

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

DECIZIE

Nr. 1954/C3/2077

Data: 02.09.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 41739/11.08.2021, formulată de către SRL, cu sediul în, ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin și convențional prin, cu sediul în, sediu ales pentru comunicarea actelor procedurale, împotriva rezultatului procedurii de atribuire nr. 25422/5.08.2021, întocmit în procedura simplificată organizată de, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în, ..., județul, în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Servicii de asistență tehnică și supervizare a lucrărilor de construcții pentru contractul de lucrări Reabilitarea și extinderea rețelei de stații hidrometrice folosite în întreținerea condițiilor de navigație pe sectorul românesc de ...”, inițiată cu anunțul de participare simplificat nr. SCN1083141 din 15.03.2021, s-a solicitat:

- anularea deciziei entității contractante de constatare a ofertei sale ca fiind inacceptabilă și anularea raportului procedurii nr. 25421 din 05.08.2021;

- anularea deciziei entității contractante de anulare a procedurii de achiziție publică;

- obligarea entității contractante la continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea specificului achiziției, a obiectului acesteia, a legislației în vigoare;

- obligarea entității contractante la emiterea unui nou raport de evaluare și la comunicarea către ofertanți a deciziei sale;

- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de litigiu.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 41739/11.08.2021, ... SRL atacă rezultatul

procedurii de atribuire nr. 25422/5.08.2021, întocmit de, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă pentru că nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, în conformitate cu art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, și a fost respinsă în conformitate cu art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016. Totodată, entitatea contractantă a constatat incidente prevederile art. 225 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, conform cărora are obligația de a anula procedura de atribuire „dacă nu a fost depusă nicio oferta admisibilă”.

Contestatorul susține că, în procedură, au fost depuse două oferte, a sa și cea a, În urma evaluărilor, oferta a fost declarată neconformă, după analiza propunerii tehnice, iar oferta sa a fost declarată admisibilă în conformitate cu art. 140 alin. (9) din HG nr. 394/2016, acumulând 92 de puncte.

De asemenea, contestatorul arată că, în urma verificării documentelor suport/dovezilor, comisa de evaluare a constatat că informațiile preliminare din DUAE nu au fost demonstrate, iar oferta sa a fost declarată inacceptabilă, pentru că nu s-a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similare, în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016 și, având în vedere că nu există o altă ofertă admisibilă în procedură, a înțeles să anuleze procedura de achiziții publice, considerând această măsură nelegală.

Contestatorul menționează că, în conformitate cu fișa de date a achiziției *pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*, pentru contractele de achiziție de servicii- executarea servicii de tipul specificat, *Cerința 1-Experiența similară*, solicitările erau: "Ofertantul trebuie să facă dovada că a dus la bun sfârșit, în ultimii 3 ani raportat de la data limită de depunere a ofertelor servicii de supervizare pentru lucrări de consolidare construcții hidrotehnice și/sau civile și/sau construcții hidrotehnice noi și/sau civile noi sau modernizări și/sau reabilitări construcții hidrotehnice/civile, iar valoarea cumulată a serviciilor recepționate la nivelul unuia sau mai multor contracte a fost de minim 200.000 lei, fără TVA”.

De asemenea, contestatorul arată că prin *servicii duse la bun sfârșit* se înțelege *servicii recepționate parțial cu condiția ca acestea să fi putut fi utilizate de Beneficiar ca rezultat independent și servicii recepționate la sfârșitul prestării*.

Contestatorul susține că entitatea contractantă a apreciat că nu a dovedit, în mod corespunzător, cerințele privind experiența similară oferită de terțul susținător din mai multe contracte prezentate în acest sens.

În continuare, contestatorul arată că terțul susținător a oferit, ca experiență similară, următoarele contracte:

1. Contract nr. /13.06.2018 nr. /13.06.2018 Obiectiv: Imobil de locuințe colective 2S+P+5E+6- 7ER, din str., ...

De asemenea, în dovedirea îndeplinirii condițiilor de eligibilitate a arătat următoarele înscrisuri: proces-verbal de predare-primire din 12.12.2019; Raport de activitate; Facturi de servicii; valoare totală contract servicii: 1,604,485.07 lei, fără TVA, (contractant unic, 100%), finalizat, din care:

- servicii dirigenție de șantier - 30%, 481,345.52 lei, fără TVA;
- servicii construction management - 70%= 1,123,140.00 lei, fără TVA;
- dată început: 13/06/2018, dată sfârșit: 12/12/2019; Beneficiari:

2. Contract nr./29.08.2017 Servicii de Management de proiect/Consultanță de șantier pentru proiectul „.....”. În dovedirea îndeplinirii condițiilor de eligibilitate a arătat următoarele înscrisuri: proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, Fișa clientului; valoare totală contract servicii 80.040,00 lei, fără TVA; contractant unic, 100% finalizat; dată început: 04/09/2017, dată sfârșit: 04/03/2018; Beneficiar: SC, cu sediul în, ...

3. Contract nr. 02.02.2017 - *Servicii de consultanță pentru management de proiect pe perioada execuției lucrărilor pentru proiectul 7, zona 7.2; Act adițional nr. 1/2017. A prezentat pentru acest contract: scrisoare de recomandare nr. 2921/14.03.2018, aferentă anului 2017; listă situație facturi emise și încasate: anul 2017 și 2018; valoare totală contract servicii- 322.247,20 lei, fără TVA; dată început: 02/02/2017, dată sfârșit: 08/07/2018; beneficiar: cu sediul în*

Contestatorul susține că, deși entitatea contractantă a solicitat dovedirea unei experiențe similare în valoare de minim 200.000 lei, societatea sa a prezentat contracte finalizate, în valoare de aproximativ 2.000.000 lei, fapt de natură a dovedi, în opinia sa, în mod corespunzător experiența sa similară.

Ulterior depunerii documentelor suport DUAЕ, contestatorul menționează că entitatea contractantă nu s-a arătat lămurită în vederea acestor contracte pe care terțul său susținător le-a oferit ca experiență similară.

Astfel, în privința contractului de construction management nr./13.06.2018, citând solicitarea comisiei de evaluare, contestatorul arată că a prezentat următoarele:

- proiectul 2S+P+5E+6-7ER din str., ... a fost realizat în două faze, Faza 1 - realizarea lucrărilor de structură, lucrări realizate de Antreprenor General, în relația cu care Beneficiarul este reprezentat de Supervizor și Faza 2 - realizarea lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații (și anumite lucrări de structură) - lucrări realizate de către Antreprenori de specialitate, în relația cu care Beneficiarul este reprezentat de Construction Management, echivalent Supervizor.

- contractul nr. 13.06.2018 a avut ca obiect "Servicii de management de proiect în construcții, respectiv coordonarea și monitorizarea realizării lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații", ceea ce înseamnă Faza 2 de execuție.

Conform art. 3.2.1 din Contractul nr. 13.06.2018, la finalizarea lucrărilor, Construction Managerul are obligația de a preda Beneficiarului Cartea Tehnică a construcției și toată documentația tehnică de proiect. Menționează că, la începutul lucrărilor, pentru buna execuție a lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații, Beneficiarul a pus la dispoziție Construction Managerului toată documentația de structură a proiectului, pentru Faza 1.

Prin procesul-verbal de predare-primire din 12.12.2019, conform Tranzacției autentificate sub nr. 468/12.12.2019, semnat de către Beneficiar pe toate paginile, a fost predată documentația de proiect către Beneficiar, documentație care face parte din Cartea Tehnică a construcției și cuprinde toate informațiile despre proiect, în toate fazele acestuia, documentație ce nu putea fi transmisă decât la finalizarea proiectului, conform procesului-verbal, așa cum prevede contractul, după transmiterea raportului final. Astfel, rezultă fără echivoc faptul că s-au respectat în totalitate cerințele din Fișa de date a achiziției la cap. III.1.3.a), respectiv: "certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar/procese-verbale de recepție, documente constatatoare emise de autoritățile contractante, din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței de capacitate tehnică, respectiv serviciile prestate, perioada prestării acestora și valoarea acestora".

De asemenea, perioada de prestare a serviciilor este reflectată și în facturile emise de către, către Beneficiarul și puse la dispoziția autorității contractante în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 23345/16.07.2021, din care reiese că acestea au fost emise în perioada contractuală, cu data de începere 13.06.2018 și dată de încheiere 12.12.2019, pentru serviciile prestate conform contract nr. 13.06.2018.

Contestatorul susține că, în practică, în contractele cu beneficiarii privați, nu este prevăzută expres aprobarea fiecărei facturi transmisă, respectiv semnarea lor pentru confirmarea plății, menționând că, potrivit art. V alin. (2) din Ordonanța nr. 17/2015 și art. 319 alin. (29) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal (pe care le citează), factura este valabilă fără ștampilă și semnătură.

Din acest motiv, contestatorul precizează că a prezentat și extrasul din contabilitate, respectiv fișa contului 4111.00079 - Clienți, pentru clientul, extras din softul de contabilitate, care reprezintă intrările și ieșirile înregistrate în contabilitate, respectiv facturile emise și încasările înregistrate pe baza extraselor de cont, pentru perioada 01.01.2018-31.12.2019.

Contestatorul menționează că, în Nota din răspunsul său la clarificări, a precizat: *"Întrucât valoarea contractului este exprimată în Euro, menționăm că valoarea declarată în DUAЕ la momentul depunerii ofertei a fost convertită conform cursului valutar, așa cum s-a cerut în fișa de date, la cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, motiv pentru care calculele nu au fost exacte.*

Din documentele atașate, respectiv fișa contului, rezultă o valoare cu TVA de 1.905.651,64 lei, iar din informațiile din facturile emise pentru acest proiect (13.06.2018-12.12.2019) se poate observa că nu toate pot fi luate în calcul ca experiență similară. Astfel, din valoarea totală din fișa contului cu TVA se vor scădea următoarele:

- 4.391,10 lei, cu TVA, conform factura 464/21.11.2018, care reprezintă contravaloare taxă ocupare domeniu public cu schela pentru obiectivul;

- 7.143,46 lei, cu TVA, conform factura 465/28.11.2018, care reprezintă contravaloare comanda beton;

- 10.980,00 lei, cu TVA 0%SDD, conform factura 478/06.02.2019, care reprezintă contravaloare taxă ocupare domeniu public cu schela pentru obiectivul;

- 8.418,00 lei, cu TVA 0%SDD, conform factura 511/07.08.2019, care reprezintă contravaloare taxă ocupare domeniu public pentru obiectivul

- 46.637,85 lei, cu TVA, conform factura 536/12.12.2019, care reprezintă cheltuieli de șantier conform raport final.

