



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 23-1465/13.11.2023, înr...trată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 61996/13.11.2023, formulată de SC ... SRL, lider al Asocierii ... SRL - ... SRL, cu sediul social în ..., înr...trată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO..., reprezentată legal de ... - administrator și convențional de Avocat ..., împotriva adresei de comunicare a rezultatului nr. 92/109558/03.11.2023 și a raportului procedurii nr. 9/16102/03.11.2023, emise de către ... SA, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect «*Servicii de supervizare execuție lucrări Autostrada ... - ...: lot 2 ... - ..., km 30+300 - km 49+299,0*», anunț de participare .../08.02.2023, s-a solicitat:

I. Admiterea contestației și, pe cale de consecință:

a. Anularea adresei de comunicare a rezultatului nr. 92/109558/03.11.2023, a tuturor actelor subsecvente și dependente de aceasta și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii transmise către ceilalți ofertanți;

b. Anularea raportului procedurii nr. 9/16102/03.11.2023, în ceea ce privește evaluarea ofertelor depuse de Asocieria contestatoare și de SC ... S.A.;

c. Anularea proceselor-verbale nr. 9/4393/23.03.2023, 9/4823/30.03.2023, nr. 9/5152/04.04.2023, nr. 9/5975/20.04.2023, 9/7202/12.05.2023, în ceea ce privește modul de evaluare a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care o însoțesc pentru asocierea contestatoare și SC ... S.A.;

d. Anularea procesului-verbal nr. 9/4320/23.03.2023, în ceea ce privește modul de evaluare a garanției de participare pentru ofertantul SC ... S.A.;

e. Anularea tuturor actelor subsecvente și dependente de acestea, emise în legătură cu procedura organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică;

II. Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de asocierea contestatoare și de către ofertantul ... S.A., conform considerentelor din decizia Consiliului, stabilirea rezultatului procedurii și desemnarea adjudecatarului, conform prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice;

III. Obligarea intimatei la plata cheltuielilor de judecată suportate cu soluționarea prezentei contestații.

Cu adresa nr. OF235/21.11.2023, înr...trată la Consiliu sub nr. 63965/22.11.2023, SC ... S.A., cu sediul în ..., a formulat cerere de intervenție prin care solicită:

a) în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție;

b) pe fond, respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii de atribuire, astfel cum acesta a fost stabilit prin raportul procedurii nr. 9/1 6102/03.11.2023;

c) admiterea cererii de intervenție.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL, împotriva adresei de comunicare a rezultatului nr. 92/109558/03.11.2023, a raportului procedurii nr. 9/16102/03.11.2023, a proceselor - verbale nr. 9/4320/23.03.2023, 9/4393/23.03.2023, 9/4823/30.03.2023, 9/5152/04.04.2023, 9/5975/20.04.2023, 9/7202/12.05.2023, 9/7821/24.05.2023, 9/8885/16.06.2023, 9/9422/27.06.2023, 9/9605/29.06.2023, 9/10548/20.07.2023, 9/10839/25.07.2023, 9/11217/01.08.2023, 9/11429/04.08.2023, 9/13620/19.09.2023, 9/14388/04.10.2023, 9/14642/09.10.2023, 9/14737/10.10.2023, 9/15116/18.10.2023, 9/15586/26.10.2023 și a tuturor actelor subsecvente și dependente de acestea, prin care se solicită adoptarea măsurilor precizate mai sus.

Preliminar, contestatoarea arată că a participat la procedura de atribuire mai sus rubricată, iar din procesul - verbal nr. 9/5975/20.04.2023, din grila de evaluare pentru DUAE ..., din procesul - verbal nr. 9/7202/12.05.2023, din raportul procedurii și din adresa de comunicare a rezultatului rezultă ca oferta sa a fost exclusă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g), art. 168 din Legea nr. 98/2016, fiind declarată

inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) și art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Din aceste documente reiese că această decizie a fost adoptată în contextul existenței a două documente constatatoare negative, respectiv nr. 18777/15.11.2021 și nr. 18778/15.11.2021, emise de Consiliul Județean ... și a situației semnalate în cuprinsul acestora, respectiv absența pe șantier a personalului în timpul programului de lucru, aspect care a condus la rezilierea Contractelor de servicii nr. 2033/25/13.02.2019 și nr. 17897/18268/14.12.2018.

Totodată, arată că în urma procesului de evaluare tehnică și financiară, au fost declarate conforme ofertele depuse de SC ... S.A., SC ... SRL, iar oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de ... SRL

Contestatoarea susține că a avut acces la un număr restrâns de informații din cadrul dosarului de achiziție publică, accesul la dosarul achiziției nefiind asigurat în mod neîngrădit, motiv pentru care prezenta contestație conține critici și împotriva acestui aspect.

Ca urmare a studierii documentelor din dosarul achiziției, contestatoarea apreciază că oferta Asocierii contestatoare a fost exclusă în mod nelegal și cu exces de putere, aducându-se atingere drepturilor și intereselor sale legitime.

Totodată, aceasta consideră că din ofertele declarate admisibile, cea depusă de SC ... S.A. nu are acest caracter. Astfel, consideră că în măsura în care în urma reevaluării DUAЕ, cu respectarea considerentelor din Decizia ce va fi emisă în prezenta cauza, ofertă depusă de SC ... SRL va fi declarată admisibilă, iar cea depusă de SC ... S.A. va fi respinsă, evaluarea ofertelor din punct de vedere tehnic și financiar se va face doar cu privire la ofertele rămase.

B. Asocierea contestatoare consideră că oferta depusă a fost exclusă în mod greșit, măsura excluderii din cauza existenței celor două documente constatatoare negative fiind nelegală și adoptată cu exces de putere. Aceasta face precizarea că prin adresa de comunicare a rezultatului, procesul - verbal nr. 9/5975/20.04.2023, grilele de evaluare DUAЕ ... SRL, procesul - verbal nr. 9/7202/12.05.2023 se justifică că societatea ... SRL nu mai poate fi în niciun caz credibilă și capabilă să execute un contract de supervizare corespunzător din cauza a două documente contestatoare negative emise în luna noiembrie 2021 (cu 2 ani în urmă, cu privire la situații din octombrie 2021) și că nu mai poate recâștiga încrederea autorității contractante, ca urmare a celor întâmplate în cadrul a două contracte care au fost reziliate din cauza că nu ar fi fost asigurată prezența pe șantier în timpul programului de lucru a executantului lucrărilor.

Contestatoarea susține că, deși a dus la bun sfârșit un număr semnificativ de contracte, de o complexitate semnificativă, fără ca situația semnalată să se repete mai bine de doi ani, acest lucru nu a contat pentru actuala autoritate contractantă.

În opinia sa, autoritatea contractantă a hotărât în prealabil că oferta depusă de Asocierea ... SRL - ... SRL trebuie exclusă din cauza

acestor documente constatatoare, urmând ca, ulterior, în cadrul motivării motivelor de respingere, să procedeze la analiza aparentă a cerințelor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g), alin. (8), art. 169 și art. 171 alin. (31) - (32) din Legea nr. 98/2016, informațiile și înscrisurile doveditoare transmise și cele primite de județul ... fiind apreciate în mod trunchiat, prin ignorarea și înlăturarea oricărei susțineri și înscris favorabil asocierii.

În ceea ce privește această abordare, contestatoarea apreciază că scopul autorității contractante ar trebui să fie acela de a evalua cât mai multe oferte din punct de vedere tehnic și financiar, astfel încât să desemneze ofertantul câștigător care a prezentat în realitate oferta cu cel mai bun raport calitate - preț. În acest context, o excludere automată a unui operator economic, doar cu aparența verificării unor cerințe prevăzute de lege este o măsură disproporționată și adoptată cu exces de putere.

Aceasta opinează că excluderea prematură dispusă în ceea ce privește oferta asocierii a condus la limitarea nejustificată și artificială a opțiunilor pe care le avea autoritatea contractantă pentru atribuirea contractului.

Față de această abordare, petenta consideră că autoritatea contractantă:

a. A ignorat în mod nejustificat faptul că a avut și are în derulare un contract de servicii cu SC ... SRL, de o complexitate semnificativă, serviciile prestate fiind recepționate cu respectarea tuturor cerințelor solicitate. Mai mult, arată că inclusiv în cadrul controlului efectuat de Curtea de Conturi din 31.05.2023, privind lucrările și serviciile prestate, SC ... SRL în cadrul contractului a primit calificativul „foarte bun”.

Contestatoarea precizează că, prin răspunsurile la clarificări, a arătat că ar trebui să se țină cont în evaluarea motivelor de excludere de modul în care s-a derulat „Contractul nr. 92/13386/05.03.2020 - Supervizarea proiectării și execuției drumului de legătură DN5 km 60+500 - Șoseaua de Centură - ... km 61+400”, încheiat între Asocierie și autoritatea contractantă, în care nu au apărut situații precum cea semnalată de Consiliul Județean

De asemenea, a solicitat să se aibă în vedere că a acordat întregul sprijin autorității contractante în legătură cu acest contract, inclusiv în vederea combaterii demersurilor judiciare nejustificate înaintate de Antreprenor în dosarul nr.

Cu toate acestea, consideră că în mod nejustificat comisia nu a emis nicio solicitare altor departamente din cadrul autorității contractante, pentru a afla dacă există motive pentru a avea încredere că asocieria poate duce la bun sfârșit un contract de anvergură, în condițiile în care astfel de demersuri au fost întreprinse în legătură cu alți ofertanți, respectiv SC ... SA.

Contestatoarea învederează că serviciile de supervizare aferente duratei de proiectare și execuție a lucrărilor au fost recepționate, cu excepția lucrărilor la „Parcare pe ambele sensuri de circulație: la km 2+500, inclusiv dotările aferente”, care au fost recepționate la data de 20.12.2021, iar lucrările privind „Parcare pe ambele sensuri de circulate:

la km 2+500, inclusiv dotările aferente" la data de 19.04.2022, în prezent serviciile fiind prestate în mod corespunzător pentru perioada de garanție a lucrărilor (perioada de notificare a defectiunilor).

b. A ignorat în mod nejustificat că documentele constatatoare pozitive (13), anexate în fișierul *Documente anexă DUAE - ... - Anexa 16*, emise ulterior celor două documente constatatoare negative din 15.11.2021, provin de la ..., o direcție fără personalitate juridică în subordinea autorității contractante, de la care ar fi putut afla dacă există motive pentru a avea încredere că asocierea poate duce la bun sfârșit un contract de anvergură. Contestatoarea subliniază că cele 6 Acorduri-Cadru care privesc documentele constatatoare au fost asumate chiar de S.A., aceasta având personalitate juridică.

Așadar, câtă vreme au fost emise documente constatatoare favorabile, consideră că este evident că și-a îndeplinit toate obligațiile în mod corespunzător și că în fața ... este un operator economic credibil.

Mai mult, arată că dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat informații de la ..., direcția din subordinea sa, nu ar mai fi avut niciun dubiu în privința credibilității SC ... SRL, care în prezent a fost desemnată ca ofertant câștigător la procedura de atribuire a *Acordului - cadru servicii de supervizarea execuției de lucrări de întreținere periodică AN I-IV (48 luni) - covoare asfaltice, straturi bituminoase foarte subtiri pe sectoare de drumuri naționale și autostrăzi aflate în administrarea ... Lot 1-SDN ..., Lot 2-SDN ..., Lot 3- SDN ..., Lot 4-SDN ..., Lot 5-SDN ...*, care a avut termen de depunere a ofertelor în data de 20.03.2023 [.../03.03.2023].

De asemenea, petenta arată că la data de 12.07.2023 au fost semnate cele 5 Acorduri-Cadru aferente loturi de S.A., prin D.R.D.P. ..., ocazie cu care nu s-a pus problema ca autoritatea contractantă să conteste fiabilitatea SC ... SRL, lotul 6 - Secția Autostrăzi ... A1+A3 nefiindu-i atribuit, însă nu din motive ce țin de credibilitatea acesteia, ci în urma aplicării factorilor de evaluare, fiind desemnat alt ofertant câștigător.

c. Autoritatea contractantă și-a asumat prerogativa de a contrazice Decizia CNSC nr. .../22.09.2022, rămasă definitivă, prin care s-a reținut că obligațiile pretins a fi încălcate în cadrul contractelor încheiate cu Județul ... nu sunt principale, respectiv că nu există o încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale, nefiind întrunite condițiile cumulative prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. g) și alin. (6) din Legea nr. 99/2016.

Prin Decizia CNSC nr. ...din 22.09.2022, pronunțată în dosarul nr. ..., rămasă definitivă, în care SC ... SRL a avut calitatea de intervenient accesoriu, s-a reținut că aceste documente constatatoare nu indică încălcarea unei obligații principale. Cu toate acestea, comisia de evaluare a considerat că această decizie trebuie înlăturată întrucât CNSC nu ar fi fost investit cu soluționarea problemei asupra căreia s-a pronunțat.

d. A ignorat în mod nejustificat că în punctul de vedere emis de Consiliul Județean ... din 28.09.2022 (ulterior emiterii documentelor

constatatoare negative), anexat în fișierul Documente anexa DUAE - ... (fișierul Documente anexa DUAE - ... - Anexa 15), se menționează expres că există un contract în derulare între aceasta și SC ... SRL - *Servicii de Asistență Tehnică pentru supervizarea lucrărilor și de verificare a proiectelor tehnice în cadrul proiectului Fazarea proiectului sistem de Management Integrat al deșeurilor Solide în județul ...* - nr. 9518/14.06.2021, care se derulează în mod corespunzător.

Mai mult, din modul în care a formulat solicitarea Consiliul Județean ..., prin Scrisoarea nr. 92/30366/29.03.2023, respectiv „ați atribuit contracte de achiziție publică ulterior emiterii documentelor constatatoare” rezultă că, în urma informației primite potrivit căreia exista un contract de servicii care se derulează corespunzător, autoritatea contractantă a premeditat aspectele pe care urma să se întemeieze în motivarea deciziei sale de excludere.

Contestatoarea subliniază că, din modul în care a fost formulată întrebarea era evident că răspunsul Județului ... va fi unul negativ, SC ... SRL nefăcând referire la alt contract încheiat cu această autoritate, în afară de cel din 2021. Autoritatea contractantă nu a mai solicitat nicio informație suplimentară legată de un contract de care știa că este în derulare cu autoritatea emitentă a documentelor constatatoare, nefiind interesată de aspecte care ar putea fi favorabile SC ... SRL.

