



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... din ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... depusă de ... cu sediul social în, ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ... având CIF ..., atribuit fiscal RO, împotriva deciziei autorității contractante, pentru lotul 2 - „Manevra feroviară pe liniile căilor ferate industriale Petrila și Uricani”, comunicată prin adresa nr. 895 din 21.03.2013, emisă de către ... cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii, pe loturi, având ca obiect „Transport și manevră feroviară”, s-a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante prin care, pentru lotul 2, a fost considerată inacceptabilă și neconformă oferta depusă de ... deciziei autorității contractante prin care, pentru lotul 2, a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de ...S.A.;

- constatarea admisibilității ofertei ...

- obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertelor depuse.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivare, admite în parte contestația depusă de ... Anulează raportul procedurii în partea dedicată lotului 2 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică pentru acest lot, ca acte subsecvente ale raportului procedurii.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanța de urgență, obligă autoritatea contractantă ca, de la primirea deciziei Consiliului, într-un termen care nu va fi mai scurt decât termenul de exercitare a căii de atac împotriva deciziei Consiliului, așa cum este prevăzut la art. 281 alin. (1), cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de ... pentru lotul 2.

Obligă autoritatea contractantă să comunice tuturor participanților încă implicați în procedura de atribuire măsurile luate în baza prezentei decizii.

În baza art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență, respinge ca inadmisibil capătul de cerere vizând constatarea admisibilității ofertei ...

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, dispune continuarea procedurii de achiziție publică pentru lotul 2, cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată prin Legea nr. 337/2006.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare potrivit art. 281 alin. (1) din ordonanța de urgență.

MOTIVARE:

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă de ... în calitate de ofertant participant la procedura de negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, organizată de către autoritatea contractantă ... în vederea atribuirii contractului de servicii, pe loturi, având ca obiect „Transport și manevră feroviară”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a invitației de participare nr. ... din ..., a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante prin care, pentru lotul 2, a fost considerată inacceptabilă și neconformă oferta depusă de ... deciziei autorității contractante prin care, pentru lotul 2, a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de ...S.A.;

- constatarea admisibilității ofertei ...

- obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertelor depuse.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea pe fond a contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă, prin decizia Consiliului nr. ... din ...

Prin adresa nr. 5784/.../... Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către ... la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și, totodată, despre obligația acesteia de a transmite, în maxim 3 zile lucrătoare de la data expirării perioadei de așteptare dinaintea încheierii contractului, copia dosarului achiziției publice și punctul său de vedere cu privire la contestație. Prin aceeași adresă, Consiliul a solicitat autorității contractante ca, în același termen, să transmită copia documentelor de calificare și a ofertei prezentate în cadrul aplicării procedurii de către ... copia clarificărilor solicitate ... referitor la documentele de calificare și la oferta depuse în cadrul procedurii și răspunsurile primite (dacă este cazul, precum și orice documente considerate edificatoare în cauza supusă soluționării.

Prin adresa de înaintare nr. 975 din ... înregistrată la Consiliu cu nr. 10054 din 29.03.2013, ... transmite, în original, punctul său de vedere nr. 972 din ... înregistrat la Consiliu cu nr. 10055 din 29.03.2013, cu privire la contestația depusă de ... însoțit de copia dosarului achiziției publice.

În motivarea contestației sale, ... menționează că decizia autorității contractante de a declara inacceptabilă oferta societății sale pentru lotul 2 și desemnare drept câștigătoare a ofertei depusă de Grup Feroviar Roman S.A. este netemeinică și nelegală pentru motivele expuse în continuare.

Precizare prealabilă:

Având în vedere că societatea sa, în calitate de ofertant în cadrul procedurii de achiziție publică, nu are acces la ofertele depuse de alți ofertanți, contestatoarea menționează că nu este în măsură să verifice dacă oferta depusă de ...S.A. îndeplinește celelalte condiții de selecție cerute de autoritatea contractantă conform legii. Ca atare solicită Consiliului, să pună în vedere autorității contractante să depună documentația ce însoțește oferta depusă de ...SA, iar în condițiile în care din documentația depusă de

...S.A. rezultă neconformități în privința criteriilor de selecție și calificare, să facă aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 și să dispună sesizarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice.