Astfel, în urma calculelor realizate din documentația pusă la dispoziție, valoarea rezultată este de 1.828.081,23 lei, inclusiv TVA, respectiv 1.536.202,71 lei, fără TVA.

Raportând la procentul estimat al serviciilor de dirigenție de șantier și construction management (supervizarea antreprenorilor de specialitate) așa cum a fost declarat în DUAЕ, vom obține următoarele valori:

- Servicii dirigenție de șantier - 30%, 460.860,81 lei fără TVA
- Servicii construction management - 70% = 1.075.341,90 lei, fără TVA

Totodată, menționăm că valoarea serviciilor din acest contract depășește cu mult experiența similară, 1.536.202,71 lei, fără TVA față de 200.000,00 lei, fără TVA, solicitată prin fișa de date, rezultând fără echivoc faptul că cerințele privind experiența similară sunt îndeplinite în totalitate."

Contestatorul precizează că membrii comisiei de evaluare nu au luat în considerare facturile depuse și nici fișa contului ,,,, , extrasă din contabilitatea terțului ,,,,,, SRL, având în vedere că, în prețul contractului, sunt incluse și plățile către furnizori și alți prestatori, existând o diferență între onorariul înscris în contract pentru serviciile de

construction management, fără a se justifica pentru ce sunt încasate aceste sume.

Entitatea contractantă nu a reținut acest contract pentru că nu ar fi prezentat niciun document/certificat emis sau contrasemnat de o autoritate sau client beneficiar prin care se confirmă valoarea contractului declarată în DUAE și nici durata acestuia. Din procesul-verbal de predare primire din 12.12.2019, conform Tranzacției autentificate în 2019, rezultă doar data recepției acestor documente fără a fi menționată valoarea contractului și nici durata acestuia.

Contestatorul susține că, în cazul contractului nr. /13.06.2018, entitatea contractantă trebuia să aibă în vedere, în principal, obiectul, cât și valoarea acestuia: "Prestarea de servicii de management de proiect de construcții, respectiv coordonarea și monitorizarea realizării lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații denumite în continuare servicii de construction management iar în prețul contractului este inclusă și dirigenția de șantier în conformitate cu prevederile legale incidente".

Așa cum a arătat, valoarea aferentă serviciilor de supervizare derulate de SRL, în perioada de referință, este de 1.536.202,71 lei, fără TVA, din care serviciile de dirigenție de șantier 460.860,81 lei, fără TVA și servicii de construction management 1.075.341,90 lei, fără TVA.

Citând art. 5 alin. (1) și art. 12 alin. (5) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP, contestatorul precizează că entitatea contractantă trebuia să aibă în vedere, ca dovadă a experienței similare, întreaga valoare a contractului prezentat, chiar dacă obiectul acestuia nu este identic cu cel al contractului oferat în procedura din speță.

Referitor la particularitățile proiectului, beneficiar, care au făcut obiectul contractului nr. /2018, contestatorul apreciază că, deoarece este vorba de un proiect rezidențial de lux, situat în centrul, și necesitatea de schimbări și adaptări la cerințele cumpărătorilor de apartamente care și-au specificat propriile cerințe, mai ales cu privire la finisaje, abordarea a fost de construction-management, adică nu a existat un antreprenor general, ci antreprenori de specialitate, iar materialele și echipamentele au fost, în cea mai mare parte, procurate și plătite direct de beneficiar, sub coordonarea construction managerului, ...SRL.

În acest context, contestatorul susține că nu se poate reține că în prețul contractului au fost incluse și valoarea lucrărilor de execuție sau alte costuri cu furnizorii, activitatea sa pe șantier fiind atât de supraveghere a lucrărilor echivalentă cu supervizarea definită de HG nr. 1/2018, cât și găsirea furnizorilor și executanților și propunerea acestora către beneficiar care, la rândul său, semna contracte cu persoanele propuse de ea.

În continuare, contestatorul demonstrează că valoarea de contract, fără cheltuielile de șantier și taxe evidențiate pe anumite facturi, trebuie luată în considerare, deoarece reprezintă, în mod evident, servicii similare cu cele solicitate în speță.

Contestatorul susține că ceea ce nu a înțeles entitatea contractantă din documentația pusă la dispoziție în cadrul clarificărilor, în ciuda explicațiilor sale este că:

a. dirigenția de șantier a fost asigurată de ing., domeniul 2.2 - construcții civile și de ing., iar valoarea reprezintă costurile directe cu experții, costurile indirecte și profitul pentru furnizarea respectivului serviciu, respectiv 460.860,81 lei, fără TVA;

b. construction management/supervizare a antreprenorilor de specialitate - serviciul a fost furnizat de către o echipă de consultanță formată din 3 ingineri și un economist, echipă coordonată de reprezentantul, ing., și a presupus activități mult mai complexe decât cele prevăzute la Contract nr. /02.02.2017 menționat (. ... 372), dat fiind că a însemnat coordonarea nu a unui antreprenor general, ci a mai multora, în permanență fiind cel puțin 5 antreprenori de specialitate pe șantier pentru pachetele majore de lucrări câte un antreprenor, respectiv pentru arhitectură și finisaje, instalații, fațade, tâmplărie exterioare, hidroizolații, branșament electric, branșament apă și canalizare. Pentru toți aceștia și pentru toate ariile de cunoaștere din managementul proiectelor de construcții (în principal managementul calității, timpului, costurilor, riscurilor, modificărilor), ...SRL a asigurat supervizarea/managementul de proiect, inclusiv coordonarea și controlul activității, în condițiile de termene de execuție extrem de reduse (precontracte de vânzare-cumpărare ale beneficiarului cu promitenții cumpărători de apartamente) și cerințe foarte înalte de calitate, cu necesitatea respectării bugetului. Valoarea ce trebuie luată în calcul este 1.536.202,71 lei, fără TVA (valoarea de contract fără cheltuieli de șantier: dirigenție de șantier- 460.860,81 lei, fără TVA și servicii de construction management-1.075.341,90.

De menționat că, din aceste valori, 286,746.00 lei, fără TVA reprezintă bonus finalizare la termen și în buget, iar 95.151,83 lei, fără TVA, valoarea premierilor și optimizărilor.

Având în vedere cele susținute, rezultă că valoarea care trebuie luată în considerare pentru serviciile de supervizare în cadrul acestui contract este de 1.536.202,71 lei, fără TVA.

De asemenea, având în vedere fișa clientului pentru, rezultă achitarea în totalitate a facturilor emise pentru serviciile prestate conform contractului și că acestea au fost duse la bun sfârșit.

În privința susținerilor entității contractante, potrivit cu care facturile fiscale nu reprezintă certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar, contestatorul consideră că acestea nu sunt corecte.

În primul rând, entitatea trebuia să aibă în vedere, ca document semnat de autoritate pentru acest proiect, procesul-verbal de predare primire a tuturor documentelor realizate în derularea acestui contract, procesul-verbal semnat de beneficiar. Mai mult chiar, consideră contestatorul că, în mod cert, superior ca și eficiență oricărui document constatat, sunt facturile emise acceptate și plătite de beneficiar. Prin aceste documente a făcut dovada acceptării lucrărilor menționate în aceste facturi. Atâta vreme cât beneficiarul a plătit aceste servicii este evident că le-a acceptat la plată.

Consideră contestatorul că, odată plătite, serviciile au putut fi utilizate de Beneficiar ca rezultat independent, satisfăcând astfel cerința din fișa de date a achiziției cu privire la experiența similară.

Contestatorul susține că valoarea contractului rezultă din conținutul acestuia și aceasta a fost valoarea declarată în DUAЕ. Valoarea achitată a contractului este cea menționată și a arătat că Beneficiarul contractului a *bonusat* societatea susținătoare pentru serviciile prestate în baza sa.

De asemenea, contestatorul arată că durata contractului este cea menționată în conținutul lui, fiind evident că acest contract și-a produs efectele până la recepționarea serviciilor prestate de ea. Astfel, afirmația entității, potrivit căreia nu se menționează nicăieri valoarea contractului și nici durata lui, rămân fără niciun suport.

În privința contractului nr./29.08.2017, contestatorul precizează că entitatea contractantă a considerat că a fost finalizat într-o perioadă care excede termenul de 3 ani anteriori termenului fixat pentru deschiderea ofertelor. În acest sens, invocând și citând prevederile art. 9 din Instrucțiunea nr. 2/19.04.2017, contestatorul consideră că entitatea trebuia să aibă în vedere și acest contract, ca experiență similară, pentru că s-a derulat în perioada respectivă, menționată în fișa de date a achiziției.

Referitor la contractul/2.02.2017 - Servicii de consultanță pentru management de proiect pe perioada execuției lucrărilor pentru proiectul 7, zona 7.2, contestatorul menționează că entitatea contractantă a apreciat că în scrisoarea de recomandare nr. 2321 / 14.03.2018, emisă de beneficiarul serviciilor prestate, ..., se atestă că societatea SRL a prestat serviciile în perioada 02.02.2017-31.12.2017, iar valoarea totală este de 182.909 lei, fără TVA, perioadă care nu se încadrează în perioada solicitată. Se apreciază că și acest contract excede perioadei solicitate în documentația de atribuire

Conform clauzei nr. 3 din Contractul RCC806/02.02.2017, perioada de prestare a serviciilor este 16.01.2017 - 23.10.2017. Ulterior, pentru acest contract a fost încheiat Actul Adițional nr. 1, care prevedea prelungirea perioadei de prestare a serviciilor pe o durată nedeterminată. Scrisoarea de recomandare nr. 2921 din 14.03.2018 a fost transmisă de către Beneficiar după încheierea procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor pentru proiectul e, conform Contract

nr./02.02.2017. Însă, realizarea lucrărilor de adaptare la cerințele promitențelor cumpărători și remedieri în perioada de garanție a determinat continuarea prestării serviciilor de management de proiect, respectiv facturarea și încasarea acestora, pentru același contract pentru care a fost emisă scrisoarea de recomandare. Astfel, perioada de prestare a serviciilor este perioada declarată în DUAЕ, cu o mică corecție: data de început rămâne aceeași 02.02.2017, iar data de sfârșit 04.07.2018 (data ultimei facturi emise), în loc de 08.07.2018 declarată în DUAЕ, dintr-o eroare materială.

