte atunci când acționează în domeniul dreptului comunitar. Acesta figurează printre drepturile fundamentale a căror respectare este asigurată de către Curte (Hotărârea din 12 decembrie 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rep., p. I-11915, punctul 32).

Curtea a precizat domeniul de aplicare al obligației de transparență în Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rep., p. I-10745, punctele 61 și 62), precum și în Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rep., p. I-8585, punctul 111). Potrivit instanței comunitare, această obligație are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Obligația menționată constă în garantarea, în favoarea tuturor potențialilor ofertanți, a unui nivel de publicitate adecvat al procedurii de atribuire, care să permită astfel asigurarea condițiilor concurențiale pe piață și controlul imparțialității procedurii. Aceasta presupune, de asemenea, ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în documentația de atribuire. Aceasta trebuie să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel.

Documentația de atribuire emisă de autoritate, din care fac parte integrantă și cele aproape 50 de clarificări care o privesc, nu a fost contestată de niciun operator economic. Date fiind volumul și complexitatea excepțională a documentației de atribuire, putem găsi în acestea o circumstanță atenuantă în sprijinul ofertanților, a căror vigoare a fost neîndoios pusă în dificultate de către autoritatea contractantă, cu sau fără voia ei.

După aceste scurte informații introductive, trecând la cercetarea pe fond a reclamației cu care a fost însărcinat, Consiliul reține că, potrivit comunicării nr. ■/22.03.2012, oferta asocierii contestatoare a fost declarată neconformă, în temeiul art. 79 al. 1 din HG 925/2006, deoarece explicațiile de clarificare furnizate nu au fost concludente: "1. Răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act ■/■ dec. 2011 nu precizează resursa necesară (furnizori/sursa de aprovizionare) pentru principalul material: ȘINĂ - resursă materială principală pentru execuția lucrărilor de cale ferată; 2. Răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act. ■/■ ian. 2012 - la paginile indicate nu se regăsește descrierea tehnologiei de lucru pentru specialitatea ENERGOALIMENTARE, conform rapoartelor experților cooptați; 3. Răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act. ■/■ ian. 2012 - la paginile indicate nu se regăsește

descrierea TEHNOLOGIEI DE LUCRU PENTRU SPRIJINIRE ÎNTRE CELE 2 FIRE DE CIRCULAȚIE; 4. Răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act. ■/■ ian. 2012 - la paginile indicate nu se regăsește descrierea TEHNOLOGIEI DE LUCRU PRIVIND CALEA PE PODURI."

Acestea sunt motivele, reproduse fidel, de respingere a ofertei asocierii, comunicate de autoritate și opozabile destinatarului. Înainte ca ele să fie analizate punctual, se cuvine a fi remarcat că și la precedentă evaluare, anulată de Consiliu ca nelegală, oferta contestatoarei a fost respinsă de autoritate deoarece anumite explicații au fost considerate, de asemenea, neconcludente.

Relativ la primul argument al autorității: "*răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act ■/■ dec. 2011 nu precizează resursa necesară (furnizori/sursa de aprovizionare) pentru principalul material: șină*", el nu poate fundamenta respingerea unei oferte de peste un miliard de lei și de o complexitate vădită, cum este cea în discuție, o asemenea consecință fiind disproporționată în raport cu cauza pe care se sprijină. În plus, conformitatea sau neconformitatea ofertei nu se determină (în principiu și în speță) în funcție de menționarea sau nu a sursei de aprovizionare, întrucât nu sursa materialului contează (care poate fi oricare, din orice țară), ci caracteristicile tehnice asumate pentru respectivul material. În răspunsul său nr. ■/30.12.2012, la poz. 5, asocieria contestatoare a indicat tipurile de șină pe care le va utiliza (60E1 și 49E1), care respectă standardele SR EN 13674-1+A1:2008, oțel R260 și R350 HT, cu anumite durități, adăugând și caracteristicile mecanice și chimice ale celor două tipuri de oțeluri.

După cum judicios a semnalat contestatoarea, principiului proporționalității, la care trimite art. 2 al. 2 lit. e din OUG privind achizițiile publice, îi trebuie dat un înțeles mai cuprinzător, dincolo de sfera exemplurilor clasice (axate pe condiționările cuprinse de autoritățile contractante în documentația de atribuire). Astfel, este disproporționată o respingere ca neconformă a unei oferte complexe pentru orice scăpare minoră într-un răspuns de clarificare a ei. Pe deasupra, considerentul autorității nu este determinant în stabilirea conformității ofertei și nu are nimic în comun cu dovedirea capacității ofertantului de a îndeplini corespunzător contractul licitat.

Trebuie să existe o corelare rezonabilă între fapta "incriminată" și gravitatea măsurii "sanționatorii" la îndemâna autorității contractante. Actuala legislație în domeniu tinde să se apropie de operatorii economici care participă sau intenționează să participe la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică (să îi sprijine) și să se îndepărteze de libertatea de acțiune a autorităților contractante.

