



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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:

I. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56516/21.12.2020, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., formulată împotriva adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40912/09.12.2020 și nr. 40914/09.12.2020 și a raportului procedurii nr. 40911/09.12.2020, documente emise de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție sectorială privind atribuirea contractului având ca obiect „CL12 - Extinderea alimentării cu apă în UAT ...”, cod CPV 45232150-8 Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), s-a solicitat:

- *anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40914/09.12.2020, precum și a adresei nr. 40912/09.12.2020, prin care a fost declarată câștigătoare oferta asocierii ...SRL;*

- *anularea, în parte, a raportului procedurii nr. 40911/09.12.2020 și a tuturor actelor subsecvente, în ceea ce privește desemnarea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii ...SRL;*

- *obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii ...SRL, cu respectarea legislației aplicabile și a considerentelor deciziei și continuarea procedurii;*

- *obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.*

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 10/04.01.2021, SC ... SA, cu sediul în ..., lider al asocierii SC ...SRL, în calitate de ofertant declarant câștigător al procedurii, reprezentată convențional prin „...” SCA, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., s-a solicitat:

- admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta a fost formulată;

- respingerea ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de obiect a contestației SC ...SRL;

- menținerea tuturor actelor emise de entitatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale cât privește oferta asocierii S.R.L.;

- menținerea rezultatului procedurii, ca temeinic și legal, prin care oferta depusă de asocieria ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare.

II. Prin contestația nr. 2005/21.12.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56811/22.12.2020, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., în calitate de lider al Asocierii ...SRL - ... SRL, reprezentată convențional prin ..., formulată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 40913/09.12.2020, emisă de ... SA, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție sectorială privind atribuirea contractului având ca obiect „CL12 - Extinderea alimentării cu apă în UAT ...”, cod CPV 45232150-8 Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 40913 din 09.12.2020, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente;

- anularea raportului procedurii nr. 40911 din 09.12.2020, în partea care privește admisibilitatea ofertelor depuse de Asocieria ... SA - ...SRL și de Asocieria ...SRL - ...AD;

- anularea deciziei entității contractante prin care oferta depusă de Asocieria ... SA - ...SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare;

- anularea deciziei entității contractante prin care oferta depusă de Asocieria ...SRL- ...AD a fost declarată admisibilă;

- obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor depuse de Asocieria ... SA - ...SRL și de Asocieria ...SRL - ...AD.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 58209/30.12.2020, SC ...SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., s-a solicitat admiterea, în parte, a contestației formulate de SC ...SRL, în ceea ce privește solicitarea de reevaluare a ofertei depuse de asocieria ...SRL și respingerea solicitării de reevaluare a ofertei Asocierii

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 8/04.01.2021, SC ... SA, cu sediul în ..., lider al asocierii SC ...SRL, în calitate de ofertant declarant câștigător al procedurii, reprezentată convențional prin „...” SCA, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ..., s-a solicitat:

- admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta a fost formulată;

- respingerea ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de obiect a contestației SC ...SRL;

- *menținerea tuturor actelor emise de entitatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale cât privește oferta asocierii ... S.R.L.;*

- *menținerea rezultatului procedurii, ca temeinic și legal, prin care oferta depusă de asocierea ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare.*

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și 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 legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care SC ... SA și SC ...SRL critică rezultatul procedurii de achiziție sectorială, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

I. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56516/21.12.2020, SC ...SRL reclamă decizia entității contractante de a admite și declara câștigătoare oferta asocierii ...SRL, apreciind că evaluarea ofertei s-a realizat superficial și cu încălcarea prevederilor legislației achizițiilor publice, deoarece ofertantul nu a demonstrat că ar avea capacitatea de a executa contractul. Aceasta nu deține autorizație AFER necesară execuției subtraversărilor de cale ferată și a lucrărilor din zona de siguranță a căii ferate (lucrările de paralelism cu calea ferată).

Potrivit documentației de atribuire, contractul presupune și execuția unor subtraversări de cale ferată și a unor lucrări în zona de siguranță a căilor ferate (lucrări de paralelism cu calea ferată), pentru care au și fost eliberate autorizații de către Compania Națională de Căi Ferate „CFR” S.A. Niciunul dintre cei 3 asociați nu deține autorizație AFER pentru astfel de lucrări, context în care asocierea nu poate realiza, în mod legal, toate lucrările contractului.

Prin urmare, petenta apreciază că ofertantul nu a demonstrat că deține și nu deține capacitatea de a executa contractul, încălcând prevederile pct. III.1.1.b) din fișa de data a achiziției, care impun ca operatorii economici să dovedească faptul că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului:

În acest sens, petenta invocă și prevederile art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea nr. 99/2016, care definește operatorul economic ca fiind orice persoană fizică sau juridică, de drept public sau de drept privat sau grup ori asociere de astfel de persoane, care este autorizată conform prevederilor art. 207 din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, cu modificările ulterioare, care oferă în mod licit pe piață

executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două sau mai multe dintre aceste entități.

Astfel, contestatoarea apreciază că oferta trebuia respinsă ca neconformă în temeiul art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și al art. 143 alin. (3) lit. a) din normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016, cât și ca inacceptabilă, în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2015.

Entitatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea contestațiilor, atașat punctului său de vedere nr. 42877/DG/SJ/28.12.2020, înregistrat la Consiliu cu nr. 57913/29.12.2020, prin care solicită următoarele:

- *pe cale de excepție, în temeiul art. 139 din noul Cod de procedură civilă, conexarea dosarului nr. 2864/C4/2020 cu dosarul nr. 2883/C4/2020, ambele dosare având aceleași părți, același obiect și aceeași cauză;*

- *respingerea contestației ca nefondată, menținerea în totalitate a raportului procedurii nr. 40911/09.12.2020, menținerea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40912/09.12.2020, prin care oferta Asocierii ...SRL a fost declarată câștigătoare, menținerea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40914/09.12.2020, prin care oferta asocierii ...SRL - ...AD nu a fost declarată câștigătoare, precum și menținerea tuturor documentelor/înscrierilor comisiei de evaluare ce au stat la baza emiterii acestor acte.*

- *respingerea solicitării contestatoarei privind plata cheltuielilor de judecată.*

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la neconformitatea și inacceptabilitatea ofertei Asocierii ...SRL, deoarece ofertantul nu ar putea realiza în mod legal o componentă din cadrul obiectului contractului respectiv execuția unor subtraversări de cale ferată și a unor lucrări în zona de siguranță a căilor ferate (lucrări de paralelism cu calea ferată), motivat de faptul că niciunul dintre cei trei asociați nu deține Autorizație AFER, entitatea contractantă consideră că aceste susțineri sunt nefondate, din moment ce în fișa de date și în anunțul de participare nu sunt prevăzute astfel de cerințe de calificare, iar în caietul de sarcini nu sunt prevăzute nici specificații tehnice referitoare la aceste autorizații.

În speță, potrivit cerințelor din fișa de date, Secțiunea III: Informații juridice, economice, financiare și tehnice, III.1) Condiții de participare, III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale:

"Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Toți operatorii economici (ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții - dacă subcontractanții sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei) participanți la procedura de atribuire trebuie să dovedească o formă de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional conforme legii țării de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii, precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, sau, după caz, activitățile pentru partea proprie de contract.

Modalitatea de îndeplinire:

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către toți operatorii economici (ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții - dacă subcontractanții sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei) participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, și includ:

- Certificatul constatator emis de ONRC sau, în cazul persoanelor juridice străine, documente echivalente emise în țara de rezidență.

- Alte documente edificatoare, după caz.

Documentele vor conține date reale, actuale și valabile la momentul prezentării. În cazul în care documentele solicitate nu sunt emise în limba română se va prezenta și traducerea autorizată în limba română."

Totodată, în conformitate cu Caietul de sarcini, A3 Caiete de sarcini, Secțiunea 1 Lucrări generale, Secțiunea 1 Cadrul general, Cerințe specifice proiectului, pag. 12 Cerințe generale de proiectare:

"3.1.Date principale 3.1.1. Cerințe generale

Antreprenorul va întocmi toate detaliile de execuție necesare executării lucrărilor. Antreprenorul va obține toate autorizațiile și acordurile necesare execuției lucrărilor (Ex: autorizarea organizării de șantier; autorizații de spargere; autorizații și avize pentru lucrările de subtraversare a căii ferate; alte autorizații de subtraversare/supratraversare; aviz/autorizare ANRE, după caz, fără a se limita la acestea)."

În plus, în A3 Caiete de sarcini, Secțiunea 2. Lucrări civile, Secțiunea 1 Cadrul general, Partea 1 Cerințe specifice proiectului, pag.72 se stabilește:

"18.2.6. Foraj orizontal pentru subtraversari

Pentru lucrările de montaj al conductelor de alimentare cu apă în tehnologia fără săpătură deschisă, se va aplica tehnologia forajului dirijat. Aceasta secțiune prezintă condițiile tehnice obligatorii care trebuie respectate pe parcursul execuției lucrărilor de construcții montaj pentru rețele de alimentare cu apă din conducte de polietilenă de înaltă densitate.

Tehnologia forajului orizontal dirijat se va aplica la:

lucrările de subtraversare a cursurilor de apă

lucrările de subtraversare a drumurilor și căilor ferate

lucrări în zone cu trafic intens unde nu se pot face săpături deschise."

Față de prevederile caietului de sarcini este evident că autorizația AFER este necesară în etapa de execuție propriu-zisă.

Entitatea contractantă arată că, într-o cauză referitoare la documentele de calificare, în calea de atac a revizuirii, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, prin Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 a invalidat raționamentul Consiliului și a instanței de recurs care au considerat că rezultă implicit obligativitatea obținerii unor avize. Astfel, Curtea de Apel București a arătat:

"Potrivit art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE «autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională». Textul de drept UE anterior menționat este preluat literal din art. 2 din Directiva 2004/18 pe care o abrogă.

Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, «în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractuale îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit.» (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40 și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)»

Mai mult, în Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență «interzice autorității contractante

să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte » (punctul 54)

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui agrement AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Instanța care a soluționat plângerea formulată de petenta A... a arătat că cerința poate fi dedusă din aceea că s-a prevăzut obligativitatea deținerii agrementelor pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, iar calitatea de lucrare critică a activității de sudură rezultă din lista produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc, publicată pe website-ul www.afer.ro.

A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză."

Aceasta precizează că argumentele Curții de Apel București au fost reținute de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în decizia nr. 2251/C4/2266, 2270 din 07.12.2020, într-o cauză similară pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect *CLI - Conductă de aducțiune*

Față de prevederile fișei de date și prevederile caietului de sarcini, nu era necesară prezentarea autorizației AFER în etapa atribuirii, ci aceasta trebuie avută în vedere în etapa execuției propriu-zise. Este evident că cerințele din caietul de sarcini vizează antreprenorul, respectiv semnatarul contractului de execuție a lucrărilor după câștigarea licitației, prevederile neadresându-se ofertanților.

Prin urmare, contrar susținerilor contestatoarei, entitatea contractantă apreciază că oferta depusă de Asocieria ... S.A-... S.R.L. este conformă, satisfăcând în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar ofertantul îndeplinește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire.

Prin cererea intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 10/04.01.2021, SC ... SA, lider al asocierii SC ...SRL, în calitate de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii, solicită:

- admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta a fost formulată;

- respingerea ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de obiect a contestației SC ...SRL;

- menținerea tuturor actelor emise de entitatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale cât privește oferta asocierii ... S.R.L.;

- menținerea ca temeinic și legal a rezultatului procedurii, prin care oferta depusă de asocieria ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare.

Preliminar, intervenienta susține interesul promovării cererii sale arătând că, fiind declarată câștigătoare a procedurii, este îndreptățită să încheie contractul cu entitatea contractantă, astfel că are atât interesul în a-și proteja dreptul câștigat prin procedura de licitație, cât și dreptul de a formula apărări în contradictoriu cu contestatoarea, în ceea ce

privește conținutul și realitatea elementelor ofertei sale, dar și în ceea ce privește legalitatea procedurii de evaluare și de atribuire a contractului.

Pe fondul contestației, aceasta apreciază că sunt neîntemeiate, criticile formulate prin raportare la prevederile documentației de atribuire fiind totodată lipsite de obiect.

Cu titlu prealabil, aceasta evidențiază lipsa de obiect a contestației, care deși înțelege să invoce neconformitatea și inacceptabilitatea ofertei, ...SRL invocă doar prevederi legale și cerințe ale documentației de atribuire cu titlu general, fără a individualiza modul în care oferta asocierii nu ar respecta aceste prevederi.

Potrivit art. 10 din Legea nr. 101/2016, contestația trebuie să fie în mod obligatoriu motivată în fapt și în drept, orice completare făcută după expirarea termenului prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016 fiind considerată tardivă, potrivit practicii constante a Consiliului și a Curților de Apel.

Mai mult, orice completare a contestației ...S.R.L. pe calea concluziilor scrise, după studierea dosarului, este tardivă, fiind contrară voinței legiuitorului.

Referitor la argumentele contestatoarei conform căroră *„ofertantul nu a demonstrat și nu are capacitatea de a executa contractul deoarece nu deține autorizație A.F.E.R. necesară execuției subtraversărilor de cale ferată și lucrărilor din zona de siguranță a caii ferate (lucrările de paralelism cu calea ferată)”*, intervenienta susține că, prin documentația de atribuire nu a fost solicitată prezentarea unei anumite atestări, inclusiv AFER, la momentul participării la procedură.

Având în vedere că lucrările ce ar necesita un astfel de atestat reprezintă atât fizic, dar și valoric o componentă insignifiantă în raport cu totalitatea lucrărilor, intervenienta opinează că entitatea contractantă a procedat la formularea cerințelor de calificare, în acest sens, în mod corect ;i cu respectarea principiilor legale aplicabile procedurii.

Potrivit cerinței menționată în fișa de date a achiziției de la secțiunea Situația personală a ofertantului, aceasta vizează *„capacitatea de exercitare a activității profesionale”*, asigurând entitatea contractantă asupra faptului că ofertanții/subcontractanții (dacă aceștia sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei)/terții susținători:

- dețin o formă de înregistrare a societății comerciale în conformitate cu statul de rezidență, în cazul României, modalitatea de îndeplinire fiind reprezentată de prezentarea certificatului constatator emis de ONRC;

- dețin capacitatea profesională de a realiza activitățile ce fac obiectului contractului, în conformitate cu certificatul constatator emis de ONRC în cazul societăților comerciale din România.

Fiecare dintre membrii asocierii ofertante au prezentat certificat constatator emis de ONRC, cuprinzând codurile CAEN necesare performării contractului, certificând astfel că dețin capacitatea de exercitare a activității profesionale.

În conformitate cu art. 58 din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă putea solicita în cadrul acestei secțiuni anumite autorizații, în mod specific. Entitatea contractantă a solicitat în mod specific doar certificatul de înregistrare/constatator, fără a face referire la alte atestate sau autorizații în mod explicit, așa cum menționează norma legală. Aceasta nu a solicitat nici măcar autorizația, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, pentru codurile CAEN înscrise în certificatul constatator, deși fiecare dintre membrii asocierii au autorizat codurile CAEN relevante pentru contract ce includ și lucrări de tipul celor ce necesită Autorizație AFER.

Totodată, în cadrul caietelor de sarcini, este prevăzut în mod explicit că antreprenorul are obligația ulterioară, și nu la momentul depunerii ofertei, de a obține toate avizele și autorizațiile necesare lucrărilor specifice.

Intervenienta arată că, în deplină conformitate cu documentația de atribuire, în cadrul propunerii sale tehnice a menționat în repetate rânduri următoarele:

Propunere tehnică-Elemente Generale, punctul 5.3.3 (pg. 17)

„În cazul contractului analizat, Antreprenorul va subcontracta lucrări către firme ce dețin atestate și specializarea necesară lucrărilor specifice cum ar fi, dar fără limitare la: subtraversări cale ferată, instalații energetice, etc.”

Propunere tehnică-Metodologie (pg. 3)

„Antreprenorul va avea în vedere faptul că, pentru căi ferate și pentru drumuri naționale, autoritățile vor putea impune ca proiectele subtraversărilor să fie făcute de către companii autorizate”

Propunere tehnică-Metodologie (Serviciile Antreprenorului)(pg. 4):

„Respectarea tuturor regulamentelor relevante ale autorităților de drumuri și căi ferate”

Propunere tehnică-Metodologie (1.26.1 Autorizații)(pg. 23):

„Antreprenorul va fi în întregime răspunzător pentru obținerea tuturor autorizațiilor necesare, licențelor și aprobărilor necesare pentru execuția lucrărilor, înainte de începerea acestora cu excepția autorizației de construire care va fi obținută de către Beneficiar.

Toate autorizațiile necesare includ autorizațiile de execuție pentru subtraversările și paralelismul cu drumurile naționale, căile ferate, drumurile județene, pentru traversările de cursuri de apă, precum și orice autorizație necesară pentru execuția lucrărilor”

Propunere tehnică-Metodologie (1.27.1 Detalii de Execuție)(pg. 25)

„Antreprenorul va avea în vedere faptul că, pentru căi ferate și pentru drumuri naționale, autoritățile vor putea impune ca proiectele subtraversărilor să fie făcute de către companii autorizate”

Propunere tehnică-Metodologie (PTE)(pg. 578):

„7.19 Traversări de drum și căi ferate. 1. Această lucrare va fi efectuată conform cu metodele aprobate de către autoritățile feroviare și drum în documentația suport depusă pentru obținerea avizului/acordului

acestora. 2. Toate aceste lucrări de traversare drum și căi ferate vor fi în sarcina antreprenorului și se vor realiza pe cheltuiala acestuia”

În conformitate cu documentația de atribuire, având în vedere că asocierea câștigătoare nu cunoștea la momentul respectiv subcontractanții de specialitate ce dețin atestate/autorizații pentru lucrările specifice, a asumat prin propunerea tehnică, dar și prin participarea la procedură, toate obligațiile referitoare la executarea lucrărilor cu societăți specializate și atestate corespunzător sau executarea acestor lucrări doar ulterior obținerii de către ofertant a tuturor atestatelor și autorizațiilor necesare, inclusiv AFER.

Intervenienta subliniază că, potrivit documentației de atribuire, nu a avut obligația de a prezenta, la data ofertei, autorizație AFER, aceasta cerință fiind inexistentă, în oricare dintre interpretările extinse ale contestatoarei.

Cerința este detaliată prin caietele de sarcini, ce fac parte integrantă din documentația de atribuire și au rol explicativ, detalierile vizând obținerea autorizațiilor specifice, inclusiv AFER, doar pe parcursul derulării lucrărilor, și anume ulterior ofertării și încheierii contractului.

În opinia intervenientei, ...SRL nu reușește să indice în mod punctual care sunt acele dispoziții din documentația de atribuire care nu au fost respectate și, pe cale de consecință, nu reușește să formuleze un argument structurat din punct de vedere logico-juridic, astfel încât să se poată concluziona în mod ferm cu privire la așa-zisa neconformitate a ofertei.

Astfel, deși în petitul contestației se atacă rezultatul procedurii de achiziție publică, aceasta vizează modalitatea de întocmire a documentației de atribuire, contestatoarea efectuând o interpretare eronată a prevederilor documentației de atribuire și chiar încercând să adauge prevederilor documentației de atribuire. Având în vedere că în cerințele caietului de sarcini și ale fișei de date nu s-a cerut în mod expres prezentarea autorizațiilor invocate de contestatoare este evident că așa-zisa neconformitate sesizată de ...SRL este doar o speculație.

Intervenienta invocă jurisprudența constantă a CNSC, în sensul statuării faptului că ofertele nu pot fi respinse ca neconforme pentru cerințe care nu sunt prevăzute în documentația de atribuire. O interpretare contrară ar semnifica descalificarea abuzivă de către autoritățile contractante pe baza unor criterii netransparente și cu încălcarea principiului egalității de tratament, ori de câte ori acestea consideră că ar trebui să existe și alte autorizații.

Totodată, aceasta învederează că execuția unei lucrări complexe presupune o multitudine de activități accesorii, pe care operatorul economic trebuie să le întreprindă pentru a executa lucrarea, însă ar fi excesiv ca, în procesul de atribuire, autoritatea contractantă să solicite demonstrarea respectării tuturor normelor legale incidente, până în cel mai mic detaliu, ea fiind ținută numai la a se asigura că viitorul contractant are capacitatea tehnică și profesională să execute obiectul

contractului prin stabilirea unor cerințe de calificare în măsura să atingă acest deziderat.

Urmare punctului de vedere transmis de entitatea contractantă și a cererii de intervenție, petenta a transmis concluzii scrise prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 2270/14.01.2021, prin care susține următoarele:

În ceea ce privește afirmațiile intervenientei privind lipsa de obiect a contestației, petenta consideră că sunt neîntemeiate, deoarece contestația are un obiect clar determinat, iar motivarea acesteia este punctuală, vizând un aspect concret al ofertei contestate.

Referitor la motivul invocat în contestație, petenta subliniază că nu se referă la o cerință de calificare, ci la nerespectarea documentelor achiziției, carență care, potrivit art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și al art. 143 alin. (3) lit. a) din normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016 este sancționată cu declararea ofertei ca neconformă.

Concret, a arătat că pct. III.1.1.b) din fișa de data a achiziției impune ca operatorii economici să dovedească că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Or, este necontestat că lucrările contractului presupun și realizarea unor subtraversări de cale ferată, precum și a unor lucrări în zona de siguranță a căii ferate, care pot fi executate, în mod legal, doar de societăți agrementate A.F.E.R.

Această situație este confirmată atât de avizele primite de la C.F.R., cât și de răspunsul consolidat nr. 2 din data de 28.08.2020, directorul „*Răspuns consolidat nr. 2 și anexe*”, subdirectorul „*Anexa 1 Autorizații*”, sub-subdirectorul „*43-B-17-03.03.2017 Autorizație MT*”, fișierul 10116-21.04.2017 CFR 17.pdf, unde, la pag. 28 din 31, în paragraful nr. 2, se menționează că „*subtraversarea se va executa prin foraj orizontal (...) de către o firmă autorizată A.F.E.R.*”

Cu toate acestea, ofertantul declarat câștigător nu a dovedit și nu are capacitatea de a executa contractul, deoarece nu deține autorizație AFER, încălcând, astfel, pct. III.1.1.b) din fișa de data a achiziției.

Prin urmare, problema care se pune în speță este lipsa dovezii capacității ofertantului de a realiza, în mod legal, întregul obiect al contractului, în contextul în care art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea cu nr. 99/2016, care definește expres operatorul economic ca fiind orice persoană fizică sau juridică (...) care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții.

În opinia petentei, a admite punctul de vedere al entității contractante și al intervenientei ar însemna acceptarea situației absurde ca orice societate, indiferent de obiectul de activitate, calificările și atestatele deținute, să poată participa la orice licitație. Pe de altă parte, nu pot fi primite nici apărările acestora, în sensul că autorizația A.F.E.R. ar putea fi obținută ulterior atribuirii contractului, deoarece prevederea din fișa de date a fost stipulată tocmai în vederea verificării conformității ofertelor în raport cu aceasta, fiind evident că nu se pot lua în

considerare viitoare împrejurări ipotetice (dacă ofertantul va obține sau nu autorizația necesară). De altfel, a admite acest lucru, respectiv a reinterpreta cerințele documentației de atribuire (care au fost înțelese și respectate de ceilalți ofertanți) ar însemna să se încalce principiile nediscriminării și tratamentului și să se creeze o discriminare în raport cu alți posibili ofertanți care poate nu au depus oferte tocmai din cauza faptului că au înțeles că trebuie să prezinte dovada deținerii autorizației A.F.E.R., pe care nu o aveau.

Mai mult, obținerea autorizației A.F.E.R. nu este o simplă formalitate, ci aceasta presupune respectarea anumitor cerințe și urmarea unei proceduri complexe ce necesită timp, astfel că nu există niciun fel de garanție că ofertantul declarat câștigător va putea obține autorizația necesară în timp util, astfel că, cel mai probabil, va executa lucrările, în mod nelegal, fără autorizație.

