

**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. 1506/C9/1490**

**Data: 03.07.2023**

Prin contestația nr. 126216/31.05.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 29675/06.06.2023, depusă de asocieria ..... - .....AS, prin lider ....., cu sediul în ....., ....., ....., având număr de înregistrare 964991 la Registrul Comerțului din ....., cod fiscal ....., reprezentată legal ....., în calitate de împuternicit, având funcția de manager de dezvoltare, și, convențional, prin ....., cu sediul în ....., ....., ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă, organizată de ..... SA, cu sediul în ....., ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect execuție lucrări autostrada ..... - ..., lot 3 „..... – Municipiul ..... km 49+350 – km 63+250”, cod CPV 45233100-0 Lucrări de construcții de autostrăzi și de drumuri (Rev.2), s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016;
- anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 9/7705/22.05.2023 prin care oferta depusă de către .....") a fost declarată admisibilă și câștigătoare, iar oferta asocierii ..... a fost declarată inacceptabilă, iar, pe cale de consecință, a fost respinsă;
- anularea comunicării privind rezultatul procedurii nr. 49685/22.05.2023;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii și reevaluarea ofertei depuse de asocieria ..... prin considerarea caracterului admisibil al acesteia, în raport de informațiile și documentele depuse, precum și de clarificările furnizate în dovedirea cerințelor documentației de atribuire privind cele 2 Curbe S de progres financiar;
- anularea tuturor actelor procedurii anterioare, concomitente și/sau subsecvente raportului procedurii și comunicării rezultatului în părțile ce fundamentează adoptarea măsurilor privind declararea ofertei asocierii ..... ca inacceptabilă și respingerea acesteia;

– pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea și finalizarea procedurii în mod legal, cu respectarea prevederilor și principiilor legislației achizițiilor publice, în raport de dispozițiile art. 26 din Legea 101/2016, precum și de cerințele documentației de atribuire și limitele reevaluării stabilite, cu caracter definitiv, prin deciziile pronunțate de Consiliu și Curtea de Apel ..... în cadrul procedurii.

Prin cererea de intervenție nr. 2394/....., înregistrată la Consiliu cu nr. .... /19.06.2023, depusă de ....., cu sediul social în ....., ..... No: 1, 34340, ....., ....., ....., cod de identificare fiscală ....., număr de înregistrare la Registrul Comerțului .....- 0, reprezentată legal de ..... și convențional de ....., cu sediul profesional în ....., ....., ....., ....., ....., sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură, intervenienta a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție; respingerea contestației formulată de ....., constatându-se caracterul temeinic și legal al autorității contractante de respingere a ofertei depuse de contestatoare.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins, ca nefondat, prin Încheierea nr. 1628/C9/1490 din 09.06.2023.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocierea ..... - ..... AS, prin lider ....., critică rezultatul procedurii de reevaluare a Lotului 3, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În cuprinsul contestației, sunt prezentate, preliminar, scurte observații privind lipsa de importanță, utilitate și relevanță a subiectului dezbătut în prezenta cauză, și anume Curbele S de progres financiar, raportat la economia contractelor de proiectare și execuție lucrări similare implementate de /.....

În motivarea contestației este prezentată pe scurt situația de fapt , cu indicarea deciziilor emise în cadrul procedurii de Consiliu și instanță.

Cu privire la decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale și declarare ca inacceptabilă a acesteia, arată că este nelegală prin încălcarea premiselor stabilite și limitelor reevaluării trasate de Curtea de Apel prin cea de-a treia decizie.

Învederează Consiliului că, prin cea de-a treia Decizie, Curtea de Apel ..... nu a impus autorității contractante declararea ofertei ..... ca inacceptabilă.

Astfel, sub un prim aspect, în ipoteza în care Curtea de Apel ar fi considerat, în urma analizei coroborate a tuturor probelor și actelor din dosar, că oferta ..... trebuie declarată inacceptabilă, era îndreptățită

de lege să dispună reevaluarea ofertei asocierii ....., cu indicarea expresă în motivare a faptului că se impune ca această ofertă să fie declarată inacceptabilă.

Cu toate acestea, din analiza comunicării rezultatului celei de-a doua reevaluări, atacate prin prezenta contestație, rezultă că autoritatea contractantă a pornit de la o primă premisă greșită în ceea ce privește interpretarea limitelor reevaluării trasate de Curtea de Apel ..... prin cea de-a treia Decizie. Mai mult, autoritatea contractantă, în susținerea argumentației sale privind presupusa inacceptabilitate a ofertei ....., a preluat doar o parte din pasajele din motivarea deciziei Curții, când, în realitate, trebuia să analizeze și să interpreteze coroborat toate aspectele statuate prin această decizie.

Astfel, prin prima Decizie CAB, s-a dispus reevaluarea modului de îndeplinire a cerinței cu verificarea (i) dacă documentele depuse în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare modifică și/sau completează oferta în mod esențial sau nu, prin raportare la caracterul admisibil al acesteia și (ii) dacă documentele depuse în cadrul ofertei și eventual în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, erau lămuritoare în privința modului de îndeplinire a cerinței.

În continuare, din analiza coroborată a tuturor aspectelor statuate prin cea de-a treia Decizie CAB, reiese faptul că instanța stabilește cu referire la prima reevaluare, dispusă prin prima Decizie CAB, în urma căreia oferta ..... a fost desemnată câștigătoare, că, în cazul acestei reevaluări, comisia de evaluare nu a prezentat motivele pentru care a considerat că documentele edificatoare depuse de asocieria ..... reprezintă sau nu o completare a ofertei inițiale, respectiv modalitatea în care acestea susțin informațiile existente în ofertă. Din aceste susțineri ale Curții reiese extrem de clar că aceasta nu a impus în vreun fel, ca limită a reevaluării pentru cea de-a doua reevaluare, declararea ofertei ..... ca inacceptabilă, și nici nu a stabilit în vreun fel că decizia autorității contractante de a declara, în urma primei reevaluări, oferta ..... câștigătoare este greșită.

Sub un al doilea aspect, contestatoarea supune atenției Consiliului faptul că, prin cea de-a treia Decizie CAB, instanța de judecată a constatat că:

*„(...) autoritatea contractantă, pe de o parte, considera ca documentele edificatoare, transmise în data de 14.02.2022 cu ocazia Răspunsului de clarificare nr. NI-RO-A7L3-013/14.02.2022 reconfirma doar informațiile deja furnizate și regăsite în oferta depusă la data de 16.09.2021, de Asocieria ....., fără a preciza însă care sunt acele informații din care rezulta capacitatea economică de a susține și executa proiectul, în afara asumării și declarării acestui fapt, pe propria răspundere, respectiv dacă în cuprinsul ofertei inițiale se menționează disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocieria sau instituțiile financiar bancare care le acorda”.*

În cadrul celei de-a doua reevaluări, prin intermediul răspunsului de clarificare nr. NI-RO-A7L3-013/14.02.2022 („Răspunsul la clarificare din evaluarea inițială”), a indicat atât (i) informațiile din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, cât și (ii) informațiile din care rezultă activele și capitalul îndestulător de care dispune, precum și mențiuni cu privire la instituția financiar-bancară care administrează disponibilitățile financiare/depozitele/activele/creditele .....

Autoritatea contractantă a refuzat însă, în mod nejustificat și cu încălcarea principiului proporționalității, să acorde valoare tuturor acestor informații care demonstrează capacitatea economică de a susține și executa proiectul și inclusiv acoperirea valorică a diferenței maxime dintre cele două Curbe S de progres financiar.

Mai departe, pe lângă principiul proporționalității, contestatoarea apreciază că, în realizarea verificărilor privind modalitatea în care documentele edificatoare susțin informațiile existente în ofertă și privind caracterul acestora de completare permisă sau nepermisă de lege, verificări impuse de către Curtea de Apel cu autoritate de lucru judecat ca limite ale reevaluării, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă în vedere atât art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE, cât și dispozițiile art. 134 alin. (1), (7), (8) și (9) din HG nr. 395/2016.

În plus, autoritatea contractantă nu doar că a efectuat o reevaluare incorectă, ci mai mult, a încălcat limitele reevaluării stabilite cu caracter obligatoriu și cu autoritate de lucru judecat de către Curtea de Apel, analizând inclusiv aspecte care nu au făcut obiectul judecății Curții și Consiliului, ce fuseseră deja analizate anterior, fuseseră considerate conforme și nu s-au regăsit ca rețineri ale reevaluării în considerentele celei de-a treia Decizii CAB. În concret, autoritatea contractantă a depășit și încălcat limitele reevaluării când a susținut, în mod eronat, în cuprinsul comunicării rezultatului că: i) cele 2 (două) cash flow-uri defalcate pe categoriile de lucrări principale ar fi împărțite în mod artificial în valori egale lunare; sau ii) nu s-ar fi prezentat un calcul al diferențelor între curbe care să evidențieze elementele și condițiile contractuale și anume: avans, returnare avans, producție în lună, rezerve de implementare, calcul pentru fiecare lună.

Autoritatea contractantă nu mai avea dreptul, la data celei de-a doua reevaluări, să constate - vădit eronat și nelegal - presupuse neregularități în legătură cu alte aspecte, cum sunt cele indicate mai sus și care nu au făcut obiectul judecății Consiliului și ale Curții și/sau care au fost verificate anterior de ....., considerându-le conforme în evaluările precedente.

Un alt aspect adus în discuție este legat de faptul că reevaluarea efectuată de autoritatea contractantă este nelegală prin încălcarea dispozițiilor legale și a principiilor în materia achizițiilor publice.

Se învederează Consiliului că, în reevaluarea ofertei asocierii ....., autoritatea contractantă nu a avut în vedere prioritatea dreptului Uniunii Europene și aplicabilitatea art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE și nici principiul proporționalității, ceea ce a condus la o evaluare netemeinică și nelegală, defectuoasă în ansamblul său.

În raport de reținerile Curții de Apel cu privire la aplicabilitatea art. 56 alin. (3) din directivă, dar și de argumentele .....din noua reevaluare a ofertei sale, asocierea contestatoare împarte raționamentul care învederează greșita evaluare a ofertei sale în două secțiuni principale, astfel: i) prioritatea dreptului Uniunii Europene. Aplicabilitatea art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE și ii) încălcarea principiilor esențiale într-o achiziție publică: proporționalitatea, egalitatea de tratament, cheltuirea eficientă a banului public și încrederea legitimă.

1. Prioritatea dreptului Uniunii Europene. Aplicabilitatea art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE.

Sub un prim aspect, contestatoarea iterează Consiliului că informațiile prezentate în oferta inițială și cele prezentate prin răspunsul la clarificare din evaluarea inițială (din 14.02.2022) trebuiau evaluate de către autoritatea contractantă în scopul atingerii efectului util indicat mai jos, dar și în baza principiului proporționalității, chiar și ca rezultat al unei completări, suplimentări și/sau corectări a ofertei, conform prevederilor art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE.

Însă, așa cum a constatat și Curtea de Apel, autoritatea contractantă nu a luat în considerare, nici în procedura de reevaluare inițială, nici în procedura de reevaluare actuală incidența articolului 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE și aplicabilitatea sa, deși, în cadrul ultimei evaluări, .....califică documentele depuse prin răspunsul din data de 14.02.2022 drept o completare „[...] cu documente al căror conținut nu sunt susținute fără echivoc de informațiile prezentate în cadrul ofertei inițiale”.

Principiul priorității dreptului Uniunii Europene este consacrat expres de prevederile art. 148 (2) din Constituție.

Totodată, supremația dreptului Uniunii Europene - presupunând superioritatea acestuia în raport cu legile naționale ale statelor membre - a fost expres statuată în jurisprudența de referință a Curții de Justiție a Uniunii Europene reținându-se *inter alia* că „întrucât provine dintr-un izvor autonom, dreptului născut din tratat nu i s-ar putea opune, așadar, în considerarea naturii sale specifice, originale, pe cale judiciară, un text intern, indiferent de natura acestuia [...]”.

Așadar, contestatoarea afirmă că achizitoarea, prin comisa de evaluare, în procedura de reevaluare a ofertei sale, trebuia să aibă în vedere posibilitatea legală a operatorilor economici de a-și suplimenta, clarifica sau completa informațiile din ofertă, cu caracter prioritar conform prevederilor art. 56 alin (3) din Directiva 2014/24/UE, iar, în secundar, conform dispozițiilor interne.

Sub un al doilea aspect, în dreptul intern, legiuitorul român, prin art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, a decis în sensul de a permite anumite modificări ale ofertei inițiale, inclusiv sub formă de completare și cu titlu de excepție, cu respectarea principiilor proporționalității și tratamentului egal.

Contestatoarea învederează Consiliului că, în jurisprudența CJUE, Curtea a decis că este posibilă corectarea unor abateri ale ofertei financiare, prin Cauza T-195/08 .... NVc.

Aceasta subliniază că, în cazul ofertei sale, sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 134 alin. (8) și (9) din HG 395/2016, respectiv prin documentele și clarificările furnizate cu privire la îndeplinirea cerinței privind documentele edificatoare depuse în justificarea diferenței maxime dintre cele două curbe S:

(i) cuantificarea teoretică în valoare monetară nu depășește 1% din prețul total al ofertei, deoarece completarea/clarificarea informațiilor privind curbele S de progres financiar în cadrul ofertei asocierii ..... nu este cuantificabilă monetar, respectiv cerința privind curba S de progres financiar nu a implicat furnizarea unor prețuri în oferta depusă, ci exclusiv prezentarea diferenței maxime și demonstrarea capacității financiare de a gestiona diferența maximă rezultată;

(ii) neexistând o cuantificare teoretică în valoare monetară a abaterii/ omisiunii, nu se poate eluda aplicarea prevederilor legale care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

(iii) nu se modifică clasamentul ofertanților;

(iv) nu se diminuează calitativ oferta în comparație cu oferta inițială și în documentația de atribuire nu a fost exclusă expres posibilitatea operării unor modificări în oferta depusă subsumate unor abateri tehnice minore, vicii de formă și/sau erori aritmetice.

Sub un al treilea aspect, nici Consiliul, nici Curtea de Apel nu au reținut, în niciuna din deciziile emise în procedură, că, prin depunerea acelor documente bancare răspunsul la clarificare din evaluarea inițială (din 14.02.2022), s-ar fi modificat substanțial oferta asocierii ..... Cu atât mai mult, trebuie analizat acest fapt, prin raportare la posibilitatea legală a acestor foruri de a declara ofertele depuse în procedură ca fiind inacceptabile și/sau neconforme.

În concluzie, contestatoarea arată că măsura respingerii ofertei sale ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (6) din HG 395/2016, este disproporționată și nelegală, iar omisiunea de a aplica art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24 în reevaluarea ofertei sale este vădit nelegală. Solicită reevaluarea ofertei sale cu respectarea priorității a art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24 și, subsidiară, a art. 134 alin. (6) din HG 395/2016.

2. Încălcarea principiilor esențiale într-o achiziție publică: proporționalitatea, egalitatea de tratament, cheltuirea eficientă a banului public și încrederea legitimă.

Sub un prim aspect, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă încalcă în mod flagrant principiul proporționalității, prin declararea ca inacceptabilă a unui ofertant cu (i) o ofertă avantajoasă din punct de vedere tehnic și economic, (ii) ce a dovedit inițial mai mult decât s-a cerut, respectiv că ofertantul poate să susțină integral execuția întregului proiect (și nu numai a unei părți minore a acestuia, cum ar fi valoarea diferenței curbelor S), (iii) și care a depus documentele justificative solicitate de către autoritate fără să își modifice oferta, pentru un motiv minor - presupusa neprezentare formală, în cadrul ofertei financiare, a documentelor edificatoare care să demonstreze acoperirea diferenței maxime dintre curbele S de progres financiar.

Astfel, din toate evidențele menționate *supra*, susținute atât de informații existente (și verificabile) la momentul depunerii ofertei, cât și confirmate în cadrul răspunsului la clarificare din evaluarea inițială (din 14.02.2022) și reexplicate și prin răspunsul de clarificare din reevaluare (din 01.03.2023), rezultă că asocierea ..... are capacitatea economică de a susține și executa întregul proiect, respectiv dispune de disponibilul financiar necesar, atât din capitaluri proprii aferente situațiilor financiare și cifrei de afaceri, din bonitatea pe care o prezintă față de instituțiile de credit care i-au acordat instrumente de credit, cât și, nu în ultimul rând, din însăși structura contractuală aferentă proiectului, care permite executantului să solicite și să obțină cu titlu de avans o sumă superioară diferenței maxime dintre cele două curbe S. În atare situație, măsura declarării ofertei sale ca inacceptabilă este vădit disproporționată.

Sub un al doilea aspect, contestatoarea consideră că, prin decizia sa disproporționată, de a nu accepta documentele justificative suplimentare/de confirmare depuse prin răspunsul la clarificare din evaluarea inițială (din 14.02.2022), .....încalcă vădit inclusiv principiul cheltuirii eficiente a banului public, atribuind în final procedura unui ofertant care are o ofertă mai dezavantajoasă.

În considerarea acestui principiu, oferta .....este mult mai dezavantajoasă:

i) din punct de vedere economic, diferența financiară dintre oferta sa și oferta .....fiind considerabilă, respectiv de 66.368.454,41 lei, reprezentând echivalentul a 13.273.690,89 euro;

ii) din punct de vedere al execuției efective, alegându-se un operator economic în detrimentul unei asocieri formată din doi mari constructori, fiecare răspunzând solidar și individual în fața autorității contractante;

iii) din punct de vedere probatoriu, oferta declarată câștigătoare nici măcar nu a putut fi verificată în mod transparent, întrucât oferta .....a fost declarată în întregime confidențială.

Or, respingerea ofertei asocierii ....., singura ofertă nedeclarată confidențială și accesibilă tuturor, în raport de un aspect minor, care nu afectează nici capacitatea și nici calitatea lucrărilor sub niciun aspect și nici partea financiară a execuției, este vădit nejustificată.

Asocierea contestatoare adaugă că autoritatea contractantă nu a continuat să apere evaluarea inițială (cu privire la acest aspect minor), în concordanță cu cele susținute la acel moment, contravine și principiului încrederii legitime, consacrat în jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene: principiul încrederii legitime a fost consacrat în jurisprudența constantă a CJUE, alături de principiul securității juridice, drept principii care fac parte din ordinea juridică a Uniunii Europene și care „trebuie să fie respectate nu numai de instituțiile Uniunii, ci și de statele membre în exercitarea competențelor care le sunt conferite prin directivele Uniunii.”