Autoritatea nu beneficiază de o putere discreționară în a respinge o ofertă pentru omisiuni minore și fără relevanță în

stabilirea conformității ofertei. În decizia sa civilă nr. 387 din 16 februarie 2010, irevocabilă, Curtea de Apel ■, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, a statuat că *"reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta. Prin prisma interesului public care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidentei, fiind preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare."*

Totalitatea mijloacelor puse la dispoziția administrației trebuie să rămână întotdeauna într-un raport echitabil cu ceea ce le determină. Proportionalitatea reprezintă un criteriu adesea decisiv în evaluarea legalității actelor și acțiunilor instituțiilor statului, inclusiv a celor aparținând autorităților contractante în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică. Ea împrumută elemente din teoria abuzului de drept în administrativ (exercitarea dreptului de apreciere al autorităților publice prin încălcarea limitelor competenței prevăzute de lege sau prin încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor reprezintă un exces de putere – Legea contenciosului administrativ 554/2004), prin care este sancționată adoptarea de acte cu "fraudarea legii" (*acte adoptate sub acoperirea unei norme, dar care urmăresc un rezultat interzis*).

Consiliul apreciază că respingerea ofertei reclamantei este rezultatul unui abuz de drept și al greșitei interpretări a dispozițiilor legale. Abuzul de drept provine din faptul că autoritatea, deși avea posibilitatea de a reclarifica și de a afla ușor de la ofertantă sursa materialului șină, a preferat să o sancționeze cu respingerea ofertei ca neconformă, pentru un aspect neesențial (proveniența materialului). Pe de altă parte, abuzul este evidențiat și de maniera de a acționa a autorității: de la începutul evaluării ofertelor (la 24.08.2011) autoritatea i-a cerut reclamantei mai multe seturi considerabile de clarificări, cel puțin patru, vizând diverse elemente ale ofertei, iar o nouă solicitare de clarificări pe subiectul provenienței șinei nu afecta cu nimic legalitatea procedurii. În relația cu ofertanta reprezintă o dovadă de rea-credință din partea autorității ca, după patru solicitări de clarificări, să nu îi mai solicite o clarificare minoră legată de furnizorul șinei. Și mai relevant este că, după ce a primit răspunsul asocierii nr. ■/30.12.2011, pe care l-a apreciat neconcludent deoarece nu apărea furnizorul șinei, autoritatea contractantă a făcut apel la ofertantă cu alte două noi solicitări de clarificări, însă nu a amintit nimic despre "neconcludența" răspunsului din 30.12.2011. Procedând în acest fel, autoritatea a lăsat ofertantei

să înțeleagă că răspunsul său a fost corespunzător, în sensul că nu necesita noi lămuriri. Practic, prin revenirea cu noi solicitări, indirect autoritatea a acoperit viciile de care suferea primul răspuns (l-a validat).

La fel ca și la precedenta evaluare, constatată a fi nelegală de către Consiliu prin decizia sa nr. ■/■.12.2011, și în speța de față asocieria ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL se află sub protecția principiului încrederii legitime, comportamentul autorității contractante fiind de natură să îi formeze asocierii convingerea că oferta sa nu îi va fi respinsă din cauza răspunsului dat la 30.12.2011. Prin faptul că autoritatea a revenit cu alte două solicitări de clarificări la adresa asocierii (nr. ■/10.01.2012 și ■/23.01.2012), chiar și la o lună de zile de la cea în referință, a creat premisele ca asocieria să considere că răspunsul său a fost cel așteptat de autoritate, respectiv să se încredințeze în mod rezonabil că oferta sa nu îi va fi respinsă din pricina aceluși răspuns anterior. Așadar, noile acțiuni ale autorității i-au inoculat contestatoarei speranța legitimă că răspunsul său de clarificare dat la 30.12.2011 este concludent (corespunzător).

Pornind de la acest raționament, decizia autorității contractante de respingere a ofertei în discuție, fără a cere alte clarificări, intră în conflict cu principiul încrederii legitime (calificat în jurisprudența constantă a Curții Europene de Justiție drept "principiu fundamental al Comunității"), separat de conflictul ei cu principiile proporționalității și buneii-credințe.

În intervalul celor aproape trei luni de la recepționarea răspunsului considerat "neconcludent" nimic nu a oprit autoritatea să pună în vedere asocierii ca, alături de răspunsurile la "avalanșa" de noi întrebări, să aducă precizări și despre șina de cale ferată ofertată. De asemenea, nici nu îi crea un avantaj ofertantei în comparație cu contraofertanții săi, întrucât indicarea unui furnizor de șină nu schimbă cu nimic oferta.