Pentru demonstrarea perioadei în care au fost facturate servicii, conform Contract nr./02.02.2017, contestatorul susține că, în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 23345/16.07.2021, a anexat fișa contului 411.00064 - Clienți, pentru Clientul, extras din softul de contabilitate, semnat și ștampilat, care reprezintă intrările și ieșirile înregistrate în contabilitate, respectiv facturile emise și încasările înregistrate pe baza extraselor de cont, pentru perioada contractuală, respectiv 02.02.2017- 04.07.2018.

Conform solicitării din fișa de date referitor la experiența similară, care presupune servicii prestate în ultimii 3 ani, raportat la data limită de depunere a ofertelor, contestatorul subliniază că perioada de referință, raportată la data limită de depunere a ofertelor, este 05.04.2018-05.04.2021. Astfel, pentru a se încadra în perioada respectivă, a declarat valoarea experienței similare, din cea a contractului, pentru serviciile prestate începând cu data de 05.04.2018.

Contestatorul arată că a transmis entității contractante centralizator cu valorile facturilor și perioada facturată, unde se observă că ultima factură emisă și achitată este din 04.07.2018, deci din perioada menționată în documentație.

Pentru evitarea oricărui dubiu, contestatorul susține că a anexat facturile pentru serviciile prestate după data de 05.04.2018, respectiv cele cu nr. 430/07.05.2018, 435/05.06.2018 și 439/04.07.2018, care însumate reprezintă 55.886,80 lei, fără TVA, cum a fost declarat în DUAЕ.

Așa cum a menționat și anterior, în practică, în contractele cu beneficiarii privați, nu este prevăzută expres aprobarea fiecărei facturi transmise, respectiv semnarea acesteia pentru confirmarea plății.

Menționează contestatorul, încă odată, că potrivit art. V alin. (2) din Ordonanța nr. 17/2015 și art. 319 alin. (29) din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, factura este valabilă fără ștampilă și semnătura.

Faptul că facturile au fost aprobate de Beneficiar rezultă din încasările reflectate în contabilitate, respectiv din fișa contului. Astfel, rezultă, fără îndoială, că, din documentația pusă la dispoziție de către SRL pentru acest proiect, reiese că acesta a prestat servicii de management de proiect, așa cum sunt descrise în Contract RCC806/02.02.2017 și anexa 1, că acestea au fost recepționate și că pot

fi folosite ca rezultat independent, conform art. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, servicii duse la bun sfârșit, facturile fiind achitate de către Beneficiar, iar scrisoarea de recomandare emisă de către Beneficiar pentru acest proiect reprezintă o foarte bună prestare a serviciilor din cadrul acestui contract.

Contestatorul precizează că, potrivit normelor fiscale facturile se emit în data prestării serviciului și, cum factura fiscală a fost emisă în 04.07.2018, este cert că serviciul a fost prestat la acea dată. Acceptarea la plată și plata efectivă a facturii echivalează, în opinia sa, cu acceptarea de către beneficiar a serviciilor facturate.

Totodată, în cazul în care considera că informațiile și documentele prezentate nu sunt suficiente pentru a elimina nelămuririle privind capacitatea și experiența terțului susținător, contestatorul invocă disponibilitatea sa, amintind prevederile art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, pe care ele citează.

Contestatorul susține că, în cazul în care comisia de evaluare ar fi apreciat că experiența similară oferită de terțul susținător nu este suficientă, ar fi trebuit să-i solicite schimbarea terțului susținător, nu să constate oferta sa ca inacceptabilă, considerând măsura luată de comisia de evaluare nelegală fiind dată cu încălcarea principiului liberei concurențe și a tratamentului egal impuse de art. 2 din Legea nr. 99/2016.

Apreciază contestatorul că cerința privind experiența nu trebuie să fie identică ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței. Astfel, în cadrul modelului de fișă de date - versiunea decembrie 2016 din Notificarea nr. 256/08.12.2016, pct. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională - Experiența similară*, publicată pe siteul ANAP, sunt prezentate instrucțiuni și exemple de bună practică utile, atât autorităților contractante, cât și operatorilor economici potențiali ofertanți la procedurile de atribuire.

Astfel, prin formularea cerinței și explicitarea similarității, conform acestor instrucțiuni, entitatea contractantă oferă potențialilor ofertanți posibilitatea de a prezenta informațiile și documentele necesare pentru demonstrarea experienței similare. Totodată, în sensul celor precizate anterior, în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară în cadrul unei proceduri de atribuire, se vor avea în vedere și prevederile Instrucțiunii nr. 2/2017, în speță art. 5 alin. (1) și (2), în cadrul căruia sunt exemplificate situații concrete legate de modalitatea de formulare/îndeplinire a cerinței respective. Ca urmare, modul în care trebuie demonstrate experiența similară în cadrul procedurilor de atribuire a unor contracte de lucrări nu poate fi determinat prin raportare la codul CPV, ci prin raportare la cerința concretă și explicația aferentă experienței similare, astfel cum au fost acestea formulate în cadrul documentației de atribuire de entitatea contractantă.

În concluzie, contestatorul consideră că evaluarea realizată de entitatea contractantă este eronată, susținând că, în principal trebuie considerate ca fiind concludente toate documentele prezentate de terțul său susținător cu privire la experiența similară. Consideră, contestatorul că facturile fiscale prezentate, cât și dovezile de plată ale acestor facturi fac dovada suficientă pentru a demonstra recepționarea serviciilor prestate de ea similar cu obiectul contractului ofertat în prezenta procedură.

În afară de documentele de plata prezentate, contestatorul invocă faptul că terțul său susținător a prezentat și procese-verbale de recepție semnate de beneficiar și alte documente care releva executarea în bune condiții a serviciilor respective.

De asemenea, în cazul în care comisia de evaluare ar fi considerat că experiența similară oferită de terțul susținător nu este relevantă, contestatorul consideră că avea obligația de a-i solicita schimbarea acestuia conform art. 197 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, pe care îl citează.

Prin adresa nr. 26318/13.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 42800/16.08.2021, entitatea contractantă a transmis punct de vedere față de contestație, solicitând respingerea ei, ca neîntemeiată și nefondată.

În prealabil, entitatea contractantă prezintă amănunțit etapele evaluării celor două oferte depuse în procedură, inclusiv solicitările de clarificări adresate ofertanților și răspunsurile la acestea, până la declararea drept admisibilă a ofertei depuse de SRL.

De asemenea, entitatea contractantă arată că, în conformitate cu prevederile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare a solicitat ofertantului clasat pe primul loc, respectiv ofertantului SRL, prezentarea documentelor justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE-urile depuse de ofertant și terțul susținător SRL.

Entitatea contractantă susține că, în urma analizării răspunsului ofertantului, comisia de evaluare a constatat că, în ceea ce privește contractul de Construction Management nr. /13.06.2018, Obiectiv: Imobil de locuințe colective 2S+P+5E+6- 7ER, din str., ..., ofertantul a prezentat:

- contractul de Construction Management nr. /13.06.2018,
- Raport de activitate nr. 24 - Faza II -RAPORT FINAL
- Proces verbal de predare - primire din 12.12.2019
- 32 facturi de servicii;
- fișa clientului.

De asemenea, entitatea contractantă arată că, în DUAE, ofertantul a declarat că valoarea aferentă serviciilor de supervizare derulate

de SRL, în perioada de referință, este de 1.604.485,07 lei, fără TVA, contractant Unic, 100% finalizat, din care:

- servicii dirigenție de șantier - 30%, 481.345,52 lei, fără TVA;
- servicii construction management - 70%= 1.123.140.00 lei, fără

TVA,

cu data de începere 13.06.2018 și data de încheiere 12.12.2019.

Comisia de evaluare a constatat că, în procesul-verbal de predare primire încheiat în data de 12.12.2019, denumit "Proces-verbal de predare primire încheiat în data de 12.12.2019 conform Tranzacției autentificate sub nr. 468/12.12.2019", încheiat între și SRL, sunt menționate activități/servicii prestate înainte de data de încheiere a contractului nr./13.06.2018.

În ceea ce privește "Raportul de activitate nr. 24 - Faza II - RAPORT FINAL", comisia a constatat că nu conține niciun fel de informații legate de valoarea contractului sau perioada de derulare a acestuia, ci doar stadiul lucrărilor: "....la data prezentului raport se înregistrează o întârziere de 83.5 zile cu un procentaj de realizare a lucrărilor de 80%...".

Totodată, subliniază entitatea contractantă că acest document nu a fost semnat/confirmat de către beneficiar, așa cum a fost solicitat în fișa de date a achiziției la cap. III. 1.3.a). Comisia de evaluare a solicitat ofertantului să prezinte, pentru contractul de Construction Management nr./13.06.2018, un document, așa cum a fost solicitat în fișa de date a achiziției la cap. III.1.3.a), astfel încât să fie demonstrate informațiile înscrise în DUAЕ revizuit, respectiv din documentele transmise să reiasă clar valoarea serviciilor de dirigenție de șantier declarate în DUAЕ și perioada în care au fost prestate.

Entitatea contractantă susține că ofertantul SRL a transmis răspunsul nr. 755/30.07.2021, înregistrat la AFDJ RA cu nr. 24777/30.07.2021, în care a precizat: "Proiectul 2S+P+5E+6-7ER din str., ... a fost realizat în două faze, Faza 1 - realizarea lucrărilor de structură, lucrări realizate de Antreprenor General, în relația cu care Beneficiarul este reprezentat de Supervizor și Faza 2 - realizarea lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații (și anumite lucrări de structură) - lucrări realizate de către Antreprenori de specialitate, în relația cu care Beneficiarul este reprezentat de Construction Manager, echivalent Supervizor. Contractul nr./13.06.2018 a avut ca obiect "Servicii de management de proiect în construcții respectiv coordonarea și monitorizarea realizării lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații", ceea ce înseamnă Faza 2 de execuție.