Or, scopul documentației de atribuire și al legislației incidente este tocmai acela de a se asigura respectarea tuturor cerințelor referitoare la lucrările ce urmează a fi realizate, astfel încât să fie eliminate riscurile execuției necorespunzătoare. Lipsa autorizării înseamnă tocmai că operatorul economic în cauză nu deține experiența și nu îndeplinește cerințele necesare pentru execuția respectivelor lucrărilor, existând riscul ca acestea să nu fie executate, sau să fie executate defectuos.

În sfârșit, petenta arată că este lipsită de importanță și afirmația intervenientei în sensul că ponderea valorică a lucrărilor ce necesită autorizație A.F.E.R. ar fi mică, deoarece respectivele lucrări nu sunt autonome, în sensul de a nu afecta ansamblul lucrărilor, ci este vorba despre o parte a rețelei de apă și canalizare fără de care aceasta nu are continuitate, deci, nu poate funcționa. Pe de altă parte, lipsa autorizației A.F.E.R. este o chestiune de siguranță publică, deoarece realizarea necorespunzătoare a lucrărilor în discuție creează un risc pentru circulația feroviară din zonă, putându-se produce reale catastrofe.

În urma studierii dosarului achiziției, intervenienta a depus concluzii scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 2875/19.01.2021, prin care reiterează cele precizate prin cererea de intervenție, suplimentar precizând următoarele:

În considerarea prevederilor fișei de date, susținerea contestatorului nu are fundament, întrucât nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire nu este prevăzută cerința depunerii certificatului AFER înainte de momentul atribuirii contractului de achiziție publică.

Interpretarea contestatorului *„chiar dacă din documentație nu rezultă explicit necesitatea deținerii autorizației AFER, în anunțul de participare și fișa de date autoritatea contractantă a solicitat depunerea oricăror alte documente edificatoare prin care să fie făcută dovada capacității profesionale de realizare a activităților, iar nu doar depunerea certificatului constatator, cum în mod eronat se arată prin cererea de intervenție”* - este exhaustivă și adaugă la documentația de atribuire,

întrucât documentele justificative în discuție, inclusiv autorizația AFER se încadrează în categoria înscrisurilor ce vor fi prezentate după atribuirea contractului către ofertantul declarat câștigător.

În conformitate cu art. 58 din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă putea solicita, în cadrul acestei secțiuni, anumite autorizații în mod specific. Entitatea contractantă a solicitat, în mod specific, doar certificatul de înregistrare/constatator, fără a face referire la alte atestate sau autorizații în mod explicit. Aceasta nu a solicitat nici măcar autorizația conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 pentru codurile CAEN înscrise în Certificatul constatator, deși fiecare dintre membrii asocierii are autorizate codurile CAEN relevante pentru contract, ce includ și lucrări de tipul celor ce necesită Autorizație AFER.

Așadar, în cadrul caietelor de sarcini, este prevăzut în mod explicit că Antreprenorul are obligația ulterioară și nu la momentul depunerii ofertei, de a obține toate avizele și autorizațiile necesare lucrărilor specific.

În opinia intervenientei, ...SRL nu reușește să specifice în mod corect care sunt dispozițiile normative încălcate, aceasta invocând în mod aleatoriu fragmente din cuprinsul documentației de atribuire și din legislație, fără a motiva în concret care sunt dispozițiile pe care ... SA nu le-a respectat. Având în vedere că în cerințele caietului de sarcini și ale fișei de date nu s-a cerut în mod expres prezentarea autorizațiilor invocate de contestatoare este evident că așa-zisa neconformitate sesizată de ...SRL este doar o speculație.

Mai mult, argumentele invocate de contestatoare nu se regăsesc printre motivele de respingere a unei oferte prevăzute de Legea nr. 99/2016 sau de HG nr. 394/2016. Legiuitorul a avut în vedere aceasta sancțiune doar în cazul nerespectării de către ofertant a cerințelor clare din documentația de atribuire, astfel încât evaluarea ofertelor să fie imparțială, realizată în baza aceluiași criterii.

II. Prin cea de a doua contestație înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56811/22.12.2020, SC ...SRL reclamă decizia entității contractante de a admite și declara câștigătoare oferta asocierii ...SRL, precum și de admite oferta asocierii ...SRL.

Contestatoarea învederează că, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40913/09.12.2020, oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, deoarece a obținut un total de 93,72 puncte, inferior celui obținut de oferta desemnată câștigătoare.

Potrivit informațiilor din raportul procedurii de atribuire, în urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, punctajul obținut de fiecare ofertă admisibilă și clasamentul rezultat a fost următorul:

- Asocierea ... - locul I;
- Asocierea ... - locul II;
- Asocierea ... - locul III.

Astfel, aceasta consideră că decizia entității contractante, privind ofertele clasate pe locurile 1-2, este netemeinică și nelegală, pentru următoarele motive:

A. CRITICI ADUSE OFERTEI ASOCIERII ...

1. În opinia petentei, oferta asocierii ...este inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Potrivit documentației de atribuire, obiectivul de investiții în cauză presupune inclusiv execuția unor subtraversări de cale ferată și a unor lucrări în zona de siguranță a căilor ferate (lucrări de paralelism cu calea ferată), pentru care au fost eliberate autorizații de către Compania Națională de Căi Ferate „CFR” SA, iar realizarea legală a acestora nu se poate face decât de către un operator autorizat AFER, situația evidențiată inclusiv de către Compania Națională de Căi Ferate „CFR” SA.

Cu toate acestea, Asocierea ...nu deține autorizație AFER pentru executarea unor astfel de lucrări, situație în care, în mod eronat, entitatea contractantă a reținut că ofertantul desemnat câștigător are capacitatea de exercitare a activității profesionale, în condițiile în care niciunul dintre membri asocierii nu poate executa, legal, lucrările aferente contractului de achiziție sectorială.

Prin urmare, în contextul în care Asocierea ...cunoștea, încă de la momentul depunerii ofertei, că nu dispune de autorizația AFER necesară executării lucrărilor obiectivului de investiții, avea obligația fie de a coopta alți operatori economici care dețin această autorizație, fie de a subcontracta partea din contractul de achiziției către operatori economici care dețin autorizația în discuție.

În susținere, petenta invocă jurisprudența CNSC și a instanțelor de judecată (decizia CNSC nr. 2865/C10/3036 din 07.11.2018, decizia CNSC nr. 2762/C9/3053 din 24.10.2018, decizia Curții de Apel Cluj nr. 3935/12.10.2017, decizia Curții de Apel Iași nr. 607/05.03.2018).

Contestatoarea arată că, potrivit legislației în materia achizițiilor publice, indiferent ca este vorba de activitatea principală sau secundară a unui contract, acesta poate fi executat de un ofertant sau asociații ofertanți, dacă este cazul, sau prin intermediul unui subcontractant declarat în ofertă.

Raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. ii) din Legea nr. 99/2016, pentru a participa la o procedura de atribuire un operator economic trebuie să aibă dreptul legal de a livra, presta sau executa produsele, serviciile sau lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție ce urmează a fi atribuit, modalitățile de a demonstra acest drept fiind în nume propriu, prin asociere sau prin subcontractare.

În lipsa dovedirii deținerii acestui drept, un ofertant nu poate fi considerat admisibil în cadrul procedurii de atribuire, indiferent dacă entitatea contractantă a precizat sau nu în documentația de atribuire modalitățile sau documentele ce trebuie prezentate în acest sens.

Or, cum Asocierea ...nu a făcut dovada că deține capacitatea legală de a executa lucrările care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, în mod eronat comisia de evaluare a declarat oferta admisibilă, în condițiile în care avea obligația de a face aplicabilitatea art. 143 alin. (2) lit. b) din anexa la HG nr. 394/2016 și să respingă oferta ca inacceptabilă.

2. Inacceptabilitatea ofertei Asocierii ...determinată de modificarea propunerii financiare:

Comisia de evaluare a constatat, în cadrul propunerilor financiare, erori aritmetice, abateri tehnice minore, vicii de formă care au fost corectate/îndreptate de către ofertanți. În urma corectărilor efectuate de Asocierea ..., valoarea ofertei s-a modificat de la 64.793.259,80 lei, fără TVA la valoarea de 64.744.298,41 lei TVA.

Petenta apreciază că entitatea contractantă, în mod eronat, a acceptat modificarea propunerii financiare, contrar prevederilor art. 140 alin. (5) din anexa la HG nr. 394/2016.

În prezenta cauza este vorba de neconformități care se referă la propunerea financiară a ofertantului desemnat câștigător, sens în care singura posibilitate de modificare a acesteia putea fi acceptată doar dacă era în discuție existența unor erori aritmetice. Or, comisia de evaluare a reținut inclusiv existența unor abateri tehnice și a unor vicii de formă, situație în care, în mod netemeinic și nelegal, entitatea contractantă a acceptat modificarea propunerii financiare.

În susținere, autoarea contestației invocă jurisprudența în materie: decizia Curții de Apel Pitești nr. 1421/R-CONT din 8 septembrie 2015, decizia Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal nr. 2142 din 10 octombrie 2011.

Astfel, petenta arată că, în mod eronat, comisia de evaluare a reținut incidența prevederilor art. 140 alin. (6) din anexa la HG nr. 394/2016, privitoare la abaterile tehnice minore/vicii de formă, în condițiile în care această instituție de drept privește, în mod exclusiv, neconformități ale propunerii tehnice, iar nu cele ale propunerii financiare.

Drept urmare, neexistând o discrepanță între prețul unitar și prețul total sau o discrepanță între litere și cifre, în mod eronat comisia de evaluare a considerat că oferta Asocierii ...se află în ipotezele descrise de prevederile art. 140 alin. (6) și alin. (9) din anexa la HG nr. 394/2016, în cauză fiind incidentă situația statuată de art. 140 alin. (5) din același act normativ, permisiunea operării modificărilor echivalând cu favorizarea ofertantului desemnat câștigător.

Or, dat fiind că Asocierea ...nu a respectat cerințele obligatorii referitoare la modalitatea de întocmire a propunerii financiare, în mod nelegal și cu nerespectarea principiului tratamentului egal, entitatea contractantă a decis admiterea ofertei în discuție, determinând apariția unui avantaj evident ofertantului prin acceptarea de modificare a propunerii financiare.

3. Inacceptabilitatea ofertei Asocierii ...determinată de răspunsul neconcludent la solicitarea de clarificări:

În opinia petentei, potrivit înscrisurilor de la dosarul achiziției, comisia de evaluare a acceptat nepermis completarea ofertei de către Asocieria ..., ofertantului desemnat câștigător fiindu-i transmise nu mai puțin de 7 solicitări de clarificări referitoare la propunerea financiară și la documentele depuse în susținerea informațiilor din DUAE - ANEXA nr. 4, situație care este contrară prevederilor legale.

Astfel, situația solicitărilor adresate de comisia de evaluare ofertantului desemnat câștigător este următoarea:

- prin adresa nr. 39001/23.11.2020 entitatea contractantă a solicitat Asocierii ...prezentarea documentelor justificative care să probeze îndeplinirea celor declarate în DUAE, printre acestea fiind și certificatele constatatoare care atestă lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.), și/sau documente echivalente emise în țara de rezidență, pentru persoanele juridice străine, la momentul prezentării, iar deși ofertantul nu a răspuns concludent, prin adresa nr. 40415/07.12.2020 a revenit nelegal și a resolicitat acestuia prezentarea certificatului constatator care atestă lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor locale pentru sediul ... SRL din;

- referitor la propunerea financiară, comisia de evaluare a transmis Asocierii ...următoarele adrese: nr. 36537/04.11.2020; nr. 37270/10.11.2020, nr. 37944/13.11.2020, nr. 38172/16.11.2020 și nr. 38465/18.11.2020, multe dintre acestea cu conținut identic, fiind evident că ofertantul nu a răspuns concludent la solicitarea entității contractante.

Or, prin modalitatea în care comisia de evaluare a înțeles să solicite, din nou, ofertantului desemnat câștigător, atât documente privitoare la conformitatea propunerii financiare, cât și documente de calificare, aceasta a stabilit mai mult decât clarificări și completări formale, determinând, cu încălcarea principiului tratamentului egal, apariția unui avantaj evident în favoarea Asocierii

Drept urmare, cu respectarea tratamentului egal, entitatea contractantă avea obligația de a dispune respingerea ca înacceptabilă a ofertei Asocierii ..., în considerarea răspunsului neconcludent la multiplele solicitări de clarificări transmise de comisia de evaluare.

Aceasta deoarece, în practică s-a arătat în mod constant că legislația achizițiilor publice nu permite crearea unui avantaj participanților la procedura de atribuire prin solicitări de clarificări repetate, jurisprudența invocată aplicându-se, similar, inclusiv procedurilor derulate în conformitate cu prevederile Legii nr. 99/2016.

În acest sens, contestatoarea citează o serie de decizii pronunțate de instanța de judecată: Decizia nr. ... de Curtea de Apel Bacău, ... a Curții de Apel

4. Oferta Asocierii ...este neconformă:

În opinia contestatoarei, în mod eronat, comisia de evaluare a declarat admisibilă oferta Asocierii ..., în condițiile în care nu a făcut dovada respectării cerințelor minime ale documentației de atribuire, astfel:

- în raport de cerințele din Formularul 14 - Program de execuție, Graficul general de realizare a investiției publice - asocierea nu a luat în calcul perioada anterioară începerii lucrărilor efective de execuție - perioada de mobilizare, respectiv timpul în care vor fi realizate lucrări premergătoare execuției efective a lucrărilor;

Acestea includ următoarele activități:

- întocmirea și predarea spre aprobare către supervisor în termen de 30 zile de la data de începere a programului propriu de sănătate și securitate în muncă, așa cum este prevăzut și în acordul contractual, art. 22.6 (pag. 25);

- întocmirea și predarea spre verificare și aprobare către supervisor în termen de 30 zile de la data de începere a programului de execuție detaliat, inclusiv a metodologiei de lucru și a resurselor, așa cum este prevăzut și în acordul contractual - art. 17.1 (pag. 21);

În acordul contractual, art. 17.4 (pag. 22), supervisorul are prevăzute 15 zile pentru a verifica și a accepta sau respinge programul de execuție.

- întocmirea și transmiterea spre verificare și aprobare către supervisor cu 30 zile înainte de începerea lucrărilor a proiectelor privind lucrările provizorii (Organizarea de șantier), iar supervisorul, în termen de 15 zile, va accepta sau respinge aceste propuneri, așa cum este prevăzut și în acordul contractual, art. 19.1 *„Modul de execuție și proiectarea lucrărilor provizorii (pag. 23'24)“*;

Între activitățile indispensabil a fi executate înainte de începerea execuției lucrărilor - ce trebuie să fie cuprinse în Organizarea de șantier - se număra: asigurarea securității șantierului, realizarea și montarea panourilor de informare, conform Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, echiparea cu truse de prim ajutor, nominalizare persoana îndrituită pentru acordarea primului ajutor, realizarea rampelor de spălare, amenajarea drumurilor de acces, montare pichet P5I, împrejmuirea șantierului, realizarea platformelor de depozitare material, etc.

Așadar, aceste lucrări sunt premergătoare executării lucrărilor și necesare în vederea asigurării tehnologiei de execuție a investiției, prin urmare, sunt lucrări care trebuie realizate cât mai repede posibil și obligatoriu înainte de executarea celor de execuție.

Tot în Preambul la Listele de Cantități, cap. 3 - LUCRĂRI GENERALE - 3.1 ORGANIZARE DE ȘANTIER - Construirea și desființarea organizării de șantier a antreprenorului este precizat: *„Organizarea de șantier se execută pe baza documentației tehnice de organizare a execuției (DTOE), elaborată de antreprenor și aprobată de către supervisor și beneficiar, și în conformitate cu autorizația de construire respectivă.*

Articolele pentru construirea unei/unor locații temporare includ, dar nu se limitează la: (a) Proiectarea și obținerea autorizațiilor necesare pentru organizarea de șantier; [...]"

Cu alte cuvinte, este în sarcina antreprenorului să obțină - înainte de începerea oricăror lucrări - Autorizația de Construcție pentru lucrările temporare de Organizare de șantier DTOE.

La planificarea execuției lucrărilor, ofertantul desemnat câștigător nu a avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece (15 decembrie - 15 martie), situația care a determinat programarea de lucrări ce nu se pot realiza în perioada respectivă decât în cazul în care se vor aplica măsuri speciale, măsuri care nu au fost prezentate în documentația tehnică, acestea implicând următoarele: (protejarea preventivă a pământurilor, executarea săpăturilor pe timp friguros, executarea umpluturilor pe timp friguros, transportul pământului pe timpul friguros, condiții pentru asigurarea calității betonului pus în operă pe timp friguros, urmărirea realizării calității betonului turnat pe timp friguros, realizarea cofrajelor și lucrărilor de armare pe timpul friguros, decofrarea elementelor de construcții din beton turnat pe timp friguros).

La întocmirea Graficului de execuție, Asocierea ...nu a ținut cont de fluxul tehnologic de execuție al activităților, dat fiind că: Interdependențele dintre activități sunt realizate haotic, fără vreo legătură cu resursele din cadrul activităților și nici cu echipa de lucru; Echipele de lucru se regăsesc concomitent pe mai multe fronturi de lucru;

Asocierea ...nu a prezentat în cadrul Graficului și nici în documentația tehnică următoarele echipe: Echipa de desfacere sistem rutier; Echipa de spălare și dezinfecție; Echipa de coordonare a siguranței traficului; Echipa internă de verificare a calității execuției lucrărilor; Echipa Monitorizare; Echipa montaj utilaje și echipamente tehnologice și activități conexe; Echipa lucrări de Construcții; Echipa foraje subtraversări; Echipa instalații electrice.

Subactivitățile din cadrul graficului au fost prezentate superficial (fiecare obiect/activitate fiind detaliată simplist, după cum urmează: terasamente, lucrări de construcții, lucrări de instalații), însă pentru a putea dovedi capacitatea de organizare a viitorului șantier, asocierea trebuia să reprezinte cel puțin următoarele elemente, pentru fiecare activitate în parte: Trasarea lucrărilor; Excavarea tranșeei, verificarea cotelor săpăturii și verificarea naturii terenului la cota de fundare; Montarea conductelor și țevelor de protecție în patul de nisip și verificare montaj conductă; Montare benzi de avertizare cu fir de detecție; Umplutura parțială a conductelor cu excepția îmbinărilor; Executarea construcției căminelor; Subtraversare drum prin foraj dirijat; Execuție cămine de subtraversare; Branșamente: Instalații hidraulice în cămine; Lucrări pentru testare, verificare, probe, spălări; Umpluturi tranșee peste conducta cu material corespunzător, cu verificarea gradului de compactare; Refacere sistem rutier; Recepție lucrări.

În cadrul Graficului nu este evidențiat în dreptul fiecărei activități operatorul economic responsabil pentru realizarea acesteia, așa cum este solicitat în Formularul 14, drept urmare nu se regăsesc evidențiate echipele și formația exactă de lucru pentru asociat. - Drumul critic prezentat se abate de la principiile de bază și elementare ce îl definesc și anume: activitățile ce formează drumul critic nu sunt interdependente; activitățile componente al drumului critic nu sunt o înșiruire de evenimente între data de începere a proiectului, (conform cerințelor din Formularul 14 data Ianuarie 2021) și data de sfârșit al proiectului, simbolizată de recepția la terminarea lucrărilor. Prin definiție, Drumul Critic reprezintă cea mai lungă succesiune de activități care trebuie începute și terminate conform programului, fiind cea mai lungă succesiune de activități cu rezerva de timp zero, în cadrul graficului și nici în raportul descriptiv solicitat de entitatea contestantă nefiind simbolizate rezervele de timp pentru fiecare activitate componentă, astfel încât să fie justificat drumul critic.

În cadrul Formularului 12 - Resurse Umane, Formular 13 - Resurse Materiale, Asocierea ...a prezentat echipe de lucru dimensionate pentru fiecare activitate în parte, acestea nefiind corelate cu fronturile de lucru (porțiuni dintr-o construcție la care lucrează concomitent mai multe formații de lucru, echipate cu materialele și utilajele necesare, sau conform cerințelor din Formularul 16: străzi stații pompare, gospodării de apă). Formațiile de lucru/echipele nu au indicat exact în care front de lucru operează, care este durata de lucru pe frontul respectiv.

În concluzie, petenta arată că toate aceste aspecte fac dovada deplină a faptului că evaluarea Asocierii ...a fost una superficială; realizată cu nerespectarea conținutului obligatoriu al documentației de atribuire și al legislației în materia achizițiilor sectoriale, aspect pentru care solicită admiterea contestației, iar, pe cale de consecință, obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin respingerea ofertei desemnate câștigătoare.

B) CRITICI ADUSE OFERTEI ASOCIERII ...

1. Contestatoarea apreciază că oferta Asocierii ...este inacceptabilă, fiind determinată de lipsa experienței similare.

Pentru a face dovada îndeplinirii cerinței privitoare la experiența similară, Asocierea ...s-a prevalat de un număr de 5 contracte, toate încheiate cu diferite autorități contractante în care ...a avut calitatea de asociat, astfel:

- *Contractul de lucrări nr. 5777/10.10.2017, având ca obiect „Realizare rețea de alimentare cu apă și bransamente la consumatori în comuna Movila Banului, județul Buzău” - Ofertant ...SRL -...SA;*

- *Contractul de lucrări nr. 976/22.08.2018, având ca obiect „Extinderea rețelei publice de apă și apă uzată în localitățile Lunca și Nemțișor din comuna SRL;*

- *Contractul de lucrări nr. 3432/21.06.2017, având ca obiect „Prima înființare sistem canalizare ape uzate și stație de epurare și prima*

înființare rețea de alimentare cu apă, împrejurimi și spații tehnice în localitatea Rusetu" - Ofertant ...SRL - ... SA;

- Contractul de lucrări nr. 654/27.02.2018, având ca obiect „Extindere rețea de canalizare ape uzate menajere în comuna Piatra, județul Teleorman" - Ofertant ...SRL - ... SRL;

- Contractul de lucrări nr. L20190903/12.09.2019, având ca obiect „Extindere rețea apă și rețea canalizare, zona Ghimbav DJ 103C, jud. Brașov" - Ofertant ...SRL-... SA.

Deși toate contractele invocate în vederea îndeplinirii experienței similare au fost semnate de către diferite autorități cu ..., lider al diferitelor asocieri, în care ponderea a fost împărțită în funcție de activitățile stabilite prin acordul de asociere, în mod eronat comisia de evaluare a luat în considerare întreaga valoare a contractelor ca fiind realizată de În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 14 alin. (3) Nota 2, pct. NOTA nr. 2 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Așadar, cum potrivit acordurilor de asociere depuse de ..., membri acestora au fost responsabili pentru ansamblul contractelor invocate drept experiență similară, comisia de evaluare trebuia să aibă în vedere în mod exclusiv valoarea aferentă procentului de participare al ...în respectivele asocieri, iar nu întregul contract.

De asemenea, petenta consideră că, în mod eronat entitatea contractantă a considerat ca fiind concludent răspunsul ...nr. 562/25.09.2020, potrivit căruia în toate cele 5 contracte a avut loc o relocare a cotelor de participare în asociere (preluarea de către ...a atribuțiilor celuilalt asociat), pentru simplul considerent că un astfel de mecanism (participare în comun la o procedura de atribuire cu scopul de a face dovada îndeplinirii cerințelor minime ale autorității, urmată de încheierea, printr-un act secret, a unui act adițional la acordul de asociere prin care cota celuilalt participant este preluată de liderul asocierii) nu este permis de legislația în materia achizițiilor sectoriale, iar, mai mult, ofertantul nu a depus niciun document prin care să facă dovada că beneficiarul lucrărilor executate a fost încunostiințat/și-a dat acordul cu privire la presupusa preluare a atribuțiilor celuilalt asociat.