Pornind de la cele evocate, o revenire cu întrebări punctuale se impunea, mai cu seamă că autoritatea *are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea și conformitatea ofertei.*

Prin urmare, pentru lămurirea situației, în temeiul art. 78 teza I din HG 925/2006 și a principiilor arătate mai sus, autoritatea contractantă avea obligația legală să resolicite ofertantei explicații asupra șinei pe care o va folosi în realizarea investiției ofertate, de peste un miliard de lei, anterior considerării admisibilității sau inadmisibilității/respingerii ofertei sale.

În concluzie, se constată că evaluarea realizată de autoritate a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune reclarificarea cu ofertantul contestator a aspectului în referință,

știindu-se că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente sau neclare, care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 57 a statuat, *inter alia*: "[...] când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei [...] arată că este probabil ca ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului buneii administrări ca această ofertă să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781, punctele 37 și 38). [...] principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 43)."

Neîntemeiată este respingerea ofertei și pentru celelalte considerente comunicate de autoritate prin adresa nr. ■/22.03.2012: "2. Răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act. ■/■ ian. 2012 - la paginile indicate nu se regăsește descrierea tehnologiei de lucru pentru specialitatea ENERGOALIMENTARE, conform rapoartelor experților cooptați; 3. Răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act. ■/■ ian. 2012 - la paginile indicate nu se regăsește descrierea TEHNOLOGIEI DE LUCRU PENTRU SPRIJINIRE ÎNTRE CELE 2 FIRE DE CIRCULAȚIE; 4. Răspunsul la clarificări cu nr. ■ din act. ■/■ ian. 2012 - la paginile indicate nu se regăsește descrierea TEHNOLOGIEI DE LUCRU PRIVIND CALEA PE PODURI."

Separat de argumentele de mai sus, care își mențin valabilitatea, este de observat că reprezentanții desemnați de UCVAP, în scopul sesizării în vederea corectării de eventuale nereguli, prin opinia anexată la raportul procedurii au semnalat autorității încălcarea dispozițiilor legale:

"1. Comisia de Evaluare a decis că anumite „completări (cu referire la detalii tehnice) aduse de ambii operatori economici nu aduc modificări ale propunerilor tehnice depuse și nu au fost determinante în stabilirea conformității/neconformității acestora", așa cum sunt precizate la pagina 3 din procesul verbal nr. ■/02.03.2012, nu au reprezentat un element de neconformitate a ofertelor, acestea fiind luate în considerare.

În ceea ce privește motivele, punctele 2, 3 și 4, de la pagina 20 din procesul verbal nr. ■/02.03.2012, care stau la baza declarării ofertei Asocierea ■ SA - ■ GMBH - ■ SA - ■ ca fiind neconformă, comisia de evaluare nu a mai ținut cont de completările aduse de ofertant, în urma clarificărilor solicitate, considerând răspunsurile ca fiind neconcludente.

2. Cu privire la punctul 2 al motivelor de neconformitate, de la pagina 20 din procesul verbal nr. ■/02.03.2012, menționăm că, în raportul experților tehnici cooptați, înregistrat cu nr. ■/30.01.2012, se menționează: „în documentația anexată la documentele de clarificare ■/■.01.2012 este prezentată corespunzător descrierea tehnologiei de lucru pentru specialitatea ENERGOALIMENTARE"

Răspunsurile la clarificările solicitate din documentația anexată, nu au fost luate în considerare de către comisia de evaluare, aceasta neprecizând dacă cele de mai sus reprezintă un element de conformitate/neconformitate a ofertei.

În opinia observatorilor desemnați, comisia de evaluare ar fi trebuit să ia în considerare documentele anexate de către ambii ofertanți, stabilind conformitatea/neconformitatea acestora și încadrarea lor în prevederile legale.

De asemenea, comisia de evaluare ar fi trebuit să ia în considerare și concluziile finale ale raportului experților cooptați înregistrat cu nr. ■/30.01.2012, conform căruia „în documentația anexată la documentele de clarificare ■/■.01.2012 este prezentată corespunzător descrierea tehnologiei de lucru pentru specialitatea ENERGOALIMENTARE".

3. În procesul verbal nr. ■/02.03.2012, la pagina 20, în ceea ce privește punctul 1 din motivele care au determinat declararea ofertei depuse de Asocierea ■ SA - ■ GMBH - ■ SA - ■ ca fiind neconformă, Comisia de evaluare a considerat că răspunsul primit de la ofertant la clarificările solicitate la nr.■ din act. ■/■.12.2011, este neconcludent, fără a mai solicita clarificări suplimentare cu privire la acest aspect.

De asemenea în procesul verbal nr. ■/02.03.2012, la pagina 3, „ref. Punctul 3", este precizat faptul că „pentru respectarea unui tratament egal între ofertanți, comisia de evaluare consideră că unui ofertant i-au fost necesare două solicitări de clarificări pentru a răspunde" precum și că „specialiștii de formație tehnică din cadrul comisiei de evaluare au considerat necesar și esențial a se solicita clarificări suplimentare"

Observatorii desemnați au constatat că, în primul caz, răspunsul primit este neconcludent fără a mai solicita clarificări suplimentare, iar în cel de-al doilea caz, comisia de evaluare în urma primirii unui răspuns neconcludent, a procedat la transmiterea unei solicitări suplimentare.