Conform art. 3.2.1 din Contractul nr./13.06.2018, la finalizarea lucrărilor, Construction Managerul are obligația de a preda Beneficiarului Cartea Tehnică a construcției și toată documentația tehnică de proiect. Menționăm că la începutul lucrărilor, pentru buna execuție a lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații, Beneficiarul a pus la dispoziție

Construction Managerului toată documentația de structură a proiectului, pentru Faza 1. Prin Procesul-Verbal de predare primire din 12.12.2019 conform Tranzacției autentificate sub nr. 468/12.12.2019, semnat de către Beneficiar pe toate paginile, a fost predată documentația de proiect către Beneficiar; documentație care face parte din Cartea Tehnică a construcției și cuprinde toate informațiile despre proiect, în toate fazele acestuia, documentație ce nu putea fi transmisă decât la finalizarea proiectului, conform procesului-verbal, așa cum prevede contractul, după transmiterea raportului final."

Referitor la valoarea serviciilor de dirigenție de șantier aferente acestui contract, entitatea contractantă precizează că ofertantul a menționat: "(...) Astfel, în urma calculelor realizate din documentația pusă la dispoziție, valoarea rezultată este de 1.828.081,23 lei, inclusiv TVA, respectiv 1.536.202,71 lei, fără TVA. Raportând la procentul estimat al serviciilor de Dirigenție de șantier și Construction Management (supervizarea Antreprenorilor de specialitate) așa cum a fost declarat în DUAE, vom obține următoarele valori:

- Servicii dirigenție de șantier-30%, 460.860,81 lei, fără TVA;
- Servicii construction management - 70% = 1.075.341,90 lei, fără TVA;
- data de începere 13.06.2018 și data de încheiere 12.12.2019."

Ca urmare a analizei răspunsului comunicat de ofertant, comisia de evaluare a constatat faptul că, din documentele primite în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, nu rezultă clar valoarea serviciilor de dirigenție de șantier declarate în DUAE și perioada în care acestea au fost prestate. Cele declarate de ofertant nu au dovedit îndeplinirea cerinței din fișa de date a achiziției, ofertantul nefăcând decât a transcrie informații din procesul-verbal de predare primire din 12.12.2019, care să inducă în mod eronat entității contractante că cerința solicitată este îndeplinită.

Referitor la obiectul Contractului de Construction Management nr./13.06.2018, comisia a constatat că este de "prestare servicii de management de proiect în construcții, respectiv coordonarea și monitorizarea realizării lucrărilor de arhitectură, finisaje, instalații, denumite în continuare servicii de construction management", fiind incluse și serviciile de dirigenție de șantier.

De asemenea, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a declarat, în răspunsul la solicitarea de clarificări, că în procesul-verbal de predare primire din 12.12.2019 este menționată predarea documentației de proiect către Beneficiar, documentație care face parte din Cartea Tehnică a construcției, care cuprinde toate informațiile despre proiect, în toate fazele acestuia, respectiv Faza 1 - realizarea lucrărilor de structură, lucrări realizate de Antreprenor General, în relația cu care Beneficiarul este reprezentat de Supervisor și Faza 2 - realizarea lucrărilor de

arhitectură, finisaje și instalații (și anumite lucrări de structură) - lucrări realizate de către Antreprenori de specialitate, în relația cu care Beneficiarul este reprezentat de Construction Manager, echivalent Supervisor.

Precizează entitatea contractantă că doar pentru Faza 2 este contractul înscris la poziția 1 în DUAЕ - contractul nr. /13.06.2018 , care a avut ca obiect "Servicii de management de proiect în construcții, respectiv coordonarea și monitorizarea realizării lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații". În contract se descrie obiectul acestuia la art. 1.1: «prestarea de servicii de management de proiect în construcții, respectiv coordonarea și monitorizarea realizării lucrărilor de arhitectură, finisaje și instalații, denumite în continuare servicii de construction management [...] în prețului contractului este inclusă și prestarea dirigenției de șantier, în conformitate cu prevederile legale incidente. Pentru evitarea oricărui dubiu, în prețului contractului sunt incluse toate activitățile necesare pentru contractarea, coordonarea, monitorizarea și executarea de către furnizori și prestatori a lucrărilor și activităților necesare pentru realizarea obiectivului de investiții, în limitele financiare și de timp agreeate de către părți prin prezentul contract și anexele sale.»

Comisia de evaluare a constatat că, referitor la serviciile de construction management, ofertantul a declarat că pot fi asimilate cu servicii de supervizare, ele fiind prestate pentru lucrări de arhitectură. Însă, tot ofertantul calculează distinct serviciile de dirigenție de șantier. Prin urmare, față de cele menționate, entitatea contractantă susține că, în mod corect, comisia de evaluare a considerat că trebuie luată în calcul valoarea serviciilor prestate de ofertant doar pentru ceea ce este prestat de către acesta și nu de către alți prestatori și nici contractele de furnizare a materialelor/instalațiilor, etc.

Referitor la prețului contractului, având în vedere cele susținute, comisia de evaluare a constatat că în prețului contractului nr. /13.06.2018 sunt cuprinse și plățile necesare pentru alți furnizori (nu doar pentru supervisor), precum și pentru prestarea de către alți prestatori a lucrărilor și activităților necesare realizării Fazei 2 a obiectivului de investiții, care nu cuprinde doar supervizare. Totodată, la art. 5.1. din contract sunt precizate distinct onorariile pentru "construction manager": «Onorariul Construction Managerului pentru serviciile prevăzute în prezentul contract este după cum urmează:

- 2.500 euro, fără TVA, plătit lunar pentru faza de pre construcție cu durata estimată de 1 lună de la semnarea contractului;
- 7.000 euro, fără TVA, plătit lunar pentru faza de construcție cu durata estimată de 10 luni de la îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute la art. 3.2.1.alin.1".

Astfel, entitatea contractantă arată că, în baza contractului, valoarea serviciilor de construction management, dacă s-ar fi executat în

întregime, ar fi de: 2500 euro + 7000 euro x 10 luni = 72.500 euro, fără TVA, precizând că nu a fost depus niciun act adițional la acest contract.

Mai mult, în documentul depus de ofertant «Raport de activitate nr. 24 - FAZA II RAPORT FINAL», perioada de raportare 18.09.2019-19.10.2019, la pag. 39 din 43, este înscris că acest contract a fost reziliat la cererea Beneficiarului, respectiv «În încheiere precizăm faptul că atitudinea Reprezentanților Beneficiarului față de activitatea Construction Managerului din ultima perioadă, respectiv ultimele 3 luni înainte de rezilierea abuzivă a contractului de către Beneficiar, este contrară termenilor contractuali agreeți [...]». Din documentele prezentate nu rezultă data certă de începere a contractului și nu se face dovada prelungirii duratei contractului.

În continuare, entitatea contractantă subliniază faptul că nu a primit niciun document din care să rezulte perioada exactă de prestare a serviciilor de construction management, având în vedere că:

- contractul s-a semnat în data de 13.06.2018, dar el se executa după data emiterii ordinului de începere, care nu rezultă din niciun document depus. Doar din PV-ul de recepție depus se constată că primul PV de recepție materiale este la data de 03.08.2018 (pag. 16 din 47 a Procesul-Verbal de predare primire din 12.12.2019);

- în Raportul de activitate nr. 24 - FAZA II RAPORT FINAL, emis pentru perioada 18.09.2019 - 19.10.2019, se precizează că a fost reziliat contractul fără însă să rezulte la ce dată;

- din Procesul-Verbal de predare primire din 12.12.2019, prin care a fost predată documentația de proiect către Beneficiar, rezultă doar data recepției acestor documente, fără a fi menționată valoarea contractului și nici durata acestuia. Acest proces-verbal include predarea documentelor aferente, atât Fazei 1, cât și Fazei 2 a lucrărilor pentru imobilul de locuințe colective 2S+P+5E+6-7ER din str.

Față de cele constatate, comisia de evaluare nu a putut lua în considerare facturile depuse de ofertant și nici fișa contului extrasă din contabilitatea terțului SRL, având în vedere că:

- în contract, la art. 1.1, se precizează clar că prețul contractului include și plățile către furnizori și alți prestatori, respectiv: «executarea de către furnizori și prestatori a lucrărilor și activităților necesare pentru realizarea obiectivului de investiții» deci nu numai construction management;

- există o diferență între onorariul înscris în contract pentru serviciile de construction management 72500 euro, fără TVA, pentru 10 luni (așa cum rezultă din contract) și valoarea înscrisă de ofertant în DUAЕ-ul inițial, de 1.604.485,07 lei, fără TVA, și ulterior în DUAЕ revizuit de 1.536.202,71 lei, fără TVA (așa cum a calculat ofertantul și a depus facturi și fișa de cont), fără însă să justifice pentru ce sunt încasate aceste sume cu niciun document.

- facturile și fișa de cont nu reprezintă „certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar”, așa cum s-a solicitat în fișa de date a achiziției.

În concluzie, comisia a constatat faptul că, deși i-a fost solicitat ofertantului, în mod repetat, să prezinte pentru contractul de Construction Management nr./13.06.2018, un document, așa cum a fost solicitat în fișa de date a achiziției la cap. III.1.3.a), astfel încât să fie demonstrate informațiile înscrise în DUAE revizuit, ofertantul nu a prezentat nici un certificat/document emis sau contrasemnat de o autoritate sau clientul beneficiar, prin care să fie confirmată valoarea contractului declarată în DUAE revizuit și nici durata acestuia. Din *procesul-verbal de predare primire din 12.12.2019 conform Tranzacției autentificate sub nr. 468/12.12.2019*, prin care a fost predată documentația de proiect către Beneficiar, rezultă doar data recepției acestor documente, fără a fi menționată valoarea contractului și nici durata acestuia.

Concluzionând, față de cele susținute, entitatea contractantă susține că, în răspunsul la solicitările de clarificări depuse de ofertantul SRL, pentru contractul de Construction Management nr./13.06.2018, acesta nu a prezentat niciun certificat/document emis sau contrasemnat de o autoritate sau clientul beneficiar, prin care să fie confirmată valoarea contractului declarată în DUAE revizuit și nici durata acestuia. Din procesul-verbal de predare primire din 12.12.2019, prin care a fost predată documentația de proiect către Beneficiar, rezultă doar data recepției acestor documente, fără a fi menționată valoarea contractului și nici durata acestuia. Mai mult, în documentul depus de ofertant «Raport de activitate nr. 24 - FAZA II RAPORT FINAL», perioada de raportare 18.09.2019 - 19.10.2019, este înscris că acest contract a fost reziliat la cererea Beneficiarului.