Aceasta susține că, dacă autoritatea contractantă ar fi făcut demersurile necesare, ar fi aflat că, deși acest contract a fost încheiat anterior emiterii celor două documente constatatoare negative, acesta a fost modificat de comun acord de Județul, ulterior emiterii documentelor constatatoare negative, în data de 03.03.2023 fiind încheiat Actul Adițional nr. 1, iar acesta se derulează în mod corespunzător, așa cum rezultă din punctul de vedere din 28.09.2022, dar și din Scrisoarea de recomandare emisă de Județul ... nr. 20882/13.11.2023.

e. A ignorat în mod nejustificat că în adresa nr. 5884/06.04.2023 transmisă de Consiliul Județean ..., înr...trată la S.A. sub nr. 92/33358/06.04.2023 și transmisă Comisiei de evaluare prin Adresa Direcției de Achiziții nr. 9/5420/10.04.2023, ca răspuns la Scrisoarea nr. 92/30366/29.03.2023, aceasta a menționat că documentele constatatoare au preluat doar informațiile care au dus la încetarea contractelor, respectiv absența prestatorului de servicii pe șantier în timpul programului de lucru al Antreprenorului, că acestea sunt acte de informare care nu sunt obligatorii pentru alte autorități contractante, că fiecare autoritate contractantă care organizează o procedură de atribuire trebuie să facă o evaluare proprie și să stabilească, cu respectarea principiului proporționalității, dacă deficiențele semnalate sunt de natură să provoace ruperea legăturii de încredere față de ofertant.

De asemenea, se subliniază ca analiza nu ar trebui limitată la o trecere formală în revistă a constatărilor din documentul constatator și la eventuale măsuri prin care acesta a încercat să își dovedească credibilitatea.

Contestatoarea face precizarea că, față de întrebările tendențioase care i-au fost adresate, Consiliul Județean ... a ales să ofere un răspuns

echilibrat și să se limiteze la prezentarea situației de fapt, fără a da de înțeles ca societatea contestatoare nu se mai poate bucura de încredere din partea autorităților contractante, subliniind că nu a solicitat plata vreunui prejudiciu.

f. A ignorat orice aspecte de fapt și înscrisuri prezentate favorabile, referitoare la contextul rezilierii celor două contracte încheiate cu Consiliul Județean ..., comisia de evaluare reținând doar situații nefavorabile, pe considerentul că acestea prevalează, respectiv că ar cuprinde aspecte de necombătut.

Astfel, înscrisurile din care reieșea că dirigintele ..., dar și alți membri ai echipei au fost pe șantier în zilele în care au fost întocmite Notele de constatare privind absența personalului, precum și cele din care reieșea că la baza rezilierii ar putea exista și alte motive decât cele legate de prezența personalului pe șantier, au fost înlăturate pe motiv că autoritatea contractantă nu are prerogativa de a le analiza.

Cu toate acestea, ulterior, comisia de evaluare analizează pe fond litigiul din dosarul nr. ..., concluzionând că Județul ... ar avea dreptate.

În opinia petentei, comisia de evaluare nu trebuia să stabilească cine are câștig de cauză în acest litigiu, ci să analizeze dacă toate elementele prezentate o determină să își piardă încrederea că asocierea poate duce la bun un sfârșit contractul de supervizare ce urmează să fie atribuit.

g. Nu a analizat în concret niciuna dintre măsurile de remediere implementate de SC ... SRL, ci a găsit motive pentru care acestea nu trebuie luate în considerare, fiind considerate chiar inutile.

Astfel, comisia de evaluare a înlăturat în mod nejustificat și ferm orice varianta propusă de asociere pentru a-și dovedi credibilitatea, deși, cu excepția celor două contracte reziliate, situația nu s-a repetat, apreciind că măsurile de remediere, redată mai jos, sunt superficiale:

i. Implementarea unui sistem de pontaj electronic (IFLOW) care permite vizualizarea programului de muncă al fiecarui salariat și a locului de unde acesta își desfășoară activitatea (*„aplicația preia localizarea GPS pentru a se asigura că angajatul se află în locația corectă”*).

Astfel, implementarea unui soft de pontaj (IFLOW), care permite localizarea prin GPS, a fost o măsură suplimentară luată de o societate interesată ca evenimentele semnalate în luna noiembrie 2021 să nu se repete, însă a fost ignorată nejustificat de comisia de evaluare.

ii. Existența unui sistem GPS pe mașinile puse la dispoziția salariaților, care va fi verificat pentru a garanta că salariații responsabili sunt prezenți pe șantier, este o altă măsură înlăturată de autoritatea contractantă pe motiv că sistemul GPS era „deja” implementat în octombrie 2021, „când au fost constatate absențele” și că prestatorul ar fi avut cu acea ocazie posibilitatea *„de a controla în timp real programul de lucru al experților săi și să ia măsuri corective astfel încât prezența pe șantier să fie asigurată conform contractului”*.

Contestatoarea admite că, deși era implementat un sistem GPS la acel moment pe mașini, el nu era verificat în mod constant de către directorii tehnici pentru a verifica prezența pe șantier, în contextul în

care până la acel moment nu fuseseră semnalate probleme legate de acest aspect în cadrul vreunui contract, însă subliniază că tocmai sistemul de control asupra evidențelor din GPS va garanta că problemele privind absența de pe șantier nu se vor repeta.

Cu toate acestea, comisia de evaluare concluzionează că măsura nu are cum să fie corespunzătoare, cât timp ea putea fi implementată și anterior și nu a condus la preîntâmpinarea absenței de pe șantier.

iii. Autoritatea contractantă a mai motivat și că orice măsură s-ar fi adoptat cu privire la domnul ..., dirigintele desemnat să se afle pe șantier în cadrul contractelor reziliate, inclusiv „atenționarea acestuia”, „reducerea timpului de lucru” sau „suspendarea contractului de muncă în intervalul 01-08.02.2022, justificat de absența nemotivată a salariatului” aceasta nu ar fi suficientă, cât timp operatorul economic a continuat colaborarea cu acest diriginte de șantier.

Contestatoarea arată că totuși, în condițiile în care suspendarea temporară a contractului de muncă și reducerea timpului de lucru cu acest diriginte au fost eficiente pentru a-l determina să nu mai lipsească cu alte ocazii, aceasta măsură se dovedește adecvată și corespunzătoare. Oricum, arată că acest diriginte de șantier nu este nominalizat pentru contractul ce urmează a se atribui, astfel încât consideră că autoritatea contractantă nu trebuie să se îngrijoreze că s-ar putea repeta situația semnalată în cadrul contractelor reziliate.

iv. În opinia petentei, orice măsură s-ar fi adoptat cu privire la toți salariații nu ar fi fost suficientă, întrucât *„nu s-ar fi adoptat măsuri de reorganizare a personalului sau de eliminare a legăturilor implicate în comportamentul necorespunzător, respectiv de sancționare a personalului cheie/non-cheie alocat proiectului care ar fi putut asigura supervizarea pe toată durata programului de lucru a Antreprenorului”*.

Aceasta apreciază că, atâta timp cât nu i s-a solicitat plata vreunui prejudiciu din partea autorității emitente a documentelor constatatoare negative, societatea a înțeles să rămână la măsurile de atenționare din ședința din 10.12.2021, întrucât acestea și-au atins scopul, iar situația nu s-a repetat. Societatea contestatoare face precizarea că este preocupată să își motiveze salariații să își exercite atribuțiile ce le revin la standarde înalte, să verifice dacă aceștia își îndeplinesc întocmai sarcinile ce le revin, însă sancționarea acestora sau ruperea legăturilor cu aceștia nu sunt mereu soluțiile salvatoare, ele putând să conducă la pierderea unor persoane competente profesional și care sunt responsabile, însă care, într-un anumit context, nu au fost conform așteptărilor.

Așadar, având în vedere că timp de 2 ani nu s-a repetat situația semnalată privind absența personalului, se poate deduce că măsurile au fost corespunzătoare.

h. Faptul că, de la momentul emiterii documentelor constatatoare negative, din noiembrie 2021, au fost duse la bun sfârșit un număr mare de contracte, de o complexitate semnificativă, fără ca situația absenței pe șantier a personalului să se repete, nu a contat pentru autoritatea contractantă, aceasta reținând că *„existența altor contracte similare*

duse la bun sfârșit de Prestator nu anulează nici motivele de reziliere a celor două contracte încheiate cu Consiliul Județean ..., nici faptul că obligațiile contractuale au fost încălcate și ca aceste încălcări repetate au condus la încetarea anticipată a contractelor și, în consecință, la emiterea documentelor constatatoare negative, menținute de instanța de judecată".

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă, în cadrul analizării dovezilor privind credibilitatea sa, trebuia să verifice dacă exista în tot contextul motive pentru care să considere că asocierea poate duce la bun sfârșit contractul ce urmează să se atribuie, nu să pronunțe o „anulare a motivelor de reziliere".

Aceasta învederează că toate aceste aspecte conduc la concluzia că autoritatea contractantă, sub aparența că respectă etapele prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g), alin. (7) și art. 171 din Legea nr. 98/2016, a emis o decizie nelegală privind excluderea ofertei asocierii, din a cărei motivare rezultă excesul de putere manifestat de autoritatea contractantă, în sensul că:

a. A exclus în mod automat oferta din cauza situației semnalate prin cele două constatatoare negative, fără a analiza în concret explicațiile și înscrisurile prezentate, cu încălcarea art. 171 din Legea nr. 98/2016, așa cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului și Procesele - verbale nr. 9/5975/20.04.2023, 9/7202/12.05.2023 și Grilele de evaluare DUAE ... SRL. Potrivit prevederilor legale și jurisprudența CJUE, autoritatea contractantă trebuia să verifice în concret dacă, ținând cont de toate elementele prezentate, ar putea să aibă încredere că Asocierea ar putea să execute contractul ce urmează să fie atribuit.

b. Nu a făcut o apreciere proprie în ceea ce privește comportamentul ... SRL și a încrederii în competența acesteia de a duce la bun sfârșit contractul ce se va atribui, excluzând orice aspecte relevante ce ar fi putut fi furnizate de departamentele sale interne cu care ofertantul a avut și are contracte în derulare.

Experiențele proprii pe care le-a avut autoritatea contractantă, deși erau favorabile și confirmau fiabilitatea ... SRL, au fost ignorate în mod nejustificat de comisia de evaluare. Totodată, petenta precizează că nu i-a cerut nicio clarificare suplimentară privind contractele încheiate cu ... SA.

c. A ignorat și înlăturat orice explicații și opinii care i-ar fi fost favorabile ... SRL, chiar dacă unele sunt cuprinse în Decizia emisă de CNSC, în adrese transmise de emitentul documentelor constatatoare negative și chiar dacă unele atestă că, cu excepția situației semnalate în anul 2021, nu a mai existat altă împrejurare asemănătoare în activitatea societății, care poate duce la bun sfârșit contracte complexe, deși avea obligația să analizeze toate elementele relevante.

d. Nu a luat în considerare niciuna dintre măsurile de remediere propuse, nu a putut identifica niciun aspect favorabil în măsurile implementate de ... SRL, nu a analizat aspecte pro și contra dovedirii credibilității acesteia, ci a considerat din start că există numai

argumente „contra”, cu încălcarea principiului proporționalității și cu exces de putere.

d. A încălcat în mod flagrant principiul proporționalității, neținând cont de măsurile de remediere luate și dovedite de ... SRL, în contextul gravității și circumstanțele particulare ale situației semnalate, cu nerespectarea art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea și ale art. 171 alin (31) din Legea nr. 98/2016.

f. A încălcat principiul tratamentului egal, cu nerespectarea art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că abordarea în privința ofertei ... SRL nu a fost aplicată și în cazul ofertantului ... S.A. și a terțului său susținător, ... care, potrivit verificării mențiunilor din SEAP, are un număr de 11 documente constatatoare negative, emise chiar de autoritatea contractantă.

Contestatoarea susține că nu cunoaște ce documente constatatoare a declarat acest ofertant în DUAЕ, ce dovezi au fost prezentate de acesta în justificarea credibilității, cum au fost evaluate situațiile prezentate de autoritatea contractantă, întrucât nu a avut acces la niciun document privind oferta întocmită de acest ofertant, unele menținute în mod definitiv de instanțele de judecată și chiar dacă unele sunt de dată recentă (25.07.2023).

În opinia sa, această împrejurare dovedește că a fost aplicat un tratament diferit acestor doi ofertanți, ... SRL fiind exclusă pentru două documente constatatoare negative, emise în noiembrie 2021 și care privesc situații din octombrie 2021, spre deosebire de ... S.A. a cărei ofertă a fost declarată admisibilă, cu toate că există 11 documente constatatoare, ultimul fiind actualizat în data de 25.07.2023.

Mai mult, din mențiunile din procesul-verbal nr. 9/7202/12.05.2023 reieșea doar că „s-a luat act de răspunsurile compartimentelor/instituțiilor emitente ale documentelor constatatoare, respectiv: Direcția Tehnică a răspuns prin Adresa nr. 3303/03.04.2023, transmisă Comisiei de Evaluare prin Adresa DAP 5420/10.04.2023”), de unde s-ar putea deduce că s-au efectuat demersuri pentru a se afla opinia Direcțiilor tehnice din cadrul autorității contractante în vederea verificării credibilității operatorului economic ... S.A., măsură care nu a fost întreprinsă și pentru ... SRL, deși aceste informații puteau fi edificatoare.

Pentru cele arătate prin DUAЕ, Anexa la DUAЕ și prin adresa nr. 23- 584/25.04.2023, ... SRL consideră că nu sunt îndeplinite cerințele prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g), alin. (8) din Legea nr. 98/2016, iar măsurile de remediere implementate îi dovedesc credibilitatea, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016.

În continuare, petenta arată că nu există o obligație principală și gravă care să fi fost încălcată, astfel încât să fie avută în vedere ipoteza excluderii în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Așadar, nu orice încălcare a unei obligații contractuale atrage incidența motivului de excludere, ci numai dacă aceasta se referă la o obligație contractuală principală, de o anumită gravitate, astfel cum rezultă din art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Prin Anexa la DUAЕ și Adresa nr. 23-584/25.04.2023 s-a demonstrat că Notificările de reziliere au fost emise întrucât prestatorul nu ar fi fost prezent pe șantier în timpul programului de lucru al executantului lucrărilor, potrivit art. 11.3. și 11.4. din Contract. Aceste informații au fost preluate și în Documentele constatatoare, unde s-a reținut la pct. 9 lit. d) „*Altele - nerespectarea obligațiilor contractuale, respectiv clauzele 11.3. și 11.4. din Contract*”.

Obligațiile principale ale prestatorului sunt prevăzute la art. 9 din Contractele nr. 2033/25/13.02.2019 și nr. 17897/18-268/14.12.2018, însă printre acestea nu se regăsește și o obligație precum cea indicată prin reziliere, în același sens fiind și Decizia CNSC nr. .../22.09.2022.

Mai mult, petenta arată că la întrebarea adresată Consiliului Județean ... de către autoritatea contractantă prin Scrisoarea nr. 92/30366/29.03.2023, acesta nu a transmis că vreuna dintre situațiile indicate ar fi fost incidente, ci doar că absența de pe șantier constatată prin Notele de constatare a condus la rezilierea contractelor, fiind subliniat că nu s-a imputat și încălcarea altor obligații.

Așadar, în situația de față, dreptul la reziliere s-a născut pentru presupusa încălcare a unei obligații de mică însemnătate, care a avut un caracter repetat, în lipsa acestui caracter repetat autoritatea contractantă nu avea dreptul la reziliere, așa cum rezultă din art. 1551 C.civ., astfel că nu este îndeplinită ipoteza prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, întrucât motivele invocate pentru reziliere nu privesc o obligație principală din contractele de achiziție publică.