Drept urmare, în mod eronat comisia de evaluare a luat în considerare întreaga valoare a contractelor menționate în DUAE, pe baza unor acte adiționale secrete, încheiate fără cunoștința beneficiarilor finali ai lucrărilor, cel mai probabil pro causa, pentru a putea face dovada îndeplinirii cerinței referitoare la experiențe similare, cu atât mai mult cu cât actele adiționale la acordurile de asociere au conținut identic, iar, mai mult actul adițional la acordul de asociere care vizează realizarea obiectului *„Extinderea rețelei publice de apă și apă uzată în localitățile ... din comuna ..."* este încheiat ANTERIOR semnării contractului de lucrări.

În concluzie, în raport de înscrisurile depuse de Asocieria ...în susținerea îndeplinirii cerinței privitoare la experiența similară, se solicită constatarea caracterului inacceptabil al ofertei, prin prezentarea de

documente care conțin informații nerezale oferta încadrându-se în situația de excludere prevăzută la art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

2. Inacceptabilitatea ofertei Asocierii ...determinată de modificarea propunerii financiare:

Comisia de evaluare a constatat, în cadrul propunerilor financiare, erori aritmetice, abateri tehnice minore, vicii de formă care au fost corectate/îndreptate de către ofertanți. În urma corectărilor efectuate de ASOCIEREA ..., oferta s-a modificat de la valoarea inițială de 69.791.182,88 lei fără TVA la valoarea de 69.846.557,73 lei TVA.

Analizând neconformitățile din cadrul propunerii financiare, comisia de evaluare, în mod eronat, a acceptat modificarea propunerii financiare contrar prevederilor art. 140 alin. (5) din anexa la HG nr. 394/2016.

Astfel, în prezenta cauză este vorba de neconformități care se referă la propunerea financiară depusă de Asocieria ..., sens în care singura posibilitate de modificare a acesteia putea fi acceptată doar dacă era în discuție existența unor erori aritmetice. Or, în cazul ofertei Asocierii ..., comisia de evaluare a reținut inclusiv existența unor abateri tehnice și a unor vicii de formă, situație în care, în mod netemeinic și nelegal, entitatea contractantă a acceptat modificarea propunerii financiare.

În mod eronat, comisia de evaluare a reținut incidența prevederilor art. 140 alin. (6) din anexa la HG nr. 394/2016, privitoare la abaterile tehnice minore/vicii de formă, în condițiile în care această instituție de drept privește, în mod exclusiv, neconformități ale propunerii tehnice, iar nu cele ale propunerii financiare.

Drept urmare, neexistând o discrepanță între prețul unitar și prețul total sau o discrepanță între litere și cifre, în mod eronat comisia de evaluare a considerat că oferta Asocierii ...se află în ipotezele descrise de prevederile art. 140 alin. (6) și alin. (9) din anexa la HG nr. 394/2016, în cauza fiind incidentă situația statuată de art. 140 alin. (5) din același act normativ, permisiunea operării modificărilor echivalând cu favorizarea ofertantului.

Dat fiind că Asocieria ...nu a respectat cerințele obligatorii referitoare la modalitatea de întocmire a propunerii financiare, în mod nelegal și cu nerespectarea principiului tratamentului egal, entitatea a decis admiterea ofertei în discuție, determinând apariția unui avantaj evident ofertantului prin acceptarea de modificare a propunerii financiare.

În susținere, autoarea contestației invocă jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată.

3. Oferta Asocierii ...este neconformă:

La planificarea execuției lucrărilor, Asocieria ...nu a avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece (15 decembrie -15 martie), situația care a determinat programarea de lucrări ce nu se pot realiza în perioada respectivă decât în cazul în care se vor aplica măsuri speciale, măsuri care nu au fost prezentate în documentația tehnică, acestea implicând

următoarele: (protejarea preventivă a pământurilor, executarea săpăturilor pe timp friguros, executarea umpluturilor pe timp friguros, transportul pământului pe timpul friguros, condiții pentru asigurarea calității betonului pus în operă pe timp friguros, urmărirea realizării calității betonului turnat pe timp friguros; realizarea cofrajelor și lucrărilor de armare pe timpul friguros; decofrarea elementelor de construcții din beton turnat pe timp friguros).

La întocmirea Graficului de execuție, Asocierea ...nu a ținut cont de fluxul tehnologic de execuție al activităților, dat fiind că interdependențele dintre activități sunt realizate haotic, fără vreo legătură cu resursele din cadrul activităților și nici cu echipa de lucru; echipele de lucru se regăsesc concomitent pe mai multe fronturi de lucru.

Asocierea „...” nu a prezentat în cadrul Graficului și nici în documentația tehnică următoarele echipe: echipa de desfacere sistem rutier; echipa de spălare și dezinfecție; echipa de coordonare a siguranței traficului; echipa internă de verificare a calității execuției lucrărilor; echipa monitorizare; echipa montaj utilaje și echipamente tehnologice și activități conexe; echipa lucrări de construcții; echipa foraje subtraversări; echipa instalații electrice.

Subactivitățile din cadrul graficului au fost prezentate superficial (fiecare obiect/activitate fiind detaliată simplist, după cum urmează: terasamente, lucrări de construcții, lucrări de instalații), însă pentru a putea dovedi capacitatea de organizare a viitorului șantier, asocierea trebuia să reprezinte cel puțin următoarele elemente, pentru fiecare activitate în parte: Trasarea lucrărilor; Excavarea transeei, verificarea cotelor săpăturii și verificarea naturii terenului la cota de fundare; Montarea conductelor și țevelor de protecție în patul de nisip și verificare montaj conductă; Montare benzi de avertizare cu fir de detecție; Umplutura parțială a conductelor cu excepția îmbinărilor; Executarea construcției căminelor; Subtraversare drum prin foraj dirijat; Execuție cămine de subtraversare; Branșamente: Instalații hidraulice în cămine; Lucrări pentru testare, verificare, probe, spălări; Umpluturi tranșee peste conducta cu material corespunzător, cu verificarea gradului de compactare; Refacere sistem rutier; Recepție lucrări.

În cadrul Graficului nu este evidențiat în dreptul fiecărei activități operatorul economic responsabil pentru realizarea acesteia, așa cum este solicitat în Formularul 14, drept urmare nu se regăsesc evidențiate echipele și formația exactă de lucru pentru asociat.

Drumul critic prezentat se abate de la principiile de bază și elementare ce îl definesc și anume:

- Activitățile ce formează drumul critic nu sunt interdependente;
- Activitățile componente al drumului critic nu sunt o înșiruire de evenimente între data de începere a proiectului, (conform cerințelor din Formularul 14 data Ianuarie 2021) și data de sfârșit al proiectului, simbolizată de recepția la terminarea lucrărilor.

Prin definiție, Drumul Critic reprezintă cea mai lungă succesiune de activități care trebuie începute și terminate conform programului, fiind cea mai lungă succesiune de activități cu rezerva de timp zero, în cadrul graficului și nici în raportul descriptiv solicitat de entitatea contestantă nefiind simbolizate rezervele de timp pentru fiecare activitate componentă, astfel încât să fie justificat drumul critic.

În cadrul Formularului 12 - Resurse Umane, Formular 13 - Resurse Materiale, Asocieria ...a prezentat Echipe de lucru dimensionate pentru fiecare activitate în parte, acestea nefiind corelate cu Fronturile de lucru (porțiuni dintr-o construcție la care lucrează concomitent mai multe formații de lucru, echipate cu materialele și utilajele necesare, sau conform cerințelor din Formularul 16: străzi, stații pompare, gospodării de apă). Formațiile de lucru/ Echipele nu au indicat exact în care front de lucru operează, care este durata de lucru pe frontul respectiv.

În concluzie, petenta apreciază că toate aceste aspecte fac dovada faptului că evaluarea ofertei Asocierii ...a fost una superficială, realizată cu nerespectarea conținutului obligatoriu al documentației de atribuire și al legislației în materia achizițiilor sectoriale, aspect pentru care solicită admiterea contestației, iar, pe cale de consecință, obligarea entității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin respingerea ofertei Asocierii

Prin adresa nr. 42876/DG/SJ/28.12.2020, înregistrată la Consiliu cu nr. 57821/28.12.2020, entitatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația SC ...SRL, prin care solicită:

- pe cale de excepție, în temeiul art. 139 din noul Cod de procedură civilă, conexarea dosarului nr. 2864/C4/2020 cu dosarul nr. 2883/C4/2020, ambele dosare având aceleași părți, același obiect și aceeași cauză;

- respingerea contestației ca nefondată, menținerea în totalitate a raportului procedurii nr. 40911/09.12.2020, menținerea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40912/09.12.2020, prin care oferta Asocierii ...SRL a fost declarată câștigătoare, menținerea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40914/09.12.2020, prin care oferta asocierii ...SRL - ...AD nu a fost declarată câștigătoare, precum și menținerea tuturor documentelor/înscrierilor comisiei de evaluare ce au stat la baza emiterii acestor acte.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la inacceptabilitatea ofertei Asocierii ...SRL, deoarece ofertantul nu ar putea realiza în mod legal o componentă din cadrul obiectului contractului respectiv execuția unor subtraversări de cale ferată și a unor lucrări în zona de siguranță a căilor ferate (lucrări de paralelism cu calea ferată), motivat de faptul că niciunul dintre cei trei asociați nu deține Autorizație AFER, entitatea contractantă consideră că aceste susțineri sunt nefondate, din moment ce în fișa de date și în anunțul de participare nu sunt prevăzute astfel de cerințe de calificare, iar în caietul de sarcini nu sunt prevăzute nici specificații tehnice referitoare la aceste autorizații.

În susținere, aceasta prezintă aceleași argumente referitoare la contestația depusă de SC ...SRL.

În privința susținerii contestatoarei referitoare la inacceptabilitatea ofertei asocierii ...SRL determinată de modificarea propunerii financiare, învederează următoarele:

Comisia de evaluare a analizat toate propunerile financiare și a solicitat clarificări și completările formale sau de confirmare pentru evaluarea fiecărei propuneri financiare. Astfel, pentru propunerea financiară a Asocierii ..., au fost necesare un număr de 5 solicitări de clarificări, pentru propunerea Asocierii ...un număr de 5 solicitări de clarificări, iar pentru asocierea ...un număr de 3 solicitări de clarificări. Conținutul pe scurt al acestor solicitări de clarificări este prezentat în procesul-verbal nr. 3, solicitările de clarificări cuprinzând aproximativ aceleași aspecte pentru toți cei trei ofertanți.

Cu privire la analiza propunerii financiare prezentată de asocierea ...și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a concluzionat (analiza detaliată fiind menționată în Anexa nr. 1.1 la procesul verbal) următoarele:

i) Propunerea financiară este corelată cu propunerea tehnică prezentată;

ii) S-au remediat erorile aritmetice, corectarea acestora fiind făcută în condițiile admise de lege;

S-a constatat că în cadrul propunerii financiare ofertantul a utilizat mai mult de 2 zecimale la calculul ofertei. Aceasta se încadrează la erori aritmetice, conform prevederilor art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016. În urma corectărilor efectuate de ofertant, prin refacerea calculelor utilizând doar două zecimale, valoarea totală a ofertei se modifică de la valoarea inițială de 64.793.259,80 lei fără TVA la valoarea de 64.795.294,94 lei fără TVA. Diferența dintre cele două valori este de 2.035,14 lei, reprezentând o creștere de 0,003% față de valoarea inițială;

- S-a identificat o eroare la cantitatea pentru articolul G1-08- instalații împotriva trăsnetelor din Lista CJ05_CL12_108 Stație de epurare în localitatea Sic, astfel s-au menționat 3 bucăți, în timp ce în Listele de cantități din cadrul propunerii financiare, cât și în caietul de sarcini este menționată doar o bucată.

Aceasta se încadrează la vicii de formă, conform prevederilor art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, cât și la erori aritmetice, conform prevederilor art. 140 alin. (9) din același act normativ.

Cantitatea pentru articolul G1-08 - instalații împotriva trăsnetelor, respectiv 1 bucată, este publică fiind menționată în documentația de atribuire respectiv în Lista CJ05_CL12_108 Stație de epurare în localitatea Sic, ca atare solicitarea de clarificări cu privire la aceste aspect nu poate constitui un avantaj evident pentru acest ofertant, cantitatea pentru instalația împotriva trăsnetelor de o bucată fiind așadar cunoscută de toți ofertanții.

Cerința minimă solicitată de entitatea contractantă, cu privire la instalația împotriva trăsnetelor, a fost îndeplinită prin propunerea financiară inițială a ofertantului cu 3 bucăți.

În urma corectării efectuate de ofertant, prin refacerea calculelor utilizând 1 bucată, valoarea totală a ofertei scade cu 50.996,53 lei fără TVA. Valoarea corectată devine 64.744.298,41 lei fără TVA. Diferența dintre valoarea inițială a ofertei de 64.793.259,80 lei fără TVA și valoarea corectată de 64.744.298,41 lei fără TVA este de +2.035,14 lei-50.996,531ei = - 48.961,39 lei, reprezentând o scădere de 0,076%.

i) Valoarea ofertei se încadrează în valoarea estimată a contractului, 70.503.266 lei fără TVA;

ii) Se poate asigura îndeplinirea contractului în valoarea ofertei, la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Astfel, corecțiile de mai sus nu sunt de natură să schimbe un preț unitar sau un articol. Prima corecție rezultă din refacerea calculelor utilizând doar 2 zecimale. Cea de a doua corecție rezultă din corectarea cantității unui articol conform listelor de cantități și implicit a valorii acelui articol raportată la cantitatea corectată, prețul articolului rămânând neschimbat.

Drept urmare, entitatea contractantă consideră că în speță sunt incidente prevederile art. 140 alin. (9) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În consecință, contrar susținerilor contestatoarei, modificările/corecțiile propunerii financiare se încadrează în categoria erorilor aritmetice.

În privința susținerii contestatoarei referitoare la inacceptabilitatea ofertei asocierii ... SA-... SRL determinată de răspunsul neconcludent la solicitarea de clarificări, entitatea contractantă face următoarele precizări:

În urma analizei documentelor justificative transmise de asocieria ... pentru probarea îndeplinirii celor declarate în DUAЕ, comisia de evaluare a constatat lipsa unui certificat constator pentru un punct de lucru. În consecință, prin adresa nr. 40415/7.12.2020 a solicitat ofertantului, în temeiul prevederilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, să prezinte un Certificat constator care atestă lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor locale pentru sediul DE R.L. din

Prin urmare, nu se poate considera că, în mod nelegal, entitatea contractantă, prin cele 5 solicitări de clarificări adresate Asocierii ... S.A-... S.R.L, cele 5 solicitări de clarificări adresate Asocierii ...S.R.L.-...AD sau prin cele 3 solicitări de clarificări adresate ... SRL, a „revenit” cu vreo solicitare de clarificări care să aducă vreun avantaj ofertanților, așa cum în mod eronat susține contestatoarea.

În aceste condiții nu se poate susține că nu a fost respectat principiul egalității de tratament, tuturor ofertanților solicitându-li-se clarificări în ceea ce privește propunerea lor financiară. Prin urmare,

contrar susținerilor contestatoarei, solicitările de clarificări adresate Asocierii ... SA-... SRL, nu au determinat apariția unui avantaj în favoarea acestui ofertant.

Cu privire la susținerile contestatoarei prin care apreciază ca neconformă oferta asocierii ... S.A-... S.R.L, entitatea contractantă consideră că acestea sunt nefondate, pentru următoarele motive:

Referitor la susținerile contestatoarei potrivit cărora în Formularul nr. 14 Program de execuție, Graficul general de realizarea a investiției publice - asocierea nu a luat în calcul perioada anterioară începerii lucrărilor efective de execuție - perioada de mobilizare, respectiv timpul în care vor fi realizate lucrările premergătoare execuției efective a lucrărilor:

Activitățile premergătoare începerii executării lucrării la care face referire contestatoarea sunt: întocmirea și transmiterea spre aprobarea a Programului propriu de Securitate și Sănătate în Muncă, Programul de execuție detaliat, inclusiv a metodologiei de lucru și a resurselor privind Acordul Contractual, precum și realizarea Organizării de șantier potrivit reglementărilor legale pentru această etapă.

În programul de execuție, asocierea a descris perioada anterioară începerii lucrărilor de execuție, în care a cuprins asigurarea unui Plan de Sănătate și Siguranță în Muncă, (Propunerea Tehnică, Secțiunea 2, pag.28 din 54 pagini), Plan de Asigurare a Calității(pag.3-4 din 54 pagini din Propunerea Tehnică Secțiunea 2).

Modul de întocmire și predare a Programul de execuție este specificat în Propunerea Tehnică Secțiunea 2, pag.29 din 54 pagini.

În Propunerea Tehnică Secțiunea 2 pag. 6-7 din 54 pagini se descrie realizarea organizării de șantier.

În Graficul de Execuție Gantt, retransmis prin răspunsul nr. 3747/19.10.2020 la solicitarea de Clarificare nr. 32119 din 05.10.2020, este cuprinsă o perioadă de o lună, alocată construirii organizării de șantier, timp în care asocierea ... S.A-... S.R.L nu a suprapus alte lucrări de execuție efectivă.

Cu privire la susținerea contestatoarei despre faptul că la planificarea execuției lucrărilor, ofertantul nu a avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece (15 decembrie - 15 martie), și nu a prevăzut în documentație măsuri speciale pentru execuția lucrărilor în aceste condiții, entitatea precizează următoarele:

Contrar susținerilor contestatoarei, planificarea execuției lucrărilor în perioada de sezon rece, asocierea ... S.A-... S.R.L a prevăzut măsuri speciale de protecție care se regăsesc în Propunerea Tehnică, la pct. 7 la pag. 278 (pdf) - unde este menționată modalitatea de preparare a betonului pe timp friguros, la pag. 285 (pdf) și 287 (pdf) se regăsește modalitate de turnare a betonului în cofraje în perioada de timp nefavorabil (timpul furtunilor, ploilor torențiale sau ninsorii).

Referitor la criticile contestatoarei privind Graficul de Execuție Gantt, entitatea contractantă arată următoarele:

În Graficul de Execuție Gantt, retransmis prin Răspunsul nr. 3747/19.10.2020 la solicitarea de Clarificare nr. 32119 din 05.10.2020, Asocieria ...SRL a prevăzut în dreptul fiecărei activități operatorul economic desemnat pentru realizarea lucrărilor, echipele și utilajele necesare, precum și timpul alocat fiecărei activități.

În privința celorlalte critici menționate de contestatoare, entitatea contractantă apreciază că acestea sunt doar speculații și că activitățile din cadrul Graficului de Execuție Gantt au o succesiune logică și sunt prezentate detaliat în Propunerea tehnică pag. 193-832 (pdf) din 2918 pagini.

În privința denumirii echipelor participante în fluxul de lucrări ale proiectului, entitatea contractantă apreciază că această operațiune este la latitudinea oricărui ofertant și nu este relevantă în cazul în care din Graficul de Execuție Gantt rezultă care sunt tipurile de lucrări efectuate, resursele materiale și umane alocate pentru fiecare echipă, precum și operatorul economic care realizează activitatea. Aceste aspecte au fost avute în vedere de comisia de evaluare a ofertelor în privința evaluării Graficului de Execuție Gantt al asocierii și nu faptul că ofertantul nu a denumit echipele după tipul de lucrări pe care le efectuează.

În ceea ce privește drumul critic, aceasta precizează că este prezentat în Propunerea tehnică, pag. 1039-1042 din 2918 pag., fiind format din activități interdependente.

În privința susținerilor contestatoarei potrivit cărora în cadrul Formularului 12 Resurse umane și Formularul 13 - Resurse materiale, asocieria ...a prezentat echipe de lucru dimensionate pentru fiecare activitate în parte, acestea nefiind corelate cu fronturile de lucru, entitatea contractantă învederează următoarele:

În Răspunsul nr. 3747/19.10.2020 la solicitarea de clarificare nr. 32119/05.10.2020, asocieria ...a retransmis Formularul 12-Resurse umane completat cu denumirea exactă a operatorului economic care pune la dispoziție echipa de lucru, și Formularul 13-Resurse materiale completat cu denumirea operatorului care pune la dispoziție utilajele/echipamentele. Echipele de lucru și utilajele aferente se găsesc defalcate pe categorii de lucrări în Graficul de Execuție Gantt.

Astfel, aceasta apreciază că Asocieria ...a făcut dovada respectării cerințelor minime ale documentației de atribuire și, prin urmare, oferta acestuia a fost apreciată ca fiind conformă.

II. În privința legalității deciziei de declarare ca admisibilă a ofertei Asocierii ...SRL - ...AD, entitatea contractantă învederează următoarele:

Referitor la inacceptibilitatea ofertei Asocierii ...determinată de lipsa experienței similare:

Comisia de evaluare a analizat informațiile declarate de Asocieria ...SRL - AD, în cadrul documentelor DUAE prezentate pentru liderul de asociere, asociat și cei doi subcontractanți, conform celor precizate în Procesul verbal nr. 1 și anexei 2.3 la acesta.

În ceea ce privește experiența similară, din analiza documentelor s-a constatat o neconcordanță cu privire la faptul că, în cadrul tuturor celor 5 contracte prezentate ca și experiență similară de ..., au fost menționate acorduri de asociere, dar ponderea executată de ofertant este de 100%.

S-a solicitat ofertantului să transmită DUAЕ aferent ...S.R.L. în care să fie menționate numele, rolul și valoarea lucrărilor executate pentru fiecare membru al asocierilor. Ofertantul a retransmis DUAЕ revizuit precum și documente suport (acorduri de asociere și acte adiționale la acestea) pentru fiecare din cele 5 contracte de lucrări menționate ca experiență similară.

Din DUAЕ retransmis și documentele atașate, rezultă că ...SRL a executat în proporție de 100% contractele în cauză. Prin cele cinci contracte menționate rezultă o experiență similară în valoare cumulată de 31.981.736,21 lei, fără TVA.

În ceea ce privește afirmația contestatarului, cum că actul adițional la acordul de asociere aferent contractului „*Extinderea rețelei publice de apă și apă uzată în localitățile Lunca și Nemțișor din comuna Vânători-Neamț, județul Neamț*” este încheiat anterior semnării contractului de lucrări, se menționează că acordul de asociere s-a semnat în data de 23.06.2017, actul adițional s-a semnat după aproximativ un an respectiv în data de 15.06.2018, iar contractul în data de 22.08.2018. În actul adițional s-a prevăzut, la articolul 3, că actul adițional este afectat de condiția suspensivă a câștigării licitației, deci evident că a fost semnat înaintea contractului de lucrări și acest lucru nu este ascuns.

În ceea ce privește afirmația că actele adiționale la acordurile de asociere au un conținut identic, entitatea arată că ele au un conținut similar și nu identic, lucru normal având în vedere că probabil sunt inițiate de același lider al asocierii. Chiar dacă s-ar calcula experiența similară conform procentelor din acordurile de asociere inițiale (90%-10%, 90%-10%, 75%-25%, 90%-10% și 90%-10%), fără a ține cont de actele adiționale de preluare a responsabilităților de către ..., ar rezulta o valoare a experienței similare de 27.318.309 lei pentru ..., care adunată cu experiența asociatului ...DA în valoare de 67.097.688,03 lei ar duce la o valoare totală de 94.415.997 lei mai mare decât cerința minimă impusă, respectiv 70.000.000 lei.