Totodată, subliniază entitatea contractantă faptul că ar fi fost suficient ca ofertantul să fi prezentat documente justificative privind valoarea și durata serviciilor de dirigenție de șantier, așa cum a declarat în DUAE și, ulterior, în răspunsurile la solicitările de clarificări.

Astfel, entitatea contractantă precizează că afirmația contestatorului ("Față de aceste considerente autoritatea contractantă trebuia să aibă în vedere ca dovadă a experienței similare întreaga valoare a contractului prezentat chiar dacă obiectul acestuia nu este identic cu cel al contractului ofertat în procedura de față") este nefondată, ținând cont că comisia de evaluare a constatat că ofertantul nu a prezentat niciun certificat/document emis sau contrasemnat de o autoritate sau clientul beneficiar, prin care să fie confirmată valoarea contractului declarată în DUAE revizuit și nici durata acestuia.

Entitatea contractantă consideră nefondate afirmațiile contestatorului (*"Ce nu a înțeles autoritatea contractantă din documentația pusă la dispoziție în cadrul clarificărilor, în ciuda*

explicațiilor noastre este că: a dirigenție de șantier - serviciul a fost asigurat de ing., domeniul 2.2 - construcții civile și de ing., iar valoarea reprezintă costurile directe cu experții și costurile indirecte și profitul pentru furnizarea respectivului serviciu, respectiv 460.860,81 lei, fără TVA; b. construction management/supervizare a antreprenorilor de specialitate - serviciul a fost furnizat de către o echipă de consultanță formată din 3 ingineri și un economist, echipa coordonată de reprezentantul, ing., și a presupus activități mult mai complexe decât cele prevăzute la Contract nr./02.02.2017 menționat mai sus (.... 372), dat fiind că a însemnat coordonarea nu a unui antreprenor general, ci a mai multora, în permanență fiind cel puțin 5 antreprenori de specialitate pe șantier pentru pachetele majore de lucrări câte un antreprenor, respectiv pentru arhitectură și finisaje, instalații, fațade, tâmplărie exterioară, hidroizolații, bransament electric, bransament apă și canalizare.), deoarece nu sunt probate și sunt contrare celor prezentate în răspunsurile la solicitările de clarificări, ofertantul prezentând comisiei de evaluare altă justificare a valorii contractului, față de ce a prezentat în contestație, ba mai mult, în cele menționate în contestație face referire la bonusuri, premieri și optimizări care condiționat ar face parte din valoarea contractului.

De asemenea, declarațiile ofertantului și afirmațiile din contestație nu sunt susținute cu documente justificative.

Mai menționează entitatea contractantă că, deși din Raportul de activitate nr. 24 - FAZA II RAPORT FINAL rezultă că a fost reziliat acest contract, totuși beneficiarul a acordat prestatorului SRL bonusuri și premieri.

Referitor la contractul nr./ 29.08.2017- "Servicii de Management de proiect I Consultanță de șantier pentru proiectul „....", entitatea contractantă precizează că nu s-a reținut, de către comisia de evaluare, acest contract, ca experiență similară, deoarece, ținând cont de data de sfârșit a contractului, 04.03.2018, respectiv de predare a lucrării, 29.01.2018, este depășită perioada de 3 ani raportată la data deschiderii ofertelor, respectiv 05.04.2021.

Din toate cele susținute, entitatea contractantă consideră că este nefondată afirmația contestatorului: "Considerăm astfel că autoritatea trebuia să aibă în vedere și acest contract ca experiență similară pentru că s-a derulat în perioada respectivă menționată în fișa de date a achiziției" întrucât din procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 1/29.01.2018 (859/29.01.2018) reiese că data de sfârșit a Contractului nr./ 29.08.2017 este 04.03.2018, dată ce nu se încadrează în perioada solicitată în fișa de date a achiziției, "Ofertantul trebuie să facă dovada că a dus la bun sfârșit, în ultimii 3 ani raportat la data limită de depunere a ofertelor", respectiv 05.04.2021.

Referitor la contractul/2.02.2017 - Servicii de consultanță pentru management de proiect pe perioada execuției lucrărilor pentru

proiectul, prezentând documentele justificative depuse în susținerea celor declarate în DUAЕ, entitatea contractantă precizează că, în Scrisoarea de recomandare nr. 2321/14.03.2018, se atestă faptul că societatea SRL a prestat serviciile în perioada 02.02.2017-31.12.2017, iar valoarea totală este de 182.909 lei, fără TVA, perioadă care nu se încadrează în perioada solicitată.

Totodată, Fișa clientului SA, prezentată de ofertant nu reprezintă un document solicitat conform cerinței din fișa de date a achiziției, întrucât acesta este emis de către ofertant și nu este confirmat de către clientul beneficiar.

Entitatea contractantă precizează că, în DUAЕ revizuit, ofertantul a precizat, referitor la acest contract "valoarea serviciilor prestate în ultimii 3 ani: 55.886,80 lei, fără TVA, Data de început: 02.02.2017, Data sfârșit: 08.07.2018. Drept pentru care comisia de evaluare i-a solicitat ofertantului să prezinte, pentru contractul nr. /02.02.2017, un document, așa cum a fost solicitat în fișa de date a achiziției la cap. III.1.3.a). La data de 30.07.2021, ofertantul SRL, a transmis răspunsul nr. 755/30.07.2021, înregistrat la ... RA cu nr. 24777/30.07.2021, pe care îl citează.

Astfel, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a declarat, în răspunsul transmis, faptul că, potrivit clauzei nr. 3 din Contractul R..... /02.02.2017, perioada de prestare a serviciilor este 16.01.2017-23.10.2017, iar ulterior, pentru acest contract a fost încheiat Actul Adițional nr. 1 care prevede prelungirea perioadei de prestare a serviciilor pe o durată nedeterminată. De asemenea, acesta a precizat că Scrisoarea de recomandare nr. 2921 din 14.03.2018 a fost transmisă de către Beneficiar după încheierea Procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor pentru proiectul 7, zona 7.2, conform contract nr. /02.02.2017. Însă, realizarea lucrărilor de adaptare la cerințele promitenților cumpărători și remedieri în perioada de garanție a determinat continuarea prestării serviciilor de management de proiect, respectiv facturarea și încasarea lor, pentru același contract pentru care a fost emisă scrisoarea de recomandare.

Entitatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare au constatat însă că execuția lucrărilor de adaptare la cerințele promitenților cumpărători și remedieri în perioada de garanție" nu rezultă din niciun document depus de ofertant care să reprezinte un document solicitat conform cerinței fișei de date a achiziției de la cap. III.1.3.a). Mai mult, acesta a depus un document relevant - Scrisoarea de recomandare nr. 2921 din 14.03.2018 - din care rezultă clar că serviciile au fost prestate de SRL în perioada 02.02.2017 - 31.12.2017.

De asemenea, facturile depuse de ofertant și fișa contului, extrasă din contabilitatea terțului, nu reprezintă „certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar", așa cum s-a solicitat în fișa de date a achiziției.

Entitatea contractantă concluzionează că, urmare a finalizării evaluării efectuate de comisia de evaluare, consemnată în procesele-verbale de evaluare și raportul procedurii, s-a constatat că ofertantul clasat pe primul loc, ..., nu a demonstrat, în mod corespunzător, îndeplinirea integrală a criteriilor de calificare și a declarat oferta inacceptabilă pentru că nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară, în conformitate cu art. 143 alin. (2), lit. b) din HG nr. 394/2016: "a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă" și a fost respinsă în conformitate cu art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la CNSC sub nr. 43079/17.08.2021, ... SRL a transmis dovada cheltuielilor de judecată.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat, la 15.03.2021, o procedură simplificată în vederea atribuirii unui contract având ca obiect „Servicii de asistență tehnică și supervizare a lucrărilor de construcții pentru contractul de lucrări Reabilitarea și extinderea rețelei de stații hidrometrice folosite în întreținerea condițiilor de navigație pe sectorul românesc de”, prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. SCN1083141. Data limită de depunere a ofertelor a fost 05.04.2021.

Nemuțumită de rezultatul procedurii de atribuire nr. 25422/5.08.2021, respectiv respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă și anularea procedurii de atribuire, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207422784/1, în valoare de 9.289,20 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Lipscani, în data de 13.08.2021.

Disputa părților privește modul de îndeplinire, de către SRL, a cerinței de calificare referitoare la experiența similară.

Prin anunțul de participare, entitatea contractantă a impus *Cerinta 1 - Experiență similară: Ofertantul trebuie sa faca dovada ca a dus la bun sfarsit*, in ultimii 3 ani raportat la data limita de depunere a ofertelor, servicii de supervizare** pentru lucrari de consolidare constructii hidrotehnice si/sau civile si/sau constructii hidrotehnice noi si/sau civile noi si/sau modernizari si/sau reabilitari constructii hidrotehnice/civile, iar valoarea cumulata a serviciilor receptionate la nivelul unuia sau a mai multor contracte a fost de minim: 200.000 lei fara TVA.*

**) Prin servicii duse la bun sfarsit se intelege:*

- servicii receptionate partial, cu conditia ca acestea sa fi putut fi utilizate de Beneficiar ca rezultat independent;
- servicii receptionate la sfarsitul prestarii.

***)* In sensul prezentelor cerinte, prin „servicii de supervizare” se intelege activitatea desfasurata in cadrul unei firme/echipe de dirigentie de santier angajata de catre Beneficiar, prin care a fost asigurata supervizarea/verificarea lucrarilor executate sau a activitatilor indeplinite de catre Antreprenor, in scopul certificarii calitative si cantitative a acestora cu contractul, documentatia de executie si reglementarile tehnice si legislative in vigoare. (...)