Menționăm faptul că, în ceea ce privește răspunsurile comisiei de evaluare referitoare la observațiile „nereținute ca întemeiate", urmare procesului verbal nr. ■/17.02.2012, observatorii desemnați precizează că nu se pot pronunța cu privire la specificațiile tehnice solicitate prin documentația de atribuire, acestea fiind analizate doar din punct de vedere procedural, în vederea respectării principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziții publice.

4. În raportul procedurii neaprobat din 16.03.2012, comisia de evaluare a considerat faptul că ofertantul Asocierea ■ SA - ■ GMBH - ■ SA - ■ prin răspunsurile la clarificările solicitate, a completat propunerea tehnică de natură să intre "sub incidența art. 79 al. 2 din HG 925/2006 că "modificări ale conținutului propunerii tehnice depuse

De neînțeles și excesivă este atitudinea autorității de a nu lua în considerare documentele de clarificare depuse de contestatoare cu adresa nr. ■/27.01.2012, de care trebuia să țină seama în timpul evaluării, făcând parte din detalierile ofertei. Nu există nicio explicare în raportul procedurii despre ignorarea acestor clarificări, respectiv ce normă legală interzice autorității să rețină și să analizeze clarificările depuse. Într-adevăr, se face referire la art. 80 al. (3) din HG 925/2006, însă neîncadrarea clarificărilor în categoria "viciilor de formă" nu presupune automat că autoritatea trebuie să nu le ia în considerare. Prin urmare, dacă autoritatea nu dorește să ia act de lămuririle din 27.01.2012 prezentate de ofertantă, atunci ea este datoare să argumenteze în fapt și în drept refuzul său. În caz contrar, constituie o încălcare a obligației de evalua ofertele prin prisma tuturor documentelor depuse de ofertant, inclusiv a celor depuse pe durata evaluării.

Este neavenit un raport al procedurii prin care se ignoră clarificarea nr. ■/27.01.2012, în care se explică pe larg tehnologiile aplicate, care se afla în posesia autorității la momentul elaborării raportului procedurii. Concludența răspunsului se judecă prin prisma *tuturor informațiilor cuprinse în sau anexate la răspuns*.

Pe de altă parte, respingerea unei oferte atât de complexe pentru lipsa a trei *descrieri* de tehnologii ridică serioase semne de întrebare, întrucât nu descrierea tehnologiilor (care, de regulă, reproduc standardele și normativelor aplicabile în diverse sectoare de activitate) dă valoare ofertei și asigură autoritatea de calitate a lucrărilor. O ofertă în care tehnologiile sunt descrise deficitar nu conduce automat la concluzia că lucrările vor fi de slabă calitate sau că ofertantul nu are capacitatea de a îndeplini corespunzător contractul. Important este ca autoritatea contractantă să determine conformitatea ofertei cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, date de proiectant, iar în cazul de față autoritatea nu a invocat astfel de abateri. Nu trebuie omis nici că asocierea a subliniat în răspunsul său că "lucrările privind specialitățile energoalimentare, protecția instalațiilor din cale și vecinatate și iluminat în zona macazurilor se vor desfășura în concordanță cu prevederile caietelor de sarcini pentru aceste specialități".

Este corectă afirmația reclamantei, precum că: "O oferta depusa pentru un contract de natura celui care face obiectul prezentei Proceduri de Atribuire este extrem de complexă, cu informații detaliate, de natura tehnică, făcând necesară o atenție și disponibilitate sporite din partea unei autorități contractante, astfel încât să fie asigurată o evaluare conformă, temeinică și legală a

ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire, inclusiv sub aspectul problemelor ce se impun a fi clarificate de către ofertanții participanți la procedură."

Ceea ce transpare din toate cele ce preced este concluzia că, în primul rând autoritatea trebuia să evalueze inclusiv documentele anexate răspunsului nr. ■/27.01.2012, nu doar trimiterea la pag. 141-150 din propunerea tehnică, iar în al doilea rând, dacă informațiile furnizate de contestatoare (și nu numai) îi erau insuficiente, autoritatea contractantă era ținută să revină cu o nouă solicitare de clarificare către ofertantă, iar nu să aplice sancțiunea drastică și disproporționată a respingerii ca neconformă a ofertei pentru neindicarea provenienței șinei (primul motiv) și nedescrierea anumitor tehnologii (al doilea motiv). În niciun caz interesul sau scopul autorității contractante nu trebuie concentrat înspre descoperirea, cu orice preț, de pretexte de respingere a ofertelor, ci dimpotrivă, de a atrage și menține în competiție cât mai mulți potențiali parteneri, asigurând în acest fel premisele unei concurențe reale și loiale, precum și utilizarea eficientă a fondurilor publice.