Sub un al treilea aspect, prin comparație cu modul de evaluare și reevaluare a ofertei asocierii ....., contestatoarea învederează că, referitor la experiența similară a celor 3 experți, acestei asocieri i s-a permis (ba chiar s-a impus autorității contractante pe calea deciziilor CNSC și CAB) să își poată clarifica experiența experților, fiindu-i permisă depunerea de noi documente, atât ca răspuns la solicitările de clarificare, cât și prin chiar acțiunile de instanță (contestație, plângere, note scrise). Aceste două foruri de control au statuat asupra documentelor noi, transmise de către asocierea ....., în sensul de a obliga autoritatea contractantă să le considere în noua reevaluare.

În concluzie, în considerarea tuturor aspectelor referitoare la oferta asocierii ....., contestatoarea solicită Consiliului să constate încălcarea flagrantă de către autoritatea contractantă a principiului proporționalității, egalității de tratament, economicității cheltuirii banului public și încrederii legitime. Prin urmare, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii ..... cu respectarea tuturor acestor principii esențiale, prevăzute atât de normele europene și locale, cât și iterate constant de jurisprudența conturată în domeniul achizițiilor publice.

3. Reevaluarea efectuată de autoritatea contractantă este nejustificată și nelegală în raport de cerința inițială și modul de efectuare a clarificărilor ulterioare aduse anunțului de participare privind modul de întocmire a propunerii financiare. Măsura respingerii ofertei asocierii ..... este vădit disproporționată.

Contestatoarea supune atenției Consiliului că măsura respingerii ofertei sale în raport de presupusa neîndeplinire a cerinței privind cele 2 curbe S de progres financiar este nejustificată și prin corelare cu i) modul de formulare a cerinței inițiale în anunțul de participare, respectiv ii) clarificarea sa ulterioară, anterior depunerii ofertelor (!).

În anunțul de participare inițial, la secțiunea II.2.5 *Criterii de atribuire Cel mai bun raport calitate-preț*, prezentarea celor 2 curbe S

era o cerință exclusiv privind modul de prezentare a ofertei tehnice și de punctare a factorului de evaluare. În anunțul de participare inițial și anexa nr. 1 la acesta nu există nicio referință la anexa nr. 5 la Formularul nr. 7A/7B/7C, respectiv nicio referință la necesitatea prezentării celor 2 curbe S și însoțirii de documente justificative în cadrul propunerii financiare. Ulterior însă, ca urmare a solicitărilor de clarificare, prin clarificarea nr. 2 la documentația de atribuire, răspunsul 11, autoritatea contractantă a rectificat cerințele documentației de atribuire, publicând anunțul tip erată nr. EN1029750/ 22.07.2021, prin care a clarificat exclusiv cerința privind factorul de evaluare și Formularul nr. 4C Propunerea tehnică, iar nu și noua cerință privind noul formular de propunere financiară, și anume, Anexa nr. 5 la Formularul nr. 7A/7B/7C, cu suplimentările la aceasta.

Or, cum Anexa nr. 5 la Formularul nr. 7C (aplicabilă în cazul Lotului 3) a fost suplimentată ca cerință a propunerii financiare, în perioada de clarificări ale documentației de atribuire, însă, această rectificare a cerinței inițiale din anunțul de participare și Anexa nr. 1 la acesta nu a fost efectuată pe calea unui anunț de tip erată.

Obligația depunerii acestei noi Anexe nr. 5 la Formularul nr. 7C - solicitată cu titlu de noutate, în conținutul minimal al căreia se indică pentru prima dată necesitatea însoțirii de documente edificatoare din care să rezulte acoperirea diferenței maxime dintre cele 2 curbe S - a fost doar dedusă și acceptată de operatorii economici prin parcurgerea răspunsului consolidat și a clarificării nr. 2, respectiv a anexei modificate (Formularul nr. 4), respectiv a noii anexe (Anexa nr. 5 la Formularul nr. 7C), ambele atașate exclusiv răspunsului consolidat și clarificării nr. 2, iar nu prin indicarea expresă a acestei modificări printr-un anunț tip erată.

Or, cum modul de prezentare a propunerii financiare, prin suplimentarea cu Anexa nr. 5 la Formularul nr. 7C, era o cerință nouă față de conținutul anunțului de participare inițial, modificarea sa trebuia operată de autoritatea contractantă nu doar pe calea clarificării, ci și printr-un anunț tip erată, similar modului de clarificare a factorului de evaluare. Aceasta era necesară tocmai pentru a asigura respectarea principiului transparenței asupra cerințelor minime obligatorii esențiale impuse operatorilor economici interesați.

Autoritatea contractantă în evaluarea și reevaluarea unei oferte trebuie să aibă în vedere cu caracter principal propriile cerințe minime obligatorii, de care nu se poate deroga, nici măcar prin deciziile unei instanței de judecată, în caz contrar procedura devenind viciată.

Contestatoarea solicită astfel Consiliului să aibă în vedere în soluționarea contestației inclusiv modul de solicitare inițială a cerinței privind întocmirea propunerii financiare, dar și clarificarea acesteia, prin omisiunea publicării unui anunț tip erată. Prin urmare, solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei financiare sub

aspectul prezentării Anexei nr. 5 la Formularul nr. 7C și, în consecință, a documentelor edificatoare privind acoperirea diferenței maxime dintre cele 2 curbe S.

4. Reevaluarea efectuată de autoritatea contractantă este, totodată, nelegală și în raport de informațiile existente în oferta inițială și completările ulterioare transmise de asocierea .....

4.1. Informațiile depuse în oferta inițială sunt suficiente și confirmă îndeplinirea cerinței privind cele 2 curbe S. Clarificarea din 14.10.2022 și completarea cu documentele bancare este permisă de lege și nu modifică substanțial oferta.

4.1.1. Informațiile depuse în oferta inițială sunt suficiente și confirmă îndeplinirea cerinței privind cele 2 curbe S.

Sub un prim aspect, referitor la capacitatea economică de a susține și executa proiectul, contestatoarea susține că a dovedit capacitatea economică de a susține și executa proiectul prin depunerea DUAE al fiecărui membru asociat, în care este indicată cifra de afaceri pe ultimii 3 ani a fiecărui membru al asocierii .....

În privința acestei susțineri, în comunicarea rezultatului, autoritatea contractantă a indicat următoarele: „Cifrele de afaceri declarate în cadrul DUAE sunt aferente anilor 2018, 2019 și respectiv 2020, ori oferta este depusă în 16.09.2021, implicit documentele edificatoare solicitate trebuiau să fie la nivelul anului 2021.”

Contrar susținerilor autorității contractante, asocierea contestatoarea afirmă că cifrele de afaceri prezentate în DUAE demonstrează tocmai capacitatea economică de a susține și executa întregul proiect conform jurisprudenței și prevederilor legale.

Ca regulă generală, cifrele de afaceri sunt solicitate la nivelul ultimilor trei ani înainte de depunerea ofertelor, fiind utilizate în orice procedură de achiziție publică pentru a demonstra posibilitatea de a susține întreaga execuție a contractului. Or, având în vedere că cifrele de afaceri nu puteau și nu s-au solicitat a fi depuse pentru exercițiul financiar în curs, data depunerii ofertei fiind anul 2021, raționamentul autorității contractante se dovedește a fi eronat.

În cazul de față, cifra de afaceri a asocierii ....., atât în mod individual raportat la fiecare asociat și cu atât mai mult, cumulat raportat la ambii asociați, reprezintă un indicator suficient și corespunzător în dovedirea capacității economice de a susține în integralitate proiectul, respectiv la valoarea ofertată de 1.093.470.823,76 lei, fără TVA, reprezentând de 10 ori mai mult față de diferența maximă rezultată de 100.112.066,52 lei. Valorile cifrelor de afaceri ale fiecărui membru asociat sunt fiecare semnificativ superioare diferenței maxime ale celor 2 curbe S.

În plus față de cele asumate în DUAE, cu referire expresă la acoperirea diferenței maxime, contestatoarea arată că a furnizat o declarație pe proprie răspundere, ce confirmă această capacitate a

ofertantului de a susține economic proiectul, care ar fi trebuit să fie considerată de autoritatea contractantă cel puțin ca început de dovadă scrisă, care se completează cu toate informațiile din ofertă, conform detaliilor prezentate în răspunsul de clarificare din reevaluare (din 01.03.2023).

Sub un al doilea aspect, având în vedere cele învederate mai sus, referitor la cerința de dovedire a disponibilului financiar/depozitelor/activelor/creditelor de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acordă în dovedirea fluxului de numerar disponibil, contestatoarea menționează că este aplicabil adagiul latin „*maxima qui potest maius, potest et minus*”.

Prin dovedirea efectivă a capacității de a susține și executa proiectul, asocierea contestatoare apreciază că a dovedit implicit capacitatea de a acoperi diferența financiară maximă dintre cele două curbe S, dublarea cerinței fiind redundantă, iar inacceptabilitatea ofertei reiese cu atât mai disproporționată prin raportare la acest motiv.

Autoritatea contractantă, în mod eronat, reține ca fiind irelevante situațiile financiare indicate, acestea fiind prezentate la nivelul anului 2020, în scopul demonstrării informațiilor din DUAE. Trebuia înțeleasă de către autoritatea contractantă ca fiind suficientă dovedirea existenței activelor, precum și a capitalului de care dispune asocierea ..... pentru a putea fi constatată îndeplinirea corespunzătoare a cerinței. Activele pe care le deține asocierea .....-.... sunt superioare valorii dintre diferența maximă a curbelor S de 100.112.066,52 lei.

Sub un al treilea aspect, în cadrul răspunsului de clarificare din reevaluare (din 01.03.2023), a indicat că situațiile financiare ale asociațiilor sunt publice și disponibile, spre exemplu pentru ....., pe website-ul oficial indicat în DUAE.

Cu privire la acest aspect, comisia de evaluare, în mod eronat precizează că autenticitatea acestora poate fi pusă sub semnul întrebării, respectiv că pe site-ul propriu al ..... nu ar fi prezentate informații oficiale, respectiv faptul că oricum asocierea ar fi bifat „NU” în cadrul rubricii DUAE.

În plus, site-ul web al ..... a fost indicat în cadrul DUAE, fiind dreptul și, totodată, sarcina autorității contractante să facă verificări suplimentare, conform chiar propriei practici.

Or, ofertantul poate fi sancționat cu declararea inacceptabilității ofertei doar în situația în care se constată că nu a adus la îndeplinire obligațiile stabilite în sarcina sa, iar nu pentru neîndeplinirea de către autoritatea contractantă a propriilor obligații.

Sub un al patrulea aspect, posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar a fost demonstrată, la data ofertei inițiale, în mod indirect, inclusiv prin obținerea și depunerea de către asocierea ..... a unui instrument de garantare, sub forma scrisorii de garanție bancară, utilizat drept garanție de participare în

documentele de calificare depuse - garanție de participare nr. 11195741/16.09.2021. Pentru emiterea acestui instrument de garantare, fiecare membru al asocierii ..... a demonstrat instituțiilor emitente fluxuri îndestulătoare de numerar, susținute de situațiile financiare ale membrilor, cât și de garanții colaterale semnificative.

Reies astfel ca eronate reținerile .....conform cărora garanția de participare nu are legătură cu documentele solicitate, fiind constituită strict pentru a participa la procedură. Toate documentele depuse de ofertant trebuiau analizate în baza principiilor achizițiilor publice, în special a principiului proporționalității, în mod uniform, respectiv prin corelarea informațiilor.

Sub un al cincilea aspect, referitor la avansul de 15% din valoarea contractului, acesta este la rândul său o modalitate de dovedire a capacității economice de a susține și executa proiectul, respectiv de a acoperi diferența financiară maximă dintre cele 2 curbe S, la momentul execuției efective, momentul pentru care au fost solicitate toate aceste cerințe.

În concluzie, contestatoarea susține că, din toate aspectele menționate anterior, susținute de informații existente (și verificabile) la momentul depunerii ofertei și confirmate în cadrul răspunsului de clarificare din evaluarea inițială (din 14.02.2022), rezultă că asocieria ..... are capacitatea economică de a susține și executa proiectul, respectiv dispune de disponibilul financiar necesar, atât din capitaluri proprii aferente situațiilor financiare și cifrei de afaceri, din bonitatea pe care o prezintă față de instituțiile de credit care i-au acordat instrumente de credit, cât și, nu în ultimul rând, din însăși structura contractuală aferentă proiectului, care permite executantului să solicite și să obțină cu titlu de avans o sumă superioară diferenței maxime dintre cele 2 curbe S. Solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii ..... cu luarea în considerare a tuturor acestor informații.

4.1.2. Clarificarea din 14.10.2022 și suplimentarea cu documentele bancare este permisă de lege și nu modifică substanțial oferta.

Contestatoarea învederează Consiliului că informațiile referitoare la capacitatea economică de a susține și executa proiectul, respectiv disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocieria sau instituțiile financiar-bancare care le acordă, sunt informații ce se regăsesc în oferta asocierii .....

În acest sens, documentele bancare, depuse ca răspuns la clarificarea din evaluarea inițială (din 14.02.2022), reprezintă informații depuse, în principal, în sensul dispozițiilor art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE, iar, în subsidiar, în sensul art. 134 din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă, prin ignorarea completă a prevederilor art. 56 din (3) din Directiva 2014/24/UE, a emis o decizie nelegală de inacceptabilitate a

ofertei ....., care nu respectă nici principiile achizițiilor publice, nici prevederile legale.

În analiza sa asupra incidenței și aplicabilității art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE, Consiliul este rugat să aibă în vedere și interpretările Curții de Justiție a Uniunii Europene asupra acestuia, prin care se statuează că atât timp cât legislația ori chiar documentația de atribuire a procedurii nu prevede în mod expres sancțiunea excluderii/respingerii, autoritățile contractante au posibilitatea de a solicita operatorilor economici să își completeze/suplimenteze oferta.

În cazul prezentei proceduri, lipsa dovedirii acoperirii diferenței maxime dintre cele 2 curbe S cu documente justificative privind fluxul de numerar nu apare ca o sancțiune expresă, ci prin extrapolare a cerinței. Totodată, cerința nou introdusă doar ca urmare a clarificărilor documentației de atribuire, este una complexă (constituită din trei elemente), iar respingerea completă a cerinței și, în consecință, a întregii oferte pentru presupusa neîndeplinire (la data depunerii ofertei) a celui de-al treilea element ale cerinței ar fi o măsură vădit nejustificată și în detrimentul prevederilor și principiilor dezbătute pe larg în contestație.

Or, cerința nou introdusă prin anexa nr. 5 la Formularul nr. 4C, vizează și este constituită din cumularea următoarelor trei elemente:

- (1) prezentarea celor 2 Curbe S de progres financiar;
- (2) rezultarea unei diferențe maxime între cele 2 curbe S de progres financiar; și
- (3) acoperirea diferenței maxime dintre cele 2 curbe S de progres financiar, cu orice document justificativ astfel încât să se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar.

Având în vedere că documentele bancare, depuse pe calea răspunsului la clarificare din evaluarea inițială (din 14.10.2022), clarifică existența disponibilului financiar, fără a se modifica substanțial/esențial niciun element (tehnic, financiar sau de orice altă natură) din ofertă, acestea trebuie și nu pot fi decât încadrate în categoria informațiilor suplimentare conform dreptului unional.

Mai mult, chiar și în dreptul național în domeniul achizițiilor publice, noțiunea ce se utilizează cel mai frecvent este cea de completare permisă a unei „erori” sau a unei „omisiuni”.

În concluzie, asocierea contestatoare afirmă că, având în vedere că autoritatea contractantă nu a făcut aplicarea principiilor achizițiilor publice, a prevederilor art. 56 alin. (3) din Directiva nr. 2014/24/UE, respectiv a excepțiilor instituite la art. 134 din HG 395/2016, decizia de inacceptabilitate a ofertei sale este nelegală și, deopotrivă, nemotivată corespunzător, încălcându-se vădit cea de-a treia Decizie CAB. Solicită astfel Consiliului să oblige autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii ..... i) cu luarea în considerare a tuturor acestor elemente, în mod cumulat, cu scopul atingerii obiectivului urmărit, precum și ii) în

raport de limitele trasate de instanță, cu eliminarea oricăror referințe privind alte aspecte referitoare la întocmirea/prezentarea celor 2 curbe S de progres financiar.

Pentru toate argumentele învederate anterior, contestatoarea solicită Consiliului să dispună admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată.

Prin adresa nr. 58169/15.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 32467/....., ..... (denumită în continuare ".....S.A."), în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, emite punct de vedere cu privire la contestația formulată de către asocieria ..... - .....AS, prin care solicită Consiliului să respingă contestația ca fiind nefondată potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestației prezintă următoarele:

1. Referitor la susținerile contestatoarei conform cărora „Decizia Autorității Contractante de respingere a ofertei asocierii ..... și declarare ca inacceptabilă a acesteia este nelegală. Oferta Asocierii ..... este acceptabilă, îndeplinind corespunzător cerințele minime obligatorii, iar răspunsurile subscrisei la solicitările de clarificări sunt concludente.”

1.1. Cu privire la alegația contestatoarei „Reevaluarea efectuată de Autoritatea contractantă este nelegală prin încălcarea premiselor stabilite și limitelor reevaluării trasate de Curtea de Apel prin cea de-a treia Decizie CAB”, achizitoarea precizează că a respectat în integralitate dispozițiile dispuse de instanță.

În acest sens, în urma intrării în posesia Deciziei civile nr. 168, comisia de evaluare a procedat la punerea în aplicare a acesteia, iar în data de 20.02.2023, a transmis solicitarea de clarificări nr. 9/2466/20.02.2023 către asocieria ....., prin care i s-a solicitat să indice „unde anume în cadrul ofertei inițiale depuse de dvs. se regăsesc informații din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, respectiv disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocieria dvs. sau instituțiile financiar bancare care le acordă.”

Susține că o precizare importantă care se impune a fi făcută și pe care contestatoarea nu o evidențiază este că, prin decizia civilă nr. 168/25.01.2023, comisia de evaluare a fost limitată drastic de către instanța de judecată cu privire la tipul de informații existente în cadrul ofertei inițiale pe care documentele edificatoare solicitate prin intermediul documentației de atribuire sunt de natură a le confirma: disponibilul financiar/depozitele/ activele/creditele de care dispune asocieria sau instituțiile financiare bancare care le acordă.

Deși Curtea de Apel ..... nu a dispus în mod clar și concis respingerea ofertei asocierii ..... ca inacceptabilă prin prisma faptului că și-a completat oferta prin depunerea documentelor edificatoare nu poate fi trecut cu vedere că, prin aceeași decizie, instanța a statuat că “cu încălcarea prevederilor legale, comisia de evaluare a reținut că

neprezentarea unei anexe la anexa formularului nr. 7 nu poate atrage după sine respingerea ofertei, în condițiile în care anexa la un formular face corp comun cu acesta”.