Referitor la inacceptabilitatea ofertei asocierii ...SRL - ... determinată de modificarea propunerii financiare, entitatea contractantă arată următoarele:

Cu privire la analiza propunerii financiare prezentată de asocierea ...și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a concluzionat (analiza detaliată este menționată în Anexa nr. 1.2 la procesul verbal) următoarele:

i) Propunerea financiară este corelată cu propunerea tehnică prezentată;

ii) S-au remediat erorile aritmetice, corectarea acestora fiind făcută în condițiile admise de lege; S-au constatat în cadrul propunerii financiare erori de calcul, respectiv omiterea unui subtotal și calculul greșit a valorii totale pe un articol. Acestea se încadrează la erori aritmetice, conform prevederilor art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016. În urma corectărilor efectuate de ofertant, prin refacerea calculelor, valoarea totală a ofertei se modifică de la valoarea inițială de 69.791.182,88 lei fără TVA la valoarea de 69.846.557,73 lei fără TVA. Diferența dintre cele două valori este de 55.374,85 lei, reprezentând o creștere de 0,08% față de valoarea inițială;

iii) Valoarea ofertei se încadrează în valoarea estimată a contractului, 70.503.266 lei fără TVA;

iv) Se poate asigura îndeplinirea contractului în valoarea ofertei, la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Valoarea ofertei financiare a Asocierii ...s-a modificat în urma corectării următoarelor erori:

a) În cadrul listei CJ03_CL12_101 Extindere rețea de distribuție Cuzdrioara, valoarea totală a articolului C2-01 Depozitarea materialului rezultat în taluz și în alte locuri generale de depozitare localitatea Cuzdrioara a fost egală cu prețul unitar al articolului, nu s-a efectuat înmulțirea prețului cu cantitatea (eroare aritmetică);

b) În cadrul listei CJ04_CL12_103 Stație de pompare localitatea Cuzdrioara SPAU 2, articolul „G2-1.1.1 SPAU 2 Cuzdrioara: Stație de pompare compactă, complet echipată” nu a fost inclus în subtotalul IV Montaj utilaj și echipamente tehnologice, (eroare aritmetică, deoarece nu a fost inclus în suma totală, dar exista ca și articol, cantitate, preț și valoare);

c) În cadrul listelor CJ05_CL12_102 Stații de pompare apă uzată SPAU1, CJ05_CL12_103 Stații de pompare apă uzată SPAU2 și CJ05_CL12_104 Stații de pompare apă uzată SPAU3, pentru articolul articolul „C4-03 Balast” s-au calculat valorile de material, manoperă, utilaj și transport, însă nu s-a făcut totalul acestora (eroare aritmetică).

Astfel, niciuna dintre corecțiile de mai sus nu este de natură să schimbe un preț unitar, sau un articol, toate sunt erori de înmulțire, respectiv de adunare.

În consecință, contrar susținerilor contestatoarei, modificările/corecțiile propunerii financiare se încadrează în categoria erorilor aritmetice.

Cu privire la susținerile contestatoarei prin care apreciază ca neconformă oferta asocierii ..., entitatea contractantă învederează următoarele:

- Organizarea de șantier este descrisă în propunerea tehnică vol. 1 Metodologia de execuție pag. 14-16,282 din 298 pag.(pdf).

- În perioada de timp aferentă verificării de către supervisor a documentațiilor, asocierea ...nu a suprapus alte lucrări de execuție efectivă.

- Asocierea ...nu a prevăzut lucrări în perioada rece, după cum reiese din Graficul de Execuție Gantt, conform căruia lucrările efective de execuție încep după data de 15 martie.

- Activitățile din cadrul Graficului Gantt au o succesiune logică și sunt prezentate detaliat în Propunerea Tehnică vol. I Metodologia de execuție pag. 2-46, 61-62 din 298 pag.(pdf).

- Echipele de lucru, așa cum sunt prezentate în Formularul 12 din Propunerea Tehnică vol. 2 - Resurse umane, pag. 299-303 sunt formate din 15-20 de lucrători care pot acționa pe mai multe fronturi concomitent. Denumirea echipelor de lucru este la latitudinea ofertantului - Asocierea

- Referitor la drumul critic - este prezentat în propunerea tehnică vol. 4 pag. 48- 102 din 110 pag., fiind format din activități interdependente.

- Prin Răspunsul nr. 586/08.10.2020 la solicitarea de clarificări nr. 32117/5.10.2020, Asocierea ...retransmite Graficul de Execuție Gantt completat cu denumirea operatorului economic și denumirea echipelor desemnate pentru execuția lucrărilor. Componenta echipelor denumite în grafic este detaliată în Formularul 12 din Propunerea tehnică vol.2- Resurse umane, pag. 299-303.

- Formularul 13 din propunerea tehnică vol.3 - Resurse materiale pag. 443-447 este corelat cu Formularul 12.

Față de cele expuse, entitatea contractantă apreciază că asocierea ...a făcut dovada respectării cerințelor minime ale documentației de atribuire și, prin urmare, oferta acestuia a fost apreciată ca fiind conformă.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 58209/30.12.2020, SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedură, solicită admiterea, în parte, a contestației formulate de SC ...SRL, în ceea ce privește solicitarea de reevaluare a ofertei depuse de asocierea ...SRL și respingerea solicitării de reevaluare a ofertei Asocierii

I. În ceea ce privește solicitarea de reevaluare a ofertei asocierii ...SRL:

Petenta apreciază că este întemeiat argumentul contestatoarei privind lipsa autorizației A.F.E.R. (aspect pe care intervenienta l-a invocat și în cadrul contestației ce face obiectul Dosarului nr. 2864/C4/2020). În acest sens, în lipsa autorizației A.F.E.R., ofertantul nu are capacitatea de a executa subtraversările de cale ferată și lucrările din zona de siguranță a căii ferate (lucrările de paralelism cu calea ferată), încălcându-se, astfel, prevederile pct. III.1.1.b) din fișa de data a achiziției, care impun ca operatorii economici să dovedească că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. De altfel, după cum a subliniat și contestatoarea, practica în materie susține întocmai acest punct de vedere.

II. În ceea ce privește solicitarea de reevaluare a ofertei SC ...:

Intervenienta arată că argumentele invocate de contestatoare sunt neîntemeiate, fiind, în cea mai mare parte, pure speculații.

Referitor la argumentul privind lipsa experienței similare, aceasta susține că este netemeinic, acest aspect făcând obiectul verificării exprese de către autoritatea contractantă.

Astfel, prin adresa nr. 562/25.09.2020, a răspuns solicitării autorității contractante cu nr. 30790/23.09.2020, arătând (și dovedind) că, în cadrul lucrărilor invocate drept experiență similară, au fost încheiate acte adiționale de relocare a cotelor de participare în asociere, SC ...SRL obținând o cotă de participare de 100% din lucrările executate. Prin urmare, a fost pe deplin dovedit că deține experiența integrală a lucrărilor invocate, astfel cum a declarat și în DUAE.

Pe de altă parte, aceasta susține că asocierea îndeplinea cerința de calificare chiar și fără a lua în considerare procentele de lucrări realocate. Astfel, experiența ...obținută în urma realocării cotelor de participare în asocieri (astfel cum a fost declarată și în D.U.A.E.) este de 31.981.736.21 lei, care, împreună cu experiența de 67.097.688,03 lei a asociatului Hydrostroy, totalizează 99.079.424,24 lei. Fără procentele obținute de la asociați, experiența ...ar fi 27.318.309,58 lei, care, împreună cu experiența de 67.097.688,03 lei a asociatului Hydrostroy, ar totaliza 94.415.997,61 lei, deci, cu mult peste pragul impus de 70.000.000 lei.

În ceea ce privește argumentul privind inacceptabilitatea ofertei pentru modificarea propunerii financiare, aceasta arată că și acesta este lipsit de sustenabilitate.

Astfel, contrar susținerilor false pe care le face contestatoarea, așa cum reiese din adresa nr. 679/13.11.2020, modificarea prețului de la 69.791.182,88 lei la 69.846.557,73 lei s-a produs ca urmare a corectării unor erori aritmetice (de calcul). Or, posibilitatea corectării erorilor aritmetice ale propunerii financiare este expres prevăzută de art. 140 alin. (9) din normele metodologice aprobate prin HG 394/2016.

De altfel, prețul total pe care l-a oferit s-a majorat (în defavoarea sa prin prisma componentei financiare a criteriului de atribuire) cu doar 55.374,85 lei, adică circa 0,08%, valoare total nesemnificativă.

Argumentul referitor la neconformitatea propunerii tehnice, raportat la prezumtive nerespectări ale cerințelor documentației de atribuire, este apreciat de intervenientă ca fiind neîntemeiat, astfel:

Contestatoarea susține că, în programul de execuție, nu s-a luat în calcul perioada anterioară începerii lucrărilor - perioada de mobilizare, pentru întocmirea și predarea: Planului de Sănătate și Securitate în Muncă (S.S.M.); a Programului de execuție detaliat, inclusiv cu Metodologia de execuție; a Documentației Tehnice de Organizare a Execuției (D.T.O.E.).

Intervenienta arată că este o informație falsă, deoarece la pagina 646 din propunerea tehnică depusă a prevăzut expres perioada anterioară începerii lucrărilor.

De asemenea, la pagina 676 din propunerea tehnică se prevede depunerea Planului S.S.M.; a Metodologiei de lucru; a Graficului de execuție; a D.T.O.E., în termen de 30 de zile de la data de începere a lucrărilor, precum și verificarea programului de execuție cu o durată de 15 zile.

Contestatoarea susține că, la planificarea execuției lucrărilor, nu s-ar fi avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece.

Intervenienta arată că este o informație falsă, având în vedere că în perioada sezonului rece nu au fost programate lucrări, la pagina 675 din ofertă, menționându-se expres acest aspect. În programarea lucrărilor s-a ținut seama de perioada de timp friguros (15 decembrie - 15 martie). Se atașează drumul critic pentru lucrare realizat cu programul Microsoft Project.

De altfel, din Graficul de execuție depus reiese, în mod clar, că, în perioada 15 decembrie - 15 martie, nu au fost planificate niciun fel de lucrări de construcție, activitatea fiind întreruptă total în această perioadă (perioada de întrerupere a activității fiind prezentată punctat).

Contestatoarea mai afirmă că, la întocmirea Graficului de execuție nu s-ar fi ținut cont de fluxul tehnologic de execuție a lucrărilor, deoarece:

- *interdependențele dintre activități sunt realizate haotic, fără legătură cu resursele și echipele de lucru;*
- *echipele se regăsesc concomitent pe mai multe fronturi de lucru;*
- *Asocierea ...nu a prezentat în grafic și nici în documentația tehnică o serie de echipe (de desfacere sistem rutier; de spălare și dezinfecție; de monitorizare; de construcții; de foraje subtraversări; de instalații electrice etc.);*
- *subactivitățile au fost prezentate superficial;*
- *nu este evidențiat operatorul economic responsabil pentru fiecare activitate;*
- *drumul critic se abate de la principiile de bază și elementele ce îl definesc.*

Intervenienta subliniază că această critică este una generală, speculativă, ce a fost copiată întocmai din motivele de contestare ale ofertantului câștigător (contestatorul chiar făcând referire la asocierea ...).

Pe de altă parte, consideră că majoritatea afirmațiilor contestatoarei nu se referă la încălcarea vreunei cerințe din documentația de atribuire, ci la încălcarea modalității în care contestatorul consideră că ar fi trebuit să fie prezentate anumite informații. Asemenea argumente nu pot fi primite deoarece ofertele se evaluează strict prin raportare la cerințele din documentația de atribuire, nu prin raportare la părerile unor contracandidați.

Concret, în documentația de atribuire nu s-a impus prezentarea tuturor echipelor despre care face vorbire contestatoarea și nicăieri nu s-a prohibit ca o anumită echipă să fie responsabilă de diverse activități.

În documentația de atribuire nu s-a impus ofertanților ca, pentru fiecare activitate în parte, să se prezinte elementele indicate în contestația depusă.

De asemenea, autoritatea contractantă nu a solicitat prezentarea unor rezerve de timp pentru fiecare activitate componentă (de altfel, dacă s-ar fi cerut rezerve de timp, atunci nu ar mai fi existat drum critic).

Raportat la aceste aspecte, autoarea intervenției susține că Graficul de execuție pe care l-a prezentat respectă toate cerințele documentației de atribuire, după cum urmează:

- Interdependențele dintre activități sunt realizate conform resurselor prezentate. Echipele de lucru se regăsesc la paginile 299 - 303. Acestea sunt foarte bine organizate și nu au activitate concomitentă pe mai multe fronturi de lucru, ci se lucrează succesiv.

Așa cum reiese din Graficul de execuție prezentat, s-a ținut cont de realizarea în totalitate a lucrărilor ce trebuie executate.

- În cadrul activităților din Graficul de execuție sunt evidențiate echipele responsabile. De exemplu, lucrările de alimentare cu apă din loc. Caseiu, care cad în sarcina Echipei 1 - APA, ce este compusă din personal al operatorilor economici ...și ..., conform componenței echipelor prezentată la paginile 299 - 303.

ECHIPA 1 APA	Betonist	1	SC ...SRL SC ... SRL
	Drierior	1	
	Dulgher	1	
	Fierar	1	
	Instalator atentare apa	2	
	Izolator	1	
	Muncitor necalificat	4	
	Mecanic exploatare utilaje	4	
	Săpător	4	
	Sudor	1	
	Total nr. muncitori/echipa	2.0	

- Drumul critic, prezentat la pag. 658 - 675, este conform cerințelor din documentația de atribuire. Activitățile ce formează drumul critic sunt interdependente. Acestea reprezintă o înșiruire de activități dintre data de începere a proiectului și data de sfârșit a acestuia.

În cadrul diagramei Drumului critic, prezentată la pag. 690 - 744 din oferta depusă, sunt prezentate toate activitățile conform cerințelor din documentația de atribuire.

Contestatoarea mai susține că, în cadrul formularului nr. 12, echipele de lucru nu sunt corelate cu fronturile de lucru însă intervenția arată că Formularul nr. 12 a fost întocmit conform cerințelor din documentația de atribuire, afirmațiile contestatoarei fiind pure speculații.

Formațiile de lucru, conform cerințelor din documentația de atribuire, au fost corelate cu metodologia pentru organizarea și realizarea lucrărilor, cu programul de execuție și cu propunerea financiară. Această corelare reiese, în mod clar, din Graficul de execuție prezentat.

Prin cererea intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 8/04.01.2021, SC ... SA, lider al asocierii SC ...SRL, în calitate de ofertant declarant câștigător în cadrul procedurii, solicită:

- *admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta a fost formulată;*

- *respingerea ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de obiect a contestației SC ...SRL;*

- *menținerea tuturor actelor emise de entitatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor ca fiind temeinice și legale cât privește oferta asocierii ... S.R.L.;*

- *menținerea rezultatului procedurii, ca temeinic și legal, prin care oferta depusă de asocieria ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare.*

Preliminar, intervenienta susține interesul promovării cererii sale arătând că, fiind declarată câștigătoare a procedurii, este îndreptățită să încheie contractul cu entitatea contractantă, astfel că are atât interesul în a-și proteja dreptul câștigat prin procedura de licitație, cât și dreptul de a formula apărări în contradictoriu cu contestatoarea, în ceea ce privește conținutul și realitatea elementelor ofertei sale, dar și în ceea ce privește legalitatea procedurii de evaluare și de atribuire a contractului.

În continuare, aceasta învederează că petenta nu prezintă un interes născut și actual, având în vedere că oferta depusă de SC ... SRL a fost clasată pe locul trei, iar în măsura în care argumentele aduse de SC ... SRL cu privire la neconformitatea ofertei SC ...SRL vor fi respinse ca neîntemeiate, contestația ce formează obiectul dosarului nr. 2883/2020 este lipsită de interes.

Interesul - condiție de fond pentru exercitarea acțiunii - este definit în doctrină ca fiind folosul practic urmărit de reclamant prin promovarea unei cereri în fața instanței. Pentru a exista, ca o condiție prealabilă pentru a fi parte în proces, interesul părților trebuie să fie legitim și juridic, născut și actual, personal și direct. Condiția interesului este necesară nu numai la momentul formulării cererii de chemare în judecată. Această cerință trebuie dovedită ori de câte ori pe parcursul procesului oricare dintre participanții la judecată apelează la una sau alta din formele procedurale care alcătuiesc conținutul acțiunii.

Interesul contestatoarei este unul pur virtual, întrucât nu există nicio dovadă a faptului că în urma admiterii contestației formulate, oferta ...SRL ar fi declarată câștigătoare.

Așadar, intervenienta apreciază că se impune respingerea contestației depusă de ...SRL ca fiind lipsită de interes, având în vedere că oferta va fi clasată fie pe locul 2, fie pe locul 3, în considerarea criteriului de atribuire, așa încât, demersul contestatoarei nu prezintă finalitate, oricare ar fi decizia Consiliului cu privire la contestația formulată.

Pentru aceste motive, în temeiul prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, apreciază că se impune admiterea excepției lipsei de interes și respingerea contestației formulată de ...SRL, ca fiind lipsită de interes.

Totodată, aceasta evidențiază lipsa de obiect a contestației, care deși înțelege să invoce neconformitatea și inacceptabilitatea ofertei, ...SRL invocă doar prevederi legale și cerințe ale documentației de atribuire cu titlu general, fără a individualiza modul în care oferta asocierii nu ar respecta aceste prevederi.

Potrivit art. 10 din Legea nr. 101/2016, contestația trebuie să fie în mod obligatoriu motivată în fapt și în drept, orice completare făcută după expirarea termenului prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016 fiind considerată tardivă, potrivit practicii constante a Consiliului și a Curților de Apel.

Mai mult, orice completare a contestației SC ...SRL pe calea concluziilor scrise, după studierea dosarului, este tardivă, fiind contrară voinței legiuitorului.

Referitor la critica petentei potrivit căreia *„ofertantul nu deține autorizație A.F.E.R. pentru executarea unor astfel de lucrări, situație în care în mod eronat entitatea contractantă a reținut că ofertantul desemnat câștigător are capacitatea de exercitare a activității profesionale, în condițiile în care niciunul dintre membrii asocierii nu poate executa legal lucrările aferente contractului de achiziție sectorială”*, intervenienta prezintă aceleași susțineri ca și în cazul contestației ce formează obiectul dosarului nr. 2864/2020.

Cu privire la *„inacceptabilitatea ofertei asocierii ...determinată de modificarea propunerii financiare”*, aceasta precizează că modificările aduse propunerii financiare au vizat exclusiv erori aritmetice și remedieri aritmetice corespondente.

Prima solicitare de clarificare aferentă propunerii financiare a vizat transpunerea listelor de cantități în exact formatul Excel pus la dispoziție de entitatea contractantă în cadrul caietului de sarcini / proiect tehnic / A. parte scrisă / A.4 liste de cantități.

De asemenea, a doua solicitare de clarificare aferentă propunerii financiare a vizat anumite elemente ce țin de organizarea capitolelor și sub-totalurilor din cadrul listelor de cantități, precum și cerința ca toate sumele să fie calculate cu o precizie de 2 zecimale.

Având în vedere că exportul listelor de cantități din Programul de Devize nu poate respecta precizia de 2 zecimale, acesta imprimând în documentul PDF valori rotunjite, dar care ascund zecimalele nr. 3, 4, 5 etc, fapt cunoscut de orice utilizator și / sau activant în domeniu, odată cu inserarea în formularul excel a valorilor cu doar 2 zecimale, totalurile s-au modificat marginal.

În urma operațiunilor strict aritmetice, a rezultat o diferență totală de + 2.035,14 lei, reprezentând o creștere cu 0,003% a propunerii financiare.

A treia solicitare de clarificare aferentă propunerii financiare a vizat clarificarea lipsei cotării anumitor elemente, aspecte justificate pe deplin în răspunsul său. De asemenea, clarificarea a solicitat motivul pentru care asocierea a ofertat 3 bucăți în loc de 1 bucată la articolul „G 1-08-

instalații împotriva trăsnetelor" din cadrul Listei „CJOS_CL12_108 Stație de epurare în localitatea Sic".

Aceasta arată că, în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, a corectat eroarea, având în vedere că în lista de cantități din formularul Excel al entității contractante era solicitată 1 bucată. Eroarea a fost remediată prin corectarea cantității eronate de 3 bucăți la cantitatea solicitată de 1 bucată, fără modificarea prețului unitar, rezultând astfel o valoare mai scăzută a totalului articolului respectiv.

Cu privire la cea de-a patra solicitare de clarificare aferentă propunerii financiare, ce a vizat exclusiv erori aritmetice referitoare la anumite sub-totaluri, la coloana ce trebuie să cuprindă valorile aferente C+M (Construcții + Montaj) etc, aceasta arată că toate modificările au reprezentat corecturi aritmetice, interioare listelor de cantități, care nu au condus la o modificare a valorii propunerii financiare.

Totodată, a cincea solicitare de clarificare aferentă propunerii financiare și ultima, a vizat justificări ale prețurilor și solicitarea de retransmitere a Formularului de ofertă conținând noua valoare în urma corectării tuturor erorilor aritmetice.

În concluzie, intervenienta apreciază că toate operațiunile au fost reprezentate de corecturi aritmetice necesare, indiferent de modul în care entitatea contractantă a formulat sau a considerat aceste modificări „vicii de formă, erori aritmetice, abateri tehnice, etc”, motiv pentru care argumentul prezentat de ...SRL în cuprinsul contestației este nefundamentat, entitatea contractantă procedând în mod corect la declararea ofertei ca fiind câștigătoare.

Referitor la susținerea ...SRL cu privire la „inacceptabilitatea ofertei asocierii ...determinată de răspunsul neconcludent la solicitarea de clarificări”, intervenienta subliniază că operațiunile au reprezentat corecturi aritmetice necesare.

Astfel, răspunsul la clarificările solicitate de entitatea contractantă nu a condus la depunerea unei oferte noi sau modificarea/completarea ofertei inițiale a Asocierii ..., ci doar la îndreptarea unei erori materiale de natură aritmetică și clarificarea unor aspecte ce au vizat elemente de formă și prezentarea unor documente justificative suplimentare celor deja depuse, fără modificarea propunerii tehnice sau financiare. Deși nu este vorba de ipoteza modificării elementelor propunerii tehnice sau financiare, însuși legiuitorul a reglementat în art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016 o excepție de la inadmisibilitatea modificării propunerii financiare, reglementând expres obligația autorității contractante de a considera admisibilă oferta modificată, dacă modificările operate reprezintă erori aritmetice.

În considerarea dispozițiilor legale, îndreptarea erorii aritmetice prin răspunsul la clarificările solicitate de entitatea contractantă nu poate conduce la considerarea ca inacceptabilă a ofertei.

Mai mult, intervenienta arată că, în virtutea aplicării principiului asumării răspunderii, principiu ce stă la baza atribuirii contractelor de

achiziție publică, entitatea contractantă a considerat că oferta sa, cu toate elementele acesteia, este conformă, stabilind oferta drept câștigătoare, pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, aceasta decizie a comisiei de evaluare neputând fi înlăturată de CNSC, fiind respectate prevederile legislației în vigoare în materia achizițiilor publice și prevederile documentației de atribuire. De asemenea, principiul proporționalității impune autorităților contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport de scopurile urmărite. Acest principiu impune practic obligația autorităților contractante la o bună administrare a procedurii, la a clarifica temeinic aspectele, la a-și asuma răspunderea asupra deciziilor luate în scopul realizării obiectivelor legale, inclusiv a principiului eficientizării utilizării fondurilor publice.

Critica referitoare la graficul de execuție – *„Asocierea nu a luat în calcul perioada anterioară începerii lucrărilor efective de execuție-perioada de mobilizare, respectiv timpul în care vor fi realizate lucrări premergătoare execuției efective a lucrărilor”*:

Cu privire la timpul de mobilizare din cadrul programului de execuție, intervenienta învederează că nu este instituită prin documentația de atribuire obligația includerii în programul de execuție a unor termene de mobilizare. Pe de altă parte, programul de execuție propus respectă documentația de atribuire și propunerea tehnică incluzând toate elementele de gestiune contractuală, ce nu reprezintă în fapt lucrări, ci termenele referitoare la predarea unor documentații necesare.

Referitor la lucrările privind organizarea de șantier și altele de acest tip învederate de contestatoare, intervenienta menționează că toate acestea au fost incluse și asumate în mod implicit prin programul de execuție înaintat, astfel că argumentul adus de contestatoare este nefundamentat.

Critica potrivit căreia *„la planificarea execuției lucrărilor, ofertantul desemnat câștigător nu a avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece”*:

Intervenienta arată că respectivul contract este unul tip HG 1 care nu permite a priori suspendarea lucrărilor pe perioada sezonului friguros. Luarea în calcul a unei astfel de perioade ar fi reprezentat o neconformitate în raport cu prevederile Sub-Clauzei 35 *„(i) condiții meteorologice adverse excepționale. Condiții meteorologice adverse vor fi considerate excepționale dacă probabilitatea lor de apariție este mai mică decât o dată într-o perioadă de timp definită ca Durata de Execuție la semnarea Contractului multiplicată cu 5, luându-se în considerare*

specificul lucrărilor, localizarea șantierului și perioada din an în care au apărut condițiile respective".