Față de ansamblul celor ce preced, în baza art. 278 al. (2) din OUG 34/2006, Consiliul va admite contestația asocierii ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL nr. ■/30.03.2012, în contradictoriu cu ■ SA, va anula raportul procedurii de atribuire nr. ■/21.03.2012 și va obliga autoritatea contractantă la reclarificarea ofertei contestatoarei, la reevaluarea ofertelor operatorilor economici implicați, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației licitației și a legislației privind achizițiile publice.

În baza aceleiași temeii legal va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să comunice operatorilor economici implicați, după reevaluarea ofertelor, rezultatul procedurii de atribuire, conform OUG 34/2006.

Sintagma "*operator economic implicat*", de care trebuie să țină seama autoritatea contractantă, este cea definită la art. 206 al. (1) ind. 1 din ordonanță.

Cu privire la cererea de intervenție nr. ■/10.04.2012, depusă de ■ mbH – ca ofertantă membră a asocierii declarate câștigătoare –, Consiliul ia act că autoarea ei o califică drept cerere în interes propriu, însă nu o poate considera astfel, pentru următoarele motive:

Oricine are interes poate interveni în pricina aflată pe rolul Consiliului, în care se confruntă contestatorul și autoritatea contractantă, mai cu seamă ofertanții declarați câștigători.

Potrivit art. 49 al. 2 C. proc. civ., intervenția este în interes propriu când cel care intervine invocă un drept al său. Tocmai de

aceea intervenția în interes propriu este făcută sub forma unei cereri de chemare în judecată (art. 50 al. 1 C. proc. civ.), având natura juridică a acesteia, și se îndreaptă împotriva ambelor părți inițiale din proces, contestator și autoritate contractantă, în cazul de referință.

Terțul ar avea posibilitatea să își formuleze pretenția și pe cale separată, declanșând un proces în care să aibă calitatea de reclamant (care să se conexeze cu cel pornit anterior), dar se adresează Consiliului în această modalitate, printr-o cerere incidentală. Intervenientul principal nu poate avea în procesul în care a intervenit decât calitatea de reclamant.

Cererea de intervenție în interes propriu fiind o cerere principală, spre deosebire de intervenția accesorie, care are natura juridică a unei simple apărări, este socotită ca o cerere de chemare în judecată propriu-zisă, intervenientul putând să își valorifice dreptul litigios propriu împotriva părților și pe cale de acțiune principală (Curtea Supremă de Justiție, Secția comercială, decizia nr. 505 din 6 iulie 1995). Pentru exercitarea intervenției principale este necesară îndeplinirea aceluiași condiții ca și pentru acțiunea civilă. Intervenientul dobândind o poziție procesuală similară cu a unui reclamant, pentru admiterea în principiu a cererii sale se impun a fi îndeplinite atât condițiile de admisibilitate prevăzute pentru cererea de intervenție de art. 49 și 50 C. proc. civ, cât și termenele [art. 256 ind. 2 al. (1) din ordonanță, test la care cererea ■ mbH nu rezistă] și condițiile de admisibilitate ale acțiunii în contenciosul achizițiilor publice.

Cererea de intervenție principală poate fi disjunctă de cererea introductivă, pentru a fi judecată separat, când judecarea cererii introductive ar fi întârziată de intervenția în interes propriu (art. 55 C. proc. civ.).

Ținând seama de aceste explicații, ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își prezeve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esența intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală – în interes propriu – ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

Asimilarea sa unei cereri de chemare în judecată, care, în fond, îi trădează natura juridică de cale de atac, iar nu de cale de apărare, face ca intervenția principală să fie un instrument inaccesibil în principiu ofertanților câștigători, a căror misiune este de a se apăra împotriva criticilor învederate de contestatori, iar nu de a ataca la rândul-le rezultatul procedurii și, astfel, de a declanșa un nou conflict. Acești ofertanți urmăresc să combată cu argumente proprii, adiționale celor găsite de autoritățile contractante, criticile supuse analizei Consiliului, sens în care calea corectă este intervenția accesorie în favoarea respectivelor autorități, iar nu acțiunea ofensivă a intervenției principale (echivalentă contestației). *Ceea ce separă intervenientul principal de cel accesoriu, nu este, în primul rând esențial, dreptul supus ocrotirii, ci determinant este că intervenientul principal vrea altceva decât cel accesoriu (tributar autorității contractante), vrea mai mult decât acesta din urmă și decât autoritatea – are o pretenție individuală proprie ireductibilă la aceea a intervenientului accesoriu și a autorității.* Hotărârea ce se pronunță nu poate condamna în vreun fel părțile față de intervenientul accesoriu, deoarece, spre deosebire de cel principal, el nu învestește Consiliul cu o cerere cuprinzând pretenții proprii.

Caracterul incident al intervenției principale determină extinderea cadrului procesual cu privire la obiectul procesului, în sensul abilitării instanței cu o pretenție proprie a terțului intervenient, iar caracterul de veritabilă acțiune face ca dreptul pretins de terț să devină unul litigios.