Contestatoarea reiterează că nu se află în ipoteza unei încălcări repetate a unei obligații principale, iar motivele invocate pentru reziliere și prin documentele constatatoare nu sunt reale, pentru că indiferent de cele redată prin Notificările de reziliere și Notele de constatare cu privire la lipsa prezenței în anumite puncte de pe șantier sau în anumite intervale orare, prestatorul și persoanele desemnate din partea acestuia erau implicate în proiect și prezente pe șantier, aspecte ce rezultă din:

a. Foaia de parcurs a GPS din care rezultă că dirigintele de șantier era prezent pe DJ 703, care facea obiectul Contractului de Lucrări. De asemenea, există și Foi de parcurs a GPS din care rezultă că au fost prezente și alte persoane din partea Supervizorului pe același șantier, printre care și managerul de proiect ...;

b. Extras facturi și dovada plății acestora privind cazarea asigurată în ... (în apropiere de șantier), pentru persoana responsabilă din partea Supervizorului, astfel încât acesta să poată ajunge în mod facil pe șantier;

c. E-mailuri transmise de către dirigintele de șantier din care rezultă aspectele constatate de acesta zilnic (în luna octombrie 2021) cu privire la executarea lucrării, precum și poze relevante, toate acestea neputând fi întocmite decât dacă acesta se afla pe șantier. Aceste informații au fost transmise mai departe Antreprenorului și autorității contractante.

Contestatoarea reiterează că a implementat măsuri de remediere pentru ca situația semnalată să nu se repete, măsuri care au ținut cont de încălcarea pretinsă, după cum urmează:

a. Persoana care a fost desemnată din partea societății pentru a fi prezentă pe șantier în cadrul contractelor reziliate, domnul ..., nu a fost nominalizată pentru a participa în cadrul contractului ce urmează a fi atribuit în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

b. A fost implementat un sistem de raportare și de verificare a prezenței zilnice a salariaților, care permite verificarea prezenței pe șantier.

c. Au fost organizate ședințe în cadrul cărora salariaților le-a fost reamintită importanța respectării obligațiilor ce le revin în cadrul contractelor în care sunt implicați, precum și a consecințelor ce ar putea apărea în caz de neîndeplinire a acestor obligații.

Raportat la împrejurarea că Județul ... nu a indicat existența unor prejudicii, petenta susține că nu avea cum să adopte măsuri de remediere ce țin de plată sau la asumarea de plată a despăgubirilor, chiar dacă efectivitatea unei astfel de măsuri ar fi mai ușor de verificat și observat de autoritățile contractante.

Așadar, măsurile de remediere pot fi diverse, iar art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 le indică cu titlu exemplificativ, acestea dovedindu-și utilitatea și faptul că sunt suficiente, neasigurarea prezenței pe șantier nefiind o împrejurare care s-a repetat.

Contestatoarea subliniază și că poate executa și duce la bun sfârșit contracte de o mare complexitate, indiferent de evenimentele din noiembrie 2021, astfel încât credibilitatea sa nu poate fi contestată, aspect ce poate fi dovedit atât de prezenta autoritate contractantă, cât și de alte autorități, astfel cum rezultă din Recomandările și Certificatele anexate, contractele în care este implicată fiind de o complexitate semnificativă.

Aceasta învederează Consiliului că ... S.A. este singura autoritate contractantă care a decis excluderea sa din cauza documentelor constatatoare negative, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, deși aceste aceste documente constatatoare au fost menționate și în cazul altor proceduri de atribuire, autoritățile contractante solicitând clarificări legate de acestea, dar apreciind în mod corect ca oferta ... SRL nu trebuie exclusă.

Spre exemplificare, indică următoarele proceduri de atribuire:

- procedura privind atribuirea contractului „CS1 - Asistență tehnică din partea proiectantului, supervizare lucrări și publicitate” organizată de ... S.A. ..., Anunț de participare [.../30.09.2022];

- procedura privind atribuirea contractului „Asigurarea serviciilor de consultanță și asistență tehnică/dirigenție de șantier pe perioada de proiectare, execuție și garanție lucrări executate pentru obiectivul de investiții „Sistematizarea suprafeței de mișcare a ... în vederea creșterii capacității operațional și asigurării conformării cu prevederile Reg. 139/2014 - Etapa I” organizată de ... SA (...), Anunț de participare [.../12.08.2022];

- procedura privind atribuirea contractului „Servicii de supervizare lucrări” organizată de Județul ... - Consiliul Județean ..., Anunț de participare [.../04.09.2022],
- procedura de atribuire a contractului „Servicii de supervizare: Asigurarea condițiilor electrice la cheu a navelor în Portul ... (regim Cold Ironing) în vederea interconectării la Rețeaua Trans-Europească de Transport TEN-T pentru implementarea proiectului „Ealing” organizată de ... S.A. Constanța, Anunț de participare [.../16.06.2023];
- procedura de atribuire a contractului „Servicii de supervizare a contractului Proiectare și execuție Școala Gimnazială în cartierul ...”, organizată de Municipiul ... - ..., Anunț de participare [.../21.06.2023];
- procedura de atribuire a contractului „Servicii de dirigenție de șantier, SSM și Supervizare pentru obiectivul de investiții Varianta ocolitoare ..., județul ...”, organizată de Județul ... - Consiliul Județean ..., Anunț de participare [.../14.06.2023];
- procedura de atribuire a contractului „Servicii de dirigenție de șantier, SSM și Supervizare pentru obiectivul de investiții Varianta ocolitoare ..., județul ...”, organizată de Județul ... - Consiliul Județean ..., Anunț de participare [.../14.06.2023];
- procedura de atribuire a contractului „Servicii de dirigenție de șantier, SSM și Supervizare pentru obiectivul de investiții Acces rutier complementar descărcare A3 ...”, organizată de județul ... - Consiliul Județean ..., Anunț de participare [.../22.04.2023];
- procedura de atribuire a contractului „Servicii de dirigenție de șantier, SSM și Supervizare pentru obiectivul de investiții Acces rutier complementar descărcare A3 ... - ...”, organizată de Județul ... - Consiliul Județean ..., Anunț de participare [.../25.05.2023].

Contestatoarea menționează ca Aeroportul Internațional ... a procedat inițial la excluderea ofertei ... SRL din cauza documentelor constatatoare negative, însă a revenit asupra deciziei după reevaluarea situației acestora, în urma Deciziei CNSC nr. ... din 08.05.2023. Ulterior, oferta a fost desemnată câștigătoare, fiind încheiat Contractul nr. 205/19.06.2023 (230621-1/21.06.2023 privind «Servicii de consultanță aferente obiectivului „Extindere Terminal Pasageri Plecări pe Latura de Nord” la Aeroportul Internațional ... R.A.» care în prezent se derulează în mod corespunzător.

Pentru aceste motive, apreciază că oferta sa este admisibilă, că a fost exclusă în mod nelegal și cu exces de putere din cauza situației semnalate prin documentele constatatoare negative, care se referă la împrejurări din luna octombrie 2021, apreciind că autoritatea contractantă a adus atingere dreptului său de a participa în cadrul procedurii de atribuire fără a exista un motiv justificat sau proporțional cu sancțiunea excluderii dispusă, precum și dreptului de a-i fi analizate în mod efectiv și complet toate dovezile și informațiile transmise pentru dovedirea credibilității sale.

C. În ceea ce privește oferta depusă de SC ... S.A., contestatoarea consideră că aceasta a fost considerată în mod greșit admisibilă, întrucât pe numele societății și al terțului susținător, SC ... S.A., există emise un

număr de 11 documente constatatoare negative, care nu au fost declarate în cadrul procedurii și nu au fost analizate de autoritatea contractantă

Cu titlu prealabil precizează că nu i-a fost asigurat accesul la niciun document depus de ofertantul ... S.A. și la niciun act întocmit de autoritatea contractantă care face referire la acest ofertant, astfel că se va referi la toate documentele constatatoare negative pe care le-a identificat în SEAP, inclusiv la secțiunea dedicată ofertantului ... S.R.L, ele vizând și societatea SC ... S.A. și SC ... (întrucât forma era asociere), sub rezerva că acestea nu au fost declarate în DUAE în totalitate.

Așadar, pe numele ofertantului ... S.A. și al terțului susținător ... S.A. sunt publicate în SEAP 11 documente constatatoare negative, pe care aceștia nu le-au declarat prin DUAE și nu le-au adus la cunoștința autorității contractante pe parcursul procedurii de atribuire (pentru situația în care acestea ar fi fost ulterioare completării DUAE), caz în care oferta depusă trebuie exclusă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă trebuia să aibă posibilitatea să verifice în mențiunile din cuprinsul tuturor aceste documente constatatoare pentru a stabili dacă ofertantul se bucură în continuare de încrederea că ar putea executa contractul sau acesta ar trebui exclus.

Deși autoritatea emitentă a documentelor constatatoare este chiar prezenta autoritatea contractantă, apreciază că ele trebuiau declarate, întrucât puteau scăpa controlului comisiei de evaluare.

Contestatoarea își exprimă convingerea că ofertantul a dat declarații false, informația comunicată influențând procesul decizional al autorității contractante, susțineri valabile și pentru DUAE completat pentru terțul ... S.A.

Apreciind că atitudinea ofertantului este lipsită de sinceritate, consideră că acesta nu mai poate beneficia de excepția excluderii din cadrul licitației prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Raportat la faptul că ... SRL, deși are doar două documente constatatoare negative emise pe numele său, le-a declarat în DUAE și a comunicat informații și dovezi în susținerea credibilității sale, ofertantul ... S.A. nu le-a declarat, motiv pentru care această ofertă trebuie exclusă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) și art. 169 din Legea nr. 98/2016 pentru prezentarea unor declarații false.

Contestatoarea precizează că, în măsură în care ofertantul ... S.A. nu va fi exclus pentru incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, acesta ar trebui exclus fiind incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ.

Aceasta apreciază că rațiunea pentru care a fost introdusă posibilitatea emiterii de documente constatatoare intermediare, pe durata derulării contractului, rezultă din Nota de fundamentare a H.G. 375/2022, respectiv: *„(...) va da posibilitatea Autorităților contractante sa informeze alte instituții cu privire la derularea necorespunzătoare a unui Antreprenor sau Prestator, chiar și înainte de finalizarea*

respectivelor contracte, în vederea analizării și aplicării prevederilor art. 167 alin. (1) lit g) în timp real și în cunoștință de cauză”.

Din situația documentelor constatatoare negative rezultă că:

a. Sunt constatate, în repetate rânduri, întârzieri/încălcări, ale obligațiilor principale în cuprinsul mai multor documente constatatoare, precum și următoarele încălcări ale obligațiilor principale: nemobilizarea utilajelor în teren și a echipamentelor de foraj, mobilizarea slabă pentru realizarea investigațiilor geotehnice, înlocuirea experților cheie, nerespectarea termenelor de predare pentru Rapoartele de progres lunar.

b. Sunt consemnate prejudicii/penalități/observații legate de penalități în cuprinsul mai multor documente constatatoare, respectiv următoarele prejudicii pretinse de autoritatea contractantă: a fost întocmit raport de penalități pentru elaborarea cu întârziere a raportului de început, penalități pentru înlocuirea experților.

Din aceste considerente, apreciază că aceste împrejurări atrag și incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar oferta depusă de ... S.A. nu este admisibilă.

D. Ofertantului ... S.A. i s-au solicitat clarificări nepermise față de garanția de participare, iar prin aceste solicitări i s-a creat un avantaj nepermis.

În opinia sa, solicitarea referitoare la garanția de participare nu este de formă și nu era permisă, întrucât prin transmiterea acesteia și luarea în considerare a răspunsului comunicat, autoritatea contractantă a creat un avantaj evident în favoarea acestui ofertant, nepermis de dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care oferta trebuia respinsă ca inacceptabilă.

E. În ceea ce privește solicitarea de acces la studierea întregului dosar al achiziției, în temeiul art. 19 din legea nr. 101/2016, în data de 06.11.2023, prin Adresa nr. 23-1428/06.11.2023 a solicitat, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și a dispozițiilor Legii nr. 544/2001, să i se permită accesul la dosarul achiziției și comunicarea de copii după întreaga documentație la dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă a comunicat că va permite consultarea dosarului, mai puțin documentele declarate confidențiale de către ofertanți și doar prin vizualizarea acestora, fără a se comunica copii în vreun format, deși contestatoarea a menționat că accesul nu poate fi restricționat la toate documentele declarate ca fiind confidențiale de către ofertanți, ci numai la cele care fac parte din categoriile prevăzute la art. 57 alin. (1), alin. (4), art. 217 alin. (5) și alin. (6) din Legea nr. 98/2016, al căror caracter confidențial a fost dovedit.

Aceasta susține că în acest sens a indicat inclusiv Indrumarea emisa de ANAP din data de 07.03.2023, însă ultima adresă transmisă autorității a rămas fără răspuns.

Astfel, precizează că i s-a permis accesul la vizualizarea pe un laptop a anumitor Procese - verbale sau a unor părți din aceste Procese - Verbale care se referă la evaluarea DUAE sau a documentelor suport depuse pentru demonstrarea informațiilor din DUAE (cu excepția

informațiilor pentru SC ... S.A.), Grilele de evaluare DUAЕ (cu excepția informațiilor pentru SC ... S.A.), DUAЕ și documentele de calificare depuse (cu excepția celor depuse de SC ... SRL), documentele justificative depuse de SC ... SRL și Grila de evaluare a acestora, astfel cum rezultă din Minuta întocmită în data de 09.11.2023.

Contestatoarea învederează că nu i s-a permis accesul la niciun Proces-verbal, Grilă de evaluare care se referă la propunerile tehnice, propunerile financiare, aplicarea criteriilor de atribuire, deși nu s-au depus dovezi privind caracterul confidențial, ci doar în baza declarațiilor de confidențialitate. Dispozițiile art. 217 alin. (6), precum și ale art. 57 din Legea nr. 98/2016 nu permit ca formularul DUAЕ, Procesele - verbale întocmite de comisia de evaluare, Anexele la acestea, toate solicitările de clarificări, răspunsurile la acestea și toate documentele depuse ulterior deschiderii ofertei să fie declarate confidențiale, întrucât numai prin studierea acestor documente se poate analiza legalitatea rezultatului procedurii de atribuire, a admisibilității și a evaluării ofertelor.

Prin cererea de intervenție formulate de SC ... S.A. se solicită încuviințarea în principiu și admiterea acesteia, iar pe fond respingerea contestației ca neîntemeiată, precum și menținerea rezultatului procedurii de atribuire, astfel cum acesta a fost stabilit prin raportul procedurii nr. 9/1 6102/03.11.2023.

SC ... S.A. artă că interesul său în formularea cererii de intervenție este în concordanță cu dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că oferta sa a fost declarată admisibilă, dar neecștigătoare, fiind clasată pe locul 2. Astfel, arată că interesul său legitim în promovarea cererii de intervenție este în sensul susținerii legalității raportului procedurii și conformității proprii oferte, în vederea conservării dreptului de a încheia contractul de achiziție publică, în cazul în care ofertantul declarat câștigător nu va încheia contractul de achiziție publică din orice motiv.