Autoritatea contractantă precizează că ipoteza lansată de contestatoare prin raportare la prevederile art. 134 alin. (1) lit. b) din Legea 101/2016 nu este relevantă în cazul de față, întrucât Curtea de Apel a stabilit în mod clar acțiunile necesar a fi întreprinse în vederea reevaluării ofertei contestatoarei. Instanța de judecată este ținută să soluționeze o cauză în limitele investiției sale, în acord cu principiul disponibilității procesuale. Prin urmare, nu are posibilitatea legală de a efectua o anchetă pe cont propriu pentru a verifica admisibilitatea unei oferte, ci poate doar verifica dacă raționamentul este probat de petent și dacă acesta este corect sau nu.

Astfel, concluzia contestatoarei conform căreia „Curtea nu a reținut acest aspect, deci nu a dispus obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ..... cu consecința declarării acesteia ca inacceptabile” este eronată, dat fiind faptul că, în urma primei reevaluări, comisia de evaluare a concluzionat că documentele edificatoare depuse ulterior termenului de primire a ofertelor sunt de natură a confirma informațiile existente în oferta inițială, prezentând justificări pertinente și susținute în acest sens.

Instanța de judecată, prin Decizia nr. 168/25.01.2023, a desființat atât concluziile comisiei de evaluare reținute în cadrul procesului de reevaluare anterior, cât și motivarea Consiliului din cadrul Deciziei nr. 2628/C9/2717,2737/12.12.2022.

Contrar susținerilor asocierii ....., autoritatea contractantă susține că nu a pornit de la o premisă greșită în interpretarea ultimei Decizii a Curții de Apel, ci în mod corect a reținut că, în cadrul primei reevaluări, a încălcat prevederile legale în materia achizițiilor publice atunci când a reținut că lipsa documentelor edificatoare anexate celor două curbe S de progres fizic și financiar nu poate conduce la respingerea ofertei, aspect ce s-a impus a fi remediat prin intermediul celui de-al doilea proces de reevaluare, și cu stricta respectare a motivării instanței.

De asemenea, este important a se evidenția diferența de abordare între soluțiile Curții de Apel ..... cu privire la speța supusă soluționării. Astfel, dacă prin Decizia nr. 1857/11.07.2022, Curtea de Apel a reținut că "autoritatea contractantă nu a stabilit dacă documentele edificatoare sus menționate se regăseau, fie și din perspectiva conținutului acestora, în cuprinsul ofertei depusă inițial, în cadrul propunerii întocmită de ofertantul în cauză, respectiv dacă acestea doar clarifică conținutul inițial al ofertei petentei sau îl completează/modifică în mod esențial, dacă aceste documente trebuia a fi atașate încă de la data depunerii ofertelor potrivit cerințelor din documentația de atribuire din perspectiva obligativității cerinței din documentația de atribuire menționate anterior,

dar și dacă documentele atașate acestui răspuns la solicitarea de clarificare erau relevante prin raportare la conținutul celorlalte documente depuse de către ofertant în cadrul propunerii inițiale prin raportare la scopul cerinței menționate, pentru a se demonstra dacă într-adevăr ofertantul avea capacitatea de a acoperi diferența financiară maximă dintre cele două Curbe S, astfel încât să se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar între cele două momente.", lăsând la latitudinea autorității contractante stabilirea tipului de informații pe care documentele edificatoare le-au putut confirma, prin ultima Decizie civilă, instanța de judecată a limitat în mod drastic tipul de informații din cadrul ofertei inițiale care pot fi confirmate/susținute de informațiile prezentate prin răspunsul la clarificare, doar la:

- menționi în oferta inițială a disponibilului financiar/depozitelor/activelor/creditelor de care dispune ofertantul; sau
- menționi în oferta inițială a instituțiilor financiar bancare care le acordă.

Având în vedere aceste aspecte, achizitoarea apreciază demersul contestatoarei de a o acuza de încălcarea principiului proporționalității este cu atât mai injust, cu cât informațiile referitoare la valoarea activelor financiare, creditelor și numerarului vreunuia dintre membrii asocierii ....., nu erau cunoscute de la momentul depunerii ofertelor (16.09.2021), ci acestea au fost aduse la cunoștința comisiei de evaluare, pentru prima dată, abia în data de 18.10.2022 (deci și ulterior depunerii documentelor edificatoare din data de 14.02.2022), atunci când contestatoarea a depus documentele justificative actualizate în vederea demonstrării informațiilor din DUAЕ, ca urmare a faptului că, în urma primului proces de reevaluare și în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr 98/2016, oferta asocierii ..... s-a clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.

Autoritatea contractantă susține că nu a ignorat art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE ce a fost transpus în legislația națională prin art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016, întrucât:

- încă din cadrul procesului de evaluare inițial, i s-a acordat contestatoarei șansa de a transmite documentele edificatoare solicitate, prin raportare la principiul proporționalității;

- în cadrul primei reevaluări, tot cu respectarea art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE și dispozițiilor instanței din primul ciclu procesual, comisia de evaluare și-a menținut decizia, și anume că a fost atins scopul prevederii din documentația de atribuire, respectiv demonstrarea posibilității susținerii fluxului numerar de către asocierea .....

- în cadrul celei de-a doua reevaluări, cu stricta respectare a dispozitivului instanței și a prevederilor art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE, comisia de evaluare i-a transmis contestatoarei solicitarea

de clarificare nr. 9/2466/20.02.2023, prin care i s-a cerut să indice unde se regăsesc informații din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, respectiv disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune.

În conformitate cu prevederile documentației de atribuire, așa cum aceasta a fost modificată prin intermediul răspunsului 11 din cadrul Clarificării nr. 2 la documentația de atribuire, cerința autorității contractante referitoare la modalitatea de prezentare a celor două curbe S de progres fizic și valoric cumulat al lucrărilor a fost prevăzută în cadrul factorului de evaluare Metodologia de implementare a contractului și programul de lucrări (Graficul Gantt) în corelare cu resursele materiale, tehnice și umane utilizate.

Comisia de evaluare a reținut că asocierea ..... a transmis documentele edificatoare prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificare, ulterior termenului limită de depunere a ofertelor, care a fost în data de 16.09.2021.

Având în vedere că instanța de judecată a stabilit în mod clar limitele reevaluării, comisia de evaluare a analizat conținutul ofertei depuse inițial din perspectiva celor reținute în cadrul Deciziei civile nr. 168/25.01.2023, prin raportare la modul în care documentele edificatoare prezentate prin răspunsul la clarificare din 14.02.2022 sunt de natură să fie susținute fără echivoc de informațiile prezentate inițial în cadrul ofertei sau sunt de natură a completa conținutul acestuia. Mai mult, Curtea de Apel ..... a limitat tipul de informații din cadrul ofertei inițiale care pot confirma/susține informațiile prezentate prin răspunsul la clarificare.

Prin urmare, raportat la răspunsul asocierii ..... la solicitarea de clarificare, comisia de evaluare a reținut următoarele:

i. în cadrul propunerii financiare sunt prezentate 2 cash flow-uri defalcate pe categoriile de lucrări principale, împărțite în mod artificial în valori egale lunare;

ii. anexele la care se referă ofertantul în cadrul răspunsului sunt aceleași documente de la punctul de mai sus, însă de această dată se face referire la cele 2 grafice care apar în fiecare dintre cele 2 anexe, respectiv la declarațiile din finalul acestora. Comisia de evaluare a constatat faptul că nu s-a prezentat un calcul al diferențelor între curbe care să evidențieze elementele și condițiile contractuale și anume: avans, returnare avans, producție în lună, rezerve de implementare, calcul pentru fiecare lună. De asemenea, declarațiile din finalul anexelor nu au niciun fel de justificare care să le susțină și sunt asumate doar formal;

iii. în cadrul propunerii tehnice, cap. I. Prezentarea programului de lucrări, la paginile 14-15, punctul 1.2 Cuba S și graficul Gantt, sunt prezentate 2 pagini, în care se precizează faptul că „programul de lucrări a fost prezentat separat pe utilaje și respectiv personal” și se prezintă un grafic

cu resurse (alocate/propuse), precum și un tabel „corespunzător totalului acumulat la sfârșitul proiectului”, „plecând de la orele lunare de utilaje” care nu pot fi considerate ca reprezentând informații care să confirme capacitatea economică de a susține și executa proiectul sau informații referitoare la disponibilul financiar de care dispune asocierea;

iv. În cadrul propunerii tehnice la Anexa 25 la propunerea tehnică, așa cum a indicat ofertantul în răspunsul său, sunt prezentate fix aceleași informații (2 pagini) ca la pag 14-15 indicate mai sus, care, similar cu cele reținute anterior de comisia de evaluare, nu demonstrează în niciun caz accesul la disponibilitățile bănești/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea;

v. formularul D și anexele la acesta nu conțin informațiile solicitate prin clarificare;

vi. cifrele de afaceri declarate în cadrul DUAЕ sunt aferente anilor 2018, 2019 și respectiv 2020, ori oferta este depusă în 16.09.2021, implicit documentele edificatoare solicitate trebuiau să fie la nivelul anului 2021;

vii. situațiile financiare depuse de asociere sunt aferente anilor pentru care a fost prezentată cifra de afaceri în cadrul DUAЕ, respectiv 2018, 2019 și 2020 și au fost depuse în scopul demonstrării informațiilor din DUAЕ, și în niciun caz nu au fost depuse în vederea demonstrării acoperirii diferenței maxime dintre cele două curbe S și nici nu atestă cele solicitate;

viii. garanția de participare nr. 11195741/16.09.2021 se constituie strict în scopul de a participa la prezenta procedura de achiziție, fără a avea legătură cu documentele solicitate prin clarificare.

Comisia de evaluare a reținut că scopul principal pentru care a fost solicitată prezentarea celor două curbe S a fost acela de a demonstra susținerea din punct de vedere financiar a contractului pe parcursul perioadei în care supervisorul/beneficiarul certifică și efectuează plata Situațiilor intermediare de lucrări depuse de către antreprenor. Diferența dintre cele două curbe S reprezintă decalajul dintre eventuala dată de începere a lucrărilor și data estimată a primei plăți, iar scopul solicitării prezentării documentelor edificatoare încă de la momentul depunerii ofertelor a fost tocmai demonstrarea acoperirii acestei diferențe din punctul de vedere al fluxului de numerar.

În continuare, ofertantul a invocat, în vederea îndeplinirii cerinței, aceleași documente prezentate inițial.

Achizitoarea adaugă că, în ceea ce privește pretinsa dovedire a capacității economice de a susține și executa proiectul prin invocarea avansului în procent de 15% din prețul contractului de lucrări, comisia de evaluare a reținut faptul că limitele reevaluării ofertei dispuse de către instanța au fost cât se poate de clare, nelăsând loc de interpretări.

Prin urmare, era de datoria ofertantului să acționeze cu diligență și să prezinte documente edificatoare cu privire la propria sa capacitate

economică de a susține contractul, acesta fiind scopul curbelor S și al documentelor justificative solicitate prin documentația de atribuire. Capacitatea economică se demonstrează prin prezentarea cifrelor de afaceri aferente anilor 2018, 2019 și 2020 în cadrul DUAЕ și ulterior la prezentarea documentelor suport prin prezentarea situațiilor financiare aferente. Avansul în proporție de 15% din valoarea contractului nu poate fi considerat capacitate economică de susținere și executare a proiectului, cu atât mai mult de a acoperi diferența financiară maximă între cele 2 curbe S de progres financiar, întrucât avansul se acordă pe baza constituirii unei garanții de avans. În plus, avansul nu reprezintă o sumă de care dispune asocierea, ci de care dispune beneficiarul pentru a face plata către viitorul antreprenor, în baza unei solicitări prealabile din partea acestuia și aprobării de către beneficiar. De asemenea, este obligatorie constituirea garanției de bună execuție în proporție de 10% din valoarea contractului. Resursele pentru constituirea garanției de avans, respectiv de bună execuție nu au fost regăsite în mod concret în cadrul ofertei depuse.

În mod similar, formularul D și anexele la acesta nu conțin informațiile solicitate prin clarificarea comisiei de evaluare, în conformitate cu cele reținute de instanță.

Referitor la demonstrarea capacității economice de a susține și executa proiectul, comisia de evaluare confirmă faptul că asocierea .....-..... a probat capacitatea economică de a susține și executa proiectul prin depunerea DUAЕ al fiecărui membru asociat, în care este indicată cifra de afaceri pe ultimii 3 (trei) ani a fiecărui membru al asocierii, respectiv 2018, 2019 și 2020.

Referitor la remarca ofertantului „Valorile cifrelor de afaceri ale fiecărui membru asociat sunt fiecare semnificativ superioare diferenței maxime ale celor două (2) Curbe S” autoritatea contractantă precizează că diferența maximă dintre cele două curbe S de progres financiar nu se poate susține cu cifra de afaceri, ci, așa cum este solicitat prin clarificare, și așa cum menționează și Curtea de apel prin Decizia sa, doar cu „disponibilul financiar /depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea dvs. sau instituțiile financiar bancare care le acordă”.

În ceea ce privește declarația pe propria răspundere din cadrul celor două curbe S, simpla asumare a capacității economice de a susține contractul, în lipsa unor documente edificatoare care să confirme această declarație, nu este suficientă pentru a putea fi reținută drept relevantă.

Referitor la scrisoarea de garanție bancară nr. 11195741/16.09.2021, comisia de evaluare a reținut că aceasta este emisă de Banca Transilvania SA Cluj-Napoca, Sucursala ..... Nord, și nicidecum de ..... sau ....., instituțiile emitente ale documentelor edificatoare, de unde rezultă că nici în acest caz nu poate fi vorba despre o confirmare a unei informații existente în cadrul ofertei inițiale.

Drept urmare, comisia de evaluare a constatat că documentele edificatoare transmise prin intermediul răspunsului din data de 14.02.2022 sunt documente noi care nu au corespondent în ofertă, prin raportare la informațiile la care comisia de evaluare a fost limitată de către Curtea de Apel ....., de unde se desprinde caracterul de modificare a propunerii financiare prin răspunsul la clarificare, în sensul art. 134 alin. (6) din HG 395/2016,

Achizitoarea subliniază că reiese indubitabil că au fost puse în aplicare prevederile Deciziei civile nr. 168/25.01.2023 a Curții de apel ....., în cadrul procesului verbal nr. 9/5897/2023, astfel:

- așa cum reiese și din actele depuse la dosarul cauzei, motivul de respingere al ofertei contestatoarei vizează strict caracterul de completare al documentelor edificatoare, și nu modalitatea de prezentare a celor două cash flow-uri sau faptul că nu s-a prezentat calculul diferenței maxime dintre cele două curbe S, aceste din urmă aspecte fiind definitiv tranșate în cadrul evaluărilor anterioare;

- analiza, motivarea, precum și concluzia justificată în mod corespunzător a fost consemnată în cadrul documentelor emise de către comisia de evaluare;

- a fost analizată și asigurată respectarea principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, în special principiul transparenței.

1.2. Cu privire la alegația contestatoarei „Reevaluarea efectuată de Autoritatea contractantă este nelegală prin încălcarea dispozițiilor legale și a principiilor în materia achizițiilor publice. Prioritatea dreptului Uniunii Europene”, autoritatea contractantă transmite că societatea contestatoare se află în eroare, întrucât prezenta speță vizează completarea propunerii financiare prin intermediul răspunsului la clarificare, pentru care, în mod evident, nu sunt aplicabile prevederile art. 134 alin. (7) din HG 395/2016, întrucât legiuitorul a precizat în mod clar este vorba despre modificări/completări ale propunerii tehnice, nu și propunerii financiare.

În mod similar, achizitoarea susține că invocarea prevederilor art. 134 alin. (8) din HG 395/2016 nu are aplicabilitate în cazul de față, întrucât a solicitat încă de la început ca ofertanții să probeze prin documente edificatoare susținerea diferenței maxime dintre cele două curbe S.

Cu atât mai mult, nici încălcarea principiului proporționalității nu îi poate fi imputată autorității contractante, în condițiile în care, comisia de evaluare a fost pusă în situația de a pune în aplicare Decizia Curții de Apel, cu stricta respectare a dispozitivului acesteia.

.....consideră că susținerile asocierii ..... potrivit cărora oferta .....este mult mai dezavantajoasă este nefondată, având în vedere că:

- oferta .....a rămas singura admisibilă în cadrul procedurii de atribuire, în urma punerii în aplicare a tuturor soluțiilor CNSC și ale Curții de Apel;

➤ fiind singura ofertă admisibilă și al cărei preț s-a încadrat în valoarea estimată a achiziției, comisia de evaluare, cu respectarea prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, a procedat la desemnarea acesteia drept ofertă câștigătoare;

➤ din punctul de vedere al execuției efective, nu există nicio certitudine că operatorul economic .....nu va executa contractul la nivelul calitativ și cantitativ solicitat prin documentele achiziției;

➤ oferta .....nu a fost declarată în întregime confidențială, ci așa cum reiese chiar din minuta de studiere a dosarului achiziției, asocierii ..... i s-a permis să consulte documentele DUAE și evaluarea comisiei cu privire la acestea, strict partea din oferta pe care .....nu și-a declarat-o și probat-o ca fiind confidențială.

În finalul acestui capitol, autoritatea contractantă arată că asocierea contestatoare invoca încălcarea principiului tratamentului egal prin raportare la oferta asocierii ....., însă și în cazul acestui ofertant, comisia de evaluare a fost obligată prin intermediul soluțiilor CNSC și ale Curții de Apel să solicite în mod succesiv clarificări menite să confirme sau să infirme niște informații existente și declarate în cadrul ofertei inițiale, în speță experiența experților cheie.

În schimb, contestatoarea nu a prezentat în oferta inițială calculul diferenței maxime dintre cele două curbe S, fapt pentru care nici documentele edificatoare transmite ulterior nu aveau ce informație din cadrul ofertei inițiale să susțină.

1.3 Cu privire la alegația contestatoarei „Reevaluarea efectuată de Autoritatea contractantă este nejustificată și nelegală în raport de cerința inițială și modul de efectuare a clarificărilor ulterioare aduse Anunțului de participare privind modul de întocmire a propunerii financiare. Măsura respingerii ofertei Asocierii ..... este vădit disproporționată”, achizitoarea transmite că susținerile sunt tardive cu privire la documentația de atribuire.

În concluzie, .....solicită Consiliului respingerea acestor critici ca fiind inadmisibile în conformitate cu prevederile art. 16 alin. (1) din Legea 101/2016.

1.4 Cu privire la alegația contestatoarei „Reevaluarea efectuată de Autoritatea contractantă este totodată nelegală și în raport de informațiile existente în oferta inițială și completările ulterioare transmise de Subscrisa”, achizitoarea subliniază că problematica de față vizează modul în care documentele edificatoare confirmă sau completează informații existente în cuprinsul ofertei inițiale referitoare la diferența maximă dintre cele două curbe S. Comisia de evaluare nu a pus la îndoială faptul că asocierea .....-.....nu a dovedit capacitatea economică de a susține și executa proiectul, prin raportare la cifra de afaceri declarată în DUAE și probată ulterior, prin depunerea documentelor justificative.