Modalitatea de indeplinire:

Se va completa DUAЕ, respectiv ofertantul/ ofertantul asociat/ terțul susținător va completa DUAЕ – Partea IV „Criteriile de selecție”

– Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională”, indicând în mod explicit, pentru fiecare contract prezentat, cel puțin: obiectul contractului, Beneficiarul serviciilor prestate, tipul serviciilor prestate, valoarea (RON fără TVA) a serviciilor prestate în ultimii 3 ani raportat la data limită de depunere a ofertelor, data început, dată sfârșit a contractului, dată și numărul documentului care atestă recepția finală.

La capitolul Descriere din DUAЕ, ofertantul va preciza dacă a fost contractant unic sau asociat /subcontractant și va înscrie valoarea serviciilor prestate doar de acesta în cadrul contractului menționat.

Ofertantul clasat pe primul loc dupa aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, la solicitarea entitatii contractante, certIFICATE/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de catre clientul beneficiar/ procese verbale de receptie, documente constatatoare emise de autoritatile contractate din care sa reiasa toate elementele necesare pentru confirmarea indeplinirii cerintei de capacitate tehnica, respectiv serviciile prestate, perioada prestarii acestora si valoarea acestora.

Ofertantul contestator a menționat, în DUAЕ, 3 contracte executate de terțul susținător SRL.

Din cuprinsul primului contract (cu nr./13.06.2018), Consiliul reține următoarele informații:

- Art. 1.1 Obiectul contractul îl constituie prestarea de servicii de management de proiect in construcții, respectiv coordonarea si monitorizarea realizării lucrărilor de arhitectura, finisaje si instalații, denumite, în continuare servicii de construction management, pentru Obiectivul 2S+P+5E+6-7ER din, ..., având funcțiunea de locuințe colective. De asemenea, in prețul contractului este inclusa si prestarea-serviciilor de dirigenție de șantier, in conformitate cu prevederile legale incidente. Pentru evitarea oricărui dubiu, in prețul contractului sunt incluse toate activitățile necesare pentru contractarea, coordonarea, monitorizarea si executarea de către furnizori si prestatori a lucrărilor și activităților necesare pentru

realizarea obiectivului de investiție, în limitele financiare si de timp agreeate de către părți prin prezentul contract si anexele sale;

- Art. 5.1 Prețul contractului: Onorariul Construction Managerului pentru serviciile prevăzute în prezentul cum urmeaza:

- 2.500 Euro fara TVA, platibil lunar pentru faza de preconstructie cu durata estimata de 1 luna de la semnarea contractului;
- 7.000 Euro fara TVA, platibil lunar pentru faza de construcție cu durata de 10 luni de la îndeplinirea cumulativa a condițiilor prevăzute la art.3.2.1. alin.1

Prețul Contractului cuprinde toate costurile estimate de Construction Manager, necesare îndeplinirii obiectului contractului, respectiv contractării si coordonării tuturor lucrărilor de construcții si instalații aferente acestora cu scopul realizării lucrărilor în conformitate cu Proiectul Tehnic si Autorizația de Construire (Anexa 1), pana la recepția finala, inclusiv activitatea de dirigenție de șantier.

Construction Managerul își rezerva dreptul, iar Beneficiarul este de acord ca, în cazul apariției unor modificări ale proiectului incluse în cadrul Anexei 1, Construction Managerul sa estimeze costurile si duratele de punere în opera a respectivelor modificări și, în cazul în care acestea măresc durata de execuție a lucrărilor de construcție, perioada de execuție a prezentului contract se va prelungi cu durata respectiva.

- Art. 5.2 (...) Plata onorariului Construction Managerului conform art. 5.1. alin.1 se va face lunar, pe baza facturii fiscale emise de către acesta, după aprobarea raportului de activitate de către Beneficiar. Astfel, pe data de 15 ale fiecărei luni, Construction Managerul va emite raportul de activitate pentru luna anterioara pe care îl va supune analizei Beneficiarului. În termen de 3 zile lucrătoare, Beneficiarul va transmite aprobarea raportului de activitate, sau după caz obiecțiunile sale. Factura fiscala se va emite de către Construction Manager după aprobarea de către Beneficiar a raportului de activitate.

Pentru acest contract, ofertantul contestator a transmis *procesul verbal de predare primire din 12/12/2019, conform tranzacției autentificate sub nr. 468/12.12.2019, prin care se primește/predă documentația stipulată în Anexa 1 la tranzacția autentificată sub nr. 468/12.12.2019.* În document se face referire la 27 de dosare, ce cuprind și procese-verbale întocmite în perioada 2016-2019.

Întrucât procesul-verbal din 12.12.2019 nu conține nicio valoare, privind serviciile și/sau lucrările prestate/executate, în baza contractului mai sus amintit, nu certifică realizarea serviciilor la valoarea din contract, nu poate fi considerat document de confirmare a prestării serviciilor, într-un anumit quantum valoric, așa cum susține contestatorul.

Cât privește *Raportul de activitate nr. 24- Faza II/Raport final* (aferent aceluiași contract, transmis de ofertant ca urmare a solicitărilor de clarificare), întocmit de către SRL, pentru perioada de raportare 18.09.2019-19.10.2019, acest document nu cuprinde nici aprobarea beneficiarului, dar nici referiri la valoarea serviciilor prestate.

Deși comisia de evaluare i-a solicitat, în mod repetat (a se vedea adresele din 15.07.2021 și din 23.07.2021) și explicit, ofertantului transmiterea de certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar/procese verbale de recepție, documente constatatoare emise de autoritățile contractate din care sa reiasa toate elementele necesare pentru confirmarea indeplinirii cerintei, contestatorul nu a transmis niciun document prin care beneficiarul certifică prestarea serviciilor.

Or, cel puțin sub aspectul prevederilor art. 5.2 din contract, ...SRL ar fi avut la îndemână/ar fi trebuit să dețină (implicit, ar fi avut posibilitatea să prezinte comisiei de evaluare) rapoarte de activitate aprobate de beneficiar.

Raportului final nr. 24 (fără certificarea beneficiarului și a nivelului valoric al serviciilor prestate) nu constituie o certitudine de îndeplinire a sarcinilor, conform obligațiilor contractuale, cu atât mai mult cu cât, în raport (pag. 39), se regăsesc mențiuni referitoare la existența unor divergențe între beneficiar și construction manager, care ar fi dus la rezilierea contractului în cauză. Astfel, neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificări, derivă și din acest aspect.

Lipsa oricăror mențiuni privitoare la valoarea prestărilor și perioada în care au fost realizate, împreună cu mențiunea de reziliere a contractului, nu demonstrează că SRL ar fi executat servicii, în valoare de 1.536,202,71 lei (conform răspunsului transmis de ofertant, în 22.07.2021).

Consiliul nu poate reține ca pertinentă susținerea contestatorului că o dovadă a prestării serviciilor ar fi *acceptarea facturilor emise și plata lor de către beneficiar*, întrucât din niciunul dintre documente nu rezultă vreo confirmare din partea beneficiarului. Facturile (în forma prezentată de ofertant- fără semnături) ar putea constitui dovezi ale prestărilor serviciilor, dacă ar fi fost anexate unor documente prin care beneficiarul ar fi certificat îndeplinirea obligațiilor contractuale (de exemplu, rapoarte de activitate, emise conform art. 5.2).

Însă, aflându-se în prezența unor răspunsuri neconcludente, comisia de evaluare nu poate lua în considerare doar declarațiile și documentele întocmite de SRL. Dispozițiile fișei de date sunt clare, în sensul prezentării unor documente emise ori confirmate de beneficiar.

Privitor la contractul nr., Consiliul constată, din documentele prezentate de ofertant, că serviciile de management de proiect s-au derulat în afara perioadei de 3 ani (raportat la data limită de depunere a

ofertelor 05.04.2021, stabilită prin anunțul de participare). În acest sens, relevante sunt următoarele informații:

- procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor a fost încheiat în data de 29.01.2018;

- ultima factură a fost emisă de prestator în 18.03.2018; deci orice prestare de serviciu de către SRL ar fi avut loc cel târziu în 18.03.2018. Or, cei 3 ani (din anunțul de participare) trebuie să cuprindă, cel puțin, servicii prestate după 05.04.2018.

În fapt, contestatorul aduce critici cerinței de calificare, considerând-o restrictivă, și solicită acceptarea și a serviciilor finalizate într-o perioadă mai mare de 3 ani.

Referitor la contractul nr./02.02.2017, Consiliul ia act de faptul că beneficiarul a menționat, explicit, în Scrisoarea de recomandare nr. 2321/14.03.2018, că SRL a asigurat servicii de management de proiect (...) în perioada 02.02.2017-31.12.2017.

Față de această precizare, comisia de evaluare a apreciat corect că serviciile au fost prestate/finalizate într-o perioadă mai mare de 3 ani, față de termenul limită de depunere a ofertelor (05.04.2021), deci care nu respectă prevederile anunțului de participare.

Consiliul constată că procesul de evaluare a ofertelor cuprinde solicitări de clarificare a îndeplinirii cerinței de experiență similară, ce ar rezulta și din acest contract:

- prin răspunsul din 28.04.2021, la solicitarea de clarificare, ofertantul a transmis DUAЕ revizuit: valoarea inițială a experienței similare, de 322.247,2 lei, pentru perioada 02.02.2017-08.07.2017, a fost modificată la valoare de 55.886,80 lei, tot pentru perioada 02.02.2017-08.07.2017;

- prin răspunsul din 30.07.2021, ofertantul susține că valoarea de 55.886,80 lei este aferentă perioadei 07.05.2018-04.07.2018 (conform facturile emise, pe care ofertantul le consideră dovezi ale experienței similare).

Raportat la cerințele anunțului de participare și la regulile de evaluare a ofertelor, stabilite prin legea achizițiilor sectoriale, Consiliul nu poate aprecia ca relevante, în demonstrarea prestării serviciilor din 2018, actul adițional nr. 1 (prin care *se extinde perioada de valabilitate a contractului de la 23.10.2017, pe o perioadă nedeterminată*), dar nici facturile emise de SRL. Întrucât din actul adițional (care nu conține data întocmirii lui) nu rezultă, cu precizie, perioada de derulare, nu se poate deduce că serviciile ar fi fost prestate și în 2018. În plus, fiind un document prin care se stabilesc condițiile de derulare, în continuare, a contractului în cauză, de la momentul semnării documentului (presupus a fi încheiat cel târziu în 23.10.2017), acesta nu poate reflecta îndeplinirea obligațiilor contractuale.