În opinia sa, afirmațiile cu privire la oferta sa și motivele invocate pentru care oferta sa ar trebui să fie declarată inadmisibilă regăsite în contestație sunt neîntemeiate și aduc atingere prestigiului comercial al societății, nu doar în cadrul prezentei proceduri de atribuire, dar și în cadrul altor proceduri inițiate de ... și de alte autorități contractante la care a participat atât ea, cât și societatea contestatoare.

Preliminar, intervenienta arată că a depus ofertă în cadrul procedurii având ca terț susținător o firmă din grupul din care face parte, respectiv operatorul economic SC ... SRL. Autoritatea contractantă a procedat la verificarea garanțiilor de participare, solicitand clarificări, în temeiul art. 12 alin. (3) din HG 395/2016.

În urma transmiterii răspunsului la solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă a concluzionat că, din totalul de 5 oferte depuse, 5 oferte sunt admisibile, așa cum reiese din raportul procedurii.

În urma evaluării informațiilor preliminare prezentate de ofertanți în DUAЕ, autoritatea contractantă a concluzionat că din totalul de 5 oferte depuse, 4 oferte sunt admisibile, oferta descalificată fiind cea a

societății contestatoare care se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 168 din Legea 98/2016.

Ca urmare a evaluării propunerilor tehnice financiare și a aplicării criteriului de atribuire a fost stabilit clasamentul ofertelor admisibile, oferta SC ... S.A. fiind clasată pe locul 2, iar oferta SC ... SRL pe locul 1, fiind declarată câștigătoare

În ceea ce privește criticile din contestație cu privire la oferta SC ... S.A., intervenienta le consideră netemeinice, întrucât așa-zisele motive de neconformitate sau inadmisibilitate a ofertei nu pot fi reținute ca fiind motive de reevaluare a acestei oferte, dat fiind că acestea se bazează pe raționamente eronate și concluzii nefundamentate, precum și pe argumente pur speculative.

De asemenea, consideră că demersul contestatoarei cu privire la oferta sa este unul injust și lipsit de logică, în condițiile în care se solicită reevaluarea și descalificarea acestei oferte, reevaluarea ofertei ... și considerarea acesteia ca admisibilă, pentru aceleași motive pe care contestatoarea le consideră similare.

În continuare, intervenienta face câteva aprecieri cu privire la neîncadrarea ofertei SC ... S.A. în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) și h), principalul motiv invocat vizând existența mai multor documente constatatoare intermediare "negative" (11), emise pentru diferite contracte aflate în derulare, documente disponibile în Sistemul Informativ Colaborativ pentru mediu performant de desfășurare al achizițiilor publice (SICAP), precum și nedeclararea la nivel de DUAE a tuturor acestor 11 documente constatatoare.

Raportat la argumentele prezentate în contestație cu privire la acest aspect, arată că pentru invocarea acestei situații de excludere este necesară îndeplinirea uneia dintre condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g), cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua.

Astfel, ofertanții aveau obligația de a descrie în DUAE toate cazurile care corespund situațiilor descrise de Lege și nu indicarea tuturor documentelor constatatoare emise pe numele operatorilor economici.

În cazul tuturor documentelor constatatoare așa-zise „negative” emise pentru SC ... SRL și SC ... SRL, autoritatea contractantă a fost aceeași, respectiv ..., care are rol de autoritate contractantă și în prezenta procedură de atribuire.

Intervenienta face precizarea că documentele constatatoare indicate în contestație, ce sunt emise pentru SC ... SRL și SC ... SRL vizează, fără a le cumula, unele din următoarele aspecte consemnate de autoritate contractantă, incorect interpretate de contestatoare:

- întârzieri/deficiențe în derularea contractului constatate în prezent/ în perioada de referință de 90 zile sunt constatate în câteva dintre aceste așa-numite documente intermediare constatatoare negative, documente care nu menționează însă și existența unor daune produse autorității contractante;

- daune cauzate beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile/penalități emise de beneficiar până în prezent sau

În perioada de referință de 90 de zile/prejudicii aduse beneficiarului până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile — sunt constatate în alte asemenea documente constatatoare intermediare negative. Aceste daune constau în penalități aplicate de autoritatea contractantă pentru înlocuirea unor experți. Dintre aceste penalități, unele au fost achitate, iar altele au fost contestate în instanță și anulate ca urmare a deciziilor finale și definitive emise de instanțele respective. Drept urmare, consideră că nici aceste documente constatatoare nu atrag aplicarea cazului de excludere;

- eventuale litigii și stadiul soluționării acestora.

Intervenienta face precizarea că până în prezent sau în perioada de referință de 90 de zile, contractantul și-a îndeplinit obligațiile contractuale principale.

Totodată, face precizarea că documentele constatatoare emise de ... până la data de depunere a ofertelor, respectiv data de 16.03.2022, se referă doar la 3 contracte:

1. Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic de Execuție pentru Drum Expres ... — ..., Contract nr. 92/61801/22.09.2020 (SC ... SRL și SC ... SRL);

2. Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic de Execuție pentru Drum Expres ... - ..., Contract nr. 92/61803/22.09.2020 (SC ... SRL și SC ... SRL);

3. Elaborare Studiu de Fezabilitate pentru obiectivul Drum Expres ... — ..., Contract nr. 92/4231/23.01.2020 (SC ... SRL).

Totodată, arată că dintre documentele constatatoare emise pentru cele 3 contracte până la data de 16.03.2023, doar în cazul a 2 contracte autoritatea contractantă a considerat că au fost încălcate obligațiile contractuale principale, respectiv în contractele:

- Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic de Execuție pentru Drum Expres ... - ..., contract nr. 92/61801/22.09.2020;

- Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic de Execuție pentru Drum Expres ... - ..., contract nr. 92/61803/22.09.2020;

În opinia sa, chiar și în acest caz, această încălcare nu a condus la încetarea anticipată a celor 2 contracte și nici la plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, nefiind astfel întrunite cele 2 condiții prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Intervenienta învederează că atât SC ... SRL, cât și SC ... SRL au declarat aceste 2 contracte în DUAЕ, deși nu se află în situațiile descrise la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, arată că în cazul contractului Elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic de Execuție pentru Drum Expres ... — ..., Contract nr. 92/61801/22.09.2020, Curtea de Apel București a decis anularea documentului constatator nr. 92/8301 1/06.10.2022, așa cum reiese și din documentul constatator nr. 92/71770 emis de ... în data de 25.07.2023 (după data de depunere a ofertelor). Acest document constatator nu a fost menționat în contestație, deși cel emis la aceeași dată pentru Elaborarea Studiului de Fezabilitate pentru autostrada ...

- ..., Contract nr. 92/103070/04.032020 (5_71866/25.072023) a fost menționat.

Având în vedere că documentele constatatoare emise pe numele SC ... SRL și SC ... SRL nu indică situații privind încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor contractuale principale care să fi condus la încetarea anticipată a contractelor sau la plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, acestea nu aveau de ce să declare în DUAЕ situații nonexistente, cu atât mai mult, nu aveau cum să declare nici situații ulterioare datei de depunere a ofertelor, în eventualitatea că astfel de situații s-ar fi încadrat în cele prevăzute la art. 167 alin. (1) litera g) din Legea nr. 98/2016.

Cu toate acestea, face precizarea că societățile SC ... SRL și SC ... SRL au ales să declare în DUAЕ acele proiecte pentru care au fost emise documente constatatoare intermediare „negative” vizând neîndeplinirea obligațiilor contractuale, deși nu se îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, astfel că acestea nu se află în situația de excludere prevăzută de norma legală, iar contractantul are posibilitatea de a corecta situațiile reținute până la momentul finalizării contractelor.

Față de cele menționate în contestație cu privire la solicitarea de clarificări, intervenienta arată că autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări cu privire la documentele constatatoare.

Aceasta susține că, în condițiile în care contestatoarea a avut acces la documentele constatatoare emise pe numele SC ... SRL și SC ... SRL, interpretarea oferită cu privire la documentele constatatoare citate a fost că "au fost încălcate obligații principale în mod grav și repetat, pentru aceste încălcări fiind aplicate penalități și sancțiuni de către Autoritatea emitentă", sugerând că situațiile descrise se încadrează în mod cumulativ în cele prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g). Cu toate acestea, subliniază că încălcarea unor obligații contractuale oarecare dintr-un contract nu conduce automat la încetarea anticipată, plata de daune interese sau sancțiuni comparabile în alt contract.

În ceea ce privește afirmațiile din contestație cu privire la documentele constatatoare negative care nu au fost declarate în cadrul procedurii, respectiv nu au fost analizate de autoritatea contractantă, precum și alte afirmații pe această temă sunt considerate de intervenientă nu doar speculative, ci că au caracter de acuzație falsă, menită s-o discrediteze, cu scopul vădit al contestatoarei de a-și susține cauza proprie, în lipsă de argumente privind propria ofertă.

În ceea ce privește admisibilitatea ofertei SC ... SRL cu privire la garanția de participare, contrar celor susținute în contestație, arată că l...lația permite solicitarea de clarificări vizând garanțiile de participare cu privire atât la condiții de formă, cât și de fond, conform art. 132 alin. (3) din HG 395/2016.

Astfel, situația faptică constă în aceea că autoritatea contractantă a procedat la verificarea garanțiilor de participare, solicitând SC ... SRL, în temeiul art. 12 alin. (3) din HG 395/2016, să elimine din textul Scrisorii de Garanție Bancară formularea "Cererile drepturile ce rezultă din

această Scrisoare de Garanție Bancară pot fi transmise numai cu acordul nostru prealabil scris", formulare tip utilizată de banca emitentă.

Intervenienta susține că SC ... SRL a prezentat Amendamentul nr. 1 la Scrisoarea de Garanție Bancară de Participare, prin care se elimină textul de mai sus în termenul indicat de autoritatea contractantă în solicitare, apreciind că nu există motiv legal pentru declararea ofertei SC ... SRL ca fiind inacceptabilă.

În continuare, intervenienta invocă lipsa de interes a contestatoarei, pe motiv că în contestația depusă nu a fost demonstrat interesul demersului cu privire la procedura de față, întrucât s-a solicitat exclusiv reevaluarea ofertei sale și a celei a SC ... SRL, fără să demonstreze în ce măsură reevaluarea atât a ofertei sale cât și cea a SC ... SRL ar modifica rezultatul procedurii, ofertantul declarat câștigător fiind în fapt un alt ofertant, respectiv SC ... SRL.

În ceea ce privește confidențialitatea ofertei SC ... SRL, arată că a prezentat în cadrul ofertei documentele care stau la baza confidențialității ofertei proprii, nu doar declarația de confidențialitate, și consideră că motivele reale ale contestatoarei pentru care solicită acces la toate informațiile privind ofertele, inclusiv la propunerile tehnice și financiare, în condițiile în care prețurile ofertate se regăsesc în raportul procedurii, sunt mai degrabă mercantile, aceasta urmărind să obțină secrete comerciale la care în alt mod nu are acces.

Pentru toate motivele anterior expuse solicită admiterea cererii de intervenție, astfel cum a fost formulată.

Cu adresa înr...trată la Consiliu sub nr. 65521/29.11.2023, contestatoarea a formulat concluzii în legătură cu cererea de intervenție formulată de SC ... S.A. și în urma studierii dosarului la CNSC din 27.11.2023, precum și a documentelor comunicate pe stick usb (ce privesc DUAЕ și documentele de calificare depuse de SC SC ... S.A., corespondența comisiei de evaluare aferente etapei DUAЕ, procesele – verbale și grilele de evaluare DUAЕ).

Contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă a comunicat către CNSC doar un extras din acest dosar de achiziție, care nu cuprinde nici măcar toate procesele – verbale de evaluare și toate grilele de evaluare întocmite, ci numai „procesele-verbale de evaluare a ofertelor aferente etapei DUAЕ” și „grilele de evaluare DUAЕ a ofertelor”.

Aceasta consideră că este lipsită în mod absolut de a cunoaște modul în care a evaluat autoritatea contractantă ofertele depuse, accesul cu privire la orice aspect ce privește evaluarea tehnică și financiară a ofertelor depuse de ceilalți ofertanți fiindu-i restricționat.

Întrucât modul de abordare a autorității contractante a fost contestat, SC ... SRL a solicitat accesul la întreg dosarul achiziției publice, deoarece apreciază că trebuie să cunoască conținutul tuturor actelor întocmite de autoritatea contractantă pentru a concluziona dacă acestea o prejudiciază sau nu, numai de la acel moment curgând termenul de contestare a acestora. În lipsa cunoașterii totale a aspectelor reținute de autoritatea contractantă privind evaluarea tehnică și financiară a celorlalte oferte depuse, susține că nu avea cum să își

exprime criticile împotriva acestora prin contestația formulată deja. Din acest considerent, susține că își rezervă dreptul de a formula o nouă contestație împotriva acestora, care va fi soluționată de același complet sau de a solicita repunerea în termenul de contestare, în temeiul art. 186 C.proc.civ., din cauză că a fost împiedicată să își exercite dreptul de a formula toate criticile înăuntrul termenului imperativ reglementat de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În opinia sa, autoritatea contractantă încearcă să-i blocheze orice acces la aceste documente, cu toate că accesul operatorilor economici nu poate fi restricționat decât la documentele „pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”.

Pentru aceste considerente, solicită Consiliului să dispună autorității contractante depunerea dosarului achiziției publice (în integralitate) și să-i permită accesul la documentele suplimentare ce vor fi comunicate.

Referitor la susținerile din cererea de intervenție formulată de SC ... SA, arată că nu a formulat criticile împotriva ofertei SC ... S.A. pentru că și-ar fi dorit să cunoască propunerea tehnică și financiară depusă de aceasta sau pentru a o discredita în fața autorității contractante sau a altor autorități, ci pentru că a fost încălcat tratamentul egal de în contextul evaluării documentelor constatatoare negative emise atât pentru SC ... SRL, cât și SC ... S.A. și a terțului susținător SC ... SA.

În ceea ce privește interesul în formularea contestației, petenta arată că oferta sa nu a fost exclusă în mod definitiv și că, în urma admiterii contestației, oferta ar putea fi declarată câștigătoare, dacă în cadrul reevaluării va fi considerată admisibilă și va fi evaluată din punct de vedere tehnic și financiar alături de celelalte oferte admisibile. În măsura în care s-ar aplica în mod corect criteriile de evaluare și atribuire, consideră că are șanse reale de a fi desemnată ca ofertant câștigător, dat fiind modul în care au fost concepute propunerea tehnică și financiară.

Referitor la criticile din contestație, reiterează că acestea au fost formulate sub rezerva verificării informațiilor identificate în SEAP în documentele întocmite de autoritatea contractantă, la care nu a avut acces la momentul studierii dosarului la autoritate, dar în urma studierii înscrisurilor referitoare la etapa DUAЕ la CNSC, apreciază criticile ca fiind întemeiate.