Având în vedere că prin completarea documentului DUAE, ofertanții susțin o declarație pe proprie răspundere, toate aceste informații declarate și asumate trebuie probate prin prezentarea de documente

justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea 98/2016, în forma sa valabilă la momentul inițierii prezentei proceduri de achiziție publică.

Autoritatea contractantă precizează că asocierea contestatoare a dobândit calitatea de ofertant clasat pe locul I în urma aplicării criteriului de atribuire abia în urma primului proces de reevaluare, desfășurat în conformitate cu dispozițiile Deciziilor civile nr. 1454 și nr. 1857 ale Curții de Apel ....., precum și Deciziei CNSC nr. 808/C9/676,677,680/14.04.2022, fapt pentru care a transmis documentele justificative în vederea demonstrării cifrei de afaceri, pentru prima dată, în 18.10.2022 (deci și ulterior depunerii documentelor edificatoare din data de 14.02.2022).

Declarația separată pe propria răspundere din cadrul cash flow-urilor prezentate în cadrul propunerii financiare, invocată de contestatoare, este cu atât mai nerelevantă întrucât chiar instanța prin Decizia civilă nr. 168/2023 a desființat această modalitate de demonstrare a diferenței maxime dintre cele două curbe S.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei „Subscrisa a înțeles ca suficienta dovedirea activelor, precum și a capitalului de care dispune Asocierea ..... pentru a putea fi constatată îndeplinirea corespunzătoare a cerinței. Activele pe care le deține Asocierea [...] rezulta în detaliu din situațiile financiare publice - disponibile pe website-ul oficial indicat în DUAE”, .....precizează că toată această pledoarie este cât se poate de irelevantă, întrucât procesul de evaluare a ofertelor nu se realizează pe baza unor documente existente la o adresă web, a căror autenticitate poate fi pusă sub semnul întrebării, ci strict pe baza încărcării în SEAP a ofertei semnate cu semnătură electronică extinsă.

În ceea ce privește alegațiile contestatoarei „[...] atare demonstrare este cu atât mai relevantă față de documentele bancare care atesta doar situații temporare, la data consultării băncilor, ce pot fi/sunt supuse schimbărilor constante [...], achizitoarea învederează Consiliului că asocierea ..... se îndreaptă din nou spre criticarea cerințelor documentației de atribuire, care a căpătat caracter definitiv și obligatoriu. Prin urmare, acestea se impun a fi respinse ca fiind tardive.

În același sens, autoritatea contractantă afirmă că nu poate fi trecut cu vederea ridicolul în care se plasează contestatoarea prin afirmațiile „în cea de-a Treia Decizie CAB, Curtea de Apel nu a stabilit ca informațiile justificative trebuie să se regăsească exclusiv în oferta tehnică sau exclusiv în oferta financiară, ci în întreaga ofertă, care include DUAE și documentele suport DUAE”, în condițiile în care instanța de judecată a stabilit în mod definitiv și incontestabil că documentele edificatoare trebuie analizate prin raportare exclusivă la cuprinsul ofertei inițiale. Comisia de evaluare s-a raportat la întregul conținut al ofertei inițiale, inclusiv la documentele de calificare și DUAE, așa cum reiese atât din

cadrul procesului verbal nr. 9/5897/19.04.2023, dar și din comunicarea de rezultat. Documentele suport DUAЕ nu sunt nici pe departe o componentă a ofertei inițiale, ci acestea se transmit la solicitarea autorității contractante, în urma dobândirii de ofertant clasat pe locul I în urma aplicării criteriului de atribuire.

În ceea ce privește revenirea la aspectul invocării website-ului oficial indicat în DUAЕ, .....precizează că nu i s-a impus comisiei de evaluare sarcina de a efectua o anchetă pe cont propriu cu privire la cifrele de afaceri ale ofertanților.

În concluzie, având în vedere rațiunile prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de asocieria ..... - .....AS.

Prin adresa nr. 53629/08.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 30828/09.06.2023, autoritatea contractantă a transmis, pe suport electronic, documentele necesare soluționării cauzei.

Prin cererea de intervenție nr. 2394/....., înregistrată la Consiliu cu nr. .... /19.06.2023, ..... a solicitat admiterea în principiu a cererii de intervenție; respingerea contestației formulată de ....., constatându-se caracterul temeinic și legal al autorității contractante de respingere a ofertei depuse de contestatoare.

Intervenienta prezintă situația de fapt, pe fondul cauzei, susținând că autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia instanței. Este subliniat faptul că importanța cerinței privind curba S în economia contractului a fost deja stabilită de instanță, fiind detaliate argumentele pentru care nu a fost demonstrată îndeplinirea cerinței.

Susține că reevaluarea ofertei asocierii ..... a respectat prevederile legale europene și naționale în materia achizițiilor publice.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 33512/21.06.2023, asocieria ..... - .....AS a transmis concluzii scrise în urma studierii dosarului cauzei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 34558/27.06.2023, asocieria ..... a transmis concluzii scrise în urma studierii dosarului cauzei.

Prin adresa nr. 126411/29.06.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 35175/29.06.2023, asocieria ..... - .....AS a transmis supliment la concluziile scrise.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 35738/03.07.2023, .....a răspuns suplimentului de concluzii depus de asocieria .....

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „execuție lucrări autostrada .... - ....”, cod CPV 45233100-0 Lucrări de construcții de autostrăzi și de drumuri (Rev.2), lot 3 „... – Municipiul .... km 49+350 – km 63+250”, ..... SA, în calitate de

autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, conform anunțului de participare nr. CN1031451/01.06.2021, publicat în SEAP. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează a se atribui este de 5.062.311.668,11 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este Cel mai bun raport calitate-preț, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 16.09.2021, ora 15:00.

Nemulțumită de rezultatul reevaluării pentru Lotul 3, comunicat în data de 22.05.2023, asocieria ..... - ....., prin lider ....., a înaintat contestația în analiză.

Contestatoarea a constituit cautiunea în sumă de 2.000.000,00 lei, conform prevederilor art. 61<sup>1</sup> alin. (1) lit. b) și alin. (2<sup>1</sup>) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209192038/1, eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 29.05.2023.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de ....., văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind declarată câștigătoare, prin raportul procedurii de achiziție publică nr. 9/7705/22.05.2023, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare.

Trecând la soluționarea contestației pe fondul cauzei, se constată că asocieria ..... - ..... AS (denumită în continuare asocieria ..... ) este nemulțumită de evaluarea pe care a realizat-o autoritatea contractantă ..... SA și solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Consiliul va trece, preliminar, la prezentarea istoricului procedurii din perspectiva deciziilor emise de organul administrativ și instanța de judecată, în cadrul procedurii amintite, pentru lotul 3 contestat.

Astfel, se reține că au fost pronunțate următoarele decizii:

- decizia Consiliului nr. 808/C9/676, 677, 680/14.04.2022, modificată prin Decizia intermediară nr. 1454 din 03.06.2022 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, și decizia finală nr. 1857 din 11.07.2022 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

- decizia Consiliului nr. 2628/C9/2717, 2737/12.12.2022, modificată prin decizia nr. 168 din 25.01.2023 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

- decizia Consiliului nr. 742/C9/638 din 03.04.2023, menținută de aceeași Curte de Apel, prin decizia nr. 158 din 17.05.2023.

Relevantă în soluționare prezintă decizia Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, nr. 168/25.01.2023, în care s-au reținut, între altele (pag. 55-57):

Prin decizia nr. 1857/11.07.2022, Curtea de Apel ..... a reținut că autoritatea contractantă nu a stabilit dacă documentele edificatoare sus menționate se regăseau, fie și din perspectiva conținutului acestora, în cuprinsul ofertei depusă inițial, în cadrul propunerii întocmită de ofertantul în cauză, respectiv dacă acestea doar clarifică conținutul inițial al ofertei petentei sau îl completează/modifică în mod esențial, dacă aceste documente trebuia a fi atașate încă de la data depunerii ofertelor potrivit cerințelor din documentația de atribuire din perspectiva obligativității cerinței din documentația de atribuire menționate anterior, dar și dacă documentele atașate acestui răspuns la solicitarea de clarificare erau relevante prin raportare la conținutul celorlalte documente depuse de către ofertant în cadrul propunerii inițiale prin raportare la scopul cerinței menționate, pentru a se demonstra dacă într-adevăr ofertantul avea capacitatea de a acoperi diferența financiară maximă dintre cele două Curbe S, astfel încât să se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar între cele două momente.

Prin urmare, s-a dispus reevaluarea modului de îndeplinire a acestei cerințe, inclusiv în vederea respectării principiilor prevăzute de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv dacă documentele depuse în cadrul răspunsului la această solicitare de clarificare modifică și/sau completează în mod esențial oferta prin raportare la caracterul admisibil al acesteia și dacă documentele depuse în cadrul ofertei și eventual în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, cu respectarea celor menționate anterior, erau lămuritoare în privința modului de îndeplinire a acestei cerințe.

Referitor la documentele edificatoare, se reține că au fost transmise la data de 14.02.2022 cu ocazia Răspunsului de clarificare nr. NI-R0-A7L3-013/14.02.2022.

Prin adresa nr. 24/12648/10.10.2022, în considerarea deciziei nr. 1857/11.07.2022, autoritatea contractantă a solicitat asocierii ..... următoarele: „Cu privire la documentele edificatoare prezentate de dumneavoastră, pentru acoperirea diferenței dintre Curbele S de progres financiar, Decizia CAB, la pagina 139 stipulează următoarele: „(...) impunându-se prin urmare reevaluarea modului de îndeplinire a acestei cerințe (...) respectiv dacă documentele depuse în cadrul răspunsului la această solicitare de clarificare modifică și/sau completează în mod esențial oferta prin raportare la caracterul admisibil al acesteia și dacă documentele depuse în cadrul ofertei și eventual în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, cu respectarea celor menționate anterior, erau lămuritoare în privința modului de îndeplinire a acestei cerințe. tocmai în vederea respectării principiilor invocate în susținerea acestei plângeri (...). ”

La solicitarea comisiei de evaluare, comunicata prin adresa nr. 24/11807/27.09.2022, Departamentul Achiziții Fonduri Externe, din cadrul autorității, a adus la cunoștința acesteia că „ în vederea punerii în aplicare a deciziei, Comisia de evaluare trebuie , pe de o parte sa verifice corelarea Curbei S cu Propunerea tehnica (Graficul Gantt), precum si realizarea unei analize proprii din care sa rezulte daca documentele transmise prin raspunsul la clarificari sunt de natura de a completa sau confirma informațiile din oferta depuse inițial de către ofertant”.

Totodată, referitor la adresa nr. 24/12553/07.10.2022, prin care comisia de evaluare reiterea solicitarea de a se emite un punct de vedere cu privire la faptul ca documentele edificatoare emise de instituții bancare, transmise cu ocazia răspunsului la solicitările de clarificari sunt de natura de a completa sau de a confirma informațiile din oferta depusa inițial de ofertant Departamentul Achiziții Fonduri Externe a menționat inca o data obligația comisiei de evaluare de a realizeze o analiza proprie.

Contrar celor reținute de către Consiliu, Curtea constată că, în evaluarea realizată prin procesul verbal nr. 24/12731/11.10.2022, comisia de evaluare **nu a prezentat motivele pentru care a considerat că documente edificatoare depuse de Asocierea ..... nu reprezintă o completare a ofertei inițiale, respectiv modalitatea în care acestea susțin informațiile existente în ofertă.**

În analiza răspunsului la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a reținut că „Informațiile referitoare la cele doua Curbe S de progres financiar si posibilitate susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar au fost depuse, asumate si detaliate in oferta Asocierii ..... (in termenul de depunere inițial, i. e.: la data de 16.09.2021), inclusiv

in Formularul Anexa nr. 5 și Formularul nr. 7C, unde au fost anexate doua grafice Cash flow pentru fiecare dintre cele două Curbe S, conținând asumarea și confirmarea de către Asocieria .....-....., pe proprie răspundere a faptului ca are capacitatea economică de a susține și executa proiectul in cele doua versiuni propuse de incepere, asa cum rezultă din analiza propusa in cadrul documentelor aferente curbei S (cash Flow).

Ofertantul a confirmat susținerea valorii de 100.112.066,52 lei, reprezentând diferența maximă dintre cele 2 Curbe S, care este in luna a 4-a, conform calculelor Comisiei de evaluare, efectuate pe graficele prezentate in cadrul Propunerii financiare din cadrul ofertei depuse inițial

Documentele edificatoare, transmise încă din data de 14.02.2022 cu ocazia Răspunsului de clarificare nr. NI-R0-A7L3~013/14.02.2022 (...) reconfirma doar informațiile deja furnizate și regăsite in oferta depusa la data de 16.09.2021 de Asocieria ....., legătura cu cele două Curbe S de progres financiar al lucrărilor, iar sumele de care dispune ofertantul pentru susținerea cash flow-ului sunt mai mari decât suma aferenta diferenței maxime dintre cele doua curbe S aferente lunii a 4-a -100.112.066,52 lei".

Comisia de evaluare consideră răspunsul concludent. Mai mult, Comisia de evaluare ia in considerare faptul ca procedura de achiziție publica se desfasoara sub guvernarea principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice ori, conform principiului proportionalitatii, neprezentarea unei anexe la anexa formularului nr. 7, in condițiile in care ofertantul a prezentat Propunerea Financiara in conformitate cu prevederile documentației de atribuire (inclusiv Lista de cantitati) nu poate atrage dupa sine cea mai aspra sancțiune in cadrul procedurii respectiv respingerea ofertei.

Pe cale de consecință documentele prezentate pentru susținerea informațiilor depuse inițial nu pot fi incadrate ca o completare de oferta intrucat Oferta financiara este compusa din Formularul nr. 7 si anexele acestuia nu si anexele anexelor), dupa cum am aratat mai sus, documentele/informatiile prezentate de ofertant sunt sustinute in mod ne echivoc de sensul si de continutul altor informații existente inițial in alte documente prezentate de ofertant (respectiv in graficele aferente curbelor S din cadrul anexei la Propunerea Financiara), aceste documente având doar un rol de clarificare si /sau de confirmare. "

In primul rând, Curtea constată că autoritatea contractanta, pe de o parte, consideră că documentele edificatoare, transmise in data de 14.02.2022 cu ocazia Răspunsului de clarificare nr. NI-R0-A7L3-013/14.02.2022 reconfirmă doar informațiile deja furnizate și regăsite in oferta depusă la data de 16.09.2021, de Asocieria ....., fără a preciza însă care sunt acele informații din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, în afara asumării și declarării acestui fapt, pe propria răspundere, respectiv dacă in cuprinsul ofertei inițiale se menționează disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acordă.

Pe de altă parte, cu încălcarea prevederilor legale, Comisia de evaluare a reținut că neprezentarea unei anexe la anexa formularului nr. 7 nu poate atrage după sine respingerea ofertei, in condițiile in care anexa la un formular face corp comun cu acesta.

(...)

Or, in Anexa 5 la Formularul nr. 7C se precizează în mod expres împrejurarea că „Ofertantii vor prezenta doua curbe S de progres financiar (...) insotite de documente edificatoare.

De asemenea, Comisia de evaluare precizează că documentele/informatiile prezentate de ofertant sunt sustinute in mod neechivoc de sensul si de continutul altor informații existente inițial in alte documente prezentate de ofertant, respectiv in graficele aferente curbelor S din cadrul anexei la Propunerea Financiara, menționând că aceste documente au doar un rol de clarificare si /sau de confirmare. **Aceasta analiza are un caracter pur**

**formal, nefiind precizate în concret care sunt informațiile clarificate sau confirmate de către aceste documente.**

Or, cum s-a reținut și de către Consiliu, o curbă S este un grafic care prezintă un câmp de date cumulative relevante, cum ar fi orele de muncă sau costul în timp, fiind utilă în managementul de proiect, deoarece, comparând forma așteptată a curbei S cu forma sa actuală, poate ajuta managerii de proiect să urmărească progresul proiectului.

Prin urmare scopul Curbei S este de a vizualiza progresul unui proiect în timp, pe baza orelor prestate sau a costurilor în timp și de a evalua acuratețea costurilor sau a estimărilor de lucru utilizate pentru aprobarea proiectelor.

Pe de altă parte, anexele la formularul 7C cuprind Graficul valoric din proiectul (Cash flow) 04.04.2022 și 04.06.2022.

Or, fundamentul care a stat la baza prezentării documentelor edificatoare îl reprezintă asigurarea acoperii diferențelor financiare care apar în timpul derulării contractului, în considerarea celor statuate prin decizia nr. 1857/11.07.2022, în cadrul căreia s-a reținut ca „aceste documente urmau a exprima în mod neechivoc și concret posibilitatea ofertantului de a acoperi aceasta diferență maximă

Pe de altă parte, dispozițiile art. 56 alin. 3 din Directiva 2014/24/UE, invocate de asocieria ..... nu își găsesc aplicabilitatea în cauză, în condițiile în care comisia de evaluare nu a susținut că ne aflăm în situația unei completări și/sau corectări a unor erori din cadrul ofertei.

Referitor la calculul diferenței maxime dintre cele două curbe S, valorile care au stat la baza calcului se regăsesc în cele două grafice valorice, în urma solicitărilor de clarificări ale autorității contractante fiind indicată doar diferența dintre cele două curbe S.

Împrejurarea că asocieria ..... a indicat inițial un calcul greșit al diferenței maxime dintre cele două curbe este o simplă eroare de calcul, fără relevanță care nu poate justifica respingerea unei oferte, nefiind în situația creării vreunui avantaj ofertantului.

Autoritatea contractantă în urma primirii Deciziei Civile nr. 168/25.01.2023 a Curții de Apel a solicitat clarificări asocierii ....., prin adresa nr. 9/2466/20.02.2023, în sensul de a se preciza *unde se regăsesc în cadrul ofertei inițiale depuse informații din care să rezulte capacitatea economică de a susține și executa proiectul, respectiv disponibilul financiar/ depozitele/activele/creditele de care dispune asocieria sau instituțiile financiar bancare care le acordă.*

Prin adresa nr. NI-RO-A7L3-025/01.03.2023, ofertanta a răspuns la clarificarea mai sus invocată prin care a indicat informațiile solicitate.

În procesul-verbal intermediar nr. 9/5897/19.04.2023, privind punerea în aplicare a Deciziei Civile nr. 168/25.01.2023 și a Deciziei Consiliului nr. 2628/C9/2717, 2737/12.12.2023, sunt reținute următoarele aspecte:

(...)