În speță, este lesne de observat că pledoaria de ripostă a intervenientului ■ mbH se suprapune, în esență, celei a autorității contractante, fiindcă interesul ambilor este de a obține respingerea contestației și confirmarea legalității actului autorității de atribuire a contractului. Tratarea separată a susținerilor intervenientei de cele ale autorității contractante este, teoretic, imposibilă, în condițiile în care certificarea legalității poziției de ofertant câștigător este dată tocmai de validarea actului autorității contractante, pe care aceasta și-l apără. Actul vătămător care se examinează în cauză este hotărârea autorității contractante de desemnare a ofertantului câștigător, iar atacarea lui de către acesta din urmă, printr-o intervenție (acțiune) principală, nu are logică, pentru el nefiind vătămător, ci dimpotrivă, impunându-se a fi păstrat. ■ mbH trebuie să își construiască defensivă prin intermediul unei căi juridice corespunzătoare – de apărare, nu de atac.

Obiectul cererii de intervenție în litigiul de care ne ocupăm, respectiv solicitarea de respingere a contestației și menținerea actelor autorității, este identic cu obiectul exprimat de aceasta din urmă în punctul său de vedere. Cum s-a arătat, specifică intervenției

principale este opunerea de către terțul autor al ei a unei pretenții proprii vizavi de părți, însă, în speță, ■ mbH nu cere altceva decât ce solicită și autoritatea, ceea ce duce la concluzia că intervenția sa este doar pentru sprijinirea acesteia, iar nu pentru realizarea unei pretenții proprii. Neexistând o pretenție proprie, ofertantului nu îi poate reveni decât calitatea de intervenient accesoriu, în favoarea autorității contractante. Mijloacele de protejare a statutului de câștigător sunt unele defensive, de apărare, nu de atac împotriva părților. Finalitatea specifică a intervenției accesorii în favoarea autorității contractante o constituie conservarea actului aflat în litigiu, menținerea acelei „stare decisis” provenind de la autoritate, în vreme ce intervenției principale, dimpotrivă, îi revine sarcina răsturnării actului, a ieșirii din starea prezentă.

Caracterul de acțiune al intervenției principale este indubitabil, el rezultând din conținutul material și procesual al acestei forme de participare a terților în proces. Edificator este că, în absența contestației declanșatoare a procesului, câștigătorul licitației nici nu ar avea ce să solicite autorității contractante, nu ar avea nicio pretenție personală – altfel spus, el nu ar avea cum să fie contestator echivalent intervenientului principal, pentru că nu ar avea noimă un demers în această calitate și lipsit de obiect.

În literatura juridică s-a evidențiat că, în ipoteza în care reclamantul renunță la judecată sau pârâțul achiesează la pretențiile reclamantului, intervenția principală va subzista, urmând a se soluționa în continuare ca o acțiune de sine stătătoare. Orientarea practicii instanțelor este în aceeași direcție – relevantă fiind decizia nr. 2025 din 24 mai 2011, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială. Este de adăugat că, dacă am accepta o intervenție principală provenind de la ofertantul câștigător, nu se întrevide posibilitatea continuării litigiului cu acesta în calitate de reclamant în cazul renunțării contestatorului sau al achiesării autorității contractante.

O altă dovadă, indirectă, în favoarea intervenției accesorii, este că nu se poate concepe ca cererea de intervenție din speța de față să poată fi disjunctă (despărțită) și judecată separat de Consiliu, cum se întâmplă în cazul intervenției principale, astfel încât textul art. 55 C. proc. civ. ar fi lipsit de eficiență.

Astfel fiind, în conformitate cu art. 129 al. 4 și art. 49 al. 3 C. proc. civ., Consiliul recalifică cererea de intervenție nr. ■/10.04.2012, depusă de ■ mbH, în cerere de intervenție în interesul autorității contractante. În acest sens, este observabil că intervenienta, la solicitarea expresă a Consiliului de a îi indica:

- actul autorității contractante pe care îl atacă prin cererea de intervenție în interes propriu și în ce fel o vatămă el;

- obiectul cererii de intervenție în interes propriu (pretenția proprie a ■ mbH), asimilată unei contestații, dat fiind că actualul obiect (respingerea contestației asocierii "■-■-■-■" și menținerea rezultatului procedurii) este corespunzător unei cereri de intervenție în interesul autorității contractante, aceasta urmărind același lucru;

- prin ce diferă ceea ce solicită intervenienta de ceea ce solicită autoritatea contractantă;

și de a se conforma la art. 50 al. 1 C. proc. civ. ("cererea de intervenție în interes propriu va fi făcută în forma prevăzută pentru cererea de chemare în judecată"), coroborat cu art. 270 al. (1) din OUG 34/2006 ("contestația se formulează în scris și trebuie să conțină [...]"), intervenienta a dat un răspuns evaziv (adresa nr. ■/23.04.2012, în care nu precizează actul vătămător, nu prezintă o pretenție proprie și nici nu își reface cererea).