Contestatoarea arată că în cadrul DUAЕ, SC ... S.A. și SC ... SA nu au declarat toate documentele constatatoare de care aveau cunoștință, pentru ca autoritatea contractantă să verifice motivele de excludere din perspectiva art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Încălcarea obligației de a furniza toate informațiile relevante autorității contractante privind motivele de excludere (inclusiv sub forma neprezentării acesteia)

atrage excluderea în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Deși au fost menționate prin DUAЕ, la rubrica „Încetare anticipată, daune – interese sau alte sancțiuni comparabile” proiectele ... - ... și ... - ... (fără a se enumera toate documentele constatatoare existente pentru aceste proiecte), nu s-a indicat niciun aspect privind proiectul Drum Expres ... - ..., deși la data completării DUAЕ exista Documentul Constatator 1_92/ 56214/22.06.2022/13.07.2022. Prin acest document se constată că a fost întocmit raport de penalități pentru elaborarea cu întârziere a Raportului de început, respectiv pentru înlocuirea expertului non – cheie Topograf 2. Astfel, din acest document constatator rezultă că s-a încălcat obligația privind elaborarea Raportului de început în termenul asumat și că s-au aplicat penalități pentru încălcarea acestei obligații.

Contrar susținerilor din cererea de intervenție, ofertanții au obligația să furnizeze toate informațiile relevante autorității contractante (inclusiv indicarea tuturor documentelor constatatoare negative emise pe numele operatorilor economici), aceasta urmând să evalueze și să concluzioneze dacă este incident vreun motiv de excludere.

Contestatoarea mai arată că, prin susținerile expuse, intervenienta se contrazice, în sensul că pe de-o parte înțelege să declare întârzierile din proiectele ... - ... și ... - ..., deși consideră că nu sunt întrunite cumulativ condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 (mențiuni din DUAЕ) însă, pe de altă parte, pretinde că alte întârzieri nu ar trebui declarate, întrucât nu corespund situațiilor descrise de Lege. Or, potrivit raționamentului din DUAЕ, și întârzierea din Documentul Constatator 1_92/56214/22.06.2022/13.07.2022 ce privește elaborarea Raportului de început trebuia declarată, chiar dacă ar fi fost introdusă mențiunea că, în opinia ofertantului, nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g).

În speță, acest document constatator nu a fost indicat în DUAЕ și nu a fost analizat din perspectiva motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g), aspect care atrage incidența art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, chiar dacă autoritatea emitentă a documentului constatator este chiar autoritatea contractantă, ofertantul nefiind exonerat de obligația sa de a furniza toate informațiile relevante.

Contestatoarea mai susține că în DUAЕ au fost inserate și alte mențiuni false, respectiv „nu au fost aplicate penalități, nu a intervenit încetarea anticipată sau alte sancțiuni comparabile”, or prin documentele constatatoare din proiectele ... - ... și ... - ... au fost aplicate penalități pentru înlocuirea experților cheie principali prevăzuți în contract conform art. 45. Apreciind că ofertantul se face vinovat de transmiterea unor informații false în scopul verificării motivelor de excludere, petenta consideră că acesta trebuie exclus în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, credibilitatea acestuia fiind pierdută în mod definitiv, astfel că nu poate beneficia de prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Contrar susținerilor intervenientei, contestatoarea consideră că situația acesteia și a sa nu este identică, reevaluarea ofertei sale urmând a se face, în principal, din prisma motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h), având în vedere că SC ... SRL a declarat cele două documente constatatoare care erau emise pe numele său. De asemenea, subliniază și că, ulterior completării DUAЕ, dar în timpul derulării procedurii de evaluare, au fost emise noi documente constatatoare negative care nu au fost aduse la cunoștința comisiei de evaluare și nici nu au fost analizate de aceasta.

Pentru considerentele arătate mai sus susține că oferta depusă de SC ... SA trebuie exclusă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care face precizarea că își menține criticile privind excluderea în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, adăugând la acestea că nu au fost invocate măsuri de remediere de către acest ofertant pentru a preîntâmpina apariția întârzierilor semnalate.

Referitor la încălcarea principiului tratamentului egal de către autoritatea contractantă, contestatoarea arată că în urma studierii la CNSC a documentelor privind etapa DUAЕ și pentru ofertantul SC ... S.A. poate indica în concret și alte aspecte din care rezultă că evaluarea documentelor constatatoare negative a fost realizată cu încălcarea principiului tratamentului egal, respectiv:

a. Referitor la SC ... au fost verificate doar proiectele declarate în DUAЕ de acesta și terțul susținător SC ..., însă, deși în SEAP apăreau documente constatatoare negative emise și în cadrul altor proiecte, autoritatea contractantă fiind chiar autoritatea emitentă a acestora. Spre deosebire de această situație, cu privire la SC ... SRL, comisia de evaluare a căutat în SEAP chiar și caietele de sarcini din procedura de atribuire a contractelor încetate anticipate și cu privire la care au emise documentele constatatoare negative.

b. Pentru ofertantul SC ... SA și terțul său susținător s-a considerat că nu sunt inserate penalități în niciunul dintre documentele constatatoare negative analizate, deși din cuprinsul acestora reieșea că au fost aplicate penalități pentru înlocuirea experților cheie, fiind ignorate aspectele privind plata penalităților pentru înlocuirea experților cheie indicate prin adresa emisă de Direcția Tehnică nr. 4A/3303/ 03.04.2023. Spre deosebire de această situație, în cazul SC ... SRL, comisia de evaluare s-a străduit să afle dacă au fost aplicate penalități/prejudicii impuse de Consiliul Județean ..., cu toate că s-a precizat în mod expres că nu este incidentă această situație, punând la dispoziția comisiei de evaluare inclusiv punctul de vedere emis de Consiliul Județean ... din 28.09.2022.

c. În legătură cu ofertantul SC ... și terțul său susținător nu a avut relevanță că existau soluții pronunțate în dosarele de instanță prin care au fost respinse acțiunile intentate cu privire la mențiunile din documentele constatatoare emise cu privire la Spre deosebire de această situație, în cazul SC ... SRL, soluțiile pronunțate de instanțele

judecătorești prin care au menținute în primă instanță documentele constatatoare au caracter absolut și justifică excluderea societății.

d. În legătură cu ofertantul SC ... SA și terțul său susținător nu a avut relevanță că întârzierile în proiecte persistau și că nu au fost recuperate, comisia de evaluare considerând că „în ciuda caracterului aparent repetitiv și persistent”, nu sunt îndeplinite cerințele prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Spre deosebire de această situație, în cazul SC ... SRL nu a avut relevanță că pretinsa încălcare a obligației de a fi prezent în șantier a avut loc în aceeași împrejurare în octombrie 2021 și de atunci aceasta nu s-a repetat. Totodată, deși art. 167 alin. (1) lit. g) se referă la încălcarea unor obligații principale, s-a reținut că „chiar și dacă s-ar admite opinia Prestatorului că rezilierea s-a născut din pretinsa încălcare a unei obligații de mică însemnătate, care a avut un caracter repetat [...], Comisia de evaluare nu poate ignora consecințele acestor încălcări repetate”;

e. Nu a avut relevanță că nu au fost invocate și adoptate de către SC ... SA măsuri de remediere pentru preîntâmpinarea pe viitor a încălcării obligațiilor din contracte, deși în cazul ... SRL au fost înlăturate toate măsurile de remediere implementate, Comisia de evaluare neidentificând nici măcar o parte pozitivă referitoare la acestea, deși acestea și-au dovedit;

f. Pentru ofertantul SC ... SA și terțul său susținător au fost făcute demersuri la direcția tehnică a autorității contractante, care a putut să își exprime un punct de vedere ce rezulta din colaborarea directă cu SC ... S.A. și care a fost decisiv pentru stabilirea credibilității acestui ofertant. Spre deosebire de această situație, comisia de evaluare nu și-a dorit să cunoască punctul de vedere al direcției tehnice în ceea ce privește colaborarea cu SC ... SRL, deși autoritatea contractantă avea un contract în derulare și nici punctul de vedere al D.R.D.P.

Contrar susținerilor intervenientei, aceasta arată că prin contestație nu este criticată comisia de evaluare pentru că a efectuat demersuri la direcția tehnică în ceea ce privește situația ofertantului SC ... SA, ci că acestea nu au fost efectuate și cu privire la SC ... SRL.

g. Pentru ofertantul SC ... SA și terțul său susținător s-a luat în considerare că autoritatea contractantă continuă colaborarea, considerând că acesta este un motiv în susținerea credibilității acestui ofertant. Spre deosebire de această situație, în cazul SC ... SRL faptul că autoritatea emitentă a documentelor constatatoare negative are un alt contract în derulare cu societatea subscrisă nu a fost relevant.

Contestatoarea concluzionează că măsurile indicate mai sus sunt enunțate pentru a reflecta tratamentul diferit aplicat celor doi ofertanți.

În continuare, aceasta indică și alte aspecte prin care comisia de evaluare a favorizat ofertantul SC ... SA, respectiv:

- critica legată de solicitarea unor clarificări nepermise față de garanția de participare rămâne valabilă, întrucât garanția de participare nu îndeplinea cerința imperativă prevăzută de art. 36 alin. (4) din Normele Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016 privind

executarea sa „necondiționată”, solicitarea de clarificări prin care s-a cerut ca mențiunea „cererile și drepturile ce rezultă din această Scrisoare de Garanție Bancară pot fi transmise numai cu acordul nostru prealabil scris” să fie eliminată nu este permisă, creând un avantaj nepermis acestui ofertant, în sensul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

- solicitarea repetată de clarificări cu privire la același aspect, respectiv indicarea că perioada de valabilitate a ofertei trebuie asigurată până în data de 16.09.2023, este în contradicție cu dispozițiile art. 134 alin. (4) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, întrucât nu era permisă o nouă solicitare de clarificări, ci respingerea ofertei.

Contestatoarea face precizarea că aspectele de mai sus sunt prezentate tocmai pentru a evidenția că a fost adoptată o abordare îngăduitoare de către comisia de evaluare în cazul altor ofertanți, diametral opusă în ceea ce privește SC ... SRL, în ciuda eforturilor sale de a-și demonstra credibilitatea.

Cu adresa nr. 9/17647/07.12.2023/nr. 9B/1400/07.12.2023, înr...trată la Consiliul cu nr. 67.464/11.12.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de SC ... SRL.

Cu adresa nr. 23-1602/11.12.2023, înr...trată la Consiliu sub nr. 67567/11.12.2023, SC ... SRL a formulat „concluzii scrise”, prin care învederează că punctul de vedere al autorității contractante a fost emis cu încălcarea termenului de 5 zile prevăzut la art. 18 din Legea nr. 101/2016, fiind transmis în ziua în care s-a împlinit termenul pentru soluționarea dosarului.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în sumă totală de 1.033.807,05 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Piața Alba Iulia a sumei respective, conform recipiselor de consemnare nr. 209679254/1/10.11.2023 (875.430,00 lei) și 209699942/1/16.11.2023 (158.377,05 lei), suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă procedurii organizată de către ... SA.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, ... SA a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect «*Servicii de Supervizare execuție lucrări autostrada ... - ...: lot 2 ... - ..., km 30+300 – km 49+299,0*», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../08.02.2023. Valoarea estimată a lotului contestat este cuprinsă între 43.771.452 și

51.690.352,38 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Conform procesului-verbal de vizualizare nr. 9/3953/17.03.2023 și a declarației de participare publicată în SEAP, pentru procedura de atribuire a lotului 2 au depus oferte 5 operatori economici, printre care și Asocieria ... SRL (lider) - ..., al cărei lider este contestator în prezentul dosar, și ... SRL, intervenient în prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr. 9/16102/03.11.2023, oferta depusă de Asocieria ... SRL - ... a fost respinsă în etapa de evaluare a garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât ofertantul asociat ... SRL se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g), coroborat cu art. 168 din Legea nr. 98/2016, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de ... SRL, cu 98 puncte. Oferta intervenientului ... SRL s-a clasat pe locul 2, cu 80,81 puncte.

În cadrul acestei proceduri, a depus cerere de intervenție ... SRL, a cărei ofertă a fost declarată admisibilă și s-a clasat pe locul 2 și împotriva căreia contestatoare a formulat critici.

Având în vedere faptul că, în această calitate, respectiv de ofertantă declarată admisibilă și clasată pe locul 2, ... SRL a depare interesul de a-și apăra oferta și de a păstra actele întocmite de autoritatea contractantă în forma lor actuală, ca în cazul în care câștigătoarea procedurii, ... SRL nu semnează contractul să fie declarată câștigătoare a procedurii, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ... SRL, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 63 și 64 din Codul de procedură civilă.

Pe fondul cauzei, contestatoarea ... SRL formulează critici atât cu privire la motivul de respingere a ofertei sale, cât și cu privire la oferta clasată pe locul 2, depusă de ... SRL.

Autoritatea contractantă nu s-a achitat de sarcina stabilită la art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 („În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației”) și a transmis Consiliului și contestatorului punctul de vedere abia în a 20-a zi a termenului de soluționare a contestației, ceea ce a îngreunat sarcina Consiliului de soluționare a contestației.

În soluționare, Consiliul reține că, așa cum a constatat mai sus, oferta asocierii contestatoare a fost respinsă în faza verificării DUAE, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g), coroborat cu art. 168 din Legea nr. 98/2016, respectiv:

„Art. 167. - (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

g) operatorul economic **și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice**, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, **iar aceste încălcări au dus**

la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.”

„Art. 168. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a accepta ca fiind suficient și relevant pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, orice document considerat edificator, din acest punct de vedere, în țara de origine sau în țara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate, caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorități competente din țara respectivă.

(2) În cazul în care există incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența unei situații de excludere, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita în mod direct informații de la autoritățile competente străine prevăzute la alin. (1).

(3) În cazul în care în țara de origine sau în țara în care este stabilit ofertantul/candidatul nu se emit documente de natura celor prevăzute la alin. (1) sau respectivele documente nu vizează toate situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă are obligația de a accepta o declarație pe propria răspundere sau, dacă în țara respectivă nu există prevederi legale referitoare la declarația pe propria răspundere, o declarație autentică dată în fața unui notar, a unei autorități administrative sau judiciare sau a unei asociații profesionale care are competențe în acest sens.”

Consiliul reține că în DUAЕ depus de ... SRL, la întrebarea „Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”, acesta a răspuns astfel:

«Contractul de servicii nr. 2033/25/13.02.2019 „Servicii de supervizare - dirigenție de șantier pentru proiectul *Modernizare DJ 703 G Jiblea - Sălătrucel - Berislăvești - Robaia - limită jud. Argeș*” a **încetat anticipat**, fără plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparabile, în data de 02.11.2021, în urma emiterii Notificării de reziliere de către Județul ... înr...trată sub nr. 17586/22.10.2021, fiind emis documentul constatator nr. 18777/15.11.2021, comunicat subscrisei în data de 09.12.2021, publicat în SEAP în data de 30.03.2022.