În privința facturilor, data emiterii lor nu demonstrează și data prestării serviciilor (în răspunsul de clarificare, din 30.07.2021, este inclus

un tabel cu facturile emise, dar care nu cuprinde și perioada de prestare; în coloana 3 a tabelului se specifică, pentru *denumire activitate astfel cum sunt menționate în cuprinsul facturii: servicii de consultant-management de proiect faza 3.7.2., furnizate utilizând*). Prin anunțul de participare, s-au solicitat documente emise ori confirmate de către beneficiar, iar facturile și fișa cont sunt documente emise de terțul susținător, fără vreo atestare a lor de către client.

De altfel, chiar contestatorul arată că trebuie luată în considerare *scrisoarea de recomandare emisă de către Beneficiar pentru acest proiect, întrucât reprezintă o foarte bună prestare a serviciilor din cadrul acestui contract.*

Pe de altă parte, la art. 2.2 din contract, se prevede că *facturarea onorariului lunar se va face de către consultant (...) după acceptarea raportului de către beneficiar. (...) În vederea confirmării prestării serviciilor pentru care a fost contractat consultantul, se va întocmi un proces verbal de constatare la terminarea contractului.* Conform acestor clauze, ... avea la îndemână documente semnate de beneficiar, prin care s-ar fi certificat prestarea serviciilor. Implicit, ar fi avut posibilitatea să transmită comisiei de evaluare, din prezenta procedură de atribuire, cel puțin, raport/e acceptat/e de beneficiar și procesul-verbal de constatare la terminarea contractului.

În lipsa documentelor certificate de beneficiar, declarația ofertantului (că în 2018 ar fi fost prestate și alte servicii) nu constituie o certitudine a executării lor, din moment ce părțile contractuale au convenit asupra confirmării prestării serviciilor prin documentele de la art. 2.2, iar beneficiarul, ulterior semnării actului adițional nr. 1, atestă prestarea serviciilor până la 31.12.2017.

Nefiind depuse alte documente, iar comisia de evaluare a solicitat, în mod repetat, clarificarea experienței similare ce ar rezulta din contractul nr./02.02.2017, răspunsul final al ofertantului nu dovedește îndeplinirea cerinței în cauză.

Văzând procesul de analizare a ofertei contestatorului, Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au respectat legislația din domeniul achizițiilor publice, în ceea ce privește verificarea modului de îndeplinire a cerinței de experiență similară. Prin solicitarea de clarificări repetate, se observă că membrii comisiei de evaluare au depus toate diligențele în clarificarea experienței similare ce ar rezulta din contractele specificate în DUAЕ, prin raportare la prevederile anunțului de participare. În fapt, prin criticile sale, contestatorul atacă prevederile documentației de atribuire, considerând restrictivă cerința de experiență similară, dar și modul în care trebuie dovedită experiența similară. Un astfel de demers îndreptat împotriva documentației de atribuire, după deschiderea ofertelor, este considerat tardiv. Pe de altă parte, nici pe calea contestației, reclamantul nu a prezentat dovezi ale respectării cerinței, așa cum s-a stabilit în anunțul de participare (informație prezentă și în

solicitările de clarificare a ofertei, dar și în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire).

Cât privește critica contestatorului că entitatea contractantă ar fi trebuit să-i solicite schimbarea terțului susținător, dacă *experiența similară oferită de terțul susținător nu este suficientă*, Consiliul o va respinge pentru netemeinicie. În primul rând, contestatorul nu arată motivele de fapt și de drept pentru care ar fi trebuit solicitată o astfel de înlocuire. Faptul că ofertantul nu a înțeles modul în care trebuie dovedită respectarea cerinței de calificare, privitoare la experiența similară (chiar să conteste, în procesul de evaluare, cerința, dar și modul ei de îndeplinire), nu constituie un temei de înlocuire a terțului susținător.

În al doilea rând, înlocuirea terțului susținător nu intervine automat, dacă acesta nu îndeplinește cerința de calificare. Decizia de înlocuire aparține entității contractante, care este ținută de respectarea principiului tratamentului egal, în temeiul art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 [*Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#), entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) [lit. b](#)]*], dar și al principiului transparenței.

Pentru a respecta aceste principii, achizitorul trebuie să analizeze situația de fapt, ansamblul documentelor din ofertă, condițiile concrete de înlocuire, implicațiile acestui demers.

Or, în speța de față, ofertantul nu a depus documentele solicitate în repetate rânduri, în fapt criticând, pe calea contestației, cerința de calificare și modul ei de dovedire.

La pregătirea ofertei, contestatorul trebuia să se asigure că sunt respectate toate cerințele din anunțul de participare, conform art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016: *Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire și indică motivat în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile.*

Ofertantul contestator trebuia să verifice capacitatea terțului, să se asigure că documentele menționate de terț în DUAE confirmă îndeplinirea cerințelor stabilite prin anunțul de participare (a se vedea pct. 69 din Concluziile avocatului general, din cauza C - 223/16: *Ofertanții sunt – și trebuie să fie – responsabili pentru alegerile făcute în ceea ce privește entitățile ale căror capacități doresc să le menționeze. Aceste alegeri sunt decizii comerciale de mare importanță. Un ofertant prudent trebuie să evalueze cu grijă și să verifice capacitățile potențialilor săi parteneri comerciali. Prin menționarea lor, el își ia un angajament față de autoritatea contractantă.*)

O eventuală acceptare a înlocuirii terțului pe care ofertantul s-a bazat în dovedirea îndeplinirii cerinței de experiență similară, în prezenta cauză, ar constitui o încălcare a principiului transparenței și al tratamentului egal, întrucât i s-ar acorda acestuia un timp suplimentar pentru pregătirea/definitivarea ofertei, i s-ar crea un avantaj nepermis, iar comisia de evaluare s-ar abate de la regulile stabilite prin documentația de atribuire. O astfel de conduită din partea comisiei de evaluare, ar fi contrară prevederilor art. 197 alin. (2), mai sus citat, dar și ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 [Art. 221 (1) *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. (1¹) În cazul procedurilor simplificate organizate pentru atribuirea contractelor din cadrul proiectelor de infrastructură finanțate din fonduri europene, în situația în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în situația în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților/candidaților, de regulă, cel mult de două ori în cursul procesului de evaluare clarificări/completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței. (2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.].*

Înlocuirea terțului ar influența și modul de executare a contractului, întrucât acest susținător, prin acordul nr. 4173/19.05.2021, s-a angajat să pună la dispoziția ofertantului echipamente/utilaje. Sub acest aspect, ofertantul va trebui să reanalizeze/regândească și propunerea tehnică.

În fapt, prin cererea sa, contestatorul încearcă să negocieze cu entitatea contractantă, în sensul transformării ofertei inacceptabile, într-una conformă, fapt interzis de regulile de derulare a unei proceduri competitive, cum este cea simplificată.

În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în hotărârea sa din 11 mai 2017, cauza A: 27 *Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, ... și alții,*

C- 599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10

octombrie 2013, ..., C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 31). 28 Astfel,

a permite autorității contractante să solicite unui candidat a cărui ofertă o apreciază a fi imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini clarificări în această privință ar implica riscul de a se considera că această autoritate contractantă, în cazul în care oferta candidatului respectiv ar fi în final reținută, a negociat în mod confidențial această ofertă, în detrimentul celorlalți candidați și cu încălcarea principiului egalității de tratament (Hotărârea din 29 martie 2012, ... și

alții, C- 599/10, EU:C:2012:191, punctul 37).

O schimbare a terțului ar fi fost posibilă dacă ofertantul nu ar fi dispus de toate mijloacele necesare verificării modul în care terțul ar îndeplini cerința de experiență similară. Or, ofertantul cunoștea faptul că, în situația în care s-ar clasa pe primul lor, comisia de evaluare îi va solicita documentele pe baza cărora a fost completat DUAЕ pentru terț. Până la momentul solicitării documentelor în cauză, de către comisia de evaluare, ofertantul a avut timp suficient pentru verificarea documentelor invocate de către terț. Mai mult, i s-au solicitat, repetat, clarificări asupra modului de îndeplinire a cerinței de experiență similară.

Relevantă în acest sens este hotărârea CJUE, din 30 ianuarie 2020, în cauza C395/18, ...: 48 *În ceea ce privește, în al doilea rând, principiul proporționalității, trebuie amintit (...) că din considerentul (101) al treilea paragraf al Directivei 2014/24 reiese că, atunci când aplică motive facultative de excludere, precum cel care figurează la articolul 57 alineatul (4) litera (a) din această directivă, autoritățile contractante trebuie să fie atente în mod special la principiul proporționalității, luând în considerare, printre altele, caracterul minor al neregulilor săvârșite sau repetarea unor nereguli minore. Această atenție trebuie să fie chiar mai mare atunci când excluderea prevăzută de reglementarea națională se aplică operatorului economic care a depus oferta pentru o încălcare săvârșită nu în mod direct de acesta, ci de o persoană fără legătură cu întreprinderea sa, pentru controlul căreia este posibil să nu dispună de toată autoritatea necesară și de toate mijloacele necesare.*

De asemenea, demnă de luat în seamă este și hotărârea CJUE, din 3 iunie 2021, în cauza C-210/20, ...: (...) 40 Astfel, principiul proporționalității impune autorității contractante să efectueze o apreciere concretă și individualizată a atitudinii entității vizate, pe baza tuturor elementelor pertinente (a se vedea prin analogie Hotărârea din 13 decembrie 2012, ... și, C 465/11, EU:C:2012:801, punctul 31, și Hotărârea din 3 octombrie 2019, ..., C 267/18, EU:C:2019:826, punctul 29). În acest sens, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere mijloacele pe care ofertantul le avea la dispoziție pentru a verifica existența unei neîndepliniri a obligațiilor de către entitatea la capacitățile căreia intenționa să recurgă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 30 ianuarie 2020, ..., C 395/18, EU:C:2020:58, punctul 52).

Văzând toate cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, inclusiv cererea de acordare a cheltuielilor de judecată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

OPINIE SEPARATĂ,

Contrar soluției exprimate de majoritatea membrilor completului – de respingere ca nefondată a contestației SRL – în ceea ce ne privește opinăm că aceasta nu este în concordanță cu principiile și dispozițiile legale în vigoare, ci în contradicție cu acestea, având în vedere următoarele considerente.