Așadar, la întocmirea Graficului general de realizare a obiectivului a respectat cerințele fișei de date și ale caietului de sarcini, pe fiecare obiect de lucrări, prezentat detaliat pe luni, în ordinea tehnologică de execuție cu repartizarea resurselor umane și a echipamentelor necesare pentru fiecare activitate, luându-se în considerare și perioada de 3 luni de sezon rece, respectând cu strictețe specificațiile din caietul de sarcini și memoriul tehnic.

Graficul de execuție prezentat cuprinde: descrierea modului de realizare a lucrărilor, descrierea fazelor de realizare, ordinea tehnologică de execuție, resursele materiale și umane implicate în derularea contractului, pentru fiecare fază de realizare a lucrărilor, intervalul de timp în care se vor realiza lucrările.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă nu a specificat nicăieri, în documentația de atribuire, modul de prezentare în cadrul Graficului de execuție prin raportare la perioada de 3 luni de sezon rece.

Referitor la critica potrivit căreia „*la întocmirea Graficului de execuție asocierea ...nu a ținut cont de fluxul tehnologic de execuție al activităților*”, intervenienta arată că duratele activităților prezentate în grafic sunt definite de metodologia proprie aplicată și resursele alocate, fiind în corelare cu normele utilizate prin programul de devize.

În graficul general de execuție prezentat, în cadrul descrierii activităților, acolo unde se impune, se pot distinge subactivitățile de pregătire, probe/verificări și este prezentată derularea în timp a execuției lucrărilor cu alocarea resurselor umane, materiale, utilaj și transport. Toate activitățile de pregătire, verificare și probe a lucrărilor executate care pot fi cuantificate se regăsesc în grafic și în oferta financiară. Verificarea lucrărilor se efectuează în toate stadiile de execuție (de la începerea lucrărilor, pe parcursul lucrărilor și la finalizarea lucrărilor). Acest proces de verificare continuă se regăsește ca acțiune în toate activitățile, fiind un element cheie în asigurarea calității lucrărilor executate. Pregătirea lucrărilor este un proces care ține de sistemul propriu de organizare și asigurare a calității lucrărilor, protecției mediului și securității și sănătății în muncă, proces care cuprinde asigurarea resurselor, asigurarea instruirii lucrătorilor și asigurarea documentației tehnice de execuție.

Resursele și alocarea acestora a fost exportată din programul de execuție încărcat cu toate detaliile despre resursele necesare și productivitatea acestora.

În ceea ce privește Drumul Critic, intervenienta arată că acesta a fost descris în detaliu în cadrul Secțiunii 5 a propunerii tehnice - Program de execuție, la capitolul 3 Descrierea Drumului critic cu toate activitățile, relaționarea între acestea, cât și numărul de zile reprezentând „rezerva de timp” invocată de contestatoare.

Graficul prezentat de asociere conține toate elementele solicitate, fiind prezentate în mod clar și transparent, elaborarea acestuia fiind corelată cu metodologia proprie de execuție și normele interne utilizate, impunându-se acordarea punctajului maxim.

Intervenienta subliniază că toate activitățile din grafic sunt detaliate foarte bine în subactivități, succesiunea și derularea acestora fiind foarte bine prezentată, evidențiindu-se și drumul critic. Activitățile și subactivitățile au prevăzute consumurile de resurse, datele de intrare/ieșire și sunt evidențiate inter-relaționările acestor activități și subactivități.

Cu privire la critica referitoare la faptul că *„Asocierea ...nu a prezentat echipe de lucru dimensionate pentru fiecare activitate în parte, acestea nefiind corelate cu fronturile de lucru”*, intervenienta susține că a depus și indicat în cuprinsul ofertei întreaga organizare a echipelor de lucru aferentă obiectivului de investiții, a menționat în mod expres că va pune la dispoziție o echipă formată din personal cu competențe și experiența dovedite, capabil să ducă la bun sfârșit cu succes sarcinile definite din caietul de sarcini. Totodată, a prezentat în propunerea tehnică depusă categoriile de personal, cu identificarea acestora în concret, precum și modalitatea de asigurare a personalului, motiv pentru care apreciază că, în mod corect și legal, entitatea contractantă a declarat oferta ca fiind câștigătoare.

În urma studierii dosarului achiziției, intervenienta a depus concluzii scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 2876/19.01.2021, prin care reiterează cele precizate prin cererea de intervenție și concluziile scrise depuse ca urmare a studierii dosarului nr. 2864/2020.

Urmare studierii dosarului achiziției, petenta a depus concluzii scrise, prin adresa nr. 90 din 15.01.2021, prin care face următoarele precizări:

A. CRITICI ADUSE OFERTEI ASOCIERII ...

1. Oferta asocierii ...este inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale:

Contrar susținerilor entității contractante din punctul de vedere și a celor învederate de ...prin cererea de intervenție, indiferent ca respectiva activitate reprezintă o parte mică din viitorul contract, era necesară nominalizarea unui operator care să dețină autorizare AFER. Tot astfel, chiar dacă din documentație nu rezultă explicit necesitatea deținerii autorizației AFER, în anunțul de participare și fișa de date s-a solicitat depunerea oricăror alte documente edificatoare prin care să fie făcută dovada capacității profesionale de realizare a activităților, iar nu doar depunerea certificatului constatator.

De asemenea, petenta apreciază că este irelevant că autorizația AFER este necesară în etapa de execuție propriu-zisă, având în vedere prevederile art. 58 din anexa la HG nr. 394/2016. Or, potrivit susținerilor entității și ale asocierii ..., cum deținerea autorizației AFER reprezintă o cerință de executare a contractului, comisia de evaluare avea obligația

verificării îndeplinirii acestei cerințe de asociere desemnată câștigătoare, întrucât numai în acest fel se putea asigura că lucrările urmează a fi executate cu respectarea dispozițiilor legale.

Aceasta consideră irelevante susținerile intervenientei privitoare la caracterul accesoriu al lucrărilor pentru care este necesară deținerea autorizației AFER, respectiv volumul acestora, în condițiile care acesta poate fi executat de un ofertant sau asociații ofertanți, dacă este cazul, sau prin intermediul unui subcontractant declarat în ofertă.

Astfel, un ofertant nu poate fi considerat admisibil în cadrul procedurii de atribuire, indiferent dacă entitatea contractantă a precizat sau nu în documentația de atribuire modalitățile sau documentele ce trebuie prezentate în acest sens, situație în care trebuie făcută aplicabilitatea prevederilor art. 143 alin. (2) lit. b) din anexa la HG nr. 394/2016.

2. Inacceptabilitatea ofertei asocierii ...determinată de modificarea propunerii financiare:

Analizând neconformitățile din cadrul propunerii financiare, comisia de evaluare, în mod eronat, a acceptat modificarea propunerii financiare, contrar prevederilor art. 140 alin. (5) din anexa la HG nr. 394/2016. Aceasta deoarece, potrivit informațiilor din Procesul-verbal nr. 3 privind evaluarea propunerilor financiare, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 39000 din 23.11.2020: *„S-a constatat că în cadrul propunerii financiare ofertantul a utilizat mai mult de 2 zecimale la calculul ofertei. Aceasta se încadrează la erori aritmetice, (...). S-a identificat o eroare la cantitatea pentru articolul GI-08-instalații împotriva trăsnetelor din Lista CJ05_CL12_108 Stație de epurare în localitatea Sic, astfel s-a menționat 3 buc. în timp ce în Listele de cantități din cadrul propunerii financiare, cât și în caietul de sarcini este menționată doar un buc.”*

Contrar argumentelor entității contractante și ale societății interveniente, în cazul ofertei desemnate câștigătoare, comisia de evaluare a reținut existența unor abateri tehnice și a unor vicii de formă, situație în care în mod netemeinic și nelegal entitatea contractantă a acceptat modificarea propunerii financiare.

Mai mult, diferențele de zecimale dintre valorile listelor de consumuri aferente situațiilor de lucrări și recapitulațiile aferente este consecința rotunjirilor făcute de programul de calcul al devizelor, acestea neinfluențând valoarea situațiilor de lucrări față de devizele ofertă, sens în care ofertantul desemnat câștigător avea obligația să-și mențină propunerea financiară, iar nu să o modifice.

3. Inacceptabilitatea ofertei Asocierii ...determinată de răspunsul neconcludent la solicitarea de clarificări:

Contrar argumentelor din cererea de intervenție, respingerea unei oferte în temeiul prevederilor art. 141 din anexa la HG nr. 394/2016 intervine nu doar atunci când ofertantul, prin răspunsul transmis, modifică propunerea financiară sau pe cea tehnică, ci și atunci când nu transmite documentele solicitate sau transmite doar informații

neconcludente; or, în prezenta procedură, asocierea ...nu a transmis la solicitarea comisiei de evaluare toate documentele pentru a face dovada admisibilității ofertei sale.

Petenta subliniază că entitatea contractantă a solicitat Asocierii ...multiple solicitări de clarificări, unele cu conținut identic, situație care a generat crearea unui avantaj în favoarea ofertantului, în condițiile unui răspuns neconcludent/incomplet la solicitările comisiei.

4. Oferta Asocierii ...este neconformă:

- În răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5 (nr. 38465/18.11.2020), Asocierea ...a depus oferta financiară de la VESTRA care, la Condiții comerciale, stipulează că se oferă garanție de „120 luni vanele sertar cauciucat manuale, 24 luni restul echipamentelor, de la data facturării”, sens în care ofertantul desemnat câștigător nu respectă cerința de garanție din fișa de date și fișele tehnice aferente echipamentelor unde entitatea a solicitat garanție minim 36 luni pentru toate lucrările și echipamentele prezentate în ofertă,

- Asocierea ...nu a prevăzut apa și soluții de dezinfectare a apei - clor, cloramină pentru teste/probe, în formularul C6 fiind cuprinsă o cantitate 2102 mc apă - insuficientă pentru operațiunile de spălare și probare conducte, în condițiile în care cantitatea de apă pentru spălare și probe trebuie să fie cel puțin egală cu volumul conductelor, respectiv minim 20.000 mc apă.

- Pentru articolele cuprinse în seria G1-09 din Listele de cantități Excel – „Instalație electrică de forță, iluminat interior, exterior, prize, ventilație și automatizare a stației (SCADA), inclusiv tabloul electric și de automatizare”, valoarea globală (adunată din listele Excel) a materialului este de 551.440,32 lei, în timp ce în C6 valoarea materialului pentru același articol este 756.440,32 lei. Costul materialului din Listele de cantități Excel nu corespunde cu costul materialului cuprins în C6, respectiv: materialul aferent G1-09 a fost cotate de 2 ori pentru SPAU 3 (poziția 90 = 205.000 lei; poziția 91 = 43.750 lei). Diferența între valoarea declarată în Excel și valoarea din C6 este 205.000 lei, iar această neconcordanță nu a fost sesizată de comisia de evaluare.

B. CRITICI ADUSE OFERTEI ASOCIERII ...

1. Oferta Asocierii ...este inacceptabilă, determinată de lipsa experienței similare:

Pentru a face dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, Asocierea ...a invocat o serie de 5 contracte, toate încheiate cu diferite autorități contractante în care ...a avut calitatea de asociat, contracte cu privire la care, în mod eronat, comisia de evaluare a luat în considerare întreaga valoare a contractelor ca fiind realizată de

Contrar susținerilor din punctul de vedere și a celor menționate în cererea de intervenție, în mod eronat entitatea contractantă a considerat ca fiind concludent răspunsul ...nr. 562/25.09.2020 la solicitarea de clarificări, potrivit cu care în toate cele 5 contracte a avut loc o relocare a

cotelor de participare în asociere (preluarea de către ...a atribuțiilor celui alt asociat), deoarece un astfel de mecanism (participare în comun la o procedură de atribuire cu scopul de a face dovada îndeplinirii cerințelor minime ale autorității, urmată de încheierea, printr-un act secret, a unui act adițional la acordul de asociere prin care cota celui alt participant este preluată de liderul asocierii) nu este permis de legislația în materia achizițiilor sectoriale, iar, mai mult, ofertantul nu a depus niciun document prin care să facă dovada că beneficiarul lucrărilor executate a fost încunoștințat/și-a dat acordul cu privire la presupusa preluare a atribuțiilor celui alt asociat.

2. Inacceptabilitatea ofertei Asocierii ...determinată de modificarea propunerii financiare:

Analizând neconformitățile din cadrul propunerii financiare, comisia de evaluare, în mod eronat, a acceptat modificarea propunerii financiare, contrar prevederilor art. 140 alin. (5) din anexa la HG nr. 394/2016. Aceasta deoarece, potrivit informațiilor din Procesul-verbal nr. 3 privind evaluarea propunerilor financiare, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 39000 din 23.11.2020, *„S-au constatat, în cadrul propunerii financiare erori de calcul, respectiv omiterea unui subtotal și calculul greșit a valorii totale pe un articol”*.

Petenta învederează, contrar argumentelor entității contractante și ale intervenientei, în cazul ofertei Asocierii ..., comisia de evaluare a reținut existența omisiunii în completarea propunerii financiare, situație în care în mod netemeinic și nelegal entitatea contractantă a acceptat modificarea acesteia.

Aceasta apreciază că nu pot fi primite argumentele ...referitoare la valoarea nesemnificativă a modificării propunerii financiare, în condițiile în care nu sunt erori aritmetice.

3. Oferta Asocierii ...este neconformă:

- În opinia petentei, răspunsul la clarificarea nr. 37946/13.11.2020, nu este concludent, dat fiind că activitatea de proiectare include componenta „manoperă” și nu poate fi inclusă în prețul „materialelor”. Suma de 12.000 lei aferentă proiectării este nejustificat de mică, ținând cont că antreprenorul trebuia să întocmească proiecte pentru autorizarea lucrărilor de subtraversări pârâuri, râuri și CF. Aceste cheltuieli nu pot fi suportate nici din Cheltuielile indirecte (P91) și nici din prețul materialelor, utilajelor și transportului.

- În răspunsul la clarificări, Asocieria ...susține eronat că *„contractul ce face obiectul licitației de față nu este de tipul proiectare și execuție, activitatea de proiectare nefiind o componentă propriu-zisă a contractului, ci o activitate conexă”*, în condițiile în care în documentația de atribuire s-a publicat Formularul F2.1. Acest aspect demonstrează că Asocieria ...și-a subestimat cheltuielile cu Proiectarea, iar la solicitarea de clarificări a indus în eroare entitatea contractantă prin alocarea acestor sume unor capitole care vizează alte activități.

Urmare concluziilor scrise depuse de intervenienta Asocierea ..., contestatoarea SC ...SRL a transmis adresa nr. 112/20.01.2021, reprezentând Note scrise, prin care reiterează o serie de susțineri din contestație și concluziile scrise depuse anterior, suplimentar precizând următoarele:

- Contrar susținerilor Asocierii ..., autoritatea contractantă a prevăzut în documentația de atribuire obligativitatea depunerii documentelor justificative în susținerea informațiilor din DUAE, inclusiv a autorizației AFER, după aplicarea criteriului de atribuire, dar înainte de momentul atribuirii contractului (obligație prevăzută inclusiv de legiuitor la art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016);

- Or, fiind conștient de faptul că nu deține toate autorizațiile necesare executării lucrărilor care fac obiectul contractului și că va subcontracta părți din contract, ofertantul desemnat câștigător avea obligația, încă de la momentul ofertării, să nominalizeze în ofertă subcontractanții, în acest sens fiind prevederile fișei de date a achiziției;

- Obligativitatea nominalizării subcontractanților pe a căror capacitate se bazează ofertantul este prevăzută inclusiv de legislația în materia achizițiilor sectoriale, la art. 202 alin. (3) din Legea nr. 99/2016;

- Inclusiv jurisprudența în domeniu este în sensul acesta - Decizia Curții de Apel București nr. 1267 din 04.12.2019;

- Potrivit propriilor declarații „(...) Asocierea câștigătoare nu cunoștea la momentul respectiv subcontractanții de specialitate ce dețin atestate/autorizații pentru lucrările specifice”, este evident că, în îndeplinirea cerințelor, asocierea ...se bazează pe capacitatea unor subcontractanți, astfel că trebuia să respecte dispozițiile legale și cele ale fișei de date referitoare la aceștia, nerespectarea cerinței atrăgând inacceptabilitatea ofertei.

- Referitor la tardivitatea criticilor de la pct. 2 din cuprinsul concluziilor scrise, petenta solicită respingerea excepției ca nefondată, motivat de faptul că cele susținute reprezintă o argumentare a motivelor de fapt din contestație prin care a arătat că asocierea ...a depus o oferta neconformă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 4090/26.01.2021, SC ...SRL a transmis concluzii scrise, prin care solicită admiterea în parte a contestației formulate de S.C. ...S.R.L., în ceea ce privește solicitarea de reevaluare a ofertei depuse de asocierea ... S.A. - ... S.R.L. și respingerea solicitării de reevaluare a ofertei sale.

În ceea ce privește solicitarea de reevaluare a ofertei SC ...SRL, aceasta precizează că argumentele invocate de contestatoare sunt neîntemeiate, fiind, în cea mai mare parte, pure speculații, iar, prin concluziile scrise depuse, contestatoarea a adus noi motive de contestație, care sunt inadmisibile, potrivit art. 21 alin. (3) din Legea cu nr. 101/2016.

1. Argumentul privind lipsa experienței similare și a declarațiilor false este neîntemeiat:

În cadrul unora din lucrările invocate drept experiență similară, au fost încheiate acte adiționale de realocare a cotelor de participare în asocieri (situație ce nu este interzisă de nicio prevedere legală), astfel obținând o cotă participare de 100% din lucrările executate, aspect verificat expres de autoritatea contractantă.

Mai mult, asocieria îndeplinea cerința de calificare chiar și fără a lua în considerare procentele de lucrări realocate. Astfel, experiența ...obținută în urma realocării cotelor de participare în asocieri (astfel cum a fost declarată și în DUAЕ) este de 31.981.736.21 lei, care, împreună cu experiența de 67.097.688,03 lei a asociatului ..., ar totaliza 94.415.997,61 lei, deci, tot cu mult peste pragul impus de 70.000.000 lei.

În ceea ce privește prezentarea de documente care conțin informații false, SC ...SRL invocă art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea cu nr. 99/2016, care prevede că *entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție.*

Astfel, aceasta arată că nu a prezentat nici documente și nici declarații false, ci a prezentat situația reală, respectiv, cea rezultată din încheierea actelor adiționale de realocare a cotelor de participare în asocieri. Pe de altă parte, nu este îndeplinită nici cerința ca declarațiile false să fie prezentate în scopul evitării verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, deoarece chiar și fără a lua în considerare procentele realocate, tot este îndeplinită cerința de calificare a experienței similare.

2. Argumentul privind inacceptabilitatea ofertei pentru modificarea propunerii financiare este lipsit de sustenabilitate:

În susținerea acestui argument, contestatoarea face referire la constatarea comisiei de evaluare privind omiterea unui subtotal și a calculului greșit a valorii totale pe un articol.

În opinia intervenientei, această situație constituie întocmai o eroare aritmetică, a cărei corectare este permisă expres de art. 140 alin. (9) din normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016. De altfel, în urma corectării erorii aritmetice, prețul total pe care l-a oferit s-a majorat (în defavoarea sa, prin prisma componentei financiare a criteriului de atribuire) cu doar 55.374,85 lei, adică circa 0,08%, valoare total nesemnificativă.

3. Argumentul referitor la neconformitatea ofertei sale este neîntemeiat:

Intervenienta subliniază că, în cererea de intervenție, a motivat (și dovedit), pe larg, de ce argumentele generice invocate de contestatoare sunt nefondate.

De asemenea, arată că, prin concluziile scrise, contestatoarea nu a mai susținut cele invocate prin contestație, respectiv că:

- în programul de execuție, nu s-ar fi luat în calcul perioada anterioară începerii lucrărilor;
- la planificarea execuției lucrărilor, nu s-ar fi avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece;
- la întocmirea Graficului de execuție, nu s-ar fi ținut cont de fluxul tehnologic de execuție a lucrărilor;
- în cadrul formularului nr. 12, echipele de lucru nu ar fi corelate cu fronturile de lucru.

Prin concluziile scrise depuse, contestatoare a înlocuit argumentele inițiale cu argumente noi față de cele invocate prin contestație, respectiv, că:

- răspunsul la clarificarea nr. 37946/13.11.2020 nu ar fi fost concludent;
- s-au subestimat cheltuielile cu Proiectarea.

Astfel, intervenienta susține că aceste motive au fost invocate pentru prima oară prin concluziile scrise, astfel că ele sunt inadmisibile, potrivit art. 21 alin. (3) din Legea cu nr. 101/2016, impunându-se a fi respinse ca atare.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... SA, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1022864 din 19.07.2020 și a documentației de atribuire aferente, pentru contractul având ca obiect „CL12 - Extinderea alimentării cu apă în UAT ...”, valoarea estimată fiind de 70.503.266 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunere a ofertelor 31.08.2020, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este „Cel mai bun raport calitate-preț”.

Potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 40911/DG/09.12.2020, în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 3 oferte printre care și cele ale contestatoarelor din prezenta cauză, respectiv Asocierea ...SRL – ... SRL.

Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă de către ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206704727/1 din 15.12.2020, a sumei de 880.000,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala ..., iar contestatoarea ...SRL a depus recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206723236/1 din 22.12.2020, a sumei de 880.000,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala ..., iar respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

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

Consiliul are în vedere și că, în speță, au fost înaintate de către Asocierea ... SA – ...SRL, prin lider ... SA, oferta sa fiind situată pe locul

1 și declarată câștigătoare, o cerere de intervenție cu privire la contestația formulată de Asocierea ...SRL – ...AD, a cărei ofertă s-a situat pe locul 2, și o cerere de intervenție cu privire la contestația formulată de ...SRL în calitate de lider al Asocierii ...SRL – ... SRL, a cărei ofertă s-a situat pe locul 3, prin care solicită respingerea contestațiilor formulate și menținerea documentelor emise de entitatea contractantă, ca fiind legale și temeinice.

La analiza condițiilor de formulare a cererilor de intervenție, în raport cu prevederile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul constată admisibilitatea acestora în principiu, autoarea având interesul de a-i fi menținută în competiție oferta, ce a fost declarată câștigătoare, de către entitatea contractantă.

În aceeași cauză a fost depusă cerere de intervenție de către ...SRL, situată în clasament pe locul 2, împotriva contestației formulată de Asocierea ...SRL – ... SRL, situată pe locul 3, prin care solicită, admiterea în parte a contestației, respectiv admiterea cu privire la cererea de declarare ca inacceptabilă și neconformă a ofertei declarată câștigătoare dar respingerea cererii acestei contestatoare cu privire la reevaluarea ofertei sale, urmărind prin aceasta menținerea caracterului admisibil al ofertei sale situate pe locul al doilea.

Raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul reține că acesta a fost formulată în termen, justifică un interes în formularea acesteia, respectiv acela de a-și apăra caracterul admisibil al ofertei, iar în măsura în care criticile sale formulate cu privire la oferta situată pe primul loc și înaintea sa să acceadă la primul loc și astfel la calitate de ofertant declarat câștigător, motiv pentru care va admite de principiu această cerere, în temeiul art. 64 din Codul de procedură civilă.

Având în vedere că fiecare dintre cele 3 ofertante încearcă să își adjuce pentru sine contractul și să își elimine din competiție contracandidații, Consiliul reține că cererile de intervenție sunt admisibile, fiecare dintre interveniente având interes.

Preliminar oricărei cereri, Consiliul va analiza excepția lipsei de obiect a contestației formulată de ...SRL, excepție invocată de către ... SA, cu aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr 101/2016 potrivit căroră *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*.

În susținerea acestei excepții intervenienta ... SA solicită de asemenea respingerea contestației ...SRL ca lipsită de interes întrucât aceasta a formulat contestație și împotriva ofertei depusă de Asocierea ...SRL – ...AD situată pe locul 2, iar în măsura în care această contestație va fi respinsă ca nefondată șansele contestatoarei de a ajunge câștigătoare a procedurii de atribuire sunt practic inexistente. Arată de asemenea că în condițiile în care oferta acesteia se află pe locul

3 iar prin menținerea deciziei cu privire la oferta Asocierea ...SRL – ...AD, care s-ar păstra, contestatoarea s-ar putea situa cel mult pe locul 2.