Contractul de servicii nr. 17897/18268/14.12.2018 „Servicii de supervizare - dirigenție de șantier pentru proiectul *Modernizare DJ 678 A DN 64 (Tătarani) - Brăția Vale - Cocoru - Dealu Mare - Predești - Corbii din Vale - Popești - Ginerica - limita jud. Argeș*” a încetat anticipat, fără plata de daune - interese sau alte sancțiuni comparabile, în data de 02.11.2021, în urma emiterii Notificării de reziliere de către Județul ... înr...trată sub nr. 17587/22.10.2021, fiind emis documentul constatator nr. 18778/15.11.2021, comunicat subscrisei în data de 09.12.2021, publicat în SEAP în data de 28.03.2022. Din Notificările de reziliere rezultă că acestea au fost emise întrucât prestatorul nu ar fi fost prezent pe șantier în timpul programului de lucru al executantului lucrărilor. Aceste informații au fost preluate și în Documentele constatatoare. Întrucât nu suntem de acord cu motivele invocate prin Notificările de reziliere și Documentele constatatoare, am contestat aceste documente constatatoare. Plângerea prealabilă a fost formulată în data de 10.01.2022, fiind respinsă de autoritatea emitentă la data de 03.02.2022, decizie comunicată la data de 10.02.2022. În data de 27.07.2022 am formulat acțiunea în anularea documentelor constatatoare, dosarul fiind înr...trat pe rolul Tribunalului București sub nr. Până la acest moment nu a fost pronunțată o hotărâre judecătorească, nefiind confirmată legalitatea acestora de către instanță judecătorească. Menționăm că motivul privind absența persoanei desemnate pe șantier, care a fost invocat pentru reziliere, nu este real (persoana desemnată se afla pe șantier), nu privește o obligație principală a contractelor de achiziție publică (obligațiile prestatorului sunt prevăzute la art. 9 din Contractele reziliate, însă printre acestea nu se regăsește și cea invocată prin reziliere). De asemenea, încălcarea invocată nu este nici repetată, nici gravă și nu a condus la plata de daune - interese. Pentru aceste considerente, apreciem că niciunul dintre motivele de excludere nu este incident.

În orice caz, pentru a nu exista vreo îndoială privind repetarea situației semnalate prin documentele constatatoare, subscrisa a luat măsuri de autocorectare, respectiv: au fost organizate ședințe în cadrul cărora salariaților le-a fost reamintită importanța respectării obligațiilor ce le revin în cadrul contractelor în care sunt implicați, precum și a consecințelor ce ar putea apărea în caz de neîndeplinire a acestor obligații; în prezentul contract, subscrisa poate implementa, dacă e necesar, un sistem de raportare și de verificare a îndeplinirii obligației privind prezența pe șantier de către persoanele desemnate; persoanele implicate în executarea contractului (în măsura în care acesta va fi atribuit societății subscrisei) vor fi informate în legătură cu toate obligațiile ce le revin în această calitate. Credibilitatea subscrisei rezultă și din faptul că există și alte contracte încheiate între subscrisa și autoritatea emitentă a documentelor constatatoare – Județul ... prin Consiliul Județean ..., respectiv Contract nr. 20210614-11.06.2021 (nr. 9518/14.06.2021 - număr de înr...trare la autoritatea contractantă), ce are ca obiect Servicii de Asistență Tehnică pentru Supervizarea Lucrărilor și de verificare a proiectelor tehnice în cadrul proiectului „Fazarea proiectului Sistem de Management Integrat al Deșeurilor Solide din Județul ...”, care se derulează în mod corespunzător, fără ca împrejurarea reținută prin documentele constatatoare să aibă vreo influență în privința profesionalismului cu care subscrisa își execută obligațiile sale. Totodată, credibilitatea rezultă și din faptul că, ulterior emiterii documentelor constatatoare menționate, au fost emise și alte documente constatatoare favorabile din care rezultă executarea corespunzătoare a altor contracte încheiate cu alte autorități.»

Autoritatea contractantă a efectuat verificări cu privire la motivul de emitere a certificatelor constatatoare la autoritatea contractantă emitentă a acestora, JUDEȚUL ... și a solicitat clarificări în acest sens contestatoarei.

Analiza cu privire la motivele de respingere a ofertei contestatoarei s-a efectuat în cadrul proceselor-verbale intermediare nr. 2, înr...trat cu nr. 9/4393/23.03.2023, nr. 5, înr...trat sub nr. 9/5975/20.04.2023 și în procesul-verbal nr. 9/7202/12.05.2023.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă are o marjă de apreciere largă în ceea ce privește selectarea operatorilor economici. Astfel, contrar susținerilor contestatoarei, în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să fie/să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, aceste dovezi referindu-se, printre altele, la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate. În acest sens, se apreciază că autoritatea contractantă care va organiza procedura de atribuire, la care operatorul economic în discuție dorește să participe, **este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință.**

Astfel, Consiliul reține relevanța în cauză a următoarelor dispoziții legale:

- Art. 167 din Legea nr. 98/2016: (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru

prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

-Art. 171 din același act normativ: (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile [alin. \(1\)](#) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor [alin. \(1\)](#), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile [alin. \(3\)](#), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la [alin. \(3¹\)](#) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta

transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile [alin. \(1\) - \(3\)](#) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la [art. 164](#), a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la [art. 167](#), a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

- art. 57 alin. 4 lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, care stipulează:

„(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

(5) în orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4).”

Consiliul reține că autoritatea contractantă a verificat incidența motivului de excludere în baza documentelor constatatoare, reținând faptul că abaterile profesionale sunt unele repetate, că de la momentul săvârșirii nu au trecut 3 ani, că aceste încălcări au condus la rezilierea contractului. Astfel, nu prezintă niciun fel de relevanță dacă în documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă JUDEȚUL ... sunt stabilite sau nu prejudicii, abaterile reținute în sarcina contestatoarei fiind grave **și în opinia Consiliului**.

Astfel, din analiza efectuată de autoritatea contractantă în cadrul procesului-verbal nr. 9/7202/12.05.2023 și în Grila de evaluare privind DUAЕ și formularele care însoțesc oferta reiese că autoritatea contractantă a analizat contextul în care s-a produs încălcarea obligațiilor prestatorului, caracterul repetitiv al abaterilor constatate de beneficiarul lucrărilor, precum și soluția adoptată de acesta, de reziliere a celor două contracte de supervizare.

Autoritatea contractantă a consemnat în aceste documente că în decizia CNSC nr. .../22.09.2022 invocată de ... SRL, Consiliul nu fusese investit cu judecarea încadrării/ neîncadrării operatorului economic în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ci concluziile CNSC arată ca în documentele constatatoare „*nu se regăsesc informații concrete care să indice faptul că SC ... SRL și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale pe care acesta le avea în sarcina în cadrul contractelor în discuție, fapt care să conducă la încetarea anticipată a acestora [...]*”. Deciziile Consiliului devin obligatorii pentru părți, nu și pentru terți.

Autoritatea contractantă are obligația de a aface propria analiză fără ca în aceasta să fie obligată să aplice decizii ale Consiliului care nu țin de respectiva procedură de atribuire.

Prin urmare, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă a procedat în mod corect atunci când nu a ales să aplice fără nicio verificare considerente dintr-o decizie a Consiliului, ci a efectuat propria analiză a circumstanțelor care au condus la deciziile de reziliere ale celor două contracte și la emiterea celor două documente constatatoare negative.

Consiliul reține, în acest sens, că prestatorul avea obligația prestării serviciilor de supervizare în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și în acord cu cele asumate prin propria ofertă.

De asemenea, reține ca potrivit clauzei 9.8 din contractele de servicii „**Prestatorul are obligația de a supraveghea prestarea serviciilor și de a asigura resursele umane, materiale, instalații și echipamente și orice alte asemenea, fie de natură provizorie, fie definitive, cerute de și pentru contract, în măsura în care necesitatea asigurării acestora este prevăzută în contract sau se poate deduce în mod rezonabil din contract**”, din care reiese obligația asigurării personalului necesar și adecvat pentru prestarea tuturor serviciilor, astfel încât supervizarea lucrărilor executate de antreprenor să fie asigurată în mod continuu pe toată durata solicitată prin caietul de sarcini în ambele contracte.

Consiliul observă, totodată că obligația încălcată de prestator și invocată ca motiv de reziliere în Documentele Constatatoare nu se regăsește la **capitolul 9. „Obligațiile prestatorului”** din contractele încheiate, ci la **capitolul 11. Sancțiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor** (art. 11.4 „**Contractul de servicii se poate rezilia în condițiile art. 11.3 dacă, la trei verificări ale beneficiarului, prestatorul nu va fi prezent pe șantier în timpul programului de lucru al executantului lucrărilor sau dacă se constată neîndeplinirea atribuțiilor stabilite prin contractual de servicii.**”)

Ori nu se poate considera că prezența pe șantier nu este o obligație principală (contestatorul consideră că nici măcar nu era o obligație), de vreme ce pentru încălcarea acesteia există o astfel de sancțiune.

În documentele dosarului achiziției sunt extrase din prevederile caietului de sarcini ale procedurilor de atribuire respective, astfel:

„8.2.2 Responsabilitatile si obligatiile Prestatorului - legate de monitorizarea si supervizarea lucrărilor de constructii constau in urmatoarele sarcini: [...]

8.2.2.3 - Constructia

Sarcinile si îndatoririle prestatorului pe parcursul executării lucrărilor de constructie sunt, fara a se limita in sa la acestea, urmatoarele:

[...] asigurarea prezentei in şantier pe toata durata programului de lucru pentru execuţia lucrărilor de constructii;

[...] pentru asigurarea verificării execuţiei corecte a lucrărilor de constructii, diriguţii de specialitate vor sta la dispoziţia beneficiarului pe tot parcursul lucrărilor, vor fi prezenţi zilnic pe şantier la punctul de lucru, pe toata perioada execuţiei investiţiei. "

12. Cerinţe minime profesionale

[...] Pentru a garanta executarea lucrărilor in termenii contractuali stabiliti si pentru folosirea in mod corect si eficient a resurselor de finanţare de care dispune beneficiarul, **prestatorul va asigura in mod continuu, pana la finalizarea proiectului, prezenta experţilor-cheie la locul execuţiei lucrărilor. In timpul perioadei de prestare a activitatii de supervizare (inclusiv perioada de notificare a defectiunilor), prestatorul va fi prezent in permanenta (in intervalele orare in care constructorul desfasoara activitati) pe şantier si va lucra ve teren, in locaţiile puse la dispoziţie de antreprenor/prestator.[...]**

18. Alte menţiuni

Contractul de servicii se poate rezilia daca, la trei verificări ale beneficiarului, prestatorul nu va fi prezent pe şantier in timpul programului de lucru al executantului lucrărilor sau daca se constata neindeplinirea obligatiilor stabilite prin contractul de servicii [...]."

Având în vedere aceste prevederi ale caietului de sarcini, autoritatea contractantă a concluzionat în mod corect că **prestatorul avea obligaţia de a fi prezent pe şantier zilnic, pe toata durata programului de lucru pentru execuţia lucrărilor de constructii**, obligaţie care nu a fost respectată de ... SRL, asa cum constata chiar beneficiarul Judeţul ... în adresa nr. 16806/ 11.10.2021, prin care acesta a obligat prestatorul să respecte obligatiile contractuale şi solicita asigurarea prezentei pe şantier pe toata durata programului de lucru pentru executarea lucrărilor, această adresă fiind formulată în urma **„neconformităţilor identificate în şantier cu întârziere, precum şi a măsurilor formulate de către ofiţerii de monitorizare in cadrul vizitelor pe şantier efectuate de ADR SV Oltenia."**

Autoritatea contractantă a putut afla, astfel, că **absenţa prestatorului din şantier nu era un fenomen izolat**, din moment ce deja se înr...trau la acel moment neconformităţi în execuţia lucrărilor depistate cu întârziere datorita lipsei supervizării, iar instituţia responsabilă de monitorizarea implementării proiectului

a constatat absența supervisorului din șantier, motiv pentru care a dispus notificarea acestuia pentru respectarea obligațiilor contractuale.

Chiar și ulterior acestei notificări, prestatorul nu s-a conformat cerințelor beneficiarului și obligațiilor contractuale, astfel cum rezulta din Notele de constatare nr. 16960/14.10.2021, 17127/15.10.2021, 17216/18.10.2021, 17289/19.10.2021, 17450/21.10.2021 (aferele obiectivului de investiții Modernizare DJ 703G) și din Notele de constatare nr. 16865/12.10.2021, nr. 17104/15.10.2021, nr. 17212/18.10.2021, nr. 17291/19.10.2021, nr. 17372/20.10.2021 și nr. 17457/21.10.2021 (aferele obiectivului de investiții Modernizare DJ 678 A), întocmite de beneficiar (și care se regăsesc și în anexele contestației), ca urmare a efectuării unor vizite în șantier în zile și intervale orare diferite. În toate aceste note de constatare se menționează categoriile de lucrări aflate în execuție de către antreprenor, fără ca din partea supervisorului să existe vreun singur reprezentant în șantier.

Prin urmare, încălcarea obligațiilor contractuale, pentru ambele contracte, a avut un caracter repetat continuu, contrar sancțiunii prevăzute la art. 11.4 din ambele contracte de servicii.

Aplicarea sancțiunii rezilierii contractului era condiționată de **caracterul repetitiv al abaterii**, astfel cum reiese din prevederile art. 11.3 și 11.4 din contractele de servicii:

„11.3. Nerespectarea obligațiilor asumate prin prezentul contract de către una dintre parti, in mod culpabil si repetat, da dreptul părții lezate de a rezilia contractul in mod unilateral, in termen de 10 zile de la data notificării prealabile scrise si de a pretinde plata de daune-interese in condițiile prevederilor art. 1.535-1.536 din Codul Civil, republicat, cu modificările si completările ulterioare.

*11.4 Contractul de servicii se poate rezilia in condițiile art. 11.3 daca, **la trei verificări ale beneficiarului**, prestatorul nu va fi prezent pe șantier in timpul programului de lucru al executantului lucrărilor sau daca se constata neindeplinirea atribuțiilor stabilite prin contractul de servicii.”*

Comisia de evaluare a constatat, astfel, îndeplinirea a cel puțin uneia dintre condițiile primei teze a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, de încălcare în mod **repetat a obligațiilor principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice.**

Autoritatea contractantă a efectuat verificări și asupra măsurilor luate de ofertant, respectiv pontaje electronice și sistem GPS pentru evidența și localizarea personalului angrenat în contracte, ședințe de conștientizare a importanței prezenței **în șantier și a îndeplinirii obligațiilor contractuale, suspendarea temporară a contractului de muncă al dirigintelui de șantier ca măsură de sancționare pentru absența din șantier.**

În acest sens, autoritatea contractantă arată că, deși susține că măsura rezilierii a fost una injustă și abuzivă, totuși contestația a luat aceste măsuri, printre care și suspendarea temporară a contractului

de muncă al dirigintelui de șantier, „**pentru ca situația semnalată să nu se repete, măsuri care au ținut cont de încălcarea pretinsă**”, prin urmare, contestatoarea recunoaște, în mod implicit încălcarea prevederilor contractuale.