În continuare, contestatoarea arată că pentru lotul 2 oferta sa a fost declarată ca inacceptabilă, comisia de evaluare invocând faptul că nu a depus la documentație o declarație pe proprie răspundere privind subcontractanții sau terții susținători, declarație nesolicitată prin documentația de atribuire.

Contestatoarea subliniază faptul că modul de prezentare al ofertei tehnice corespunzătoare lotului 2 a fost în conformitate cu Condițiile tehnice obligatorii impuse prin documentația de atribuire - Fișa Tehnică - corespunzătoare lotului 2 (Pct. C.1) și cele impuse prin Fișa de date cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională pentru lot 2, precum și cap.III.2.3.b). De asemenea contestatoarea precizează că propunerea tehnică a fost prezentată conform Fișei de date pct. 1V.4.3) subpct.4. în două plicuri unul cu documentele în original și un CD în format Word și un plic cu documentele în copie, depunând toate formularele prevăzute în cadrul secțiunii „Modele de Formulare”, completate în mod corespunzător și semnate de către persoana autorizată.

... consideră neîntemeiată decizia autorității contractante de respingere a ofertei societății sale ca fiind inacceptabilă conform art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. 925/2006, prin ofertă inacceptabilă, în conformitate cu articolul invocat de autoritatea contractantă înțelegându-se oferta care a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat, conform prevederilor art. 11 alin. (4)-(5), documente relevante în acest sens.

În ceea ce privește neîndeplinirea de către societatea sa a unora dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire, contestatoarea face următoarele precizări:

Conform prevederilor documentației de atribuire, pentru lotul 2, constituia o cerință obligatorie în sarcina ofertantului, prezentarea următoarelor documente:

1. Autorizație de operator de manevră feroviară emisă de AFER însoțită de anexele A și B la Certificatul de siguranță.

2. Lista pentru mijloacele de tracțiune proprietate sau închiriate - 2 locomotive cu putere 2100 CP sau mai mare.

3. Declarație pe proprie răspundere că poate asigura personal specializat necesar prestării serviciului (efective medii anuale a personalului angajat și a personalului de conducere).

4. Autorizația de furnizor feroviar pentru reparații accidentale și revizii periodice la locomotivele utilizate, însoțite de agrement tehnic feroviar.

5. Autorizație de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțite de agrement tehnic feroviar.

6. Experiența similară - prestarea de servicii de transport și manevră de mărfuri periculoase în cantități similare cu cantitatea din anexa la fișa tehnică aferentă lotului 2 - formularul E4.2.

Astfel contestatoarea evidențiază faptul că în conformitate cu opisul cuprinzând documentele de calificare și formularele de calificare solicitate pentru lotul nr. 2, rezultă că ... a depus în cadrul procedurii toate documentele și formularele solicitate, completarea altor formulare nefiind solicitată de către autoritatea contractantă ... conform documentației publicate.

Contestatoarea apreciază că, din punct de vedere procedural, atât timp cât își întemeiază respingerea ofertei sale ca inacceptabilă pe art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 925/2006, autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite, astfel cum prevede art. 11 alin 5 al aceluiași act normativ, prezentarea de către societatea sa de documente de clarificare sau alte documente de completare.

Or, ... subliniază că a depus printre documentele de calificare și contractele încheiate cu S.C. ...S.R.L. și S.C. Întreținere și Reparații Locomotive și Utilaje - CFR IRLU S.A., contracte valabile pe toată perioada de valabilitate a contractului ce urma să fie atribuit prin care a făcut dovada îndeplinirii condițiilor de calificare cât și faptul că cele două societăți cu care societatea sa are încheiate contracte dețin autorizațiile și agrementele necesare. Cu toate acestea, autoritatea contractantă nu a solicitat, astfel cum prevede art. 11 alin. (5) din H.G. 925/2006 clarificări cu privire la îndeplinirea cerințelor de clarificare. Nesolicitând acest lucru, respingerea ofertei depusă de ... pe acest motiv ca inacceptabilă, este, în opinia contestatoarei, neîntemeiată.

De asemenea contestatoarea consideră că decizia autorității contractante este de natură a încălca principiul utilizării eficiente a fondurilor publice statuat de art. (2) alin. (2) al O.U.G. nr. 34/2006.

Societatea contestatoare mai evidențiază faptul că „Art. 1170 NCC” prevede că părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea cât și la încheierea contractului.