În opinia intervenientei, interesul contestatoarei ...SRL este unul virtual, întrucât nu există nicio dovadă a faptului că în urma admiterii contestației formulate, oferta Asocierii ...SRL – ... SRL va fi declarată câștigătoare.

O astfel de excepție urmează a se analiza odată cu fondul având în vedere că o concluzie cu privire la o eventuală lipsă de interes în formularea contestației ...SRL poate fi luată după soluționarea pe fond a criticilor aduse ofertei situată pe locul 2, respectiv oferta depusă de Asocierea ...SRL – ...AD, având în vedere faptul că ofertantul contestator a investit Consiliul cu soluționarea contestației, respectiv a tuturor criticilor formulate, constituind în acest sens cautiunea.

Prin intermediul aceleiași cereri de intervenție ... SA solicită respingerea ca tardive (inadmisibile) a oricăror critici formulate pe calea concluziilor scrise, având în vedere că potrivit art. 10 din Legea nr. 101/201, contestația trebuie să fie în mod obligatoriu motivată în fapt și în drept, cerere care de asemenea va face obiectul analizei pe fond a contestației.

Pe fondul cauzei, Consiliul va analiza contestațiile în ordinea înregistrării acestora la CNSC, astfel prima contestație analizată va fi cea depusă de ...SRL ce face obiectul dosarului nr. 2864/2020.

I. Prin contestația, ce face obiectul dosarului nr. 2864/2020, ...SRL critică decizia entității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de Asocierea ... SA – ...SRL invocând faptul că oferta acestei asocieri a fost evaluată superficial.

În susținerea acestei afirmații, contestatoarea arată că ofertantul nu a demonstrat că are capacitatea de a executa contractul deoarece nu deține autorizație AFER necesară execuției subtraversărilor de cale ferată și lucrărilor din zona de siguranță a căii ferate (lucrările de paralelism cu calea ferată).

Contestatoarea mai arată că potrivit documentației de atribuire (Anexa nr. 2), contractul presupune și execuția unor subtraversări de cale ferată și a unor lucrări în zona de siguranță a căilor ferate (lucrări de paralelism cu calea ferată), pentru care au și fost eliberate autorizații de către Compania Națională de Căi Ferate „CFR” S.A.: (Anexa nr. 3).

În contextul în care niciunul dintre cei trei asociați nu deține autorizație AFER pentru astfel de lucrări ofertantul nu poate realiza aceste lucrări, prin urmare, nu a demonstrat că deține capacitatea de a executa contractul încălcând astfel prevederile cap. III.1.1.b) din fișa de date a achiziției.

Contestatoarea consideră că oferta trebuia respinsă ca neconformă în temeiul art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016 și al art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, întrucât nu respectă documentele procedurii de achiziție și nu satisface cerințele caietului de sarcini, cât și

inacceptabilă în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, având în vedere că a fost prezentată de un ofertant care nu are calificările necesare.

În soluționarea criticilor formulate de contestatoare, Consiliul constată că prin fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a stabilit la cap. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale:

„Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Toți operatorii economici (ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții – dacă subcontractanții sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei) participanții la procedura de atribuire trebuie să dovedească o formă de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional conforme legii țării de rezidență, din care să reiasă că operatorul economic este legal constituit, că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și faptul că are capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului, sau, după caz, activitățile pentru partea proprie de contract.

Modalitate de îndeplinire:

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAЕ de către toți operatorii economici (ofertanții, ofertanții asociați, terții susținători și subcontractanții – dacă subcontractanții sunt cunoscuți la momentul depunerii ofertei) participanții la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, și includ:

1. Certificatul constatator emis de ONRC sau, în cazul persoanelor juridice străine, documente echivalente emise în țara de rezidență.

2. Alte documente edificatoare, după caz

Documentele vor conține date reale, actuale și valabile la momentul prezentării. În cazul în care documentele solicitate nu sunt emise în limba română se va prezenta și traducerea autorizată în limba română”.

Aceeași prevedere se regăsește la pagina 4 a anunțului de participare, cap. III.1.1.) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale.

Consiliul va reține că și această critică este nefondată, având în vedere că în fișa de date și în anunțul de participare nu sunt prevăzute astfel de cerințe de calificare, iar în caietul de sarcini de asemenea nu sunt prevăzute specificații tehnice referitoare la aceste autorizații.

Consiliul are în vedere și dispozițiile art. 36 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016, potrivit cărora:

„(1) Entitatea contractantă poate utiliza criterii de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(4) **Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de entitatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.**

(6) *Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs **sunt considerate clauze nescrise**.*

Prin criteriile de calificare (reprezentând criterii minime pe care trebuie să le îndeplinească operatorii economici), entitatea contractantă stabilește cadrul procedurii de achiziție, cu evidențierea clară a cerințelor de ordin tehnic, financiar și organizatoric necesare pentru ca operatorii economici interesați să depună o ofertă. În etapa de calificare, obiectivul entității contractante este de a selecta ofertanții care sunt capabili să execute contractul ce urmează să fie atribuit, la standardele de calitate prevăzute de legislația în vigoare în domeniul contractului.

Ca urmare, cerințele privitoare la această capacitate trebuie să fie relevante pentru obiectul contractului. Criteriile de calificare stabilite de către autoritatea contractantă au drept scop demonstrarea potențialului tehnic și organizatoric al fiecărui ofertant, potențial ce va reflecta posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a remedia eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi desemnată câștigătoare.

Stabilirea criteriilor de calificare se realizează cu respectarea principiului proporționalității, criteriile trebuind să aibă legătură concretă cu obiectul contractului care urmează să fie atribuit, fără a se crea premisele utilizării acestora ca mijloc de restricționare a concurenței. În acest sens, entitatea contractantă are obligația să justifice alegerea criteriilor de calificare și, după caz, a criteriilor de selecție în cadrul Strategiei de contractare, evidențiind modul de aplicare a principiului proporționalității, inclusiv prin demonstrarea relevanței cerințelor minime și a criteriilor stabilite în raport cu natura, complexitatea și dimensiunea obiectului contractului.

Prin art. 36 alin. 6 din HG nr. 394/2016, s-a urmărit evitarea unor practici incorecte ale unor entități contractante care să aducă atingere principiului transparenței procedurii, prin inserarea unor criterii de calificare și criterii de selecție în cadrul caietului de sarcini, fără ca acestea să poată fi regăsite în fișa de date/anunțul de participare.

Astfel, anunțul de participare, ca parte distinctă a documentației de atribuire, trebuie să cuprindă toate criteriile de calificare și selecție pe care entitatea contractantă dorește să le aplice în cadrul respectivei proceduri de atribuire.

Criteriile de calificare și selecție prevăzute în anunțul de participare se preiau în mod automat în fișa de date și se vor regăsi în cadrul DUAE generat electronic de către entitatea contractantă, ce conține informațiile solicitate ofertanților în raport cu criteriile de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire.

Din interpretarea art. 1225 din Noul cod civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009, rezultă că o clauză nescrisă încalcă o dispoziție legală imperativă, mai precis o normă juridică de la care nu se poate deroga. Așadar, clauza este considerată nescrisă pentru că nesocotește un interes ocrotit de dispoziția respectivă. O clauză nescrisă nu produce efecte juridice, este înlocuită de drept cu dispozițiile legale aplicabile. Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în anunțul de participare, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice.

Deci, dacă respectivele avize și autorizații nu au fost solicitate nici prin anunț, ca și criteriile privind capacitatea, și nici în caietul de sarcini, necesitatea lor reieșind doar implicit din anumite prevederi ale caietului de sarcini, pentru etapa de execuție a lucrărilor, nu se pot solicita în etapa de evaluare. O ofertă nu poate fi respinsă pentru motive care nu se regăsesc explicit în documentația de atribuire.

În soluționarea acestei critici, Consiliul ține seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză referitoare la documente de calificare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unor avize, raționament invalidat de Curtea de Apel:

«(..)petentele au invocat, în cadrul plângerii, încălcarea obligației de transparență în procedurile de achiziție publică în temeiul jurisprudenței CJUE – Hotărârile din cauzele C 278/14, C-6/05, C-27/15, susținând că obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante și că este încălcată această obligație dacă autoritatea contractantă respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care sunt prevăzute în anunțul menționat.

În soluționarea plângerii, cu privire la acest principiu dezvoltat din jurisprudența CJUE, instanța s-a limitat doar să arate că „în cauză nu a fost încălcat principiul transparenței întrucât cerința privind prezentarea agrementelor tehnice AFER pentru lucrările de sudură a căilor de cale ferată rezultată dintr-o interpretare a documentației de atribuire efectuată strict pe baza elementelor prezentate în documentație, ci nu a unor elemente noi invocate de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării și care nu fuseseră aduse la cunoștința ofertanților”.

Curtea observă însă că principiul transparenței care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice a fost încălcat în cauză.

Potrivit art. 18 alin. (1) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, „autoritățile contractante îi tratează pe operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează într-o manieră transparentă și proporțională”. Textul de drept UE anterior menționat este preluat literal din art. 2 din Directiva 2004/18 pe care o abrogă.

Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)”.

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo anterior menționată, „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informații în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le

interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)".

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

Situația de fapt din cauză relevă faptul că, prin adresa nr. 11/1/59/23.01.2019, autoritatea contractantă a respins oferta R.... pentru neîndeplinirea cerinței de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3 a), calificări profesionale ale operatorului economic, cerință care ar consta în deținerea agrementului tehnic pentru activitatea de sudură.

Din examinarea fișei de date a achiziției, rezultă ca s-a impus, la punctul III.2.3 a), referitor la cerințele de participare privind capacitatea tehnică a ofertaților, deținerea autorizației de furnizor feroviar și agrement tehnic feroviar emise de AFER valabile la data prezentării pentru următoarele categorii de lucrări feroviare: infrastructură, suprastructură, lucrări de artă, tuneluri, electrificare și energoalimentare, telecomunicații feroviare, semnalizare feroviară și lucrări de construcții civile.

Conform aceluiași reguli, documentele justificative sunt necesare pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, valabile la data prezentării.

Astfel, **prezentarea documentelor AFER pentru sudură nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare**, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32. Mai precis, nu permite tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod.

Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui agrement AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare. Astfel cum au susținut și revizuiunile, dacă ar fi fost cunoscută de la începutul procedurii de achiziție, alți operatori economici ar fi avut ocazia să își manifeste voința de a participa la licitație, iar operatorii economici deja participanți ar fi avut posibilitatea să își dimensioneze altfel documentația de ofertă.

Instanța care a soluționat plângerea formulată de petenta A....a arătat că cerința poate fi dedusă din aceea că s-a prevăzut obligativitatea deținerii agrementelor pentru categoriile de lucrări feroviare critice necesare în vederea îndeplinirii contractului de execuție, iar calitatea de lucrare critică a activității de sudură rezultă din lista produselor, lucrărilor, serviciilor feroviare critice și încadrarea acestora în clasa de risc, publicată pe website-ul www.afer.ro.

A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză. Or, normele din dreptul Uniunii referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări servesc, în special, îndeplinirii liberei prestări a serviciilor, astfel cum s-a decis de către CJUE prin Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. 1-73, punctul 43, Hotărârea Michaniki, C-213/07, Rep., p. 1-9999, punctul 39 și Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania, C-480/06, punctul 47. Unui ofertant de altă naționalitate decât română, precum este revizuiunea din prezenta cauză, accesul la o astfel de procedură ar fi îngreunat în atare condiții.»

Consiliul reține că și entitatea contractantă a interpretat documentația în acord cu principiile transparenței și egalității, dezvoltate pe larg în decizia Curții de apel București.

Față de prevederile caietului de sarcini necontestat de operatori, Consiliul reține că nu era necesară autorizarea și prezentarea autorizațiilor

la acest moment, ci acestea trebuie avute în vedere în etapa de execuție propriu-zisă.

În acest sens entitatea contractantă aduce argumente din care să rezulte că aceste autorizații sunt necesare în activitatea de execuție, fiind citate următoarele prevederi din caietul de sarcini:

A3 Caietele de sarcini, Secțiunea 1 Lucrări Civile, Secțiunea 1 Lucrări generale, Secțiunea 1 Cadrul general, Cerințe specifice proiectului, pag.12 cerințe generale de proiectare:

„3.1. date principale

3.1.1. Cerințe generale

Antreprenorul va întocmi toate detaliile de execuție necesare executării lucrărilor.

Antreprenorul va obține toate autorizațiile și acordurile necesare execuției lucrărilor (Ex: autorizarea organizării de șantier; autorizații de spargere; autorizații și avize pentru lucrările de subtraversare a căii ferate; alt autorizații de subtraversare/supratraversare, aviz/autorizare ANRE, după caz, fără a se limita la acestea)”.

A3 Caiete de sarcini, Secțiunea 2 Lucrări civile, Secțiunea 1 Cadrul genral, Partea 1 Cerințe specifice proiectului, pag 72 se stabilește:

„18.2.6 Foraj orizontal pentru subtraversări

Pentru lucrările de montaj al conductelor de alimentare cu apă în tehnologia fără săpătură deschisă, se va aplica tehnologia forajului dirijat. Aceasta secțiune prezintă condițiile tehnice obligatorii care trebuie respectate pe parcursul execuției lucrărilor de construcții montaj pentru rețele de alimentare cu apă din conducte de polietilenă de înaltă densitate.

Tehnologia forajului orizontal dirijat se va aplica la:

- lucrările de subtraversare a cursurilor de apă*
- lucrările de subtraversare a drumurilor și căilor ferate*
- lucrări în zone cu trafic intens unde nu se pot face săpături deschise”.*

De asemenea, contestatoarea a indicat, întemeiat, că prevederile caietului de sarcini sunt în sensul că ofertantul are obligația ulterioară și nu la momentul depunerii ofertei, de a obține toate avizele și autorizațiile necesare lucrărilor specifice, indicând astfel următoarele:

- Volumul II – Caiet de sarcini – Proiect tehnic – memoriu tehnic A1 – Cap 2.11 – „Antreprenorul va obține toate autorizațiile și acordurile necesare execuției lucrărilor (Ex: autorizarea organizării de șantier; autorizații de spargere; autorizații și avize pentru lucrările de subtraversare a căii ferate; alte autorizații de subtraversare/supratraversare, aviz/autorizare ANRE, după caz, fără a se limita la acestea)”;*

- Volumul II – Caietul de sarcini – Proiect tehnic – Memoriu tehnic A3 – Secțiunea 1 Lucrări Generale – Capitol 3.1.1 Cerințe generale de proiectare: „Pentru lucrările care necesită fi proiectate și executate de proiectanți, respectiv executanți autorizați pentru o anumită specialitate,*

Antreprenorul se va asigura ca astfel de lucrări vor fi executate de firme agreeate de autoritățile de reglementare competente. [...]

Antreprenorul va obține toate autorizațiile și acordurile necesare execuției lucrărilor (Ex: autorizarea organizării de șantier; autorizații de spargere; autorizații și avize pentru lucrările de subtraversare a căii ferate; alte autorizații de subtraversare/supra traversare; aviz/autorizare ANRE, după caz, fără a se limita la acestea”;

- Volumul II – caietul de sarcini – Proiect tehnic – Memoriu tehnic A3 – Secțiunea 2 Lucrări Civile – capitol 24.19 Traversări de drum și căi ferate „Toate aceste lucrări de traversare drum și căi ferate vor fi în sarcina Antreprenorului și se vor realiza pe cheltuiala acestuia”.

Este evident că cerințele citate mai sus îl vizează pe antreprenor, respectiv semnatarul contractului de execuție a lucrărilor după câștigarea licitației, prevederile neadresându-se ofertanților.

Însă, pentru a face dovada respectării prevederilor documentației de atribuire ofertantul Asocieria ... SA – ...SRL s-a obligat prin propunerea tehnică depusă că va executa lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, astfel în conținutul acesteia a menționat la:

- Elemente generale, punctul 5.3.3 (pag. 17) „În cazul analizat, Anteprenorul va sucontracta lucrări către firme ce dețin atestate și specializarea necesară lucrărilor specifice cum ar fi, dar fără limitare la: subtraversări cale ferată, instalații energetice, etc”;

- Metodologie (pag. 3) „Antreprenorul va avea în vedere faptul că, pentru căi ferate și pentru drumuri naționale, autoritățile vor putea impune ca proiectele subtraversărilor să fie făcute de către companii autorizate”;

- Metodologie (Serviciile Antreprenorului) (pag. 4): „Respectarea tuturor regulamentelor relevante ale autorităților de drumuri și căi ferate”,

- Metodologie (1.26.1 Autorizații) (pag. 23): „Antreprenor va fi în întregime răspunzător pentru obținerea tuturor autorizațiilor necesare, licențelor și aprobărilor necesare pentru execuția lucrărilor, înainte de începerea acestora cu excepția Autorizației de Construire care va fi obținută de către Beneficiar.

Toate autorizațiile necesare include autorizațiile de execuție pentru subtraversările și paralelismul cu drumurile naționale, căile ferate, drumuri județene, pentru traversările de cursuri de apă, precum și orice autorizație necesară pentru execuția lucrărilor”.

- Metodologie (1.27.1 Detalii de execuție) (pag. 25): „Antreprenorul va avea în vedere faptul că, pentru căi ferate și pentru drumuri naționale, autoritățile vor putea impune ca proiectele subtraversărilor să fie făcute de către companii autorizate”;

- Metodologie (PTE)(pag. 578): „7.19 Traversări de drum și căi ferate. 1. Această lucrare va fi efectuată conform cu metode aprobate de către autoritățile feroviare și drum în documentația suport depusă pentru obținerea avizului/acordului acestora. 2 Toate aceste lucrări de

traversare drum și căi ferate vor fi în sarcina Antreprenorului și se vor realiza pe cheltuiala acestuia”.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că în mod corect entitatea contractantă a reținut că ofertantul Asocieria ... SA – ...SRL a elaborat propunerea tehnică cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, motiv pentru care, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge ca nefondată contestația formulată de ...SRL în calitate de lider al Asocierii ...SRL – ...AD.

Având în vedere soluția propunată cu privire la contestația formulată de ...SRL, Consiliul va respinge inclusiv capătul de cerere prin care se solicită obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de formularea prezentei contestații.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de Asocieria ... SA – ...SRL, constatând caracterul nefondat al criticilor contestatoarei, Consiliul va admite cererea.

II. a) Prin contestația formulată de ...SRL, care face obiectul dosarului nr. 2883/2020, aceasta critică decizia entității contractante de a declara admisibilă și câștigătoare oferta depusă de Asocieria ... SA – ...SRL în condițiile în care, în opinia sa, oferta acesteia este inacceptabilă.

Contestatoarea arată în acest sens că oferta este inacceptabilă având în vedere că ofertantul nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale, stabilită de entitatea contractantă în fișa de date la cap. III.1.1.b), cerință despre care susține că se regăsește și în anunțul de participare, respectiv nu deține autorizație AFER pentru executarea lucrărilor din prezenta procedură de atribuire.

În susținerea criticilor contestatoarea mai arată că potrivit documentației de atribuire, obiectivul de investiții presupune inclusiv execuția unor subtraversări de cale ferată și a unor lucrări în zona de siguranță a căilor ferate (lucrări de paralelism cu cale ferată), pentru care au fost eliberate autorizații de către Compania de Căi ferate „CFR” sa, lucrări care nu se pot realiza decât de operator economic care este autorizat AFER. Or, ... SA nu deține în acest moment de autorizație AFER necesară execuției acestor lucrări situație în care trebuia fie să se asocieze cu alți operatori economici care dețin astfel de autorizație fie să subcontracteze partea din contract către operatori economici care dețin o astfel de autorizație.

Consiliul reține că aspectul criticat de către ofertantul contestator ...SRL a făcut obiectul analizei contestației formulată de ...SRL, în calitate de lider al Asocierii ...SRL – ...AD, considerentele avute în vedere în soluționarea contestației anterioare sunt avute în vedere și în prezenta cauză, criticile aduse faptului că ofertantul declarat câștigător nu deține autorizație AFER (nici asociații sau subcontractanții acestuia) vor fi respinse ca nefondate.

Suplimentar considerentelor avute deja în vedere, Consiliul va reține ca neîntemeiate susținerile contestatoarei ...SRL potrivit căroră „În lipsa dovedirii deținerii acestui drept, un ofertant nu poate fi considerat admisibil în cadrul procedurii de atribuire, indiferent dacă entitatea contractantă a precizat sau nu în documentația de atribuire modalitățile sau documentele ce trebuie prezentate în acest sens”. O astfel de afirmație contravine atât prevederilor legale în materia achizițiilor publice dar în mod special al principiilor ce guvernează și ar trebui să guverneze întregul proces de derulare a procedurilor de achiziție publică, având în vedere că ofertanții sunt obligați să elaboreze oferta conform prevederilor documentației de atribuire, conform dispozițiilor exprese ale art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Contestatoarea critică oferta depusă de Asociera ... SA – ...SRL despre care susține că este inacceptabilă întrucât prin răspunsurile transmise entității contractante a modificat conținutul propunerii financiare, situație în care, în opinia sa, devin aplicabile dispozițiile art. 140 alin. (5) din HG 394/2016.

Cu privire la acest aspect contestatoarea consideră că, în mod eronat, comisia de evaluare a acceptat modificarea propunerii financiare contrar prevederilor art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016, în condițiile în care consideră că este vorba de neconformități care se referă la propunerea financiară a ofertantului desemnat câștigător și că singura modificare a acesteia ce putea fi acceptată era referitoare la eventuale erori aritmetice.

Pentru a analiza critica contestatoarei, Consiliul are în vedere mențiunea din raportul procedurii de atribuire nr. 40911/DG/09.12.2020 unde comisia de evaluare a consemnat astfel:

„Comisia de evaluare a constatat în cadrul propunerilor financiare erori aritmetice, abateri tehnice minore, vicii de formă care au fost corectate/îndreptate de către ofertanți. În urma corectărilor efectuate de ofertanți, valorile ofertelor au devenit:

- valoarea ofertei prezentată de ASOCIEREA ... S.A. – ... S.R.L. se modifică de la valoarea inițială de 64.793.259,80 Lei fără TVA la valoarea de 64.744.298,41 Lei fără TVA”.

Consiliul constată că, în fapt, ofertantul declarat câștigător a prezentat propunerea financiară cu trei zecimale, în condițiile în care prin fișa de date a achiziției se solicitase ca *„valorile să fie exprimate cu maxim două zecimale”*.

În etapa de evaluare a propunerii financiare autoritatea contractantă a solicitat ofertantului clarificări printre care și cu privire la acest aspect.

Cu adresa nr. 36537/04.11.2020, a solicitat, printre altele, la punctul 3 *„Retransmiterea Formularului de Ofertă F16, (...). Toate calculele vor fi efectuate cu o acuratețe de două zecimale”*, solicitare căreia i s-a dat curs de către ofertant prin adresa nr. 3747/19.10.2020.

Consiliul constată că valoarea ofertată în Formularul F16 la data depunerii ofertei era de 64.793.259,80 lei, fără TVA, aceasta ajungând la valoarea de 64.795.294,94 lei, fără TVA, în procente reprezentând o creștere de 0,003% față de valoarea inițială, situație care nu reprezintă o neconformitate a ofertei ci o solicitare a autorității contractante de a prezenta într-o anumită formă propunerea financiară, în speță valoarea la două zecimale. Pentru a decide astfel Consiliul are în vedere că în acest domeniu programele de devize fac calcule în mare parte cu valori care au trei zecimale, însă o astfel de clarificare nu este de natură a conduce la concluzia existenței unei oferte neconforme, diferența de valoare rezultată este minoră și nu schimbă clasamentul între cele trei oferte.

Un alt aspect care a condus la modificarea valorii propunerii financiare a acestui ofertant l-a constituit ofertarea în plus a două bucăți G1-08 Instalație de protecție împotriva trăsnetelor.