Din procesele-verbale reiese că autoritatea contractant a parcurs și înscrisurile depuse de contestator din care au reieșit o serie de tensiuni și nemulțumiri în relația dintre antreprenor – prestator - beneficiar, consumate într-o corespondență care abundă în acuzații de lipsă de profesionalism, comportament rău intenționat și „înțelegeri” pârținitoare între factorii responsabili, însă comisia de evaluare a considerat că **nu intră în sfera sa de competență și nici în atribuțiile sale să „citească printre rânduri” sau să speculeze că motivele reale de reziliere a contractului nu ar fi cele precizate în documentele oficiale.**

În procesul-verbal nr. 9/7202/12.05.2023 s-a consemnat faptul că actele juridice care au condus la rezilierea contractelor de servicii se bucură de prezumția de legalitate, cu atât mai mult cu cât nu au fost contestate în termen de prestator.

Relația contractuală între Prestator și Beneficiar este reglementată de Contract, iar orice încălcare a obligațiilor contractuale sau orice divergente de opinii privind interpretarea și aplicarea Contractului se puteau soluționa fie pe cale amiabilă, fie pe cale administrativă și/sau a instanței de judecată competentă, așa cum se prevede la art. 21 *Soluționarea litigiilor* din cadrul celor 2 contracte de servicii în discuție.

Măsurile de remediere adoptate de contestator și prezentate în răspunsul la clarificări, au făcut obiectul analizării acestora în procesul-verbal nr. 9/7202/12.05.2023, conform căruia:

«În ceea ce privește măsurile de remediere adoptate de operatorul economic și prezentate la pct. B din răspunsul la clarificări, acestea nu apar ca fiind suficiente pentru a demonstra credibilitatea operatorului economic prin raportare la motivele de excludere și nu oferă asigurări solide viitorului Beneficiar că deficiențele în prestarea serviciilor și comportamentul general al Supervizorului au fost remediate.

Raportat la circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere, respectiv neîndeplinirea obligației de a asigura în șantier personal de specialitate pe toată durata programului de lucru al Antreprenorului, măsura reducerii colaborării cu dirigințele de șantier ... (implicat în cele două contracte reziliate), nu este nici suficientă nici adecvată, din următoarele motive:

- Dl. ... a fost aprobat ca diriginte de șantier în cele două contracte în data de 08.10.2021, înlocuindu-l astfel pe fostul diriginte de șantier care fusese demis de Prestator în cursul lunii septembrie (acum rezultă din corespondența contractuală atașată), **situatie care a condus, de altfel, si la sistarea lucrărilor de către ISC deoarece nu se îndeplineau condițiile legale ale asigurării pe șantier a dirigintelui de șantier.** Așadar, **absența în șantier a dirigintelui de șantier intervenise și anterior mobilizării d-lui ...** care, de altfel, deținuse poziția de inginer cantități în cadrul contractului până la acel moment, poziție pe care și-a menținut-o concomitent cu cea de diriginte de șantier.

- **Beneficiarul nu reclamă absența din șantier doar a dirigintelui de șantier, ci a întregului personal al Supervizorului**, sens în care și precizează faptul că Prestatorul ar fi putut să își organizeze personalul cheie/non-cheie, astfel încât să asigure supervizarea pe toată durata programului de lucru al Antreprenorului. Din acest punct de vedere, măsura diminuării colaborării cu dl. ... nu apare ca fiind suficientă pentru a demonstra că Prestatorul și-a revizuit politica de personal sau practica deficitară privind mobilizarea adecvată a personalului (atât ca număr, cât și ca timp).

Din Extrasul REviSAL - *Raport salariat 29 martie 2023* se poate observa că modalitatea de colaborare a operatorului economic cu dl. ... a fost una oscilantă, în funcție de necesitatea obiectivă a societății și disponibilitatea de timp a expertului, acesta lucrând cu timp parțial de 2

ore/zi și anterior implicării în cele două contracte de servicii, nu doar ulterior rezilierii acestora și ca pretinsă măsură punitivă față de un eventual comportament inadecvat. Totodată, din același extras rezultă și că angajatul a avut contractul de muncă suspendat în intervalul 01-08.02.2023, **justificat de absența nemotivată a salariatului, fără însă ca acest comportament, coroborat cu absența din șantier imputată în cele două contracte reziliate să descurajeze operatorul economic să continue colaborarea cu acest diriginte de șantier.** Comisia de evaluare nu se poate pronunța cu privire la activitatea dirigintelui de șantier, o astfel de apreciere revenind Angajatorului, însă **indiferent de numărul de ore lucratoare/zi la care expertul era obligat conform contractului sau individual de muncă,** Prestatorului îi revenea obligația de a asigura în cadrul contractelor de prestări servicii suficient personal care să acopere, ca număr și/sau timp efectiv alocat/zi, întregul program de lucru al Antreprenorului, astfel încât să fie îndeplinită obligația contractuală.

Referitor la sistemul de raportare și verificare a prezentei zilnice a salariaților, care ar permite și verificarea prezentei pe șantier, **aceasta metoda este una uzuală în contractele de supervizare,** dacă nu cea mai des întâlnită, justificând alături de rapoartele de activitate, plățile realizate către Prestator, prin raportare la timpul efectiv lucrat de fiecare expert mobilizat în cadrul contractului respectiv. **Mai mult, în majoritatea situațiilor, realizarea pontajelor pentru echipa de experți mobilizați este chiar o obligație contractuală și o modalitate obiectivă de cuantificare, atât de către Prestator, cât și de către Beneficiar, a activității fiecărui expert.**

De asemenea, în ceea ce privește sistemul de pontare a angajaților în cadrul societății, în conformitate cu prevederile art. 119 din Codul Muncii:

(1) Angajatorul are obligația de a ține la locul de muncă definit potrivit art. 16' evidența orelor de muncă prestate zilnic de fiecare salariat, cu evidențierea orelor de începere și de sfârșit ale programului de lucru, și de a supune controlului inspectorilor de muncă această evidență, ori de câte ori se solicită acest lucru.

(2) Pentru salariații mobili și salariații care desfășoară muncă la domiciliu, angajatorul ține evidența orelor de muncă prestate zilnic de fiecare salariat în condițiile stabilite cu salariații prin acord scris, în funcție de activitatea specifică desfășurată de către aceștia.

Reiese astfel că măsurile adoptate de Prestator erau oricum obligatoriu de aplicat potrivit Codului Muncii, nerespectarea acestei obligații fiind considerată contravenție și fiind sancționată cu amenda prevăzută la art. 260 alin. (1) lit. m) din același act normativ. **Prin urmare, nu se poate considera ca implementarea unui sistem de pontare a salariaților la locul de muncă, obligatoriu prin lege, este o măsură reparatorie sau corectivă suficientă pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea încetării anticipate a contractelor anterioare.**

Cât privește ședințele organizate cu salariații de conștientizare a importanței respectării obligațiilor ce le revin în cadrul contractelor și de responsabilizare a acestora, Comisia de Evaluare considera ca acestea:

- nu pot fi asimilate unei măsuri concrete de demonstrare a credibilității, **înțelegerea și respectarea drepturilor și obligațiilor de către angajați fiind o condiție esențială a oricărei politici de personal,**

- **nu reprezintă măsuri de adoptare a unor reguli interne privind răspunderea personalului în caz de neîndeplinire a obligațiilor.**

De asemenea, Prestatorul nu a prezentat vreo dovadă cu privire la adoptarea unor măsuri de reorganizare a personalului sau de eliminare a legăturilor cu persoanele implicate în comportamentul necorespunzător, respectiv de sancționare a personalului cheie/non-cheie alocat proiectului care ar fi putut asigura supervizarea pe toată durata programului de lucru al Antreprenorului.

Față de afirmația că „pe mașinile ce sunt puse la dispoziția salariaților de către subscrisa sunt instalate sisteme de monitorizare prin GPS”, comisia de evaluare nu considera ca aceasta este un sistem de control **nou adoptat**, având în vedere că acest sistem era deja implementat în perioada de referință în care au fost constatate absentele, luna octombrie 2021, conform fișelor de parcurs anexate răspunsului la clarificare. Așadar, Prestatorul ar fi avut posibilitatea de a controla în timp real programul de lucru al experților săi și să ia măsuri corective astfel încât prezenta pe șantier să fie asigurată conform contractului. Prin urmare, sistemul de control pare să nu fi avut vreo finalitate relevantă și aplicabilitate corectivă concretă, întrucât neasigurarea prezentei pe șantier pe toată durata programului nu reprezintă un caz izolat, pe parcursul unei singure zile, aspect concretizat prin Notele de constatare întocmite de Beneficiar.

In concluzie, Comisia de Evaluare considera ca **masurile de remediere adoptate de operatorul economic ... SRL in temeiul art. 171 alin. (3) din Legea 98/2016, cu modificările si completările ulterioare, nu apar ca fiind suficiente pentru a-si demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din același act normativ, asa incat nu se poate constata incidenta unui caz particular de exceptie de la excluderea din procedura.**

Comisia de Evaluare precizeaza ca prin informațiile si documentele suplimentare transmise de ofertant prin răspunsul la clarificare **NU au fost furnizate dovezi care sa ateste ca acesta a adoptat masuri corective adecvate sau ca masurile prezentate sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularitatii aflate la originea rezilierii contractelor anterioare si, prin urmare, ca aceste masuri sunt de natura sa demonstreze fiabilitatea lui ... SRL in pofida existentei unei situatii de excludere.**

Dimpotrivă, consultând documentele suplimentare transmise, Comisia de Evaluare a observat ca:

Prestatorul nu a contestat decizia de reziliere a contractelor, desi motivele detaliate in Notificările de reziliere, reiterate de Beneficiar si in corespondenta ulterioara rezilierii, indicau in mod clar si fara ambiguitati neindeplinirea unor obligatii contractuale, respectiv indeplinirea defectuoasa si cu tarzivitate a acestora;

Nortificarile de reziliere si actele conexe sunt valabile si produc efecte, **ramanand definitive prin neatacare**, asa incat si motivele cuprinse in notificările de reziliere, respectiv incalcarea obligatiilor contractuale, subzista, nefiind anulate de nicio instanta.

Plangerea prealabila împotriva documentelor constatatoare conține argumente care au fost demontate, punctual, de Autoritatea Contractanta (CJ Valcea) prin raportare la Contract, Caiet de Sarcini, propria oferta a Prestatorului, intarind astfel convigerea Comisiei de Evaluare ca obligatiile contractuale nu au fost nici minore, nici fara impact, cu atat mai mult cu cat Supervizorul fusese antentionat privind consecințele absentei din șantier - identificarea cu întârziere a neconformitatilor in execuție!

Cererea de chemare in judecata reia fidel argumentele din plangerea prealabila, fara a fi prezentat niciun element suplimentar relevant care sa susțină solicitările reclamantului, **conducând la respingerea acțiunii de către instanta** si la menținerea efectelor juridice ale acestor documente constatatoare care transpun fidel motivele care au condus la decizia de reziliere a contractelor de servicii de către Consiliul Județean Valcea.

Operatorul economic nu prezintă niște justificări pertinente pentru lipsa întregului personal de supervizare din șantierul celor doua proiecte in discuție, ci doar explicații succinte care il vizeaza exclusiv pe dl. ... (diriginte de șantier), **ca si cand intreaga echipa a Supervizorului pentru cele doua contracte ar fi fost alcatuita dintr-un unic expert** (contrar cerințelor Caietului de sarcini si ofertei depuse).

Coroborând motivele pe larg prezentate la pct. I si II de mai sus, **Comisia de Evaluare considera ca operatorul economic ... SRL se afla in situatia de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, cu modificările si completările ulterioare, coroborat cu prevederile art. 167 alin. (8) din același act normativ, incalcarea obligatiilor contractuale** mentionate in Notificările de reziliere nr. 17586/22.10.2021 si nr. 17587/22.10.2021 si preluate in Documentele Constatatoare nr. 18777/15.11.2021 si nr. 18778/15.11.2021 **fiind, in opinia Comisiei de Evaluare, si grava si repetata si conducând la încetarea anticipata a contractelor respective.**

Totodata, contrar susținerilor operatorului economic, **nu se poate admite ca absenta din șantier a personalului supervizorului, in mod repetat, nu reprezintă o incalcare a unei obligatii principale a Prestatorului pentru simplul motiv ca obligatia asigurarii supervizării pe toata durata programului de lucru al Antreprenorului a fost cuprinsa in alt capitol al Contractului decât cel intitulat "Obligații". Comisia de Evaluare subliniaza in acest context ca aceasta obligatie a Prestatorului a fost prezentata in secțiunea din Caietul de Sarcini privind OBLIGAȚIILE PRESTATORULUI, a fost repetata in diferite ale secțiuni ale Caietului de Sarcini si preluata ca si clauza contractuala in capitolul dedicat SANȚIUNILOR PENTRU NEINDEPLINIREA CULPABILA A OBLIGAȚIILOR!**

Având in vedere modalitatea de abordare a operatorului economic cu privire la obligatia incalcata, precum si insistenta de a incadra obligatia de asigurare a prezentei pe șantier intr-o categorie minora a obligatiilor contractuale asumate, da naștere unor suspiciuni legate de credibilitatea Prestorului si/sau asupra capacitatii sale de intelegere a obiectului contractului, a clauzelor contractuale si a importanței acestora, si/sau de asumare a indatoririlor. Aceasta suspiciune este intarita si de explicația data in sensul ca obligatia respectiva nu a mai fost incalcata si in cadrul altor contracte (referindu-se la caracterul repetat al abaterii), asimiland

caracterul repetitiv al încălcării unei obligații în cadrul unui contract cu repetarea încălcării obligației respective și în cadrul altor contracte. Aceasta interpretare a operatorului economic contravine prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia caracterul repetitiv se referă la abaterile din cadrul aceluiași contract:

*"g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau **repetat obligațiile principale** ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice (...) încheiate anterior, iar aceste **încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract**, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile",*

astfel încât aceasta justificare nu are niciun temei.

O dovadă suplimentară a faptului că operatorul economic nu înțelege sau refuză să admită importanța și gravitatea abaterii comise este prezentarea încălcării obligației ca fiind una *"punctuală și excepțională"*, cu toate că aceasta abatere fost repetată și a condus la o consecință majoră și radicală cum este rezilierea a două contracte de achiziție publică din culpa Prestatorului.

Faptul că însuși Beneficiarul a considerat că neregula savarsită de către Prestator a fost gravă, a reieșit din luarea măsurii de reziliere a contractului/lor de către Autoritatea Contractantă, aceasta măsură reflectând principiul proportionalității între gravitatea abaterii savarsite și anvergura sancțiunii adoptate.

Ca o consecință firească, având în vedere anvergura și importanța strategică națională a proiectului pentru care a fost demarată prezenta procedură de achiziție, interpretarea și justificările oferite de către operatorul economic nu sunt în măsură să îi demonstreze fiabilitatea și să ofere asigurări suficiente privind ducerea la bun sfârșit a serviciilor de supervizare ce urmează a fi atribuite, cu profesionalismul și promptitudinea impuse de complexitatea proiectului, la standardele și performanțele solicitate și așteptate privind gestionarea contractului.