În continuare, contestatoarea precizează că ... este o societate cu capital majoritar de stat, fiind în administrarea Ministerului Economici, veniturile sale fiind în fapt venituri și ale statului român și că în opinia sa Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor,

ca autoritate de stat, are posibilitatea de a cenzura o astfel de practică, având în vedere că prin aceasta se poate opri o cheltuială excesivă precum și asigurarea unor fonduri suplimentare către bugetele consolidate de stat, punându-se astfel în aplicare principiile statuate de O.U.G. nr. 34/2006.

Totodată ... arată că, condițiile de calificare nu trebuie analizate doar sub aspect tehnic, principiul utilizării eficiente a fondurilor publice stabilind necesitatea unei analize de fond cu privire la toate aspectele procedurii de achiziție publică.

Contestatoarea afirmă că Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii garantează autorităților contractante posibilitatea de a obține cel mai bun raport calitate/preț pentru contractele lor, stabilind în sarcina acestora folosirea eficientă a banilor statului.

Tot în acest context, contestatoarea arată că, în conformitate cu prevederile art. 179 din O.U.G. 34/2006, autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.

Pe considerentele expuse mai sus, ... solicită Consiliului să dispună anularea deciziei autorității contractante prin care a fost considerată inacceptabilă oferta societății sale pentru lotul nr. 2, să constate ca fiind admisibilă oferta societății sale și să oblige autoritatea contractantă să reanalizeze ofertele depuse.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă precizează că, în opinia sa, contestația formulată de ..., privind lotul 2 – „manevră feroviară pe liniile căilor ferate industriale Petrila și Uricani”, este nefondată din următoarele considerente:

I. Pentru calificare, prin documentația de atribuire, la pct. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, pentru lotul 2, la pct. 5, s-a solicitat ofertanților să depună „autorizație de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțită de agrement tehnic feroviar”.

Pentru a răspunde acestei cerințe, contestatoarea a depus (cum de altfel menționează în contestație) următoarele documente:

1) Autorizația de furnizor feroviar seria AF nr. 5554 eliberată de către AFER pentru S.C. ...S.R.L.;

2) Acordul tehnic feroviar seria AF nr. 930/2012 eliberat de AFER pentru S.C. ...S.R.L.;

Prin aceste acte se atestă faptul că S.C. ...S.R.L. poate furniza „servicii pentru întreținere curentă liniei CF. respectiv întreținere poduri și podețe”;

3) Contractul de execuție nr. B2.4/95/18.01.2013 încheiat între SNTFM „CFR MARFA” S.A. și S.C. ...S.R.L. Prin acest contract încheiat la data de 18.01.2013, deci cu mult timp înainte de procedura contestată, S.C. ...S.R.L., se obligă să execute lucrări de întreținere, verificare și reparații linii și aparate de cale ferată ce aparțin SNTFM „CFR MARFA” S.A. - sucursala Banat - Oltenia, conform anexei 1.

Astfel autoritatea contractantă precizează că analizând aceste documente și având în vedere ca S.C. ...S.R.L. nu a fost prezentată de către ofertantul contestator nici ca subcontractant și nici ca terț susținător, deci S.C. ...S.R.L. nu are nici o calitate la procedura de atribuire contestată, comisia de evaluare și negociere a considerat că, contestatoarea nu îndeplinește cerința de calificare prevăzută la pct. III.2.3 a), pct. 5, pentru lotul 2, respectiv nu are Autorizație de furnizor feroviar pentru întreținere curentă liniei CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțită de acord tehnic feroviar.

Autoritatea contractantă arată că în acest sens sunt și prevederile:

- art. 190 alin. (2) din O.U.G. 34/2006, precizând că, în situația în care S.C. ...S.R.L. ar fi avut calitatea de terț susținător ar fi trebuit să depună și declarațiile solicitate în fișa de date a achiziției la pct. III.2.1 a) 3 și 4, referitoare la respectarea prevederilor art. 181 și ale art. 69 din O.U.G. 34/2006 respectiv formularele E1.3 și E 1.4 prevăzute în documentația de atribuire.

- art. 8 și anexa nr. 2 la Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, menționând că, în situația în care S.C. ...S.R.L. ar fi fost subcontractant al contestatoarei, ar fi trebuit să depună și Declarația privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din O.U.G. 34/2006 - formularul E4.1 din documentația de atribuire.

II. Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia „... autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite, astfel cum prevede art. 11. alin. 5 din H.G. 925/2006, prezentarea de către ... de documente de calificare sau alte documente de completare”, autoritatea contractantă precizează că aceasta este neîntemeiată având în vedere următoarele:

1. Art. 11 alin. (5) din H.G. 925/2006 se aplică în situația în care ofertantul depune o declarație în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (4) din H.G. 925/2006 pentru a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare.

... menționează faptul că, contestatoarea nu a depus declarație potrivit art. 11 alin. (4) din H.G. 925/2006 și nici nu a solicitat clarificări privind documentele care trebuie depuse în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare.

Modul de desfășurare al ședinței de negociere este prevăzut în fișa de date a achiziției, unde se precizează următoarele: „autoritatea contractantă va derula negocieri/lot cu fiecare ofertant în parte. În cadrul negocierilor se determină toate aspectele tehnice, financiare și juridice ale viitorului contract”.

De asemenea, în procesul-verbal de deschidere și negociere nr. 180 din 19.03.2013 se consemnează următoarele: „*reprezentantul CFR Marfă precizează că înțelege cele precizate de comisie în sensul că S.C. ...S.R.L. ar fi trebuit prezentat ca terț susținător și trebuiau depuse documentele respective*” (menționate anterior în procesul verbal, respectiv formularele E1.3 și E1.4).

Autoritatea contractantă precizează faptul că celălalt ofertant la acest lot, respectiv S.C. CFR S.A., a prezentat susținerea tehnică și/sau profesională printr-un terț susținător și a depus toate documentele necesare în vederea îndeplinirii cerințelor de calificare.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă subliniază faptul că procedura de atribuire contestată, respectiv „negocierea fără publicare prealabilă a unui anunț de participare”, este o excepție de la procedurile prin care se atribuie de regulă contractele, fiind justificată de urgența achiziției, întrucât:

- serviciile de manevră și transport feroviar trebuie să se desfășoare fără întreruperi, în baza unui plan de transport, orice întârziere obligând minele la stocarea cărbunelui în silozuri;

- pentru cărbunele însilozat apare pericolul de încălzire și de autoaprindere, ceea ce poate duce la mari pierderi de producție și financiare, accidente tehnice și umane;

- capacitatea de stocare a minelor este de maxim 2 zile, iar întreruperea activității din subteran conduce la apariția unor stări de pericol (focuri endogene, viituri de apă, explozii de metan), cu efecte imprevizibile, care pot afecta sănătatea și securitatea lucrătorilor precum și siguranța zăcământului. Toate acestea pot conduce la mari pierderi financiare.

2. Autoritatea contractantă evocă prevederile art. 201 alin. (1) din O.U.G. 34/2006, apreciind că, în situația în care comisia de evaluare ar fi permis contestatoarei să nominalizeze în ședința de

deschidere și negociere firma S.C. ...S.R.L. ca subcontractant sau ca terț susținător, și ar fi acceptat ca aceasta să depună ulterior declarațiile solicitate prin documentația de atribuire, ar fi însemnat să se permită contestatoarei să își modifice oferta, fapt care ar fi contravenit prevederilor art. 201 alin. (2) din O.U.G. 34/2006 și art. 79-80 din H.G. 925/2006, creând un avantaj evident contestatoarei în defavoarea celuilalt ofertant.

III. Referitor la susținerile contestatoarei privind obligația autorității contractante de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare, obligație prevăzută la art. 179 din O.U.G. 34/2006, autoritatea contractantă arată următoarele:

În situația în care ... a apreciat că, la întocmirea documentației de atribuire au fost încălcate prevederile art. 179 din O.U.G. 34/2006, avea posibilitatea de a contesta în termenul legal prevederile documentației.

... subliniază faptul că prevederile art. 179 din O.U.G. 34/2006 au fost respectate, la capitolul capacitate tehnică și/ sau profesională, fiind solicitate doar documente care au legătură evidentă cu obiectul contractului și doar cele impuse de legislația în vigoare pentru prestarea acestor servicii și strict necesare pentru a se asigura de capacitatea îndeplinirii contractului de către ofertanți.