#### **RĂSPUNS DE CLARIFICARE**

*Prin care va re-confirmam ca informațiile cu privire la capacitatea economică de a susține și executa proiectul, respectiv disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocieria sau instituțiile financiar bancare care le acorda, **sunt informații existente în oferta***

Asocierii ..... (lider de asociere) - .....A.S. (în continuare „**Asocierea** .....-...”), după cum urmează:

- În oferta depusa inițial (la data de 16.09.2021), respectiv în următoarele documente:
  - (i) în propunerea financiară - secțiunile referitoare la Cashflow (a se vedea Anexa Cashflow .... Lot 3 din oferta financiară),
  - (ii) în Formularul Anexa nr. 5 la Formularul nr. 7C (respectiv Anexele la acesta nr. 05.1 și 05.2, pentru fiecare dintre cele două Curbe S de progres financiar și declarațiile din finalul acestora),
  - (iii) în oferta tehnică - Graficul Gantt, referințele din cadrul I. Prezentarea programului de lucrări, punctul 1.2 Curba S (a se vedea pag. 14-15 din oferta tehnică),
  - (iv) în Graficul Gantt, Anexa 25,
  - (v) prin Formularul D și anexele la acesta (conform explicației furnizate infra),
  - (vi) în DUAE al fiecărui membru al Asocierii .....-..., secțiunea în care este declarată cifra de afaceri (a se vedea pag. 5 din DUAE al fiecărui membru asociat),
  - (vii) în informațiile de pe website-ul oficial al ..... indicat în DUAE, re-confirmate ulterior și în documentele suport DUAE depuse în procedura, la solicitarea Autorității contractante, ca urmare a declarării ofertei câștigătoare (a se vedea Situațiile financiare ale fiecărui membru asociat),
  - (viii) prin Garanția de participare nr. 11195741/16.09.2021 (conform explicației furnizate infra),
- În Documentele bancare depuse ca răspuns la solicitarea de clarificare în procesul de evaluare (la data de 14.02.2022), i.e.: documentul bancar nr. 1753KRRM22000013/10.02.2022, emis de Ziraat Bank, documentul bancar din data de 10.02.2021, emis de QNB FinansBank și documentul bancar nr. 2210KRRM22000027/ 11.02.2022, emis de Ziraat Bank - care reprezintă informații depuse în sensul dispozițiilor art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE (conform explicației furnizate infra).

**În susținerea acestui răspuns, rugăm Autoritatea contractantă să aibă în vedere următoarele aspecte punctuale:**

(i) **În primul rând**, în Anexa 1 la Documentația de atribuire inițială, cerința referitoare la posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar a fost formulată astfel:

„Prezentarea „ Curbei S” de progres fizic și valoric cumulat al lucrărilor (având ca Data de începere 04.04.2022), precum și prezentarea a încă o noua ”Curba S” de progres fizic și valoric dar având ca Data de începere 04.06.2022, însoțite de documente justificative/edificatoare din care sa rezulte acoperirea diferenței maxime dintre cele două curbe S”.

În Clarificarea nr. 2, Răspunsul nr. 11 la Documentația de atribuire, Autoritatea contractantă a clarificat expres libertatea de a depune orice documente doveditoare pentru susținerea financiară a contractului:

„Documentele edificatoare prezentate, rămân la latitudinea fiecărui Ofertant și pot consta în orice document/înscriș din care sa rezulte acoperirea

diferenței financiare maxime dintre cele doua Curbe S, astfel încât sa se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar."

Cerința actuală, astfel cum a fost modificata prin Răspunsul la clarificare nr. 11 al Autorității contractante, are în vedere 3 (trei) elemente esențiale, pe care ofertanții trebuiau să le îndeplinească în vederea prezentării unei oferte corespunzătoare:

- 1) sa prezinte cele doua Curbe S de progres fizic și valoric (pentru fiecare data, 04.04.2022 și 04.06.2022);
- 2) intre cele doua Curbe S să existe o diferență, care sa fie calculata și prezentată;
- 3) sa existe documente justificative din care sa rezulte acoperirea diferenței maxime dintre cele doua Curbe S, astfel încât sa se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar.

Din analiza cerinței Documentației de atribuire și clarificarea la aceasta (i) **nu rezulta** o definire expresa a conceptului de „acoperire” și (ii) **nu sunt enumerate ori definite în niciun fel** documentele justificative ce puteau fi prezentate de ofertanți în dovedirea acoperirii diferenței maxime dintre cele doua Curbe S și, în consecință, susținerii din punct de vedere al fluxului de numerar. Drept urmare, ofertanții au avut libertatea de a alege modalitatea de acoperire a necesarului de disponibil financiar aferent diferenței maxime dintre Curbele S, respectiv documentele justificative prin care să dovedească posibilitatea susținerii contractului.

Orice argumentare în sens contrar, de natura a limita documentele justificative la un anumit tip de documente, **ar adaugă, în mod nepermis, la cerința Documentației de atribuire astfel cum a fost clarificată.**

Or, Asocierea .....-.....a îndeplinit toate cele 3 (trei) elemente esențiale din Documentația de atribuire referitoare la cele doua (2) Curbe S de progres financiar și posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar, informații asumate și detaliate în oferta depusa la data de 16.09.2021, după cum urmează:

- (i) în propunerea financiara - secțiunile referitoare la Cashflow (a se vedea Anexa Cashflow ..... Lot 3 din oferta financiară),
- (ii) în Formularul Anexa nr. 5 la Formularul nr. IC (respectiv Anexele la acesta nr. 05.1 și 05.2, pentru fiecare dintre cele doua Curbe S de progres financiar și declarațiile din finalul acestora),
- (iii) în oferta tehnica - Graficul Gantt, referințele din cadrul I. Prezentarea programului de lucrări, punctul 1.2 Curba S (a se vedea pag. 14-15 din oferta tehnica) și
- (iv) în Graficul Gantt, Anexa 25.

**(ii) În al doilea rând, pentru a răspunde punctual la solicitarea de clarificare emisa de Comisia de evaluare, în considerarea Deciziei nr. 168/25.01.2023 a Curții de Apel ....., consideram necesara defalcarea cerinței în sensul necesitatea de a se indica de către Asocierea .....-.....și a se consemna de către Comisia de evaluare unde anume în cadrul ofertei inițiale depuse se regăsesc informațiile din care rezulta:**

- iv.1) **capacitatea economică de a susține și executa proiectul**, respectiv
- iv.2) **disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acorda.**

Astfel ca o prima modalitate de dovedire a **capacității economice de a susține și executa proiectul**, respectiv de a acoperi diferența financiară maximă dintre cele două (2) Curbe S, menționăm ca aceasta se demonstrează inclusiv prin susținerea financiară pe care Antreprenorul (Asocierea .....-.....în cazul menținerii ofertei câștigătoare și semnării contractului de achiziție publică) o va deține și **prin posibilitatea solicitării și încasării avansului, în procent de 15% din prețul contractului** (i.e.,  $15\% \times 1.093.470.823,76 \text{ LEI fără TVA} = 164.020.623,56 \text{ LEI fără TVA}$ ), conform art. 5.1. din Acordul Contractul și art. 46 din Condițiile generale.

Valoarea acestui avans a fost considerată în sumele preconizate a fi utilizate de către Asocierea .....- ....., însă nu fost cuprinsă în prezentarea celor două (2) Curbe S având în vedere mecanismul de prezentare al acestora. În considerarea practicii anterioare similare în plan local, precum și a dispozițiilor contractuale, pentru prezentarea celor două (2) Curbe S, Asocierea .....- .....a avut în vedere resurse financiare proprii, avansul reprezentând **un plus în certitudinea disponibilității fluxului de numerar** necesar acoperirii diferenței dintre cele două (2) Curbe S. În această linie, **valoarea avansului nu poate fi ignorată**, deoarece (i) este prevăzută în clauzele contractuale, (ii) este acordată de .....tocmai pentru acoperirea/susținerea cerințelor financiare ale proiectului (conform clauzelor contractuale), (iii) este superioară diferenței în cauză și (iv) nu există niciun impediment pentru a fi utilizată de ofertantul câștigător inclusiv ca disponibil financiar care poate acoperi diferența financiară maximă dintre cele două (2) Curbe S.

Acest excedent financiar (avansul), superior diferenței maxime a celor două (2) Curbe S, poate fi concretizat ca disponibil Asocierii .....-.....(în situația semnării contractului de achiziție publică) prin asumarea condițiilor contractuale aferente, constituind parte integrantă din Documentația de atribuire și încărcarea acestei asumări alături de documentele contractuale în Documentele de calificare depuse — Formularul D și anexele la acesta.

**(iii) În al treilea rând**, menționăm ca Asocierea .....-.....a dovedit **capacitatea economică de a susține și executa proiectul** prin depunerea DUAE al fiecărui membru asociat, în care este indicată cifra de afaceri pe ultimii 3 (trei) ani a fiecărui membru al Asocierii .....-.....- a se vedea pas. 5 din DUAE depus de fiecare membru asociat.

**Sub un prim aspect**, învederam faptul că, potrivit prevederilor art. 177<sup>1</sup> din Legea 98/2016, Secțiunii III. 1.2) Capacitatea economică și financiară din Fisa de date a Documentației de atribuire și jurisprudenței în materie **cifra de afaceri** este tocmai criteriul de calificare și selecție stabilit pentru a dovedi capacitatea economică a ofertantului de a susține și executa integral proiectul.

Or, în cazul de față, cifra de afaceri a Asocierii .....-., atât în mod individual raportat la fiecare asociat și cu atât mai mult, cumulat raportat la ambii asociați, reprezintă un indicator suficient și corespunzător în dovedirea

capacității economice a Asocierii .....-.....de a susține în integralitate proiectul (respectiv la valoarea ofertată de 1.093.470.823,76 **LEI** fără TVA, **reprezentând de 10 ori mai mult** fata de diferența maximă rezultată de 100.112.066,52 **LEI**). Valorile cifrelor de afaceri ale fiecărui membru asociat sunt **fiecare** semnificativ superioare diferenței maxime ale celor două (2) Curbe S.

Informații detaliate referitoare la cifrele de afaceri ale membrilor Asocierii .....-.....sunt accesibile și public. Spre exemplu, pentru operatorul ....., situațiile financiare în detaliu sunt publicate anual, în mod transparent, la adresa web: <https://www.....insaatt.com.tr/en/financial-reports-and-annual-reports>.

În acest sens, consideram necesară efectuarea unei paralele cu modul în care legislația permite ofertanților să dovedească însăși îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică a ofertantului, respectiv, conform art. 177 din Legea 98/2016 printr-o simplă declarație - în speță, prin completarea inițială exclusiv a DUAЕ (ce este în sine o declarație pe proprie răspundere).

Astfel, în prezenta procedură, Asocierea .....-.....a demonstrat potența financiară inclusiv prin cifrele de afaceri ale celor doi asociați, iar documentele de calificare aferente, suport al celor asumate în DUAЕ confirmă această capacitate incontestabilă a celor doi asociați (individual și colectiv). În plus fata de cele asumate în DUAЕ, cu referire expresă la acoperirea diferenței maxime, Asocierea .....-.....a furnizat o declarație separată pe proprie răspundere, ce confirmă această capacitate a ofertantului de a susține economic proiectul (asumată de Asocierea ..... în fiecare grafic valoric al fiecărei Curbe S anexate Anexei nr. 5C).

Mai mult, declarația pe proprie răspundere - garant al confirmării și asumării exprese a îndeplinirii efective a cerinței referitoare la posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar - a fost ulterior clarificată, ca răspuns la clarificarea din data 14.02.2022 și exclusiv în scop de reconfirmare și completare susținută a informațiilor din oferta depusă inițial, cu cele 3 (trei) documente bancare - i.e.: documentul bancar nr. 1753KRRM22000013/10.02.2022, emis de Ziraat Bank; documentul bancar din data de 10.02.2021, emis de QNB FinansBank și documentul bancar nr. 2210KRRM22000027/11.02.2022, emis de Ziraat Bank.

Așadar, informațiile depuse în multiple părți ale ofertei financiare și tehnice, toate corelate între ele, confirmă îndeplinirea și celui de-al treilea element esențial al cerinței din Documentația de atribuire, fiind astfel îndeplinit criteriul ce impune ca în oferta să existe documente justificative din care să rezulte acoperirea diferenței maxime dintre cele două Curbe S, respectiv dovedirea capacității financiare. Interpretarea în sens contrar a informațiilor din oferta, toate acestea **cumulate cu eliminarea** prin Clarificarea nr. 2 Răspunsul nr. 11 din cerința prevăzută în „Algorimul de calcul” a sintagmei „însoțite de documente edificatoare”, ar conduce la o sancțiune similară situației în care nu ar fi fost depuse deloc cele două Curbe S de progres, **sancțiune însă ce ar fi injustă și ar încalca în mod vădit principiul proportionalității.**

În respectarea principiului proporționalității, trebuie avut în vedere și **principiul „efectului util”**<sup>5</sup> ce impune ca prevederile legale - pe cale de

interpretare și Documentația de atribuire ce devine obligatorie prin asumare pentru participanta la procedura de achiziție - sa nu fie interpretate și aplicate rigid ori extrem de limitativ, ajungându-se la situația de a fi lipsite de efectivitate. În dovedirea necesității aplicării efectului util la prezenta situație, trimitem așadar atât la valoarea cifrelor de afaceri și informațiilor din situațiile financiare care confirma fluxul de numerar al fiecărui membru asociat, cât și la valoarea avansului și garanției de participare, care dovedesc deopotrivă disponibilul financiar al fiecărui membru asociat, conform celor detaliate infra.

**Sub un al doilea aspect**, având în vedere cele învederate mai sus, referitor la cerința de dovedire a disponibilului financiar/depozitelor/activelor/creditelor de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acorda în dovedirea fluxului de numerar disponibil, menționez faptul că devine aplicabil adagiul latin „maxima qui potest maius, potest et minus”, respectiv **cine poate mai mult, poate și mai puțin (!)**.

În fapt, este singura concluzie logică, și anume, atâta timp cât s-a dovedit capacitatea economică de a susține și executa întregul proiect, devine implicit dovedită și capacitatea de a acoperi diferența maximă dintre cele două Curbe S, diferența ce are o valoare net inferioară valorii întregului proiect.

Tot în vederea formulării unui răspuns punctual la solicitarea de clarificări a Autorității contractante, Subscrisa observăm că solicitarea Curții de Apel ..... referitoare la dovedirea disponibilului financiar/depozitelor/activelor/creditelor de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acorda, este formulată în mod alternativ (acesta fiind înțelesul general, unanim acceptat al punctuației prin bara oblică), iar nu cumulativ.

Astfel, se va înțelege că suficienta dovedire (spre exemplu a) **activelor**, precum și a **capitalului** de care dispune Asocieria .....-.....pentru a putea fi constatată îndeplinirea corespunzătoare cerinței. Activele pe care le deține Asocieria .....-.....sunt superioare valorii dintre diferența maximă a Curbelor S de 100.112.066,52 lei, iar acestea rezulta în detaliu inclusiv din situațiile financiare publice - disponibile, spre exemplu pentru ..., și pe website-ul oficial indicat în DUAE.

Activele, capitalul și numerarul sunt parte constituenta a cifrei de afaceri (declarată în DUAE, cu posibilitatea verificării informației, conform art. 189 din Legea 98/20166, în situațiile financiare - atât pe website-ul companiei, cât și în documentele depuse ca documente suport DUAE), indicând, cu titlu de exemplu, pentru membrul asociat ....., că valorile acestor elemente financiare esențiale care dovedesc situația fluxului de numerar au fost, la nivelul anului 2020, următoarele:

- Total **active**: în valoare de 1.526.233.000 USD7,
- Total **capital**: în valoare de 515.776.000 USE8,
- Total **numerar și echivalente în numerar**: în valoare de 478.741.000 TRY<sup>9</sup>.

Or, aceste valori luate singular și, cu atât mai mult, luate împreună, aferente **doar unuia** din membrii Asocierii .....-.....sunt **vădit**

**superioare** diferenței maxime a celor doua (2) Curbe S și dovedesc capacitatea Asocierii .....-.....de a acoperi aceasta diferență.

(iv) **În al patrulea rând,** confirmarea posibilității susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar, a fost demonstrată, la data ofertei inițiale, în mod indirect, inclusiv prin obținerea și depunerea de către Asocieria .....-..., a unui instrument de garantare, sub forma **scrisorii de garanție bancară,** utilizat drept garanție de participare în Documentele de calificare depuse - Garanție de participare nr. 11195741/16.09.2021.

Precizam ca, pentru emiterea acestui instrument de garantare, fiecare membru al Asocierii .....- Makol a demonstrat instituțiilor emitente fluxuri îndestulătoare de numerar, susținute de situațiile financiare ale membrilor, cât și de garanții colaterale semnificative. Aceasta, cumulat cu valorile **depozitelor și creditelor în numerar** disponibile fiecărui membru asociat, rezultate inclusiv din scrisorile bancare (depuse ca răspuns la clarificare, la data de 14.02.2022), dovedesc încă o dată disponibilul financiar al Asocierii .....-.....și capacitatea Asocierii .....-.....de a acoperi diferența maximă a celor doua (2) Curbe S.

(v) **În al cincilea rând, în subsidiar celor detaliate supra, solicitam Autorității contractante ca în reevaluarea ofertei Asocierii .....-.....să aibă în vedere și următoarea mențiune din Decizia nr. 168/25.01.2023, unde Curtea de Apel ..... a reținut astfel:**

"(...) Pe de alta parte, dispozițiile art. 56 alin. 3 din Directiva 2014/24/UE, invocate de asocierea ..... nu își găsesc aplicabilitatea în cauza, în condițiile în care comisia de evaluare nu a susținut ca ne aflăm în situația unei completări și/sau corectări a unor erori din cadrul ofertei". Astfel, având în vedere ca, din toate evidentele menționate supra, susținute atât de informații existente (și verificabile) la momentul depunerii ofertei, cât și confirmate cu prisosință în cadrul răspunsului de clarificare, **Asocierea .....-.....are capacitatea economica de a susține și executa proiectul, respectiv dispune de disponibilul financiar necesar,** atât din capitaluri proprii aferente situațiilor financiare și cifrei de afaceri, din bonitatea pe care o prezintă fata de instituțiile de credit care i-au acordat instrumente de credit, cât și, nu în ultimul rând, din însăși structura contractuală aferentă proiectului, care permite executantului să solicite și să obțină cu titlu de avans o sumă superioară diferenței maxime dintre cele două curbe S. Informațiile prezentate inițial și cele clarificate trebuie evaluate **în scopul atingerii efectului util** indicat mai sus, chiar și ca rezultat al unei completări, suplimentari și/sau corectări a ofertei, conform principiilor art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE, având în vedere ca acestea sunt de natura de a susține sensul inițial prezentat în oferta și a fundamenta, la nivel particular, capacitatea financiară a executantului de a executa întregul proiect, inclusiv diferențele care ar putea apărea pe durata executării proiectului cum este cazul diferenței maxime a celor doua (2) Curbe S.