Pretextul intervenientei că, altminteri, ea nu ar putea să atace eventuala decizie potrivnică ei ce va fi dată de Consiliu, este neavenit. O intervenție principală pe acest considerent este una subversivă, o manoperă prin care se încearcă eludarea dispozițiilor legale. Nu se poate depune cerere de intervenție principală doar pentru ca intervenientul – firma câștigătoare – să aibă deschisă posibilitatea de a ataca decizia Consiliului, căci scopul instituției juridice a intervenției principale ar fi deturnat.

Potrivit art. 721 C. proc. civ., dispozițiile codului constituie procedura de drept comun în materie civilă; ele se aplică și în materiile prevăzute de alte legi, în măsura în care acestea nu cuprind dispoziții contrare. La art. 723 se prevede că: „Drepturile procedurale trebuie exercitate cu bună-credință și potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege. Partea care folosește aceste drepturi în chip abuziv răspunde pentru pagubele pricinuite.”

Astfel cum s-a precizat, intervenția principală este asimilată unei acțiuni/contestații la îndemâna persoanelor vătămăte, iar nu unui simplu mijloc de apărare, cum este intervenția accesorie din prezenta cauză. Scopul pentru care a fost edictată de legiuitor instituția intervenției principale nu este de a permite intervenientului să declanșeze o plângere ulterioară împotriva deciziei Consiliului/instanței, ci de a reclama un act nelegal al autorității contractante și de a-și satisface un interes propriu ce a fost lezat prin acesta.

Intervenția principală de dragul accesului la calea de atac a plângerii constituie un comportament atât contrar legii, cât și abuziv, trebuind a fi sancționat ca atare. Deși ■ mbH își declară cererea ca fiind una de intervenție principală, din parcurgerea cuprinsului ei se vedește încadrarea ei greșită, fiind doar de sprijinire a poziției și apărării autorității contractante, fără nicio pretenție proprie

suplimentară acesteia. În virtutea rolului său activ, cum a evidențiat și intervenienta însăși, Consiliul îi poate recalifica în mod corespunzător cererea de intervenție greșit denumită.

Consiliul, văzând că asocieria ■ mbH - ■ AG - SC ■ SA - SC ■ SA - SC ■ SRL - SC ■ SA, prin membrii săi, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în conformitate cu 52 al. 1 C. proc. civ. o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie.

În consecință, se respinge excepția inadmisibilității cererii de intervenție principală ridicată de asocieria contestatoare prin notele sale nr. ■/13.04.2012, în cauză având de-a face, în realitate, cu o intervenție accesorie, iar nu cu una principală.

Relativ la excepția tardivității argumentelor aduse de contestatoare prin notele scrise nr. ■/23.04.2012, ea nu este întemeiată. Pe de o parte, decizia Consiliului nr. ■/■.05.2011 a fost infirmată de instanța de judecată, iar pe de altă parte, argumentele aduse de contestatoare vin în susținerea celor din contestație, nefiind independente de acestea. Mergând pe linia de gândire a intervenientei, atunci tardive sunt și "precizările și concluziile sale scrise" nr. ■/23.04.2012.

Chiar la licitația de față, în prima decizie pronunțată, Consiliul a statuat că: *"Nu este admisibil și nici permis ca o contestație să fie depusă la Consiliu (și, similar, nici la instanța de judecată) doar pentru a avea acces autoarea ei la documentele achiziției și a le studia în vederea descoperii motivelor care ar putea să îi susțină contestația depusă. Un asemenea comportament din partea contestatorilor ar fi atât contrar legii, cât și abuziv, trebuind a fi sancționat ca atare."*

Însă, în ceea ce o privește pe intervenientă, aprecierile pe care contestatoarea le face sunt la nivel de speculații, bazate pe constatările observatorilor UCVAP. Nu se aduc probe pertinente și concludente în sprijinul susținerilor sale, contrar art. 1169 C. civ. și art. 129 al. 1 C. proc. civ., care impun părților să își susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului.

În atari condiții, se va proceda la respingerea ca nefondată, în baza art. 278 al. (5) din ordonanță, a cererii de intervenție a ■ mbH.

Asupra solicitării contestatoarei de a se verifica de către Consiliu modul cum ■ SA a evaluat oferta asocierii intervenientei, ea nu poate fi primită. Îndoiala sau presupunerile contestatoarei nu reprezintă motive de fapt și de drept în sensul art. 270 al. (1) lit. e) din OUG 34/2006, iar Consiliul nu este organism de control care să realizeze supraevaluarea ofertelor la cererea ofertanților care au îndoieli sau presupuneri legate de îndeplinirea sau neîndeplinirea cerințelor de calificare de către concurenți. După cum s-a evocat mai sus, art.