Din Lista CJ05_108 Stație de epurare în localitatea Sic rezultă că ofertanții trebuiau să oferteze 1 singură bucată iar în oferta depusă de ofertantul declarat câștigător se constată ofertarea a trei bucăți de astfel de produse (Instalație de protecție împotriva trăsnetelor) în F1 – CENTRALIZATORUL cheltuielilor pe obiectiv.

Entitatea contractantă a solicitat prin adresa nr. 37944/13.11.2020, următoarea clarificare „2 Pentru lista CJ05_CL_108 Stație de epurare în localitatea Sic articolul G1-08-instalații împotriva trăsnetelor ați prevăzut 3 buc față de 1 buc cât este în listele de cantități. Clarificați acest aspect” la care ofertantul a răspuns cu adresa nr. 4214/17.11.2020:

„Eroarea reprezintă un viciu de formă în sensul prevederilor HG 394/2016, (...).

Anexăm prezentului Răspuns Consolidat, Listele de Cantități cotate (F1-F3), cu corectura menționată anterior și anume cu includerea în cadrul coloanei Cantitate a articolului G1-08-instalații împotriva trăsnetelor 1 (una) bucată în locul cantității eronat inserate de 3 (trei) bucăți, fără modificarea Prețului Unitar ofertat, rezultând astfel o valoare totală a articolului mai mică, în conformitate cu cantitatea necesară solicitată de Autoritatea Contractantă. (...).

Consiliul constată că într-adevăr, situația în care ofertantul a ofertat o cantitate mai mare de produse, ca în prezenta speță, respectiv 3 produse în loc de 1, se încadrează în dispozițiile art. 141 din HG nr. 394/2016 potrivit căroră „(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

Astfel, față de constatările făcute, Consiliul va respinge criticile formulate cu privire la modificarea propunerii financiare.

Contestatoarea invocă caracterul inacceptabil al ofertei declarată câștigătoare determinat de faptul că entitatea contractantă a acceptat nepermis completarea ofertei câștigătoare prin 7 solicitări de clarificări, situație în care au fost încălcate dispozițiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, apreciind că entitatea contractantă a creat un avantaj evident în favoarea ofertei câștigătoare iar răspunsurile primite se încadrează în situația reglementată de art. 140 alin. (4) din HG 394/2016.

În susținerea criticilor contestatoarea arată că entitatea contractantă a solicitat „7 clarificări” referitoare la propunerea financiară cât și la documentele depuse în susținerea informațiilor din DUAE – ANEXA nr. 4, prin care a solicitat mai mult decât clarificări și completări formale, situație care a condus la apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului declarat câștigător.

Referitor la propunerea financiară, contestatoarea critică faptul că entitatea contractantă a transmis acestei Asocieri adresele nr. 36537/04.11.2020, nr. 37270/10.11.2020, nr. 37944/13.11.2020, nr. 38172/16.11.2020 și nr. 38465/18.11.2020, afirmând că multe dintre acestea au conținut identic, situație în care în mod evident ofertantul nu a răspuns concludent la solicitarea entității contractante.

Cu privire la documentele declarate în DUAE, contestatoarea arată că prin adresa nr. 39001/23.11.2020 entitatea contractantă a solicitat ofertantului Asociera ... SA – ...SRL să prezinte documentele justificative care probează îndeplinirea celor declarate în DUAE. Deși, după cum susține, ofertantul nu a răspuns concludent, entitatea contractantă a revenit cu adresa nr. 40415/07.12.2020 prin care a solicitat și resolicitat acestuia prezentarea certificatului constatat pentru sediul SRL din

Verificând conținutul solicitărilor de clarificări adresate ofertantului declarat câștigător cu privire la propunerea financiară, Consiliul constată că acestea nu au avut conținut identic, ci pe parcursul evaluării propunerii financiare comisia de evaluare avea nevoie de clarificări suplimentare sau retransmiterea unor documente într-o anumită formă care să permită comisiei de evaluare o cât mai ușoară parcurgere a acestora. Un aspect important este acela că astfel de solicitări de clarificări cu același scop au fost adresate tuturor celor trei ofertanți, prin urmare și contestatoarei.

Consiliul constată că în evaluarea propunerii financiare atât a ofertantului declarat câștigător cât și a celorlalți ofertanți participanți la procedura de atribuire, comisia de evaluare a solicitat clarificări cu scopul exclusiv al lămuririi unor neconcordanțe din conținutul acesteia cât și a celorlalți doi ofertanți, însă conținutul solicitărilor de clarificări și răspunsurile la acestea nu încadrează oferta în situația creerii unui avantaj în favoarea ofertantului în analiză.

Așa cum s-a reținut și anterior, solicitările de clarificări au avut în vedere aspecte similare în cazul tuturor ofertanților din cadrul procedurii de atribuire, comisia de evaluare constatând că, de exemplu în cazul celor trei ofertanți, este necesară retransmiterea unor documente, justificarea lipsei cotării unor componente, clarificarea unor neconcordanțe, toate aceste informații având exclusiv natura unor clarificări formale sau de confirmare necesare în procesul de evaluare și nu a unor modificări aduse conținutului propunerii financiare.

În ceea ce privește solicitările documentelor justificative către Asocieria ... SA – ...SRL prin adresa nr. 39001/23.11.2020 și revenirea la aceasta cu adresa nr. 40415/07.12.2020 prin care a resolicitat acestuia prezentarea certificatului constatator pentru sediul DE ..., Consiliul constată că o astfel de situație nu poate fi încadrată în categoria unui răspuns neconcludent, reglementat de art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016.

Pentru a stabili astfel, Consiliul are în vedere că potrivit art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 prevede că *„(2) Înainte de atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ”, coroborat cu art. 138 din HG 394/2016 „(1) În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. V secțiunea a 6-a paragraful 2 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ”.*

Față de situația descrisă mai sus, dacă prin răspunsul transmis de către ofertant acesta a omis transmiterea unuia dintre documentele de aceeași natură, certificate constatatoare aferente altor sedii, respectiv un certificat constatator pentru sediul din Cluj-Napoca, strada Oașului nr. 86-90, bl.H1, ap. 7, solicitarea de clarificări și răspunsul la acesta nu poate fi altceva decât o completare formală ale unor informații și documente existente deja, context în care critica este considerată nefondată motiv pentru care va fi respinsă.

Este, de asemenea, considerată neconformă de către contestatoare oferta declarată câștigătoare arătând că în raport de cerințele din Formularul 14 – Program de execuție, Graficul general de realizare a investiției publice – Asocieria nu a luat în calcul perioada anterioară începerii lucrărilor efective de execuție – perioada de mobilizare, respectiv timpul în care vor fi realizate lucrări premergătoare execuției efective a lucrărilor.

Aceste lucrări premergătoare sunt indicate de către contestatoare, respectiv:

- întocmirea și predarea spre aprobare către Supervisor în termen de 30 zile de la data de începere a Programului propriu de Sănătate și Securitate în Muncă, așa cum este prevăzut și în Acordul Contractual, art. 22.6;

- întocmirea și predarea spre verificare și aprobare către Supervisor în termen de 30 zile de la Data de Începere a Programului de execuție detaliat, inclusiv a metodologiei de lucru și a resurselor, așa cum este prevăzut și în Acordul Contractual, art. 17.1;

- întocmirea și transmiterea spre verificare și aprobare către Supervisor cu 30 zile înainte de începerea lucrărilor a Proiectelor privind Lucrările Provizorii (Organizarea de șantier), iar Supervisorul în termen de 15 zile va accepta sau respinge aceste propuneri, așa cum este prevăzut în Acordul Contractual, art. 19.1.

Analizând criticile contestatoarei, Consiliul constată că propunerea tehnică a ofertantului declarat câștigător a fost elaborată potrivit prevederilor din Acordul contractual, invocate în susținerea criticilor.

În acest sens, Consiliul reține că în propunerea tehnică, Secțiunea 2 au fost prezentate toate lucrările premergătoare începerii executării efective a lucrărilor, despre care contestatoarea a făcut vorbire prin contestație. Din verificările efectuate de către Consiliu susținerile entității contractante sunt confirmate de conținutul propunerii tehnice, respectiv de partea din propunerea tehnică unde a aceste activități se regăsesc, în speță Secțiunea 2 din propunerea tehnică la paginile indicate de către entitatea contractantă.

În ceea ce privește Organizarea de șantier, Consiliul mai reține că deși în conținutul propunerii tehnice este prezentată detaliat această activitate, are în vedere și susținerile entității contractante potrivit cărora în Graficul Gantt retransmis prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 32119/05.10.2020, prin care i se cere „2. Vă rugăm să retransmiteți graficului de eșalonare calendaristică Gantt completat cu fronturile de lucru și categoriilor de lucrări pe fronturile de lucru și operatorul economic responsabil pe fiecare activitate” este cuprinsă perioada de o lună necesară construirii organizării de șantier așa cum rezultă din pagina 000245 (verso), perioadă în care, așa cum afirmă și entitatea contractantă în punctul de vedere ofertantul nu a prevăzut alte lucrări de execuție ce fac obiectul contractului.

Prin urmare, criticile formulate cu privire la neconformitatea propunerii tehnice a ofertantului declarat câștigător pentru lipsa activităților premergătoare începerii execuției efective a lucrărilor se dovedesc a fi nefondate.

O altă critică se referă la faptul că la planificarea execuției lucrărilor, ofertantul desemnat câștigător nu a avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece (15 decembrie – 15 martie), situația care a determinat programarea de lucrări ce nu se pot realiza în perioada respectivă decât în cazul în care se vor aplica măsuri speciale, măsuri care nu au fost prezentate în documentația tehnică, acestea implicând

următoarele: *(Protejarea preventivă a pământurilor, Executarea săpăturilor pe timp friguros, Executarea umpluturilor pe timp friguros, Transportul pământului pe timp friguros, Condiții pentru asigurarea calității betonului pus în opera pe timp friguros. Urmărirea realizării calității betonului turnat pe timp friguros, realizarea cofrajelor și lucrărilor de armare pe timpul friguros, Decofrarea elementelor de construcții din beton turnat pe timp friguros).*

Consiliul va respinge ca nefondată și această critică având în vedere că în conținutul propunerii tehnice ofertantul Asocieria ... SA – ...SRL a prezentat planificarea lucrărilor în sezonul rece și Procedura tehnică de execuție „*Lucrări de betoane și cofraje*”.

În conținutul acestei proceduri se regăsesc informații cu privire la „7.15 Turnarea betonului la temperaturi mici”, unde, printre altele, se stabilește ca „*În condițiile în care temperatura aerului este mai mică sau egală cu +5°C sau există probabilitatea ca în interval de 24 ore să scadă sub această limită, se recomand ca temperatura betonului să fie în jurul valorii maxime prescrise, luându-se măsurile neceare pentru curățirea suprafeței de betonare de zăpadă și gheață*”.

De asemenea, la același punct sunt stabilite „*Condiții de preparare pe timp friguros*”, respectiv:

„13 *În perioada de timp friguros, Antreprenorul trebuie să ia măsurile necesare preparării betonului peste tempertura minimă prevăzută.*

14 *Agregatele nu vor fi încălzite la temperatură mai mare de 60°C.*

15 *Dacă la prepararea betoanelor se utilizează apă care are temperatură mai mare de 40°C, se va evita contactul direct al apei cu cimentul.*

16 *În acest caz se va amesteca mai întâi apa cu agregatele și numai după ce temperatura amestecului a scăzut sub 40°C, se va adăuga și cimentul*”.

Consiliul constată că este de asemenea prevăzută activitatea de „7.17 Turnarea betonului pe vreme nefavorabilă”, situație pentru care ofertantul a stabilit că:

„1 *betonarea nu va fi permisă în timpul ploilor torențiale, când temperatura aerului scade sub 2°C, sau când temperatura betonului depășește 32°C.*

2 *atunci când temperatura aerului depășește 25°C, betonarea va fi permisă numai după ce sunt luate măsuri de precauție speciale, aprobate de Supervizor, cu scopul de a se preveni întărirea timpurie a betonului, ca de exemplu scăderea temperaturii apei ce va fi utilizată în amesctele sau printr-un sistem de răcire, menținerea permanentă a agregatelor și cofrajelor pulverizate cu apă și construcția unor parasolare pentru zona de lucru*”.

Față de toate informațiile regăsite în conținutul propunerii tehnice, Consiliul va respinge ca nefondate criticile contestatoarei, constatând, contrar afirmațiilor acesteia, că la elaborarea propunerii tehnice

ofertantul Asocieria ... SA – ...SRL a prevăzut măsuri speciale pentru execuția lucrărilor în sezonul rece.

Contestatoarea formulează critici și cu privire la Graficul de execuție prezentat de ofertantul declarat câștigător invocând faptul că nu a ținut cont la întocmirea acestuia de fluxul tehnologic de execuție al activităților, având în vedere că, în opinia sa:

- interdependențele dintre activități sunt realizate haotic, fără vreo legătură cu resursele din cadrul activităților și nici cu echipa de lucru;
- echipele de lucru se regăsesc concomitent pe mai multe fronturi de lucru;

- nu a prezentat în grafic și nici în documentația tehnică următoarele echipe de lucru: echipa de desfacere sistem rutier, despălare și dezinfecție, de coordonare a siguranței traficului, de verificare a calității execuției lucrărilor, de monitorizare, de montaj utilaje și echipamente tehnologice și activități conexe, de lucrări de construcții, de foraje subtraversări, de instalații electrice;

- subactivitățile din cadrul graficului au fost prezentate sufețial, în condițiile în care pentru a putea dovedi capacitatea de organizare a viitorului șantier, asocieria trebuia să reprezinte cel puțin următoarele elemente, pentru fiecare activitate în parte: trasarea lucrărilor, excavarea tranșeei verificarea cotelor și verificarea naturii terenului la cota de fundare, montarea conductelor și țevelor de protecție în patul de nisip și verificare montaj conductă, montarea benzi de avertizare cu fir de detecție, umplutura parțială a conductelor cu excepția îmbinărilor, executarea construcției căminelor, subtraversare drum prin foraj dirijat, execuție cămine de subtraversare, bransamente, instalații hidraulice în cămine, lucrări pentru testare, verificare, probe, spălări, umpluturi tranșee peste conducta cu material corespunzător, cu verificarea gradului de compactare, refacere sistem rutier și recepție lucrări;

- în cadrul Graficului nu este evidențiat în dreptul fiecărei activități operatorul economic responsabil pentru realizarea acesteia, așa cum este solicitat în Formularul 14, astfel nu se regăsesc evidențiate echipele și formația exactă de lucru pentru asociat;

- drumul critic prezentat se abate de la principiile de bază și elementare ce îl definesc, respectiv activitățile nu sunt interdependente, activitățile componente ale drumului critic nu sunt o înșiruire de evenimente între data de început și data de sfârșit, simbolizată de recepția la terminarea lucrărilor.

Cu privire la toate aceste aspecte, Consiliul constată în urma analizei propunerii tehnice și a solicitărilor de clarificări și răspunsurile la acestea, că, în etapa de evaluare a propunerii tehnice, pentru o mai facilă verificare a tuturor informațiilor din Graficul Gantt, așa cum a procedat și în cazul evaluării propunerilor financiare datorită volumului mare de documente și informații, și pentru o eventuală prezentare completă a acestuia cu informații care se regăseau deja în conținutul altor documente, comisia de evaluare a procedat la solicitarea de

retransmitere, sau, după caz, transmiterea unor documente, lămurirea unor aspecte din conținutul propunerii tehnice sau justificarea/ „explicarea” anumitor situații, printre care și cele invocate de către contestatoare.

În mod evident, solicitările de clarificări se încadrează în categoria celor reglementate de art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, indicat de altfel de entitatea contractantă în preambulul solicitărilor de clarificări, potrivit cărora *„În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”* coroborate cu prevederile art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016 *„Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum o zi lucrătoare”*.

În acest sens, Consiliul reține că, prin adresa nr. 32119/05.10.2020 entitatea contractantă a solicitat la punctul 2 *„Vă rugăm să retransmițeți graficul de eșalonare calendaristică Gantt completat cu fronturile de lucru și categoriile de lucrări pe fronturile de lucru și operatorul economic pentru fiecare activitate”*, solicitare la care ofertantul a răspuns cu adresa nr. 3747/19.10.2020, arătând că:

„În cadrul Anexei 2.1, retransmitem Graficul GANTT conform solicitărilor, cu următoarele mențiuni:

- *Operatorul Economic responsabil pentru fiecare categorie de Lucrări a fost completat în cadrul Graficului;*

- *Fronturile de lucru aferente fiecărei categorii de lucrări au fost constituite ca anexa la Graficul GANTT (Anexa 2.2 la prezentul răspuns), cu mențiunea că acestea se citesc împreună. Justificarea vizează faptul că fronturile de lucru nu pot fi înscrise Grafic într-un mod lizibil, luând în considerare cantitatea de informații necesară detalierii solicitate”*.

Propunerile tehnice însoțite de răspunsurile la solicitările de clarificări au făcut obiectul evaluării de către comisia de evaluare conform procesului verbal nr. 2, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 35961/02.11.2020, ocazie cu care, în mod corect, s-a reținut în Anexa 1.1 a acestuia, că propunerea tehnică a ofertatului Asocieria ... SA – ...SRL este conformă prevederilor documentației de atribuire.

Consiliul constată că acolo unde în Graficul Gantt nu au fost prezentate anumite informații, sau au fost prezentate *„haotic”*, *„superficial”* sau *„necorelate”*, cum se afirmă prin contestație, acestea au fost prezentate atât în partea scrisă a propunerii tehnice cât și în Formularele puse la dispoziție, ca de exemplu Formularul nr. 12 –

Resurse Umane sau Formularul nr. 13 – Resurse Materiale care au fost de asemenea prezentate în conținutul propunerii tehnice.

În acest sens, Consiliul mai reține că ofertantul contestator nu indică în mod concret care este prevederea din documentația de atribuire nerespectată de către ofertantul Asocieria ... SA – ...SRL, exprimând prin contestație, în fapt, doar aprecieri prin folosirea afirmațiilor „interdependențele dintre activități sunt realizate haotic” sau „subactivitățile din cadrul graficului au fost prezentate superficial”.

Consiliul va avea în vedere în soluționarea criticilor și susținerile entității contractante cu privire la denumirea echipelor de lucru în fluxul de lucrări potrivit cărora apreciază că această operațiune este la latitudinea oricărui ofertant și că această informație nu este relevantă în cazul în care din Graficul Gantt rezultă care sunt tipurile de lucrări efectuate, resursele materiale și umane alocate pentru fiecare echipă cât și societatea care realizează lucrarea. Va reține însă, pe lângă aceste susțineri, că pentru o cât mai completă privire a modului în care ofertantul înțelege să coreleze toate resursele în vederea execuției în parametri de calitate și timp a lucrărilor entitatea contractantă a solicitat informații și documente clarificatoare, deși informațiile puse împreună și retransmise într-un nou document existau deja în conținutul propunerii tehnice.

Prin urmare, Consiliul constată caracterul nefodat al criticilor contestatoarei și reține că evaluarea tuturor propunerilor tehnice a fost efectuată cu rigurozitate și cu respectarea întocmai a dispozițiilor art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016 privind atribuțiile comisiei de evaluare, prin clarificarea, lămurirea, solicitarea justificării oricărei situații, informații sau document pentru care era nevoie de astfel de demersuri iar răspunsurile primite, însoțite de documente, după caz, au fost deasemenea riguros verificate în cadrul ședințelor de evaluare.

O ultimă critică a contestatoarei vizează faptul că în cadrul Formularului 12 – Resurse Umane, Formular 13 – Resurse Materiale, ofertantul declarat câștigător a prezentat echipele de lucru dimensionate pentru fiecare activitate în parte, însă apreciază că acestea nu sunt corelate cu fronturile de lucru (formațiile de lucru/echipele) nu au indicat exact în care front de lucru operează, care este durata de lucru pe frontul respectiv.

Având în vedere că aceste critici au legătură cu criticile analizate anterior cu privire la neconformitatea ofertei, și văzând că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 32119/05.10.2020 a pus la dispoziție informații în completarea celor prezentate deja în propunerea tehnică, Consiliul va respinge ca nefondate criticile întrucât în contextul analizat anterior cât și față de criticile în analiză oferta nu se încadrează în categoria celor neconforme, întrucât documentele retransmise cu informații care au fost corelate între ele nu fac ca oferta să devină neconformă.

Consiliul constată că prin concluzii scrise contestatoarea ...SRL a formulat noi critici cu privire la oferta declarată câștigătoare, respectiv noi motive de respingere a ofertei ca neconformă referitoare la perioada de garanție ofertată, la faptul că în Formularul C6 nu a fost prevăzută apă și soluții de dezinfectare a apei și nu a fost cuprinsă o cantitate de apă suficientă pentru operațiunile de spălare și probare conducte, neconcordanțe între informațiile din Listele de cantități Excel și valoarea din Formularul C6.

De asemenea, constată că prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 2876/19.01.2021, intervenienta ... SA solicită respingerea precizărilor formulate de contestatoare *„la punctul 2 din cuprinsul concluziilor scrise”*, ca tardive raportat la prevederile art. 10 din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora contestația trebuie motivată în fapt și în drept, orice completare făcută după expirarea termenului prevăzut de art. 8 din lege fiind considerate tardive. Solicită totodată respingerea criticilor formulate prin concluzii scrise ca inadmisibile invocând dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016.

În ceea ce privește inadmisibilitatea acestor critici, Consiliul reține că potrivit art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*.

De asemenea, potrivit art. 8 din același act normativ,

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Astfel, Consiliul observă că societatea contestatoare își motivează, completează contestația cu critici noi, în data de 15.01.2021, mult după data până la care putea formula contestație.

Cum toate părțile dintr-un dosar trebuie să aibă aceleași drepturi, urmând a depune actele procedurale în termenele legale, acceptarea unor critici noi dincolo de aceste termene încalcă dispozițiile legale și principiul egalității de tratament. Cum procedura în fața Consiliului trebuie să fie una celeră, depunerea și redepunerea de concluzii nu fac decât să conducă la încălcarea principiului celerității, un astfel de

comportament al operatorilor economici urmând a fi sancționat cu respingerea criticilor ca inadmisibile.

II. b) În ceea ce privește oferta depusă de Asocierii ...SRL – ...AD, contestatoarea ...SRL critică faptul că acest ofertant nu face dovada îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară prevăzută de fișa de date, la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

În susținerea criticilor contestatoarea arată că deși au fost prezentate 5 contracte în dovedirea îndeplinirii cerinței, comisia de evaluare, în mod greșit, a luat în considerare întreaga valoare a acestora în condițiile în care aceste contracte au fost semnate de către ...SRL în calitate de lider al anumitor asocieri în care ponderea a fost împărțită în funcție de activitățile stabilite prin acordul de asociere, indicând ca temei de drept art. 14 alin. (3) Nota 2 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Contestatoarea arată că, în mod eronat, entitatea contractantă a considerat concludent răspunsul ...SRL nr. 562/25.09.2020 – Anexa nr. 5 la solicitarea de clarificări, potrivit căruia în toate cele 5 contracte a avut loc o relocare a cotelor de participare în asociere, respectiv preluarea de către ...SRL a atribuțiilor celui alt asociat. Legat de acest aspect mai arată că un astfel de demers nu este permis de legislația în materia achizițiilor publice iar ofertantul nu a făcut dovada printr-un document că beneficiarul a fost încunoștințat și că și-a dat acordul cu privire la eventuala preluare a atribuțiilor celui alt asociat.

Un alt argument în susținerea criticilor aduse cu privire la această cerință este acela că aceste acte adiționale au fost făcute în secret și fără cunoștința beneficiarilor finali ai lucrărilor, întocmite, după cum afirmă contestatoarea, (pro causa) pentru a putea face dovada în prezenta cauză a îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară, indicii în acest sens fiind conținutul identic al actelor adiționale la acordurile de asociere și faptul că actul adițional la acordul de asociere care vizează realizarea obiectivului „*Extinderea rețelei publice de apă și apă uzată în localitățile Lunca și Nemțișor din comuna Vânători-Neamț, județul Neamț*” este încheiat anterior semnării contractului de lucrări. O astfel de situație se încadrează, în opinia contestatoarei, în situația de excludere reglementată de art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la cerința referitoare la experiența similară, Consiliul constată că entitatea contractantă a stabilit prin fișa de date la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională următoarele prevederi:

„Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani, împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor, a executat în cumulată de minim 70.000.000 lei, similare celor care fac obiectul contractului, la nivelul a maxim 7 contracte.