(...)"

**Analiza Comisiei de evaluare:**

În conformitate cu prevederile Documentației de atribuire, așa cum aceasta a fost modificata prin intermediul răspunsului 11 din cadrul Clarificării nr. 2 la Documentația de atribuire, cerința Autorității Contractante referitoare la modalitatea de prezentare a celor doua curbe S de progres fizic și valoric cumulat al lucrărilor a fost prevăzută în cadrul factorului de evaluare *Metodologia de implementare a contractului și programul de lucrări (Graficul Gantt) în corelare cu resursele materiale, tehnice și umane utilizate*, după cum urmează:

[...]

c) Prezentarea "Curbei S " de progres fizic (având ca Data de începere 04.04.2022) **în corelare cu Programul de Lucrări (Graficul de eşalonare calendaristica Gantt)**;

De asemenea, în cadrul aceluiași răspuns s-a precizat în mod clar și concis ca *Documentele edificatoare prezentate, rămân la latitudinea fiecărui Ofertant și pot consta în orice document/înscriș din care sa rezulte acoperirea diferenței financiare maxime dintre cele doua Curbe S, **astfel încât sa se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar.***

Comisia de evaluare precizează ca Ofertantul a transmis documentele edificatoare prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificare a Comisiei de evaluare, ulterior termenului limita de depunere a ofertelor, care a fost în data de 16.09.2021.

Cu privire la aceste documente edificatoare prezentate pentru acoperirea diferenței dintre Curbele S de progres financiar, în cadrul **Deciziei Civile nr. 168/25.01.2023** Curtea a reținut următoarele:

*"Contrar celor reținute de către Consiliu, Curtea constată că, în evaluarea realizată prin procesul verbal nr. 24/12731/11.10.2022, **comisia de evaluare nu a prezentat motivele pentru care a considerat că documente edificatoare depuse de Asocierea ..... nu reprezintă o completare a ofertei inițiale, respectiv modalitatea în care acestea susțin informațiile existente în ofertă.***

[...]

*În primul rând, Curtea constată că autoritatea contractanta, pe de o parte, consideră că documentele edificatoare, transmise în data de 14.02.2022 cu ocazia Răspunsului de clarificare nr. NI-RO-A7L3-013/14.02.2022 reconfirmă doar informațiile deja furnizate și regăsite în oferta depusă la data de 16.09.2021, de Asocierea ....., **fără a preciza însă care sunt acele informații din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, în afara asumării și declarării acestui fapt, pe propria răspundere, respectiv dacă în cuprinsul ofertei inițiale se menționează disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acordă.***

*Pe de altă parte, cu încălcarea prevederilor legale, Comisia de evaluare a reținut că neprezentarea unei anexe la anexa formularului nr. 7 nu poate atrage după sine respingerea ofertei, în condițiile în care anexa la un formular face corp comun cu acesta."*

Având în vedere ca Instanța de judecată a stabilit în mod clar limitele reevaluării, Comisia de evaluare a analizat conținutul ofertei depuse inițial din

perspectiva celor reținute în cadrul Deciziei Civile, prin raportare la modul în care documentele edificatoare prezentate prin răspunsul la clarificare din 14.02.2022 sunt de natura să fie susținute fără echivoc de informațiile prezentate inițial în cadrul ofertei sau sunt de natura să completa conținutul acestuia. Mai mult, Curtea de Apel ..... a limitat tipul de informații din cadrul ofertei inițiale care pot confirma/susține informațiile prezentate prin răspunsul la clarificare, doar la:

- **menționi în oferta inițială a disponibilului financiar/depozitelor/activelor/creditelor de care dispune Ofertantul; sau**
- **menționi în oferta inițială a instituțiilor financiar bancare care le acorda.**

Prin urmare, raportat la răspunsul Ofertantului la solicitarea de clarificare, Comisia de evaluare reține următoarele:

- i. în cadrul propunerii financiare sunt prezentate 2 cash flow-uri defalcate pe categoriile de lucrări principale, **împărțite în mod artificial în valori egale lunare;**
- ii. Anexele la care se refera ofertantul în cadrul răspunsului sunt aceleași documente de la punctul de mai sus, însă de aceasta dată se face referire la cele 2 grafice care apar în fiecare dintre cele 2 anexe, respectiv la declarațiile din finalul acestora. Comisia de evaluare a constatat faptul că nu s-a prezentat un calcul al diferențelor între curbe care să evidențieze elementele și condițiile contractuale și anume: avans, returnare avans, producție în luna, rezerve de implementare, calcul pentru fiecare luna. De asemenea, **declarațiile din finalul anexelor nu au nici un fel de justificare care să le susțină și sunt asumate doar formal;**
- iii. În cadrul propunerii tehnice, cap. I. *Prezentarea programului de lucrări*, la paginile 14-15, punctul 1.2 *Cuba S* și graficul Gant, așa cum a indicat Ofertantul în răspunsul său, sunt prezentate 2 pagini, în care se precizează faptul că „programul de lucrări a fost prezentat separat pe utilaje și respectiv personal” și se prezintă un grafic cu resurse (alocate/propuse), precum și un tabel „corespunzător totalului acumulat la sfârșitul proiectului”, „plecând de la orele lunare de utilaje” **care nu pot fi considerate ca reprezentând informații care să confirme capacitatea economică de a susține și executa proiectul sau informații referitoare la disponibilul financiar de care dispune asocierea.**
- iv. În cadrul propunerii tehnice la Anexa 25 la propunerea tehnică, așa cum a indicat Ofertantul în răspunsul său, sunt prezentate fix aceleași informații (2 pagini) ca la pag 14-15 indicate mai sus, respectiv se precizează faptul că „programul de lucrări a fost prezentat separat pe utilaje și respectiv personal” și se prezintă un grafic cu resurse (alocate/propuse), precum și un tabel „corespunzător totalului acumulat la sfârșitul proiectului”, „plecând de la orele lunare de utilaje” care, similar cu cele reținute anterior de Comisia de evaluare, **nu demonstrează în niciun caz accesul la disponibilitățile bănești/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea.**

- v. Formularul D și anexele la acesta nu conțin informațiile solicitate prin calificare.
- vi. Cifrele de afaceri declarate în cadrul DUAЕ sunt aferente anilor 2018, 2019 și respectiv 2020, ori oferta este depusă în 16.09.2021, implicit documentele edificatoare solicitate trebuiau să fie la nivelul anului 2021.
- vii. Situațiile financiare depuse de Asocieră sunt aferente anilor pentru care a fost prezentată cifra de afaceri în cadrul DUAЕ, respectiv 2018, 2019 și 2020 și au fost depuse în scopul demonstrării informațiilor din DUAЕ, **și în niciun caz nu au fost depuse în vederea demonstrării acoperirii diferenței maxime dintre cele două Curbe S și nici nu atesta cele solicitate.**
- viii. Garanția de participare nr. 11195741/16.09.2021 se constituie strict în scopul de a participa la prezenta procedură de achiziție, **fără a avea legătura cu documentele solicitate prin clarificare.**

Comisia de evaluare precizează că scopul principal pentru care a fost solicitată prezentarea celor două curbe S a fost acela de a demonstra susținerea din punct de vedere financiar a contractului pe parcursul perioadei în care Supervizorul/Beneficiarul certifica și efectuează plata Situațiilor Intermediar de Lucrări depuse către Antreprenor. Diferența dintre cele două curbe S reprezintă decalajul dintre eventuala data de începe a lucrărilor și data estimată a primei plăți, **iar scopul solicitării prezentării documentelor edificatoare încă de la momentul depunerii ofertelor a fost tocmai demonstrarea acoperirii acestei diferențe din punctul de vedere al fluxului de numerar.**

Astfel, afirmația Ofertantului din răspunsul la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare conform căreia nu rezulta o definiție expresă a conceptului de „acoperire” este eronată, dat fiind faptul că însuși Ofertantul precizează că între cele două curbe S trebuie să existe o diferență care să fie calculată și prezentată, iar aceasta diferență să fie acoperită de Ofertant prin prezentarea de documente relevante care să ateste capacitatea economică a acestuia de a susține contractul, în speță **disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune acesta sau instituțiile financiar bancare care le acorda.**

În continuare, Ofertantul invocă, în vederea îndeplinirii cerinței, aceleași documente prezentate inițial. Raportat la acestea, Comisia de evaluare precizează următoarele:

Deși Ofertantul le prezintă ca fiind două documente distincte, în fapt, propunerea financiară - secțiunile referitoare la Cashflow, și respectiv Anexa nr. 5 la Formularul 7C - menționate în cadrul răspunsului Ofertantului, **reprezintă același document.** Astfel, Comisia de evaluare precizează că aceste documente **prezintă strict modalitatea de derulare a viitorului contract de lucrări, fiind prezentate fluxurile de numerar pe parcursul desfășurării efective a activităților de construcție a autostrăzii, și nicidecum fluxul de numerar al Ofertantului,** care să arate capacitatea economică a acestuia pentru acoperirea diferenței maxime de 100.112.066,52 lei, calculată de Comisia de evaluare și asumată de Ofertant în urma solicitării de clarificări nr. 24/12648/ 10.10.2022.

În continuare, în cadrul propunerii tehnice la paginile 14-15 1. Prezentarea programului de lucrări, punctul 1.2 Cuba S și graficul Gant, așa cum a indicat Ofertantul în răspunsul sau, sunt prezentate 2 pagini, în care se precizează faptul ca „programul de lucrări a fost prezentat separat pe utilaje și respectiv personal” și se prezintă un grafic cu resurse (alocate/propuse), precum și un tabel „corespunzător totalului acumulat la sfârșitul proiectului”, „plecând de la orele lunare de utilaje” **care nu pot fi considerate ca reprezentând informații care să confirme capacitatea economică de a susține și executa proiectul sau informații referitoare la disponibilul financiar de care dispune asocieria**, ori un calcul al diferenței maxime între cele 2 curbe S, acest calcul putând fi efectuat doar în cadrul propunerii financiare.

În mod similar, în cadrul propunerii tehnice la Anexa 25 la propunerea tehnică, așa cum a indicat Ofertantul în răspunsul sau, sunt prezentate fix aceleași informații (2 pagini) ca la pag 14-15 indicate mai sus, respectiv se precizează faptul ca „programul de lucrări a fost prezentat separat pe utilaje și respectiv personal” și se prezintă un grafic cu resurse (alocate/propuse), precum și un tabel „corespunzător totalului acumulat la sfârșitul proiectului”, „plecând de la orele lunare de utilaje” care, similar cu cele reținute anterior de Comisia de evaluare, **nu demonstrează în niciun caz accesul la disponibilitățile bănești/depozitele/activele/creditele de care dispune asocieria.**

În ceea ce privește pretinsa dovedire a capacității economice de a susține și executa proiectul prin invocarea avansului în procent de 15% din prețul contractului de lucrări, Comisia de evaluare precizează faptul ca limitele reevaluării ofertei dispuse de către instanța au fost cât se poate de clare, nelăsând loc de interpretări. În acest sens, în cadrul Deciziei Civile nr. 168/2023, Curtea a reținut ca:

*“[...] Curtea constată că autoritatea contractantă, pe de o parte, consideră că documentele edificatoare, transmise în data de 14.02.2022 cu ocazia Răspunsului de clarificare nr. NI-RO-A7L3- 013/14.02.2022 reconfirmă doar informațiile deja furnizate și regăsite în oferta depusă la data de 16.09.2021, de Asocieria ....., **fără a preciza însă care sunt acele informații din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, în afara asumării și declarării acestui fapt, pe propria răspundere, respectiv dacă în cuprinsul ofertei inițiale se menționează disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocieria sau instituțiile financiar bancare care le acordă.**”*

Prin urmare, era de datoria Ofertantului să acționeze cu diligență și să prezinte documente edificatoare cu privire la propria sa capacitate economică de a susține contractul, acesta fiind scopul curbelor S și al documentelor justificative solicitate prin Documentația de Atribuire. Capacitatea economică se demonstrează prin prezentarea cifrelor de afaceri aferente anilor 2018, 2019 și 2020 în cadrul DUA și ulterior la prezentarea documentelor suport prin prezentarea situațiilor financiare aferente. Avansul în proporție de 15% din valoarea contractului nu poate fi considerată capacitate economică de susținere și executare a proiectului, cu atât mai mult de a acoperi diferența financiară

maxima între cele 2 curbe S de progres financiar, întrucât avansul se acorda pe baza constituirii unei garanții de avans. De asemenea, este obligatorie constituirea garanției de buna execuție în proporție de 10% din valoarea contractului. Resursele pentru constituirea garanției de avans, respectiv de buna execuție nu au fost regăsite în mod concret în cadrul ofertei depuse.

În mod similar, Formularul D și anexele la acesta nu conțin informațiile solicitate prin clarificarea Comisiei de evaluare, în conformitate cu cele reținute de instanța. În acest sens, Comisia de evaluare precizează ca cerința Autorității Contractante din cadrul acestui formular a fost aceea de a prezenta datele de identificare financiară, care în niciun caz **nu pot fi echivalate cu indicarea în concret a disponibilităților financiare/ depozitele/activele/creditele:**

Datele de **identificare** financiară sunt **următoarele:**

(...)

Mai mult decât atât, deși în cadrul Formularului D se face referire la posibila instituție bancară care administrează disponibilitățile financiare/ depozitele/ activele/creditele liderului de asociere ....., și anume ... SB, documentele edificatoare transmise în data de 14.02.2022 prin adresa de răspuns NI-RO-A7L3-013 /14.02.2022, sunt emise de cu totul o altă instituție financiară bancară, în speța două documente emise de .. pentru liderul de asociere ..... și pentru ofertantul asociat ..... și un document emis de QNB FINANSBANK pentru ofertantul asociat ..... Prin urmare, **se desprinde în mod fără echivoc concluzia ca nici în acest caz nu este vorba despre o confirmare a informațiilor inițiale prin intermediul celor trei documente edificatoare depuse prin răspunsul din 14.02.2022 pentru prima dată.**

Referitor la demonstrarea capacității economice de a susține și executa proiectul, Comisia de evaluare confirmă faptul că Asocieria .....a dovedit capacitatea economică de a susține și executa proiectul prin depunerea DUAЕ al fiecărui membru asociat, în care este indicată cifra de afaceri pe ultimii 3 (trei) ani a fiecărui membru al Asocierii, respectiv 2018, 2019 și 2020.

De asemenea, cifra de afaceri generală totală reflectă faptul că ofertanții și-au desfășurat în mod constant activitatea în ultimii 3 ani, acesta fiind un indicator pentru Autoritatea Contractantă cu privire la capacitatea acestora de implementare a viitoarelor contracte,

Referitor la remarca Ofertantului „*Valorile cifrelor de afaceri ale fiecărui membru asociat sunt fiecare semnificativ superioare diferenței maxime ale celor două (2) Curbe S.*” precizăm faptul că **diferența maximă dintre cele două Curbe S de progres financiar nu se poate susține cu cifra de afaceri, ci, așa cum este solicitat prin clarificare, și așa cum menționează și Curtea de apel prin Decizia sa, doar cu „disponibilul financiar /depozitele/ activele/creditele de care dispune asocierea dvs. sau instituțiile financiar bancare care le acorda**

În mod similar, referitor la trimiterea la site-ul web al ..... unde sunt publicate anual situațiile financiare, Comisia de evaluare precizează faptul că procesul de evaluare a ofertelor nu se realizează pe baza unor documente existente la o adresă web, a căror autenticitate poate fi pusă sub semnul întrebării, ci strict pe baza încărcării în SEAP a ofertei semnate cu semnătură electronică extinsă. Suplimentar, site-ul web al ..... nu este în niciun caz

echivalent cu platforma electronica oficiala a unei institutii de stat, de unde părțile interesate pot obține informații oficiale, declarate către organul fiscal în jurisdicția căruia se înscrie un operator economic.

Mai mult decât atât, în cadrul DUAЕ, membrii asocierii au bifat la secțiunea *B. SITUATIA ECONOMICA ȘI FINANCIARA*, rubrica „Daca documentele relevante sunt disponibile în format electronic, va rugam să precizați [adresa internet, autoritatea sau organismul emitent (a), referință exacta a documentației]: NU.

Nu în ultimul rând, Comisia de evaluare precizează ca documentele justificative depuse în vederea demonstrării informațiilor declarate în DUAЕ cu privire la cifrele de afaceri ale celor doi asociați **au fost depuse ulterior ofertei inițiale**, la solicitarea Comisiei de evaluare, ca urmare a faptului ca în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, oferta asocierii .....-.....s-a clasat pe primul loc. Prin urmare, rezulta fără putința de tăgăda ca **cifra de afaceri este nerelevantă în cazul de fata**, data fiind demarcația clara impusa de instanța, și anume analizarea modului în care documentele edificatoare confirma informațiile din care rezulta capacitatea economica de a susține contractul prin raportare la existenta informațiilor privind disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acorda, în cadrul ofertei depuse inițial.

În ceea ce privește declarația pe propria răspundere din cadrul celor doua curbe S, simpla asumare a capacității economice de a susține contractul, în lipsa unor documente edificatoare care sa confirme aceasta declarație, **nu** este suficienta pentru a putea fi reținuta drept relevanta de Comisia de evaluare, astfel cum a dispus și instanța.

Referitor la scrisoarea de garanție bancara nr. 11195741/16.09.2021, depusa în vederea participării la prezenta procedura de achiziție publica, Comisia de evaluare precizează ca aceasta este emisa de Banca Transilvania SA Cluj-Napoca Sucursala ..... Nord, și nicidecum de ..... sau ....., instituțiile emitente ale documentelor edificatoare, de unde rezulta fără echivoc ca nici în acest caz nu poate fi vorba despre o confirmare a unei informații existente în cadrul ofertei inițiale.