1169 C. civ. și art. 129 al. 1 C. proc. civ. impun părții (contestatoarei, în referință) să își dovedească afirmațiile, ceea ce nu s-a întâmplat. Altfel spus, contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare a legalității evaluării unei oferte concurente sau o supraevaluare a ofertelor pe bază de supoziții, Consiliul nefiind nici comisie de evaluare și nici mandatar al contestatoarei, ci organ administrativ-jurisdicțional.

Vizavi de durata pentru executia lucrarilor trecută de autoritate în raportul procedurii de atribuire, ea nu îi este opozabilă contestatoarei, întrucât autoritatea nu i-a comunicat nimic pe această temă. Prin urmare, față de contestatoare, durata de 32 de luni nu există și nu o poate vătămă în niciun fel. Evident, dacă la noua reevaluare ■ SA îi va comunica o asemenea durată, eronată în opinia reclamantei, aceasta o poate ataca.

Referitor la solicitarea contestatoarei de a fi citată în vederea depunerii de concluzii orale în fața Consiliului, acesta apreciază că, în soluționarea cauzei de față, nu se impune susținerea orală a pozițiilor exprimate în scris de către petente. Particularitățile cauzelor privind achizițiile publice impun respectarea cu precădere a principiului legal al celerității soluționării lor (art. 269 din ordonanță), iar acordarea unui termen pentru care să fie citate părțile în vederea prezentării de concluzii orale de către contestatoare ar prelungi nejustificat termenul de soluționare a contestației. De altminteri, conform art. 275 al. (5) și (6) din ordonanță: "*Procedura în fața Consiliului este scrisă, iar părțile vor fi audiate numai dacă acest lucru este considerat necesar de către completul de soluționare a contestației. Părțile pot fi reprezentate de avocați și pot depune concluzii scrise în cursul procedurii. De asemenea, părțile pot solicita să depună concluzii oral în fața Consiliului, fără ca prin aceasta să fie afectate termenele prevăzute la art. 276*", texte din care rezultă fără echivoc că organizarea unei ședințe de dezbateri sau de concluzii orale este lăsată la aprecierea consiliului (*mutatis mutandis*, decizia civilă nr. 605/CA din 30 iunie 2008 a Curții de Apel Constanța, Secția comercială, maritimă și fluvială, de contencios administrativ și fiscal).

Astfel, argumentele expuse în scris și probele atașate contestației sunt suficiente pentru analiza cauzei, iar neconvocarea părților la o ședință de audieri nu este de natură a aduce atingere dreptului lor la apărare, ele beneficiind de toate garanțiile unui proces echitabil și în contextul caracterului scris al procedurii jurisdicționale. Părțile nu au fost îngrădite în dreptul de a aduce probe în apărare, timpul scurs de la primirea contestației fiind suficient pentru întregirea probatoriului, ceea ce s-a și întâmplat.

Relativ de cererea accesorie a contestatoarei nr. ■/23.04.2012, de a i se pune în vedere autorității contractante de către Consiliu să

transmită documentația completă a dosarului achiziției publice, Consiliul o găsește a fi neîntemeiată. Într-adevăr, din motive necunoscute, achizițtoarea nu a depus la dosarul litigiului copia documentelor de calificare ale asocierii declarate câștigătoare, însă lipsa acesteia nu afectat în niciun fel examinarea contestației adresată de asocieria ■ SA - ■ GmbH - ■ SA - SC ■ SRL. Art. 167 C. proc. civ. prescrie că "dovezile se pot încuviința numai dacă instanța socotește că ele pot să aducă dezlegarea pricinii", ceea ce nu se verifică în speță.

În cuprinsul contestației sale, asocieria nu aduce nicio critică, niciun argument și nu alătură niciun mijloc de probă care să susțină în vreun fel caracterul nelegal al calificării ofertantei concurente de către autoritatea contractantă. Astfel fiind, nu este concludentă (indispensabilă) și nici măcar pertinentă proba constând în copia documentelor de calificare ale concurenteii, motiv pentru care Consiliul respinge cererea petentei de administrare a ei.

Deosebit de acestea, după cum s-a pus în vedere că organul administrativ-jurisdicțional nu este organ de control la solicitarea contestatoarei, acesta nu este nici birou de informare asupra conținutului ofertelor la licitații. Pentru realizarea de controale și mijlocirea obținerii de informații alte instituții ale statului sunt competente, nu Consiliul. Argumentele în susținerea contestației trebuie să existe și să fie precizate la momentul depunerii contestației [din această cauză art. 270 al. (1) lit. e) obligă la includerea în contestație a motivării în fapt și în drept], iar nu să fie descoperite pe parcurs, în urma consultării dosarului cauzei.

Cu privire la cererea contestatoarei nr. ■/27.04.2012, de acordare a unui termen rezonabil pentru depunerea de noi apărări, ea a rămas fără obiect, fiind depuse la Consiliu concluziile scrise nr. ■/03.05.2012, în care contestatoarea combate cele expuse de intervenientă.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în cinci exemplare, conține 35 (treizecicinci) pagini.