Având în vedere considerentele mai sus prezentate, ... consideră că în mod corect, comisia de evaluare și negociere, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din H.G. 925/2006 a considerat că oferta depusă de contestatoare este inacceptabilă, deoarece nu îndeplinește cerințele de calificare solicitate prin documentația de atribuire, aceasta nefăcând dovada deținerii autorizației de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe și agrement tehnic feroviar.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (5) din O.U.G. 34/2006 ... solicită respingerea contestației ca nefondată și pe cale de consecință, în conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (6) din O.U.G. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, dispunerea continuării procedurii de atribuire pentru lotul 2.

Ultimul document înregistrat la Consiliu cu nr. 10054 din 29.03.2013, este adresa nr. 975 din ... emisă de ... prin care aceasta înaintează punctul său de vedere însoțit de copia dosarului achiziției publice.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de atribuire prin negociere fără publicare prealabilă a unui anunț de participare, inițiată de către autoritatea contractantă

... prin transmiterea a patru invitații de participare având nr. ..., ..., ..., ... din 11.03.2013, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii, pe loturi, având ca obiect „Transport și manevră feroviară”, lotul 2 – „Manevra feroviară pe liniile căilor ferate industriale Petrila și Uricani”. Potrivit fișei de date a achiziției, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului de achiziție publică fiind de 2.718.900 lei, fără TVA.

Ofertele depuse în aplicarea acestei proceduri au fost deschise în cadrul ședinței desfășurate în acest scop, ocazie cu care a fost încheiat procesul-verbal nr. 180 din 19.03.2013.

Comisia de evaluare a finalizat activitatea prin întocmirea raportului procedurii nr. 188 DC din 21.03.2013.

Rezultatul procedurii a fost comunicat contestatoarei ..., prin adresa nr. 895 din 21.03.2013, în cuprinsul căreia, s-a precizat printre altele că pentru Lotul 2, oferta acesteia a fost declarată „inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, și neconformă, în temeiul art. 36 alin. (2) lit. a) din același act normativ, deoarece „prezentarea autorizației de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțite de agrement tehnic feroviar, este solicitată ca și condiție tehnică obligatorie”.

Împotriva deciziei autorității contractante, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- anularea deciziei autorității contractante prin care, pentru lotul 2, a fost considerată inacceptabilă și neconformă oferta depusă de ... deciziei autorității contractante prin care, pentru lotul 2, a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de ...S.A.;

- constatarea admisibilității ofertei ...

- obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertelor depuse.

Referitor la „Precizarea prealabilă”, a contestatoarei din cuprinsul contestației sale, respectiv solicitarea, să pună în vedere autorității contractante: „... să depună documentația ce însoțește oferta depusă de ...SA, iar în condițiile în care din documentația depusă de ...S.A. rezultă neconformități în privința criteriilor de selecție și calificare, să faceți aplicarea dispozițiilor art. 278 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 și să dispună sesizarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice”, Consiliul o va respinge ca inadmisibilă, deoarece contestația nu aduce niciun fel de critici „documentației ce însoțește oferta depusă de ...SA”, iar în conformitate cu dispozițiile art. 286 alin. (1) și 287 din OUG nr. 34/2006, Consiliul nu are asemenea competențe, acestea

constituind atributul exclusiv al membrilor comisiei de evaluare, conform dispozițiilor art. 72 alin. (2) lit. b) și h) din H.G. nr. 925/2006.

Având în vedere dispozițiile art. 266 din OUG nr. 34/2006 care stabilesc competența Consiliului ca fiind limitată exclusiv la soluționarea contestațiilor și nu la verificarea existenței unor „neconformități în privința criteriilor de selecție și calificare” în ceea ce privește ofertantul declarat câștigător, în condițiile în care niciuna din aceste „neconformități” nu a fost menționată în cuprinsul contestației, Consiliul consideră că nu a fost investit în acest sens.

Referitor la decizia autorității contractante de a respinge oferta societății contestatoare, Consiliul reține că prin fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării prezentei proceduri de achiziție publică, secțiunea III „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, capitolul III.2) „Condiții de participare”, punctul III.2.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, s-a solicitat prezentarea, printre altele, a declarației privind neîncadrarea în prevederile art. 69¹ din OUG 34/2006 – formular E 1.4., aceasta urmând a fi depusă atât de subcontractanți cât și de terți susținători.