Drept urmare, Comisia de evaluare a constatat ca documentele edificatoare transmise prin intermediul răspunsului din data de 14.02.2022 sunt documente noi care nu au corespondent în ofertă, prin raportare la informațiile la care Comisia de evaluare a fost limitata de către Curtea de Apel ....., de unde se desprinde caracterul de modificare a propunerii financiare prin răspunsul la clarificare, în sensul art. 134 alin. (6) din HG 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, prin completarea acesteia cu documente al căror conținut nu sunt susținute fără echivoc de informațiile prezentate în cadrul ofertei inițiale:

*(6) în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.*

Suplimentar, Comisia de evaluare aduce în vedere faptul ca **documentele edificatoare sunt emise ulterior termenului limita pentru depunerea ofertelor, 16.09.2021:**

- Documentul bancar nr. 1753KRRM22000013 este emis în data de 10.02.2022, la aproape cinci luni distanta;
- Documentul bancar nr. 221OKRRM22000057 este emis în data de 11.02.2022, la aproape cinci luni distanta;

**În concluzie, având în vedere aspectele prezentate mai sus, coroborate cu prevederile: - art. 134 alin. (6) din HG 395/2016:**

***(6) în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.***

Comisia de evaluare declara oferta depusa de Asocierea ..... A.S.  
- ..... A.S. **drept INACCEPTABILĂ și pe cale de consecință o respinge în conformitate cu art. 137 alin. (1) din HG 395/2016, cu modificările și completările ulterioare:**

(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

Cele de mai sus au fost comunicate contestatoarei cu adresa nr. 92/49685/22.05.2023.

Așa cum s-a reținut și în procesul-verbal amintit, cât și în comunicarea privind rezultatul procedurii, din răspunsul asocierii ....., s-a constatat depunerea în propunerea financiară, referitor la Curba S, *în oferta depusă inițial (la data de 16.09.2021), a următoarelor documente:*

- (i) În propunerea financiară - secțiunile referitoare la Cashflow (a se vedea Anexa Cashflow .... Lot 3 din oferta financiară);
- (ii) În Formularul Anexa nr. 5 la Formularul nr. 7C (respectiv Anexele la acesta nr. 05.1 și 05.2, pentru fiecare dintre cele două Curbe S de progres financiar și declarațiile din finalul acestora);
- (iii) În oferta tehnică - Graficul Gantt, referințele din cadrul I. Prezentarea programului de lucrări, punctul 1.2 Curba S (a se vedea pag. 14-15 din oferta tehnica);
- (iv) În Graficul Gantt, Anexa 25;
- (v) Prin Formularul D și anexele la acesta (conform explicației furnizate infra);
- (vi) În DUAE al fiecărui membru al Asocierii .....-...., secțiunea în care este declarata cifra de afaceri (a se vedea pag. 5 din DUAE al fiecărui membru asociat);
- (vii) În informațiile de pe website-ul oficial al ..... indicat în DUAE, re-confirmate ulterior și în documentele suport DUAE depuse în procedura, la solicitarea Autorității contractante, ca urmare a declarării ofertei câștigătoare (a se vedea Situațiile financiare ale fiecărui membru asociat);
- (viii) prin Garanția de participare nr. 11195741/16.09.2021 (conform explicației furnizate infra).

*Documentele bancare depuse ca răspuns la solicitarea de clarificare în procesul de evaluare (la data de 14.02.2022), i.e.: documentul bancar nr. 1753KRRM22000013/10.02.2022, emis de ..ank, documentul bancar din data de 10.02.2021, emis de QNB FinansBank și documentul bancar nr. 2210KRRM22000027/11.02.2022, emis de Ziraat Bank - care reprezintă informații depuse în sensul dispozițiilor art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24/UE (conform explicației furnizate infra).*

Din verificarea documentelor mai sus menționate, la cash flow-ul Grafic valoric din proiect 04.06.2022, s-a constatat de către comisia de evaluare cele mai sus amintite, în sensul că:

- i. În cadrul propunerii financiare sunt prezentate 2 cash flow-uri defalcate pe categoriile de lucrări principale, **împărțite în mod artificial în valori egale lunare;**
- ii. Anexele la care se refera ofertantul în cadrul răspunsului sunt aceleași documente de la punctul de mai sus, însă de aceasta data se face referire la cele 2 grafice care apar în fiecare dintre cele 2 anexe, respectiv la declarațiile din finalul acestora. Comisia de evaluare a constatat faptul că nu s-a prezentat un calcul al diferențelor între curbe care să evidențieze elementele și condițiile contractuale și anume: avans, returnare avans, producție în luna, rezerve de implementare, calcul pentru fiecare luna. De asemenea, **declarațiile din finalul anexelor nu au nici un fel de justificare care să le susțină și sunt asumate doar formal;**
- iii. În cadrul propunerii tehnice, cap. I. *Prezentarea programului de lucrări*, la paginile 14-15, punctul 1.2 *Cuba S* și graficul Gant, așa cum a indicat Ofertantul în răspunsul său, sunt prezentate 2 pagini, în care se precizează faptul că „programul de lucrări a fost prezentat separat pe utilaje și respectiv personal” și se prezintă un grafic cu resurse (alocate/propuse), precum și un tabel „corespunzător totalului acumulat la sfârșitul proiectului”, „plecând de la orele lunare de utilaje” **care nu pot fi considerate ca reprezentând informații care să confirme capacitatea economică de a susține și executa proiectul sau informații referitoare la disponibilul financiar de care dispune asocierea.**
- iv. În cadrul propunerii tehnice la Anexa 25 la propunerea tehnică, așa cum a indicat Ofertantul în răspunsul său, sunt prezentate fix aceleași informații (2 pagini) ca la pag 14-15 indicate mai sus, respectiv se precizează faptul că „programul de lucrări a fost prezentat separat pe utilaje și respectiv personal” și se prezintă un grafic cu resurse (alocate/propuse), precum și un tabel „corespunzător totalului acumulat la sfârșitul proiectului”, „plecând de la orele lunare de utilaje” care, similar cu cele reținute anterior de Comisia de evaluare, **nu demonstrează în niciun caz accesul la disponibilitățile bănești/depozitele/activele/ creditele de care dispune asocierea.**
- v. Formularul D și anexele la acesta nu conțin informațiile solicitate prin calificare.

- vi. Cifrele de afaceri declarate în cadrul DUAЕ sunt aferente anilor 2018, 2019 și respectiv 2020, ori oferta este depusă în 16.09.2021, implicit documentele edificatoare solicitate trebuiau să fie la nivelul anului 2021.
- vii. Situațiile financiare depuse de Asocierie sunt aferente anilor pentru care a fost prezentată cifra de afaceri în cadrul DUAЕ, respectiv 2018, 2019 și 2020 și au fost depuse în scopul demonstrării informațiilor din DUAЕ, **și în niciun caz nu au fost depuse în vederea demonstrării acoperirii diferenței maxime dintre cele două Curbe S și nici nu atesta cele solicitate.**
- viii. Garanția de participare nr. 11195741/16.09.2021 se constituie strict în scopul de a participa la prezenta procedură de achiziție, **fără a avea legătura cu documentele solicitate prin clarificare.**

Vizavi de aceste constatări ale comisiei, este de observat că, într-adevăr, aspectele menționate la punctele vi, vii și viii, nu privesc cerința în discuție, astfel că ele nu puteau fi avute în vedere în evaluare raportat la modul de impunere a cerinței în discuție.

În ceea ce privește celelalte constatări, de la punctele i-v, acestea urmează să fie analizate în contextul expunerilor argumentative ale părților, cele decise de instanță și întregul material probator aflat la dosarul cauzei.

Astfel, un prim aspect relevat în contestație vizează nelegalitatea reevaluării autorității contractante prin prisma limitelor stabilite de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin decizia nr. 168/25.01.2023.

Se subliniază în mod corect de către petentă că, prin decizia instanței, *nu s-a impus respingerea ofertei asocierii ..... ca inacceptabilă*. În cazul în care, în urma materialului probator, instanța ar fi decis că oferta asocierii trebuie respinsă, această concluzie, cu siguranță, ar fi fost relevată în cuprinsul deciziei.

Vizavi de acest aspect, trebuie adusă în discuție decizia Consiliului nr. 2628/C9/2717, 2737/12.12.2022, precum și solicitările ..... din cuprinsul plângerii formulate împotriva acestei decizii.

S-au reținut în decizia amintită următoarele (pag. 57):

În cazul de față, autoritatea avea obligația de a duce la îndeplinire o decizie a instanței, care are caracter obligatoriu, prin care trebuia să consemneze diferența maximă dintre cele două curbe S, precum și valoarea corespunzătoare din documentele edificatoare depuse pentru acoperirea acestei diferențe. Demersul s-a impus, având în vedere că nu se poate accepta orice completare a unei oferte, ci doar completarea cu documente de confirmare a unor informații existente în ofertă.

Prin urmare, comisia de evaluare a dus la îndeplinire obligația trasată de instanță prin decizia sa, indicând documentele edificatoare în susținerea informațiilor care au fost cuprinse în propunerea tehnică și financiară, clarificările aduse fiind de confirmare a unor informații existente în ofertă, criticile contestatoarei fiind neîntemeiate.

Câtă vreme existau graficele valorice cuprinzând valorile pe baza cărora se calcula diferența maximă a celor două curbe S, iar documentele edificatoare au fost în susținerea informațiilor din ofertă, completările nu puteau atrage respingerea ofertei.

Chiar dacă documentele și calculele ar fi trebuit să fie depuse în ofertă, nu se poate susține că nu puteau fi luate în considerare documentele și informațiile depuse ulterior, câtă vreme, pe de o parte, a fost demonstrată capacitatea ofertantei de a susține contractul, iar pe de altă parte, graficul valoric cuprindea informații pe baza cărora să fie, ulterior, calculată diferența maximă dintre cele două curbe S.

Referitor la calculul greșit al diferenței maxime, refăcut de autoritatea contractantă și acceptat de ofertantă, se reține că decizia achizitoarei de a verifica toate calculele și a cere acceptul de confirmare a sumei reieșită din calcul este o decizie corectă, câtă vreme este vorba despre refacerea unor calcule pe baza unor valori din cash flow-ul depus.

O măsură de respingere a ofertei, în condițiile existenței informațiilor în ofertă, ar fi fost nejustificată și ar fi demonstrat un formalism excesiv din partea achizitoarei, ținând seama și de complexitatea contractului și multitudinea de informații și documente depuse în cadrul ofertei.

Totodată, cerința nu putea fi analizată izolat și într-o interpretare strictă, ci prin raportare la rolul curbei S și la motivele pentru care aceasta a fost impusă, cum s-a arătat anterior, astfel că, ținând seama și de capacitatea ofertantei de a acoperi diferența dintre cele două curbe S, **o măsură de ignorare a documentelor depuse în susținere și respingere a ofertei nu se impunea.**

**Așadar, criticile celor două contestatoare vizavi de completarea ofertei asocierii ..... în privința curbei S sunt nefondate.**

La pag. 5 din decizia nr. 168/25.01.2023 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, se rețin din plângerea formulată de ..... XXL SRL următoarele:

Așadar, depunerea ulterioară a documentelor justificative în ceea ce privește resursele financiare necesare în vederea acoperirii diferenței maxime dintre cele două Curbe S nu reprezintă o confirmare a acestei diferențe în sensul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, respectiv „documente în susținere” cum în mod neîntemeiat a apreciat CNSC, documentele justificative având caracter adițional, acestea neavând rolul de a confirma/justifica/susține calculul reprezentat de diferența maximă dintre cele două Curbe S, ci posibilitatea financiară a ofertantului de a susține proiectul care face obiectul contractului.

Prin urmare, în mod eronat Consiliul reține că ar fi fost demonstrată capacitatea ofertantei de a susține contractul în condițiile în care, în lumina principiilor egalității de tratament, transparenței și liberei concurenței, Asocierea ..... trebuia să dovedească îndeplinirea acestei cerințe la momentul depunerii ofertei, nu doar din punct de vedere al prezentării fizice a documentelor odată cu propunerea financiară, dar și din punct de vedere al disponibilităților financiare existente prin raportare la data limită de depunere a ofertei.

**Așadar, prin raportare la prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, se impunea respingerea ofertei Asocierii ..... ca inacceptabilă.**

Se constată din cele citate că, ținând seama de ceea ce s-a decis de Consiliu și ceea ce s-a solicitat prin plângerea formulată, Curtea nu a impus în sarcina autorității contractante declararea inadmisibilă a ofertei asocierii ....., aspecte reieșite cu claritate din cuprinsul hotărârii.

De altfel, însăși instanța, la pag. 55, a făcut referire la decizia anterioară a Curții nr. 1857/11.07.2022, în care s-a reținut: autoritatea contractantă nu a stabilit dacă documentele edificatoare sus menționate se regăseau, fie și din perspectiva conținutului acestora, în cuprinsul ofertei depusă inițial, în cadrul propunerii întocmită de ofertantul în cauză, respectiv dacă acestea doar clarifică conținutul inițial al ofertei petentei sau îl completează/modifică în mod esențial, dacă aceste documente trebuia a fi atașate încă de la data depunerii ofertelor potrivit cerințelor din documentația de atribuire din perspectiva obligativității cerinței din documentația de atribuire menționate anterior, dar și dacă documentele atașate acestui răspuns la solicitarea de clarificare erau relevante prin raportare la conținutul celorlalte documente depuse de către ofertant în cadrul propunerii inițiale prin raportare la scopul cerinței menționate, pentru a se demonstra dacă într-adevăr ofertantul avea capacitatea de a acoperi diferența financiară maximă dintre cele două Curbe S, astfel încât să se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar între cele două momente.

Prin urmare, s-a dispus reevaluarea modului de îndeplinire a acestei cerințe, inclusiv în vederea respectării principiilor prevăzute de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv dacă documentele depuse în cadrul răspunsului la această solicitare de clarificare modifică și/sau completează **în mod esențial** oferta prin raportare la caracterul admisibil al acesteia și dacă documentele depuse în cadrul ofertei și eventual în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, cu respectarea celor menționate anterior, erau lămuritoare în privința modului de îndeplinire a acestei cerințe; concluzionând că *nu au fost prezentate de către comisia de evaluare motivele pentru care a considerat că documentele edificatoare depuse de asocierea ..... nu reprezintă o completare a ofertei inițiale, respectiv modalitatea în care susțin informațiile existente în ofertă.*

În argumentația sa referitoare la respingerea ofertei asocierii, autoritatea contractantă a preluat o parte din pasajele deciziei curții și nu a interpretat coroborat cele reținute prin respectiva decizie.

Astfel fiind, Curtea nu stabilește *nici respingerea ca inacceptabilă a ofertei asocierii ....., nici că ar fi eronată decizia de desemnare câștigătoare a acestei asocieri*, ci faptul că *nu au fost prezentate de către comisie motivele pentru care documentele edificatoare nu reprezentau o completare a ofertei.*

În continuarea acestei concluzii, Curtea reține lipsa din evaluarea efectuată și a precizării acelor informații din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, în afara asumării și declarării acestui fapt, pe propria răspundere, respectiv dacă în cuprinsul ofertei inițiale se menționează disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau instituțiile financiare bancare care le acordă, sens în care în aplicare au fost solicitate clarificări operatorului economic.

Limitele reevaluării stabilite de instanță au fost depășite vizavi de motivele invocate de autoritatea contractantă la pct. i și ii: în cadrul propunerii financiare sunt prezentate 2 cash flow-uri defalcate pe categoriile de lucrări principale, **împărțite în mod artificial în valori egale lunare**; Comisia de evaluare a constatat faptul ca nu s-a prezentat un calcul al diferențelor între curbe care să evidențieze elementele și condițiile contractuale și anume: avans, returnare avans, producție în luna, rezerve de implementare, calcul pentru fiecare luna, acestea fiind aspecte neaduse în discuție în niciuna dintre deciziile anterioare ale organului administrativ-jurisdicțional sau ale instanței de judecată.

Relativ la setul de critici din contestație privind nelegalitatea reevaluării prin încălcarea dispozițiilor legale și a principiilor în materia achizițiilor publice, precum și prioritatea dreptului Uniunii Europene, societatea contestatoare a invocat necesitatea respectării art. 56 alin. (3) din Directiva 2014/24UE potrivit căruia În cazul în care informațiile sau documentele care trebuie depuse de către operatorii economici sunt sau par a fi incomplete sau eronate, sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritățile contractante pot, cu excepția unor dispoziții contrare din dreptul intern de punere în aplicare a prezentei directive, să solicite operatorilor economici în cauză să prezinte, să suplimenteze, să clarifice sau să completeze informațiile sau documentele relevante într-un termen adecvat, cu condiția ca astfel de solicitări să fie realizate respectând pe deplin principiile egalității de tratament și transparenței.

În acest context, trebuie amintite și dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

În decizia sa, Curtea a stabilit că dispozițiile directivei nu își găsesc aplicabilitate în cauză, în condițiile în care comisia de evaluare nu a susținut că ne aflăm în situația unei completări și/sau corectări a unor erori din cadrul ofertei.

În urma ultimei reevaluări a ofertei asocierii ....., autoritatea contractantă a reținut că documentele depuse în data de 14.02.2022 sunt documente noi care nu au corespondent în documentele depuse inițial, deși instanța a obligat-o la explicarea motivelor pentru care reținuse anterior că *documentele edificatoare depuse de asociere nu reprezintă o completare a ofertei inițiale, respectiv modalitatea în care acestea susțin informațiile existente în ofertă*.

Cum a susținut și contestatoarea, nici Consiliul, nici Curtea nu au reținut, în niciuna dintre deciziile emise că, prin răspunsul din 14.02.2022, s-ar fi modificat substanțial oferta. Dimpotrivă, în decizia din 22.12.2022, Consiliul a reținut că o măsură de respingere a ofertei, în condițiile existenței informațiilor în ofertă, ar fi fost nejustificată și ar fi demonstrat un formalism excesiv din partea achizitoarei, ținând seama și de

complexitatea contractului și multitudinea de informații și documente depuse în cadrul ofertei.

Se impune astfel ca, raportat și la principiul proporționalității și la cele invocate în acest sens în contestație, *să fie efectuată analiza impusă de instanță asupra documentelor inițiale și cele depuse în completare, cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.*

Vizavi de faptul că oferta .....este mult mai dezavantajoasă, se reține că, atât timp cât oferta ..... a fost respinsă, oferta câștigătoare a fost stabilită în baza criteriului de atribuire, devenind nerelevantă, la momentul aplicării criteriului de atribuire, diferența de preț dintre cele două oferte.

De asemenea, în ceea ce privește declararea confidențială în întregime a ofertei, se reține că operatorii economici au obligația indicării informațiilor confidențiale, iar asupra confidențialității ofertelor depuse, Consiliul s-a pronunțat încă din cadrul primei etape procesuale (decizia nr. 808/C9/676, 677, 680 din 14.04.2022, pag. 44-52).

Faptul că asocierea ..... nu a înțeles să declare oferta confidențială, motiv pentru care s-a asigurat accesul celorlalți competitori la aceasta, nu poate avea înrăurire asupra soluției privind conformitatea/neconformitatea ofertei.

Totodată, participarea la procedură în asociere (asocierea .....) sau individual (Tekfen) nu are relevanță asupra deciziei de desemnare câștigătoare a unei anumite oferte.

Într-un alt set de critici regăsit în cuprinsul contestației, contestatoarea abordează problema nelegalității reevaluării efectuate în cauză în raport de cerința inițială și modul de efectuare a clarificărilor ulterioare aduse anunțului de participare privind modul de întocmire a propunerii financiare.