Prin lucrări similare se înțelege: lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere aducțiuni/rețele de

apă/rețele de canalizare/colectoare/conducte de refulare/alte tipuri de conducte aferente infrastructurii de apă/apă uzată.

La calculul valorii lucrărilor similare se ia în considerare atât valoarea infrastructurii cât și valoarea instalațiilor ce vor fi încorporate în lucrări, precum și valoarea eventualelor lucrări auxiliare execuției acestora automatizare/diverse instalații generale, dacă există.

Valoarea lucrărilor auxiliare (refacere sistem rutier, subtraversări/supratraversări/automatizare/diverse instalații generale) nu va fi luată în considerare la calculul valorii experienței similare, dacă acestea au fost executate în mod independent, respectiv în alt contract, sau fără legătură cu obiectul lucrărilor similare principale. (...)

Documentele prin care operatorii economici pot îndeplini cerința privind experiența similară sunt următoarele, fără a se limita la, enumerarea nefiind cumulativă: proces-verbal de recepție finală/proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor/proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor unor sectoare/obiecte independente dpdv funcțional întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face obiectul contractului și/sau alte documente (certificate/documente constatatoare sunt funcționale la parametrii stabiliți ca referință și au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu. Din documentele prezentate trebuie să reiasă și cel puțin următoarele informații. Numele Beneficiarului, numele Executantului, date de identificarea contractului (titlu, nr. data), tipul contractului (executare lucrări) valoarea (lei fără TVA), rolul (contractant unic, lider, asociat, subcontractant), scopul lucrărilor (tipuri de lucrări), perioada de realizare (datele de începere și de finalizare a lucrărilor executate de operatorul economic), locul execuției, datele de identificare a documentului care atestă finalizarea lucrărilor”.

În soluționarea criticilor, Consiliul constată că potrivit informațiilor din DUAЕ depus de ...SRL acest asociat a indicat un număr de 5 contracte, respectiv:

1. Contractul de lucrări nr. 5777/10.10.2017 având ca obiect „Realizare rețea de alimentare cu apă și branșamente la consumatori în comuna Movila Banului, județul Buzău” – Ofertant ...SRL – SA, valoare 1.423.822,51 lei, fără TVA;

2. Contractul de lucrări nr. 976/22.08.2018 având ca obiect „Extinderea rețelei publice de apă și apă uzată în localitățile și” – Ofertantul ...SRL – SRL, valoare 3.958.162,77 lei, fără TVA;

3. Contractul de lucrări nr. 3432/21.06.2017 având ca obiect „Prima înființare sistem canalizare ape uzate și stație de epurare și prima înființare rețea de alimentare cu apă, împrejurimi și spații tehnice în localitatea Rușeșu” – Ofertant ...SRL – ... SA, valoare 9.768.353,42 lei, fără TVA;

4. Contractul de lucrări nr. 654/27.02.2018 având ca obiect „Extindere rețea de canalizare ape uzate menajere în comuna ...” – Ofertant ...SRL – SRL, valoare 3.985.083,13 lei, fără TVA;

5. Contractul de lucrări nr. L20190903/12.09.2019 având ca obiect „*Extindere rețea apă și rețea canalizare, zona Ghimbav DJ 103C, jud. Brașov*” – Ofertant ...SRL – ... SA, valoare 12.846.314,38 lei fără TVA.

În DUAE prezentat de asociatul ...AD au fost prezentat la lit. C: Capacitatea tehnică și profesională următorul contract:

1. Contract nr. DOP – 52/15.05.2017 având ca obiect „*Proiectare suplimentară și reconstrucția și reabilitarea rețelei de alimentare cu apă și canalizare a orașului Dobrich în cadrul proiectului «Proiect integrat pentru ciclul de apă din orașul Dobrich» – Etapa 1 Pentru Lotul 2 – «Proiectare suplimentară, reconstrucția și reabilitarea rețelei de alimentare cu apă a orașului Dobroch», Etapa care include: Alimentare cu apă – Lot 2*”, valoarea contractului 67.097.688,03 lei, fără TVA.

Pentru faptul că în conținutul Formularului DUAE existau informații pe care comisia de evaluare le-a considerat incomplete, prin adresa nr. 30790/23.09.2020 a solicitat ofertantului doar retransmiterea DUAE, respectiv:

„1. Având în vedere faptul că în DUAE aferent operatorului economic ...S.R.L. la secțiunea privind capacitatea tehnică și profesională, sunt menționate acorduri de asociere la fiecare din cele 5 contracte prezentate, vă rugăm să retransmiteți DUAE în care să menționați numele, rolul și valoarea lucrărilor executate pentru fiecare membru al asocierilor.

2. Vă rugăm să retransmiteți DUAE aferent operatorului economic ...AD în care, la datele contractului prezentat în secțiunea privind capacitatea tehnică și profesională, să menționați numele Executantului și rolul (contractant unic, lider, asociat, subcontractant)”.

Însă, Consiliul constată că deși solicitarea a fost doar de retransmitere a DUAE-urilor, ofertantul a transmis atât documente cât și clarificări cu privire la informațiile din DUAE a celor doi asociați, informații nesolicitate întrucât nu erau necesare în această etapă a procedurii.

Astfel, Consiliul constată că toate criticile aduse în acest moment ofertantului clasat pe al doilea loc cu privire la modalitatea de îndeplinire a cerinței referitoare la experiența similară sunt nefondate având în vedere că atât potrivit documentației de atribuire cât și prevederilor legale s-a stabilit că documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, se vor prezenta obligatoriu, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile.

Prin urmare, a critica faptul că documentele depuse de către ofertantul clasat pe locul 2 sunt sau nu suficiente în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare dată fiind situația prezentată se dovedesc nefondate, ofertantul a cărui ofertă este criticată aflându-se pe locul al doilea în clasament.

Faptul că entitatea contractantă a făcut un demers cu intenția de a lămuri o chestiune legată de informațiile din DUAE și a solicitat

retransmiterea Formulelor DUAЕ a celor doi asociați nu poate constitui, în acest moment un motiv de contestare a ofertei de vreme ce oferta, în speță informațiile și documentele depuse de către ofertantul situat pe locul 2 nu au făcut obiectul unei analize complete a comisiei de evaluare.

De altfel, Consiliul constată, așa cum este consemnat și în procesul verbal nr. 1 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, înregistrat sub nr. 31380/20.09.2020, entitatea contractantă a solicitat inclusiv contestatoarei, în mod similar, retransmiterea unui Formular DUAЕ, informații care însă nu au făcut obiectul unei analize riguroase întrucât etapa în care se afla procedura de atribuire nu impunea evaluarea acestora sau solicitarea de documente în dovedirea îndeplinirii sau nu a cerinței de calificare privind experiența similară.

Față de cele constatate anterior, Consiliul va respinge ca nefondate criticile.

Contestatoarea consideră nelegală decizia entității contractante de a declara admisibilă oferta depusă de Asocierii ...SRL – ...AD în condițiile în care consideră că prin răspunsurile la solicitările de clarificări acest ofertant și-a modificat conținutul propunerii financiare situație care se încadrează, după cum susține, în prevederile art. 140 alin. (5) din HG 394/2016.

În acest sens indică consemnările din raportul procedurii de atribuire de la pagina 8 unde comisia de evaluare a reținut astfel:

„Comisia de evaluare a constatat în cadrul propunerilor financiare erori aritmetice, abateri tehnice minore, vicii de formă care au fost corectate/îndreptate de către ofertanți. În urma corectărilor efectuate de ofertanți, valorile au devenit: (...)

- valoarea ofertei prezentată de ASOCIEREA ...(...) se modifică de la valoarea inițială de 69.791.182,88 lei, fără TVA la valoarea de 69.846.557,73 lei TVA”.

În susținerea criticilor arată că în cazul ofertei Asocierii ...SRL – ...AD este vorba de neconformități ale ofertei, singura modificare a ofertei care putea fi acceptată era doar în cazul existenței unor erori aritmetice, or, comisia de evaluare în mod eronat a reținut incidența prevederilor art. 140 alin. (6) și alin. (9) din HG nr. 394/2016, privitoare la abaterile tehnice minore/vicii de formă în condițiile în care acestea privesc neconformitățile propunerii tehnice și nu a propunerii financiare.

Verificând modul în care a fost evaluată propunerea financiară a Asocierii ...SRL – ...AD, Consiliul constată că rezultatul acestei evaluări se regăsește în procesul verbal nr. 3, înregistrat sub nr. 39000/23.11.2020, concluziile detaliate rezultate din analiza răspunsurilor la solicitările de clarificări referitoare la propunerea financiară a acestui ofertant fiind consemnate în Anexa 1.2 la acesta.

Analizând conținutul acestor solicitări de clarificări și răspunsurile la acestea, Consiliul constată că se încadrează în categoria solicitărilor de

clarificări formale, luând cu titlu de exemplu adresa nr. 36315/03.11.2020 prin care se solicită *„Retransmiterea următoarelor documente, în format Excel: (...)”*, sau de confirmare în cazul adreselor 37394/11.11.2020, nr. 37946/13.11.2020, nr. 38238/17.11.2020 și nr. 38625/19.11.2020.

Așa cum s-a reținut și în procesul verbal nr. 3, Consiliul constată că în cadrul propunerii financiare comisia de evaluare a constatat printre altele și erori de calcul, în speță omiterea unui subtotal și calculul greșit a valorii totale pentru un articol, situație care a fost încadrată, în mod corect de către entitatea contractantă în dispozițiile art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016 (nu la alin.(6) cum eronat afirmă contestatoarea) potrivit căroră *„(9) Prin excepție de la dispozițiile alin. (5), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant, la solicitarea comisiei de evaluare, în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente”*.

Erorile aritmetice au condus la o creștere de 0,08% față de valoarea inițială, respectiv de la 69.791.182,88 lei, fără TVA, la valoarea de 69.846.557,73 lei, fără TVA, creștere care nu conduce la schimbarea clasamentului, și mai mult decât atât legiutorul a reglementat existența unor astfel de situații fără a stabili sancțiunea respingerii unei oferte aflată într-o astfel de situație ci remedierea situației.

Situația concretă care a condus la modificarea prețului total al propunerii financiare, ulterior îndreptării erorilor aritmetice, s-a datorat faptului că:

- în Lista CJ03_CL12_101 Extindere rețea de distribuție Cuzdrioara, valoarea totală a articolul C2-01 Depozitarea materialului rezultat în taluz și în alte locuri generale de depozitare localitatea Cuzdrioara a fost egală cu prețul unitar al articolului, nu s-a efectuat înmulțirea prețului cu cantitatea situație care este, în mod evident, de natura unor erori aritmetice;

- în Lista CJ04_CL12_103 Stație de pompare localitatea Cuzdrioara SPAU 2, articolul *„G2-1.1.1 SPAU 2 Cuzdrioara: stație de pompare compactă, complet echipată”* nu a fost inclus în subtotalul IV Montaj utilaj și echipamente tehnologice, situație care se încadrează în categoria erorilor aritmetice, întrucât există articolul, cantitatea, prețul însă nu a fost inclus în valoarea totală;

- în Lista CJ05_CL12_102 Stații de pompare apă uzată SPAU 1, CJ05_CL12_103 Stații de pompare apă uzată SPAU2 și CJ05_CL12_104 Stații de pompare apă uzată SPAU3, pentru articolul *„C4-03 Balast”* s-au calculat valorile de material, manoperă, utlaj și transport, totalul acestora nu s-a făcut, situație care de asemenea se încadrează în eroare aritmetică.

Situația descrisă mai sus a făcut obiectul solicitării de clarificări cu adresa nr. 37394/11.11.2020 și răspunsul primit de la SC ...SRL cu adresa nr. 679/13.11.2020 analizate în Anexa 1.2 la procesul verbal nr. 4 (nr. 31380/29.09.2020)

Contrar susținerilor contestatoarei, prin răspunsurile primite cu privire la propunerea financiară, ofertantul nu și-a modificat propunerea financiară entitatea contractantă nu a încadrat situația descrisă nici în categoria viciilor de formă și nici în abateri tehnice minore reglementate de art. 140 alin. (6) din HG nr. 934/2016, ci a erorilor aritmetice reglementate de alin. (9) al aceluiași articol, prin urmare, prin criticile sale, pe lângă caracterul nefondat al acestora, contestatoarea încearcă să inducă în eroare făcând trimitere la eventuală modificare inclusiv a propunerii tehnice.

Văzând cele expuse anterior, Consiliul constată că prin răspunsurile transmise ofertantul nu a modificat conținutul propunerii financiare, așa cum critică contestatoarea, ci au fost îndreptate erori aritmetice permise de legislația în domeniul achizițiilor publice, în speță art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016, motiv pentru care va respinge ca nefondate criticile.

Oferta depusă de Asocierii ...SRL – ...AD este considerată neconformă de către contestatoare întrucât nu ar fi respectat cerințele minime ale documentației de atribuire:

- În raport de cerințele din Formularul 14 – Program de execuție, Graficul general de realizare a investiției publice – Asocierea nu a luat în calcul perioada anterioară începerii lucrărilor efective de execuție – perioada de mobilizare, respectiv timpul în care vor fi realizate lucrări premergătoare execuției efective a lucrărilor.

Contrar susținerilor contestatoarei, Consiliul constată că în propunerea tehnică depusă de Asocierii ...SRL – ...AD se regăsesc toate informațiile referitoare la perioada anterioară începerii lucrărilor de execuție.

Astfel, constată că în propunerea tehnică Vol 1 Metodologia de execuție se regăsesc informații cu privire la Planul de sănătate și securitate în muncă (SSM), Planul de calitate și Organizarea de șantier.

De asemenea, așa cum rezultă din răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 32117/05.202, respectiv Anexa nr. 3 la adresa nr. 586/08.10.2020 (pag.002132 din dosar), până în data de 15.03.2020 sunt prezentate toate activitățile premergătoare execuției efective a lucrărilor. Față de constatările făcute criticile vor fi respinse ca nefondate.

Este criticat de asemenea faptul că la planificarea execuției lucrărilor, asocierea nu a avut în vedere perioada de 3 luni de sezon rece (15 decembrie- 15 martie), situație care a determinat programarea de lucrări ce nu se pot realiza în perioada respectivă decât în cazul în care se vor aplica măsuri speciale, măsuri care nu au fost prezentate în documentația tehnică, acestea implicând următoarele: protejarea preventivă a pământurilor, executarea săpăturilor pe timp friguros,

executarea umpluturilor pe timp friguros, condiții pentru asigurarea calității betonului pus în opera pe timp friguros, urmărirea realizării calității betonului turnat pe timp friguros, realizarea cofrajelor și lucrărilor de armare pe timpul friguros, decofrarea elementelor de construcții din beton turnat pe timp friguros.

Așa cum rezultă din răspunsul la solicitarea de clarificări nr.32117/05.10.2020, respectiv din Anexa 3 la adresa nr. 586/08.10.2020, execuția efectivă a lucrărilor ce fac obiectul contractului, respectiv lucrări de extindere alimentarea cu apă și rețele de canalizare vor începe în luna martie, situație față de care și aceste critici se dovedesc a fi nefondate.

O altă critică referitoare la oferta depusă de Asocieria ...este aceea că în Graficul de execuție nu a ținut cont de fluxul tehnologic de execuție al activităților, acestea fiind, în opinia sa, cu interdependențe realizate haotic, fără vreo legătură cu resursele din cadrul activităților și cu echipa de lucru. Nu a prezentat în cadrul Grafic și nici în documentația tehnică următoarele echipe considerate de către contestatoare necesare, respectiv, echipa de desfacere sistem rutier; echipa de spălare și dezinfectie; echipa de coordonare a siguranței traficului; echipa internă de verificare a calității execuției lucrărilor; echipa monitorizare; echipa montaj utilaje și echipamente tehnologice și activități conexe; echipa lucrări de construcții; echipa foraje subtraversări; echipa instalații electrice.

Subactivitățile din cadrul graficului au fost prezentate, în opinia sa, de asemenea superficial (fiecare obiect/activitate fiind detaliată simplist, după cum urmează: terasamente, lucrări de construcții, lucrări de instalații), apreciind că pentru a putea dovedi capacitatea de organizare a viitorului șantier, asocierea trebuia să reprezinte cel puțin următoarele elemente, pentru fiecare activitate în parte: Trasarea lucrărilor; Excavarea transeei, verificarea cotelor săpăturii și verificarea naturii terenului la cota de fundare; Montarea conductelor și țevelor de protecție în patul de nisip și verificare montaj conductă; Montare benzi de avertizare cu fir de detecție; Umplutura parțială a conductelor cu excepția îmbinărilor; Executarea construcției căminelor; Subtraversare drum prin foraj dirijat; Execuție cămine de subtraversare; Branșamente: Instalații hidraulice în cămine; Lucrări pentru testare, verificare, probe, spălări; Umpluturi tranșee peste conducta cu material corespunzător, cu verificarea gradului de compactare; Refacere sistem rutier; Recepție lucrări.

Contestatoarea critică faptul că în cadrul Graficului nu este evidențiat în dreptul fiecărei activități operatorul economic responsabil pentru realizarea acesteia, așa cum este solicitat în Formularul 14, motiv pentru care apreciază că nu se regăsesc evidențiate echipele și formația exactă de lucru pentru asociat.

Ca și în cazul ofertantului declarat câștigător, contestatoarea critică faptul că în cadrul Formularului 12 - Resurse Umane, Formular 13 -

Resurse Materiale, Asocierea ...a prezentat echipe de lucru dimensionate pentru fiecare activitate în parte, însă acestea nu sunt corelate cu fronturile de lucru și că formațiile de lucru/ echipele nu au indicat exact în care front de lucru operează, care este durata de lucru pe frontul respectiv.

Cu privire la toate aceste aspecte contestate, Consiliul reține că în etapa de evaluare a propunerii tehnice comisia de evaluare a considerat necesară clarificarea unor aspecte sau completarea formală și/sau de confirmare a unor informații considerate utile în procesul de evaluare a propunerii tehnice, informații care de altfel se regăseau în conținutul propunerii tehnice.

Cu privire la acestea a fost emisă adresa nr. 32117/05.10.2020, prin care au fost formulate o serie de clarificări printre care și cea referitoare la aspectele criticate, respectiv:

„În temeiul art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile publice și urmare a verificării propunerii tehnice, comisia de evaluare vă solicită următoarele completări/clarificări:

1. Vă rugăm să retransmiteți graficul de eșalonare calendaristică Gantt completat cu denumirea operatorului economic responsabil pentru fiecare activitate (cotrăctant, subcontractant) și cu activitățile, obiectele, fronturile și categoriile de lucrări realizate de aceștia pe echipe de lucru”.

Cu adresa nr. 586/08.10.2020, înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 32924/09.10.2020, SC ...SRL a răspuns solicitării arătând că:

„1. În ceea ce privește solicitarea nr. 1:

Vă rugăm să observați faptul că graficul Gantt depus inițial îndeplinește cerințele documentației de atribuire, acesta conținând evidențierea echipelor de lucru, iar componența echipelor, cu denumirea operatorului economic responsabil, a fost detaliată în formularul 12 aflat la paginile 299-303 din ofertă (Anexa nr. 2). Astfel, din documentele prezentate rezultă indubitabil responsabilul pentru fiecare activitate, cu obiecte, fronturi și categorii de lucrări).

Cu toate acestea înțelegem să dăm curs solicitării Dumneavoastră și vă retransmitem graficul Gantt (Anexa nr. 3) cu indicarea operatorului economic din care fac parte echipele de lucru, astfel cum fusese evidențiat la paginile 299-303 din ofertă”.

Mai mult decât atât, Consiliul constată că ofertantul contestator aduce aprecieri proprii cu privire la modul „superficial” în care consideră că ofertantul ar fi elaborat oferta, fără a indica în mod concret care este prevederea din documentația de atribuire care a fost încălcată de acesta.

Astfel, Consiliul constată că atât prin documentele depuse în propunerea tehnică cât și ulterior prin documentele și răspunsul la solicitarea de clarificări oferta depusă de ofertantul Asocierea ...este conformă prevederilor documentației de atribuire, situație în care criticile aduse cu privire la neconformitatea propunerii tehnice a Asocierii ...SRL – ...AD vor fi respinse ca nefondate.

Consiliul va respinge ca nefondate și criticile potrivit cărora, în opinia contestatoarei, Drumul critic prezentat se abate de la principiile de bază și elementare așa cum este definit, respectiv Drumul Critic reprezintă cea mai lungă succesiune de activități care trebuie începute și terminate conform programului, fiind cea mai lungă succesiune de activități cu rezerva de timp zero, în cadrul graficului și nici în raportul descriptiv solicitat de entitatea contestată nefiind simbolizate rezervele de timp pentru fiecare activitate componentă, astfel încât să fie justificat drumul critic.

Și de această dată ofertantul contestator formulează critici de natura unor aprecieri proprii potrivit cărora un anumit document din propunerea tehnică trebuia să fie întocmit într-un anumit mod fără a putea indica în mod concret prevederea din documentația de atribuire nerespectată de către ofertatul Asocieria ...la elaborarea acestuia.

Consiliul va respinge ca admisibile, în temeiul art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 criticile formulate de către ...SRL prin concluzii scrise depuse la dosarul cauzei cu adresa nr. 90/15.01.2021, potrivit căruia *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*.

Prin urmare, Consiliul va respinge ca inadmisibile criticile referitoare la neconcludența răspunsului la clarificarea nr. 37946/13.11.2020, întrucât prin răspuns Asocieria ...și-ar fi subestimat cheltuielile cu proiectarea, iar la solicitarea de clarificări a indus în eroare entitatea contractantă prin alocarea acestor sume unor capitole care vizează alte activități, critici care nu se regăsesc în contestație. În luarea unei astfel de decizii, Consiliul are în vedere că pentru a putea formula contestație atât în drept cât și în fapt, legiuitorul a stabilit posibilitatea ofertanților și obligația entităților contractante/autorităților contractante de a pune la dispoziția ofertanților dosarul achiziției, context în care ofertantul contestator ar fi avut cunoștință de toate informațiile necesare formulării unei contestații, fără a mai ajunge în situația de a formula critici noi după studierea dosarului cauzei la Consiliu. Astfel, prin respingerea criticilor formulate pe calea concluziilor scrise, Consiliul va admite excepția invocată de intervenienta ... SA, respectiv aplicarea dispozițiilor art. 21 alin.(3) din Legea nr. 101/2016 care stabilește că *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”*.

Va respinge însă excepția nemotivării, în fapt și în drept a contestației formulată de ...SRL având în vedere că aceasta are toate elementele prevăzute de art. 10 din Legea nr. 101/2016, inclusiv motivarea în fapt și drept a acesteia însoțită de dovezi în susținerea criticilor formulate.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes în formularea contestației în situația în care se constată caracterul nefondat al criticilor aduse ofertei situată pe primul loc, Consiliul o va respinge, de asemenea, având în vedere că s-a avut în vedere nu doar modul în care a fost efectuată evaluarea ofertelor situate pe primele două locuri, ci modul în care s-a derulat întreg procesul de evaluare a ofertelor depuse în cadru prezentei proceduri de atribuire.

În final, concluzionând, față de cele reținute anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ...SRL în contradictoriu cu ... SA.

Având în vedere caracterul nefondat al criticilor din contestația formulată de ...SRL, Consiliul va admite cererile de intervenție formulate de SC ...SRL și ... SA cu privire la contestația formulată de ...SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, 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 nefondate contestațiile formulate de către SC ...SRL și ...SRL în contradictoriu cu ... SA.

Respinge cererea SC ...SRL de obligare a entității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Admite cererea de intervenție formulată de ... SA împotriva contestației formulată de SC ...SRL.

Admite cererile de intervenție formulate de ... SA și SC ...SRL împotriva contestației formulată de ...SRL.

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.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 6 exemplare, conține 76 (șaptezecișase) pagini.