De asemenea, tot prin fișa de date a achiziției, capitolul III.2) „Condiții de participare”, punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, pentru lotul 2 „Manevra feroviară pe liniile cailor ferate industriale Petrila și Uricani”, s-a solicitat și prezentarea autorizației de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțită de agrement tehnic feroviar.

În dovedirea îndeplinirii acestei cerințe de calificare, ... a prezentat:

- autorizație de furnizor feroviar seria AF nr. 5554 eliberată în data de 16.08.2012 de către Autoritatea Feroviară Română – AFER prin care se atestă că S.C. ...S.R.L. are dreptul să furnizeze, în calitate de furnizor feroviar, și „întreținere poduri și podețe de cale ferată”;

- agrement tehnic feroviar seria AT nr. 930/2012 eliberat în data de 16.08.2012 de către Autoritatea Feroviară Română – AFER prin care se atestă că serviciul feroviar critic „Reparații periodice și întreținere curentă linii de cale ferată, fără sudarea șinelor” furnizat de S.C. ...S.R.L. îndeplinește condițiile pentru utilizare în domeniul transportului feroviar;

- copia contractului de execuție nr. B2.4/95 din 18.01.2013, încheiat între ... în calitate de beneficiar și S.C. ...S.R.L. în calitate

de executant, având ca obiect „lucrări de întreținere, verificare și reparații linii și aparate de cale ce aparțin ... – Sucursala Banat Oltenia”.

În procesul-verbal nr. 180 din 19.03.2013 încheiat cu ocazia desfășurării ședinței de deschidere și negociere a ofertei, referitor la aceste documente depuse de ofertanta contestatoare, comisia de evaluare a consemnat, olograf, următoarele:

„...Comisia a invitat reprez. ... pt. clarificarea celor semnalate, respectiv calitatea în care se prezintă ...S.R.L. în calif. ... pt. lot 2. Deoarece ...S.R.L. nu a fost prezentat în actele de calif. Nici ca subcontractant, nici ca terț susținător, respectiv nu a depus formular E1.2, E1.3, E1.4. Reprez. ... preciz. că înțelege cele preciz. de comisie în sensul că ...S.R.L. ar fi trebuit prez. ca terț susținător și trebuiau depuse docum. respective.

Deoarece ofertantul nu a depus nici decl. pe prop. răspundere, potrivit art. 11 alin. 4 din H.G. 925/2006 acesta nu poate completa ulterior documentele depuse.

Având în vedere cele de mai sus, comisia de negociere consideră oferta depusă de CRF Marfa pt. lot 2 ca fiind inacceptabilă în temeiul art. 36 alin. 1 lit. b din H.G. 925/2006.”

Potrivit dispozițiilor art. 201 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

Tot astfel, conform art. 35 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

Așa cum rezultă din textele de lege evocate, legiuitorul a acordat autorității contractante, prin comisia sa de evaluare, numai un drept în sensul solicitării de clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție, fără a o obliga pe aceasta la o asemenea conduită.

Însă, textul legal nu poate fi interpretat în sensul că autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea că unui anumit ofertant/candidat sau tuturor acestora nu le este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție.

Desigur, în exercitarea acestui drept al său, autoritatea contractantă poate menționa în documentația de atribuire faptul că, ulterior depunerii ofertelor și deschiderii acestora, nu este permisă clarificarea și/sau completarea documentelor care dovedesc îndeplinirea cerințelor de calificare, intenția autorității contractante de a nu cere și de a nu accepta clarificarea și/sau completarea ulterioară a acestor documente fiind cunoscută participanților la procedură și astfel, fiindu-le opozabilă.

În fișa de date a achiziției nu se face nicio precizare referitoare la interdicția clarificării și/sau completării documentelor de calificare ulterior depunerii ofertelor și deschiderii acestora.

Din analiza actelor dosarului achiziției publice, se reține faptul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu a solicitat ... clarificări privind modalitatea în care aceasta a înțeles să facă dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind prezentarea autorizației de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțită de agrement tehnic feroviar, respectiv clarificări privind calitatea persoanei juridice căreia îi aparține autorizația depusă.

În astfel de condiții, înainte de a lua o decizie cu privire la oferta depusă de contestatoare, comisia de evaluare avea dreptul de a cere ofertantei clarificarea și/sau completarea documentelor de calificare.