În cadru detaliat, petenta prezintă neregularități vizavi de modificarea documentației de atribuire, precum și aspecte legate de relevanța cerinței.

Or, pe de o parte, etapa verificării documentației de atribuire și a modificărilor aduse acesteia este cu mult depășită, data depunerii ofertelor fiind 16.09.2021, iar pe de altă parte, nu se impune, în acest stadiu procesual, stabilirea rolului, a relevanței, a necesității cerinței privind prezentarea celor două curbe S de progres financiar al lucrărilor, asupra acestor aspecte regăsindu-se multiple explicații în deciziile Consiliului și ale instanței, anterior emise în cadrul procedurii. Faptul că autoritatea contractantă a decis eliminarea acestei cerințe din cadrul documentațiilor de atribuire aferente altor proceduri nu are efecte asupra analizei care trebuie efectuate în cauză, autoritatea contractantă, operatorii economici, Consiliul, instanța de judecată neputând extinde sau limita cerința astfel cum a fost impusă.

Conținutul documentației de atribuire, astfel cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Pe de altă parte, dispozițiile coroborate ale Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, stabilesc în sarcina autorităților contractante obligația ca, în evaluarea ofertelor, să aplice propria documentație de atribuire care guvernează licitația, documentație rămasă definitivă prin neatacare.

O astfel de interpretare a fost în mod constant subliniată de jurisprudența CJUE, aceasta statuând că „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, ...., C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, ....., C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, ..., C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)".

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza .... *„principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)”*.

În Hotărârea din 14 iunie 2017, ..... - ..., C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență *„interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte”* (punctul 54).

Așadar, evaluarea ofertelor trebuie subsumată acestor reguli.

Trecând la analiza criticilor referitoare la nelegalitatea evaluării autorității contractante în raport de informațiile existente în oferta inițială și completările ulterioare transmise de asociere, se reține că în discuție este analiza cerinței privind curba S, și nu modul de îndeplinire a

criteriilor de calificare prevăzute la art. 177-179 din Legea nr. 98/2016, astfel că referirile la cifra de afaceri și la situațiile financiare ale operatorului economic nu pot avea decât rolul sublinierii situației financiare și economice a operatorului economic, care nu a fost pusă la îndoială în cadrul niciunul ciclu procesual.

În contestație, pag. 35, petenta susține că și-a demonstrat potența financiară inclusiv prin cifrele de afaceri ale celor doi asociați, iar documentele suport DUAE confirmă această capabilitate incontestabilă, însă, în speță, nu este vorba despre modul de îndeplinire a criteriilor evidențiate în DUAE.

La pag. 41 și 42 din contestație, se relevă capabilitatea ofertantului prin prisma constituirii garanției de participare și a avansului de 15% din valoarea contractului, însă, ca și în cazul informațiilor privind cifrele de afaceri, fiecare cerință din documentația de atribuire avea rolul ei, urmând a fi verificată ca atare de către comisia de evaluare.

Este corectă observația contestatoarei că toată oferta în ansamblul ei reflectă o anumită capacitate a ofertantului din punct de vedere economic și financiar, însă, atât în primele două decizii emise de Consiliu în cadrul procedurii, cât și în deciziile prin care s-au soluționat plângerile aferente, verificările au fost efectuate prin raportare la ceea ce s-a cerut pentru îndeplinirea cerinței vizând curba S.

Într-adevăr, instanța a făcut referire la capacitatea economică de a susține și executa proiectul, context în care se putea face confuzie vizavi de ceea ce urma a fi demonstrat, însă trebuie ținut seama că, astfel cum a susținut și contestatoarea, trimiterile din decizie la o anumită *capacitatea economică de a susține și executa proiectul și disponibilul financiar/ depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau instituțiile financiar bancare care le acordă* trebuie subsumate modalității în care a fost impusă cerința în documentația de atribuire și clarificările ulterioare și necesității determinării modului de îndeplinire a cerinței vizavi de curba S.

În acest context, trebuie reținut că, astfel cum a reiterat contestatoarea și în concluziile scrise, în mod greșit, a interpretat achizițarea că cele dispuse de curte au condus la concluzia limitării verificării cerinței la cele mai sus amintite, câtă vreme s-a indicat operatorilor economici, prin clarificările la documentație, că **Documentele edificatoare prezentate rămân la latitudinea fiecărui Ofertant și pot consta în orice document/înscriș din care să rezulte acoperirea diferenței financiare maxime dintre cele doua Curbe S, astfel încât să se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar.**

Rezultă că autoritatea contractantă nu a limitat sau indicat, prin documentație și clarificări, care sunt documentele justificative care trebuie atașate în vederea îndeplinirii cerinței respective.

Vizavi de completarea substanțială sau nu a ofertei, se reține că, la pag. 56 din decizia nr. 2628/C9/2717, 2737 din 12.12.2022, s-a constatat că, pentru a acoperi diferența financiară dintre cele două curbe S, ofertanta a depus în clarificarea din 14.02.2022 documente emise de diferite instituții financiare:

- <https://www.ziraatbank.com.tr/enAdresa> nr. 1753KRRM22000013/10.02.2022 emisă de ....., instituție financiar bancară din ..... conform site: <https://www.....com.tr/en>, prin care imobilizează pentru proiectul în cauză un depozit în valoare de 4.700.000 Euro, un credit de 79.903.000 Euro și active corporale în valoare de 311.229.000 Euro, scrisoarea este emisă în favoarea ..., pentru proiectul în cauză, din partea companiei ....
- Adresa nr. FN/10.02.2022 emisă de ... .., emisă în favoarea ..., din partea companiei ..., care garantează disponibil financiar sumele următoare: 17.929,59 Euro depozite, 7.727.925 Euro credite în numerar, 97.076.039,52 Euro credite non-numerar.
- Adresa nr. 2210KRRM22000027/11.02.2022 emisă de ... .., scrisoarea este emisă în favoarea .., pentru proiectul în cauză, din partea companiei ....., care garantează disponibil financiar sumele următoare: 30.000.000 Euro credite în numerar, 30.000.000 Euro credite non-numerar.

S-a concluzionat de către Consiliu că Sumele prezentate cu scopul de a acoperi aceste diferențe financiare care apar în timpul derulării contractului și au fost solicitate conform estimărilor prezentate în cele 2 curbe S, sunt cu mult mai mari decât necesarul de 21.541.375,22 lei.

Prin decizia instanței nr. 168/25.01.2023, s-a stabilit că, pe de o parte, comisia de evaluare nu a prezentat motivele pentru care a considerat că documentele edificatoare depuse de asocierea ..... nu reprezintă o completare a ofertei inițiale, respectiv modalitatea în care susțin informațiile existente în ofertă, precum și faptul că a fost efectuată o analiză pur formală, nefiind precizate în concret care sunt informațiile clarificate sau confirmate de către aceste documente.

Așadar, astfel cum susține contestatoarea la pag. 44 din contestație, se impunea ca autoritatea contractantă să facă o analiză amănunțită a ofertei și a documentelor depuse de asociere, în sensul **de a motiva** *"de ce a considerat că documentele edificatoare depuse de asocierea ..... nu reprezintă o completare a ofertei inițiale"*. Or, preluând doar anumite pasaje din decizia civilă a Curții, și pornind de la premisa greșită că evaluarea trebuia limitată la anumite documente, autoritatea contractantă a luat decizia respingerii ofertei, fără însă a exista această analiză detaliată și completă. Este adevărat că, dacă din analiză ar fi ajuns la o altă concluzie decât cea la care s-a oprit inițial, respectiv că documentele edificatoare depuse prin clarificări nu susțineau

informații existente în oferta depusă la data limită de depunere a ofertelor, nu era împiedicată să ia decizia de respingere a ofertei, însă, este esențial de amintit că, pe de o parte, instanța nu a stabilit că documentele edificatoare erau o completare substanțială a ofertei care să atragă decizia de respingere ca inacceptabilă, iar pe de altă parte, lipsește din procesul-verbal de evaluare și comunicarea rezultatului procedurii această analiză impusă de instanță în sarcina comisiei de evaluare.

În ceea ce privește trimiterile contestatoarei la prevederile care reglementează posibilitatea de completare a ofertei în cazul viciilor de formă sau ale abaterilor tehnice minore (art. 134 alin. 7, 8 și 9 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016), trebuie remarcat că în discuție nu este vorba despre completări/modificări ale propunerii tehnice, ci despre documente care susțin informații pentru îndeplinirea unei cerințe aferente propunerii financiare, putând fi pus în discuție doar caracterul semnificativ/substanțial de modificare/completare a informațiilor inițiale din ofertă, raportat la art. 134 alin. (5) din norme.

Comisia de evaluare din cadrul autorității contractante a realizat un inventar al documentelor depuse în oferta financiară și un inventar al documentelor depuse prin răspunsurile la clarificări, ulterior pe baza acestor documente a decis respingerea ofertei, însă nu a efectuat analiză detaliată, cu motivarea aferentă, asupra existenței unei completări substanțiale/ esențiale care să atragă această decizie, și nici prin raportare la necesitatea respectării principiului proporționalității, a scopului atingerii "efectului util" la care a făcut referire contestatoarea.

Tribunalul Uniunii Europene a reținut în Hotărârea din 10 decembrie

2009(\*), cauza T-195/08 ... NV, referitor la principiul proporționalității

următoarele: Mai mult, 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, Rec., p. I-2211, punctul 60).

Sunt de amintit în acest sens și cele reținute de Înalta Curte de Casație și Justiție în decizia nr. 604/2023, invocată de contestatoare în concluziile scrise:

Proportionalitatea joacă un rol semnificativ în dreptul administrativ chiar și atunci când drepturile constituționale nu sunt în joc, putându-se afirma că aceasta este un principiu general al dreptului.

Privit simplist, principiul proporționalității vizează situația în care orice măsură luată trebuie să fie bine adaptată și studiată pentru a atinge scopurile pe care le urmărește.

În exercitarea atribuțiilor sale, instanța de judecată verifică dacă măsura luată este adecvată și potrivită pentru a atinge scopul propus, dacă este necesară sau dacă scopul ar fi putut fi atins printr-un mijloc mai puțin "invaziv" precum și dacă nu este în mod vădit disproporționată raportat la costuri și beneficii. Altfel spus, instanța este în drept să analizeze existența unei relații adecvate între mijloace și scopuri.

De principiu, acolo unde există posibilitatea de a alege între mai multe măsuri considerate corespunzătoare trebuie să se apeleze la cea mai puțin oneroasă iar dezavantajele nu trebuie să fie disproporționate cu scopul urmărit.

În mod particular domeniului administrativ, măsurile administrative nu trebuie să treacă dincolo de ce este strict necesar și nu trebuie să fie însoțite de o sancțiune disproporționată cu gravitatea încălcării.

Jurisprudența comunitară este în sensul lămuririi unei oferte, nu a respingerii ei, fiind de amintit în acest sens Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, pct. 37: [...] 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 o oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o oferta în aceste condiții risca să fie afectată de o eroare vadită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri (...).

Vizavi de respectarea acestor principii, prin concluziile scrise din 21.06.2023, asocierea ..... a reiterat faptul că Autoritatea contractantă interpretează intrutotul eronat propria cerință minimă obligatorie a Documentației de atribuire privind prezentarea documentelor edificatoare în susținerea diferențe maxime între cele 2 Curbe S de progres financiar astfel cum a fost aceasta explicată de către instanța, cu consecința încălcării premiselor stabilite de instanța și a depășirii limitelor reevaluării trasate de Curtea de Apel prin cea de-A Treia Decizie CAB.

Pentru claritate și pentru a nu se pierde din vedere cerința privind Curbele S de progres financiar, reinveredam faptul că aceasta a fost introdusă printr-o nouă anexă (Anexa nr. 5 la Formularul nr. 4C), ca urmare a clarificărilor la Documentație așa cum am explicat pe larg în Secțiunea 4.3. a Contestației, fiind constituită din cumularea următoarelor trei elemente:

- (1) Prezentarea celor 2 Curbe S de progres financiar;
- (2) Rezultarea unei diferențe maxime între cele 2 Curbe S de progres financiar; și

(3) Acoperirea diferenței maxime dintre cele 2 Curbe S de progres financiar, cu orice document edificator astfel incat sa se confirme posibilitatea susținerii contractului din punct de vedere al fluxului de numerar.

ATENȚIE: Se observa ca cerința este complexa si neobișnuita, nemaifiind solicitata in niciuna din procedurile in derulare ale .....si totodata, fiind modificata substanțial de .....(prin eliminarea sa din factorul de evaluare - modificare corecta efectuata prin anunț tip erata, si inserarea ca un criteriu nou in propunerea financiara - modificare adusa exclusiv prin clarificare, iar nu prin anunț tip erata). In atare caz, cumulat cu poziția inițiala a .....de a nu respinge nejustificat oferta Asocierii ....., in calitatea sa de autoritate contractanta actionand in mod profesionist si organizand proceduri de impact național, desi Curtea de Apel nu a obligat la o atare masura drastica nici prin cea de-A Treia Decizie CAB, autoritatea procedeaza contrar si respinge oferta Subscrisei.

Mai mult, respingerea completa a unei intregi oferte pentru presupusa neindeplinire a celui de-al treilea element al cerinței (ca nou introdusa in perioada de clarificare a documentației), ar fi o masura vădit nejustificata si in detrimentul prevederilor si principiilor dezbătute pe larg Contestatie.

Aceasta cu atat mai mult cu cat cerința a fost identica si in celelalte doua loturi (lotul 1 si lotul 2) ale Procedurii, unde oferta Subscrisei s-a concretizat ca admisibila intr-un conținut identic, prin definitivarea procedurilor si necontestarea acestui aspect de niciun operator economic, desi oferta Subscrisei a trecut si prin filtrul unei runde de contestări; a se vedea in acest sens si dosarul aflat pe rolul CNSC nr. 773/C9/2022, unde Subscrisa a fost intervenient accesoriu in apararea ofertei proprii in raport de contestatia .... S.R.L. in lotul 2 al Procedurii, contestatia acestuia fiind respinsa ca nefondata si definitivata ca atare, pastrandu-se caracterul admisibil al ofertei Asocierii ..... cu autoritate de lucru judecat.

In ce privește a 3-a teza a cerinței, in cea de-A Treia Decizie CAB, instanta a dispus urmatoarele:

„(...) autoritatea contractanta, pe de o parte, considera ca documentele edificatoare, transmise in data de 14.02.2022 cu ocazia Răspunsului de clarificare nr. NI-RO-A7L3-013/14.02.2022 reconfirma doar informațiile deja furnizate si regăsite in oferta depusa la data de 16.09.2021, de Asocierea ....., fara a preciza insa care sunt acele informații din care rezulta capacitatea economica de a susține si executa proiectul, in afara asumarii si declararii acestui fapt, pe propria răspundere, respectiv daca in cuprinsul ofertei inițiale se mentioneaza disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau instituțiile Financiar bancare care le acorda".

Or, asa cum am învederat, A Treia Decizie CAB trebuie inteleasa uniform, in integralitatea sa. In concret, interpretarea corecta a premisei stabilite de către instanta consta in solicitarea adresata .....de a consemna unde anume in cadrul ofertei inițiale depuse se regăsesc informațiile din care rezulta:

(i) **capacitatea economica de a susține si executa proiectul, respectiv**

**(ii) disponibilul financiar/depozitele/activele/creditele de care dispune asocierea sau institutiile financiar bancare care le acorda.**

Cerința astfel explicată cuprinde două teze ce trebuie citite și interpretate cumulativ. Aceasta este premisa corectă ce trebuia avută în vedere integral, iar nu parțial, de către Comisia de evaluare în reevaluarea ofertei Asocierii ..... (!)

Cu toate acestea, în evaluarea sa, Autoritatea contractantă, se concentrează în mod nejustificat exclusiv pe a doua teză a premisei stabilite de instanță, iar, în cazul acesteia exclusiv pe anumite elemente din enumerarea tezei respective, cu ignorarea primei teze și a celorlalte elemente ale tezei a doua, teza care oricum este formulată în mod alternativ, iar nu cumulativ, acesta fiind înțelesul general, unanim acceptat, al punctuației prin bară oblică, cât și al conjuncției „sau”.

Or, în reevaluare, cu respectarea cerinței și premisei instanței, Subscrisa am indicat atât (i) informațiile din care rezultă capacitatea economică de a susține și executa proiectul, cât și (ii) informațiile din care rezultă activele și capitalul îndestulător de care dispune Subscrisa, precum și mențiuni cu privire la instituția financiar-bancară care administrează disponibilitățile financiare/depozitele/activele/creditele ....., Autoritatea contractantă a refuzat însă, în mod nejustificat și cu încălcarea principiului proporționalității, să valorifice aceste informații care, re-confirmate de documentele bancare, demonstrează fără urmă de îndoială capacitatea economică de a susține și executa proiectul și acoperirea valorică a diferenței maxime dintre cele două Curbe S de progres financiar.

Față de cele de mai sus, ținând seama și de explicațiile detaliate prezentate de asocierea ..... în aprecierea depășirii limitelor de evaluare stabilite de instanță și necesitatea luării în considerare a răspunsurilor la clarificări, prin raportare la modul de impunere a cerinței și pentru respectarea principiului proporționalității, Consiliul stabilește că este necesară o reevaluare a ofertei asocierii cu respectarea celor decise de instanța de judecată prin decizia nr. 168/25.01.2023, contestația urmând a fi admisă, în parte.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de ...., analizată o dată cu contestația, în raport de cele reținute în motivarea deciziei, va fi respinsă, fiind necesară o reevaluare a ofertei asocierii ....., depusă pentru lot 3 „... – Municipiul ... km 49+350 – km 63+250”, ținând seama de cele constatate.

În privința solicitării de audiență invocată de contestatoare, aceasta va fi respinsă, apreciindu-se că susținerile părților, materialul probator și concluziile scrise depuse de părți au format convingerea Consiliului vizavi de litigiul în cauză.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins prin Încheierea nr. 1628/C9/1490 din 09.06.2023.

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

## **CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivare, admite, în parte, contestația formulată de asocieria ..... - ..... AS, prin lider ....., în contradictoriu cu ..... SA, și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 9/7705/22.05.2023, în partea ce privește oferta contestatoarei și a câștigătoarei, procesele-verbale de reevaluare a ofertei asocierii ..... și comunicările privind rezultatul procedurii transmise contestatoarei și câștigătoarei procedurii. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii ....., în termen de 20 zile de la primirea deciziei, cu respectarea deciziei civile nr. 168/25.01.2023 a Curții de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat operatorilor economici implicați în termenul legal.

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulate de ..... și o respinge.

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

**PREȘEDINTE,**

.....

**MEMBRU,**

.....

**MEMBRU,**

.....

.....