În concluzia celor mai sus prezentate și analizate, ținând cont de încadrarea ofertantului asociat ... SRL în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și având în vedere că potrivit art. 163 din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, motivele de excludere a ofertantului reprezintă criterii de calificare, **oferta depusă de Asocieria ... SRL - ... sro este declarată inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. a) din HG 395/2016, cu modificările și completările ulterioare și, pe cale de consecință, este respinsă în baza art. 137 alin. (1) din același act normativ.**» (sublinierile aparțin autorului procesului-verbal)

Potrivit dispozițiilor legale incidente, **autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 164, 167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din fiecare speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.**

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **CJUE C-41/18 Meca Srl**, unde Curtea decide că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea contractantă care lansează o nouă cerere de ofertă să facă vreo

apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

*„34 Astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.***

38. Astfel, puterea de apreciere pe care articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 o conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era, chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.

40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri”.

Astfel, din conținutul răspunsurilor la solicitările de clarificări și chiar din conținutul contestației, nu rezultă că operatorul respectiv a înțeles motivele pentru care au fost emise actele constatatoare, luând măsuri ca acestea să nu se mai producă. Dimpotrivă, apărările sale sunt în sensul că nu există prejudiciu cuantificat, că nu există abateri grave.

Așa cum rezultă din prevederile legale citate mai sus, autoritatea contractantă are un drept de apreciere asupra situației de fapt, or aceasta a solicitat clarificări și a motivat pertinent și concludent decizia de respingere a ofertei, răspunsurile date de operator nefiind în măsură să dovedească credibilitatea.

Consiliul mai reține relevanța în speță și a cauzei CJUE C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, unde Curtea a reținut că **„legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității competente și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică. Această posibilitate de care dispune o autoritate contractantă este menită**

să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea ofertantului. Pentru ca o neregulă să justifice rezilierea unui contract, aceasta trebuie, potrivit principiului proporționalității, să fie suficient de gravă. O autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat, din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, că un operator este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente în îndeplinirea unei cerințe de fond ce îi revenea în cadrul contractului. Îi revine autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante și având în vedere principiul proporționalității, dacă operatorul este răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză”.

Cum în cauză, autoritatea a verificat diligent toate informațiile furnizate de contestatoare, Consiliul reține că aceasta și-a exercitat dreptul de apreciere corect, în limitele legii, prin urmare, criticile referitoare la respingerea ofertei asocierii vor fi respinse.

În ceea ce privește criticile formulate împotriva ofertei depusă de SC ... S.A., Consiliul constată că ofertantul SC ... S.A. s-a situat pe locul 2 în clasament, primul loc fiind ocupat de oferta depusă de ... SRL. Cum împotriva acestei oferte, ... SRL nu a formulat nicio critică și nicio solicitare, coroborat cu faptul că toate criticile formulate împotriva rezultatului de respingere a ofertei sale au fost respinse, Consiliul constată că, indiferent de rezultatul analizei criticilor formulate împotriva ofertei depusă de SC ... S.A. oferta contestatoarei nu mai poate deveni câștigătoare a procedurii, motiv pentru care, va respinge aceste critici ca lipsite de interes.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de acces la Consiliu „la întreaga documentație din dosarul achiziției ce va fi comunicată de autoritatea contractantă”, Consiliul are în vedere că, potrivit prevederilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”.

Consiliul a pus la dispoziția contestatorului întregul dosar disponibil, atât în formă fizică, cât și sub formă electronică, transmis de autoritatea contractantă, cu excepția propunerii tehnice a SC ... S.A. – declarată confidențială și care nu a făcut obiectul contestației depuse.

Autoritatea contractantă a transmis Consiliului toate documentele necesare și suficiente pentru soluționarea acestei contestații.

Documentele invocate și solicitate de contestatoare prin concluzii scrise (procesele-verbale de evaluare și toate grilele de evaluare întocmite, vizând etapele de evaluare a propunerilor tehnice, financiare sau a documentelor suport DUAE) nu au fost necesare Consiliului, în contestație nefiind formulată vreo critică cu privire la aspecte pentru care este necesară consultarea acestor documente.

Consiliul va respinge, ca nefondată critica având în vedere că atât autoritățile contractante, cât și *„organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) (notă: DIRECTIVA 2007/66/CE A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI din 11 decembrie 2007) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații, în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților în litigiu și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil”* (cauza C 450/06 Varec împotriva État belge).

În același timp, contestatoarea SC ... SRL și-a declarat, la rândul său, confidențială oferta, prin urmare, atâta timp cât solicită protecție pentru oferta sa, nu poate justifica încălcarea aceleiași protecții pentru contracandidatul său, acest lucru echivalând cu susținerea inegalității în drepturi între ofertanți. Din analiza conținutului declarațiilor depuse de cei doi ofertanți Consiliul constată că acestea conțin informații similare, situație față de care autoritatea contractantă a respectat caracterul confidențial al acestora, cât și principiul tratamentului egal.

Consiliul mai reține, în acest sens, și considerentele din cauza C-927/19 din 07.09.2021, *„Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB*, în care Marea Cameră a stabilit următoarele: *„în cadrul unei căi de atac referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, **principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctul 51).*

Dimpotrivă, astfel cum s-a arătat în esență la punctul 121 din prezenta hotărâre în contextul obligațiilor care revin în această privință autorităților contractante, **obligația de a furniza ofertantului respins informații suficiente pentru a-i garanta dreptul la o cale de atac**

eficientă trebuie să fie evaluată comparativ cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

130: În consecință, instanța națională competentă trebuie să verifice, ținând seama pe deplin atât de necesitatea de a proteja interesul public privind menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice, cât și pe aceea de a proteja informațiile cu adevărat confidențiale și îndeosebi secretele comerciale ale participanților la procedura de cerere de ofertă, că autoritatea contractantă a considerat în mod întemeiat că informațiile pe care a refuzat să le comunice solicitantului erau confidențiale. În acest scop, instanța națională competentă trebuie să efectueze o examinare completă a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. De aceea, trebuie să poată dispune în mod necesar de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctul 53).

131: Presupunând că instanța menționată consideră de asemenea că informațiile în cauză au un caracter confidențial care se opune din acest motiv divulgării lor către concurenții operatorului în cauză, trebuie amintit că, astfel cum a statuat Curtea, deși principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta, în anumite cazuri, poate fi necesar să nu comunice anumite informații părților în vederea conservării drepturilor fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctul 47).

132: Or, printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private și a comunicațiilor consacrat de articolul 7 din cartă, precum și dreptul la protecția secretelor comerciale care a fost recunoscut de Curte ca principiu general de drept al Uniunii (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctele 48 și 49).

133: Așadar, având în vedere importanța protecției informațiilor confidențiale, evidențiată în special la punctele 131 și 132 din prezenta hotărâre, organismul responsabil cu soluționarea căii de atac în domeniul atribuirii unui contract de achiziții publice trebuie să poată decide, dacă este cazul, că anumite informații cuprinse în dosarul de care dispune nu trebuie să fie transmise părților și avocaților acestora (a se vedea în acest sens Hotărârea din 14 februarie 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punctul 43)".

Prin urmare, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a asigurat aceeași protecție și contestatoarei, care nu se poate plânge de vreo încălcare a dreptului său în ceea ce privește accesul la oferta sa și, mai mult decât atât, ofertantul contestator a avut acces la dosarul achiziției publice, cu excepția ofertelor declarate confidențiale.

Consiliul va reține în soluționare faptul că în data de 27.11.2023, doi reprezentanți ai contestatoarei au studiat la sediul CNSC dosarul achiziției și, astfel, contestatoarea a avut posibilitatea de a verifica modul în care autoritatea contractantă a derulat procesul de evaluare a ofertelor, prin urmare, de a formula apărări completate cu noi argumente prin concluzii scrise cu luarea în considerație a dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Trebuie precizat totuși, în legătură cu lipsa prezentării de argumente concrete în cadrul contestației, că o motivare susținută nu presupune limitarea la a invoca încălcarea dreptului, ci indicarea tuturor împrejurărilor care justifică o atare afirmație. Scopul obligației de motivare prin raportare la date concrete este acela de a arăta organismului administrativ-jurisdicțional, în speță, sau instanței de judecată, împrejurările relevante pentru dezlegarea litigiului și, totodată, explicațiile pentru care drepturile reclamantului au fost lezate prin conduita presupus ilicită a pârâtului.

Obligația de a motiva contestația este expres prevăzută de legea specială (art. 10 lit. f din Legea nr. 101/2016), dar și de dreptul comun, respectiv de Codul de procedură civilă la art. 194, Cererea de chemare în judecată va cuprinde:[...] d) arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea.

Persoana care se consideră vătămată printr-un act al autorității contractante trebuie să îl atace în intervalul temporal legal de formulare a contestației, iar în cuprinsul acesteia trebuie să releve motivele pentru care dorește desființarea actelor presupus vătămătoare. Toate argumentele pe care se întemeiază calea de atac trebuie expuse de la început Consiliului, cu titlu de excepție admitându-se posibilitatea revizuirii contestației după data depunerii sale, însă nu mai târziu de expirarea termenului de contestare.

Cu alte cuvinte, contestația trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac, iar nu să fie o formă fără fond.

Totodată, contestatorul nu poate profita ulterior studiului documentelor aflate la dosarul cauzei pentru a veni, pe calea concluziilor scrise, cu prezentarea punctuală a criticilor sau prezentarea unor noi.

Formularea de noi critici prin intermediul concluziilor scrise nu este compatibilă cu jurisdicția administrativă a achizițiilor publice caracterizată prin celeritatea procedurii, Consiliul fiind obligat a se pronunța asupra contestațiilor formulate în termen de 20 de zile de la primirea dosarului achiziției publice.

Identificarea unanimității motivelor contestației trebuie realizată nu mai târziu de data limită de depunere a contestației, întrucât Consiliul nu este abilitat să acorde contestatorilor derogări de la termenul legal de contestare pentru a afla și a aduce noi motive în sprijinul contestației, în sens contrar calea de atac jurisdicțional-administrativă urmând a fi transformată într-un simplu mijloc de control al procedurii.

Motivarea sau modificarea/completarea motivării unei contestații nu poate avea loc prin intermediul concluziilor scrise, care trebuie să

reprezintă doar o modalitate de sintetizare a probelor deja administrate cu referiri punctuale la motivele de fapt și de drept pe care se bazează apărările și pretențiile părților.

Relevante în acest sens sunt dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stabilesc că motive de contestare noi, nereguli nou invocate pe calea concluziilor scrise, sunt inadmisibile.

De asemenea, relevantă în cauză este și jurisprudența instanțelor europene, respectiv paragraful 79 al hotărârii pronunțată în Cauza T-70/05, *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikias AE, împotriva Agenției Europene pentru Siguranța Maritimă (EMSA)* în cuprinsul căreia s-a reținut că: orice cerere de sesizare a instanței trebuie să indice obiectul litigiului și expunerea sumară a motivelor invocate. **Această indicație trebuie să fie suficient de clară și de precisă pentru a permite părâtului să își pregătească apărarea, iar Tribunalului să își exercite controlul jurisdicțional, dacă este cazul, fără a se baza pe alte informații.** În vederea garantării securității juridice și a bunei administrări a justiției, este necesar, pentru ca o acțiune să fie admisibilă, ca elementele esențiale de fapt și de drept pe care se întemeiază acțiunea să rezulte, cel puțin în mod sumar, dar coerent și comprehensibil, din chiar textul cererii introductive (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 18 septembrie 1996, *Asia Motor France și alții/Comisia*, T-387/94, Rec., p. II-961, punctele 106 și 107, Hotărârea Tribunalului din 11 ianuarie 2002, *Biret și Cie/Consiliul*, T-210/00, Rec., p. II-47, punctul 34, și Hotărârea Tribunalului din 14 decembrie 2005, *Honeywell/Comisia*, T-209/01, Rec., p. II-5527, punctele 55 și 56 și jurisprudența citată).

În acest sens, Consiliul reține și relevanța considerentelor exprimate de Curtea Constituțională în Decizia nr. 190 din 18 martie 2021, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 21 alin. (3) și ale art. 30 alin. (2) 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, conform cărora:

„31. Accesul la justiție nu este un drept absolut, **putând fi limitat prin anumite condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție.** Stabilirea unor condiționări pentru introducerea acțiunilor în justiție nu constituie, în sine, o încălcare a accesului liber la justiție, el presupunând accesul la mijloacele procedurale prin care se înfăptuiește justiția, fiind de competența exclusivă a legiuitorului să instituie regulile de desfășurare a procesului în fața instanțelor judecătorești, soluție ce rezultă din dispozițiile art. 126 alin. (2) din Constituție (Decizia Plenului Curții Constituționale nr. 1 din 8 februarie 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 69 din 16 martie 1994). Aceste condiționări nu pot fi însă acceptate dacă afectează dreptul fundamental în chiar substanța sa. Prin urmare, **limitările aduse dreptului fundamental**

sunt admisibile doar în măsura în care vizează un scop legitim și există un raport de proporționalitate între mijloacele folosite de legiuitor și scopul urmărit de acesta (Decizia Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 356 din 27 aprilie 2005), legiuitorul fiind ținut să aducă anumite limitări orientându-se după principiul *est modus in rebus*, respectiv să fie preocupat ca exigențele instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu pună sub semnul întrebării însăși existența dreptului (Decizia Curții Constituționale nr. 39 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 217 din 12 martie 2004, și Decizia Curții Constituționale nr. 40 din 29 ianuarie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 229 din 16 martie 2004).

32. Or, aplicând considerentele de principiu în privința stabilirii anumitor condiții de formă și de fond impuse de legiuitor, prin raportare la dispozițiile art. 21 din Constituție, nu se poate reține că legiuitorul a afectat dreptul de acces liber la justiție prin faptul că a instituit interdicția formulării unor noi motive de contestare și/sau a formulării unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia, precum și a altor motive în plângerea formulată împotriva actelor autorității contractante în afară de cele cuprinse în contestația adresată Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

33. Cerința respectării unor termene pentru invocarea motivelor de contestație este una firească, ea asigurând celeritatea procedurii specifice în materia achizițiilor publice”.

În acest context, Consiliul reține că doar contestația este actul juridic ce învestește Consiliul și stabilește limitele de analiză în sarcina acestuia, astfel încât formularea de critici noi, prin intermediul concluziilor scrise, nu răspunde exigențelor procedurale. Se reține și faptul că nu se poate face abstracție de necesitatea respectării principiului disponibilității, ca o garanție procedurală, ce reprezintă o manifestarea a dreptului la apărare recunoscut celui ce formează o contestație.

Pentru aceste motive, Consiliul va respinge criticile vizând accesul la dosarul achiziției publice.

Având în vedere respingerea tuturor criticilor din contestație, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SRL în contradictoriu cu ... SA, inclusiv cu privire la capătul de cerere privind acordarea cheltuielilor de judecată.

În consecință, Consiliul va admite cerea de intervenție formulată de SC ... S.A.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6.) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... SA, inclusiv cu privire la capătul de cerere privind acordarea cheltuielilor de judecată.

Admite cererea de intervenție formulată de SC ... S.A.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 5 exemplare, conține 46 (patruzeci și șase) pagini.