Consiliul nu va reține în soluționare justificarea dată de comisia de evaluare a conduitei sale, concretizată în interpretarea dispozițiilor art. 11 din H.G. nr. 925/2006, deoarece dispozițiile acestui articol de lege fac trimitere la situația în care un operator economic înțelege să demonstreze îndeplinirea cerințelor de calificare prin prezentarea inițială a unei declarații pe propria răspundere, caz în care acesta va prezenta autorității contractante documentele de calificare la solicitarea acesteia. Consiliul stabilește ca în această ipoteză avută în vedere de legiuitor nu se poate face vorbire de „completarea” documentelor de calificare, acestea nefiind depuse inițial cu eventuale lipsuri a căror acoperire să se realizeze prin completări ulterioare.

Potrivit dicționarului explicativ al limbii române, a completa înseamnă „a întregi, a adăuga pentru a fi complet”, iar completare desemnează „acțiunea de a completa și rezultatul ei; ceea ce se adaugă pentru a completa”.

Or, în ipoteza prevăzută la art. 11 alin. (4) – (6) nu este vorba despre completarea documentelor de calificare, ci despre prezentarea acestora în vederea verificării îndeplinirii cerințelor impuse de autoritate și a celor declarate inițial de ofertant pe propria răspundere.

Când într-o speță este vorba de clarificarea ori completarea documentelor de calificare pe care un ofertant a înțeles să la prezinte autorității contractante odată cu oferta, până la data limită stabilită în acest sens de autoritatea contractantă, aplicabile sunt dispozițiile art. 201 din O.U.G. nr. 34/2006 și cele ale art. 35 din H.G. nr. 925/2006, despre care s-a făcut vorbire mai înainte.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că înainte de a lua decizia de a respinge ca inacceptabilă oferta depusă de ... pentru motivul stabilit de comisia de evaluare, aceasta avea posibilitatea de a cere ofertantei clarificarea și/sau completarea documentelor depuse astfel încât să se demonstreze posibilitatea acesteia de îndeplinire a cerinței de calificare analizată.

Cât privește decizia autorității contractanta de a respinge oferta societății contestatoare ca neconformă, în temeiul art. 36 alin. (2) lit. a) din H/G. nr. 925/2006, deoarece „prezentarea autorizației de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțite de agrement tehnic feroviar, este solicitată ca și condiție tehnică obligatorie”, Consiliul reține că aceasta este nelegală din două puncte de vedere.

Pe de o parte, cele constatate de comisia de evaluare cu privire la autorizația de furnizor feroviar pentru întreținere curentă linii CF, respectiv întreținere poduri și podețe, însoțită de agrement tehnic feroviar depusă de ... nu poate atrage o dublă sancționare a ofertei prin declararea acesteia atât inacceptabilă cât și neconformă.

Pe de altă parte, de vreme ce solicitarea acestui document a fost făcută în cadrul secțiunii fișei de date a achiziției dedicată cerințelor de calificare cu privire la capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertantului, aceasta nu mai putea fi în mod legal introdusă în caietul de sarcini ca specificație tehnică.

Având în vedere că cerința este în primul rând una de calificare, sancțiunea aplicabilă în caz de neîndeplinire a acesteia nu poate fi decât aceea de respingere ca inacceptabilă a ofertei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.

34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de ... și să anuleze raportul procedurii în partea dedicată lotului 2 și adresele de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică pentru acest lot, ca acte subsecvente ale raportului procedurii.

În baza art. 278 alin. (2) și (4) din ordonanță, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, de la primirea deciziei Consiliului, într-un termen care nu va fi mai scurt decât termenul de exercitare a căii de atac împotriva deciziei Consiliului, așa cum este prevăzut la art. 281 alin. (1), cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de ... pentru lotul 2.

Autoritatea contractantă va fi obligată să comunice tuturor participanților încă implicați în procedura de atribuire măsurile luate în baza prezentei decizii.

Capătul de cerere vizând constatarea admisibilității ofertei ... va fi respins ca inadmisibil, deoarece nu poate constitui obiect al contestației, raportat la prevederile art. 255 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, stabilirea admisibilității ofertelor reprezentând atribuția comisiei de evaluare, potrivit art. 72 din H.G. nr. 925/2006, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise în cadrul unei proceduri de atribuire și atacate prin contestație.

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța de urgență, Consiliul va dispune continuarea procedurii de achiziție publică pentru lotul 2, cu respectarea celor decise.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...