În esență, divergența de opinie poartă asupra interpretării și aplicării la situația factuală din cauză a dispozițiilor art. 197, coroborate cu cele ale art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016:

Art. 197. - (1) Entitatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180.

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

Art. 2. - (2) Principiile care stau la baza atribuirii contractelor sectoriale și a organizării concursurilor de soluții sunt:

[...]

b) tratamentul egal;

Este cert că, în cuprinsul contestației (pag. 21, 22 și 24), ...

SRL a invocat:

Totodata in cazul in care considera ca informatiile si documentele prezentate nu sunt suficiente pentru a elimina nelamuririle privind capacitatea si experienta tertului sustinator va asiguram de intreaga noastra disponibilitate si amintim totodata prevederile art. 197 alin. (2) din legea 99/2016 [...].

In cazul in care Comisia de evaluare ar fi apreciat ca experienta similara oferita de tertul sustinator nu este suficienta **ar fi trebuit sa ne solicite schimbarea tertului sustinator** nu sa costate oferta noastra ca inacceptabila.

Consideram masura luata de comisia de evaluare nelegala fiind data cu incalcarea principiului liberei concurente si tratamentului egal impuse de art. 2 al legii 99/2016.

In cazul in care comisia de evaluare ar fi considerat ca experienta similara oferita de tertul sustinator nu este relevanta **avea obligatia de a ne solicita schimbarea acestuia conform art. 197 alin. (1) din Legea nr. 99/2016** Daca tertul/tertii nu indeplineste/indeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se incadreaza in unul dintre motivele de excludere prevazute la art. 164, 165 si 167, autoritatea contractanta solicita, o singura data, ca operatorul economic sa inlocuiasca tertul/tertii sustinator/sustinatori fara ca acest aspect sa aduca atingere principiului tratamentului egal prevazut la art. 2 alin. (2) lit. b), nu sa respinga oferta noastra ca inacceptabila.

argument care, în interpretarea noastră, nu a beneficiat de o analiză judicioasă în conceperea soluției la care s-a oprit majoritatea și care ne determină să recurgem la prezenta opinie divergentă.

Deopotrivă de cert este că dispoziția art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 reprezintă o normă imperativă onerativă, care îi impune entității achizitoare o anumită conduită, în ipoteza premisă – dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, entitatea contractantă *solicită*, o singură dată, ca ofertantul să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal.

Curtea Constituțională a reținut că „principiul legalității este unul de rang constituțional” (Decizia nr. 901 din 17 iunie 2009, precum și Decizia nr. 104 din 6 martie 2018, paragraful 75), astfel încât „încălcarea legii are drept consecință imediată nesocotirea art. 1 alin. (5) din Constituție, care prevede că respectarea legilor este obligatorie. Încălcarea acestei obligații constituționale atrage implicit afectarea principiului statului de

drept, consacrat prin art. 1 alin. (3) din Constituție” (Decizia nr. 783 din 26 septembrie 2012). Acționând sub imperiul principiului legalității, sens în care sunt relevante și art. 1 alin. (5) din Constituție și art. 7 C. proc. civ., Consiliul, asemenea instanțelor judiciare, este chemat să emită o soluție în acord cu legea asupra contestației cu care a fost sesizat. Art. 14 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 atenționează că hotărârile pronunțate de Consiliu (completul de soluționare a contestației) trebuie să fie bazate pe „stricta” aplicare și respectare a legii.

După cum s-a pronunțat chiar Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, în Decizia nr. 6 din 16 februarie 2015, principiul legalității impune o interpretare *strictă* a normei juridice, astfel încât rezultatul interpretării să fie concordant cu voința legiuitorului.

Considerăm că tocmai de această interpretare strictă a normei juridice incidente trebuia să uzeze Consiliul, iar nu să adauge la lege circumstanțieri pe care ea nu le prevede. Legea trebuie interpretată și aplicată astfel cum este redactată, fără distincții, în acord cu adagiul „unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să distingem”.

În măsura în care interpretarea literală a normei juridice acoperă raporturile juridice pe care, în intenția sa, legiuitorul a dorit să le reglementeze, nu se justifică ca, pe cale de interpretare extensivă, conținutul normei de drept menționate să fie, în parte, înlăturat (Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în Decizia nr. 22 din 20 mai 2019).

Recent, în Decizia nr. 2 din 8 februarie 2021, Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul competent să judece recursul în interesul legii, a aminti că interpretarea literală (declarativă) este impusă de concluzia că între formularea literară (lingvistică) a normei civile și conținutul său real există o concordanță deplină și perfectă. În consecință, norma juridică nu poate fi aplicată nici extensiv, pentru a include alte situații practice necuprinse în ipoteza acesteia, și nici restrictiv, pentru a exclude anumite situații practice aparent cuprinse în ipoteza sa, deoarece *lex dixit quam voluit*.

Așadar, analiza semantică a terminologiei folosite de legiuitor în art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 este de natură să infirme dezlegarea dată în cuprinsul opiniei majoritare și să conducă la concluzia că RA – ulterior constatării că terțul susținător SRL nu acoperă cerința de calificare privind experiența similară – îi revenea obligația de a solicita ofertantei SRL să îl înlocuiască pe respectivul terț susținător, obligație limpede și care nu admite derogări.

Pledoaria la care s-a oprit majoritatea în fundamentarea neaplicării art. 197 alin. (2), pe care nu o criticăm defel, nu o putem îmbrățișa, deoarece adaugă la lege, ignoră principiul legalității și contrazice preceptul interpretării stricte a normei juridice. Consecințele unei asemenea abordări sunt extrem de vătămătoare, în special pentru

oferanți, ajungându-se ca art. 197 alin. (2) – voința legiuitorului – să nu poată fi niciodată aplicat de destinatarii lui, practic să nu producă efecte juridice.

În procesul de decelare a voinței legiuitorului se impune a se observa că nu există niciun indiciu în conținutul textului legal examinat care să susțină interpretarea majorității, în sensul că autoritatea nu are obligația de a cere înlocuirea terțului decât în anumite cazuri. În lipsa unei mențiuni exprese a legiuitorului, vizând o eventuală culpă imputabilă ofertantei contestatoare, expresia imperativă „entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/ susținători” nu poate fi interpretată logic decât în direcția instituirii unei obligații exprese în sarcina de a solicita ofertantei să își înlocuiască terțul, indiferent de vreo eventuală culpă. Aceasta întrucât *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, iar introducerea de către interpret a unor condiții suplimentare, de genul celor la care s-a oprit majoritatea, ar însemna o adăugare la textul art. 197 alin. (2), condiționare neîngăduită, în lipsa unei prevederi exprese în acest sens (a se vedea și Decizia nr. 2 din 8 februarie 2021, precitată).

În niciun caz, punerea în aplicare a unui text legal nu reprezintă, în sine, o încălcare a principiilor tratamentului egal și transparenței, întrucât legea este edictată pentru a fi aplicată, nu încălcată. Orice perspectivă contrară ar duce, invariabil, la concluzia – absurdă – că legea nu ar trebui niciodată aplicată, deoarece simpla aplicare a ei ar însemna încălcarea celor două principii. Subiacent, în speță, aplicarea strictă a legii nu aduce cu nimic atingere respectivelor principii.

În conformitate cu o jurisprudență constantă a Curții de la Luxemburg, principiul general al egalității de tratament, în calitate de principiu general al dreptului Uniunii, impune ca situații comparabile să nu fie tratate în mod diferit și ca situații diferite să nu fie tratate în același mod, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv (*ex multis*, Hotărârea din 16 decembrie 2008, ...și alții, C-127/07, EU:C:2008:728, punctul 23, Hotărârea din 3 martie 2011, .../Comisia, ...08, EU:T:2011:73, punctul 75, Hotărârea din 10 octombrie 2017, ... alții/Parlamentul, T-281/16, EU:T:2017:711, punctul 26, Hotărârea din 16 septembrie 2013, .../....., T-518/09, EU:T:2013:476, punctul 113, Hotărârea din 16 septembrie 2013, ...Comisia, T-3/07, EU:T:2013:473, punctul 118, Hotărârea din 25 octombrie 2012, ...Comisia, T-216/09, EU:T:2012:574, punctul 34, Hotărârea din 23 noiembrie 2011, ...Comisia, T-514/09, EU:T:2011:689, punctul 102, și Hotărârea din 29 octombrie 2015, ... și/Parlamentul, T-126/13, EU:T:2015:819, punctele 63 și 64). În speță, ar fi existat o alterare a tratamentului egal în ipoteza în care, deși ambele oferte s-ar fi aflat în

aceeași situație, doar uneia dintre ele i s-ar fi cerut înlocuirea terțului, *quod non*.

Nu se poate discuta nici despre o încălcare a transparenței ori despre favorizarea SRL prin solicitarea de înlocuire a susținătorului său, întrucât legiuitorul însuși a impus entității contractante, prin lege, aflată în vigoare, să ceară, o singură dată, respectiva înlocuire. Refuzul de aplicare a legii ar constitui o tăgăduire nu doar a acesteia, ci a însuși fundamentului statului de drept. Nu se poate discuta nici despre o eventuală negociere între părți sau despre o transformare a ofertei, întrucât, repetăm, voința legiuitorului este regăsită la art. 197 alin. (2).

Totodată, principiul proporționalității nu poate constitui un argument pentru încălcarea vădită a principiului legalității ori pentru o interpretare corectivă a unui text clar. Proporționalitatea sau echitatea nu are nicio relevanță acolo unde textul de lege impune expres o anumită conduită. Codul de procedură civilă, la art. 22, obligă judecătorul să soluționeze litigiul conform regulilor de drept care îi sunt aplicabile, iar proporționalitatea sau echitatea intervine doar în condițiile alin. (7) – ori de câte ori legea îi rezervă judecătorului puterea de apreciere sau îi cere să țină seama de toate circumstanțele cauzei, judecătorul va ține seama, între altele, de principiile generale ale dreptului, de cerințele echității și de buna-credință (*nemo praesumitur malus*) –, adică atunci când i se recunoaște legal posibilitatea de apreciere și numai atunci. Echitatea este subordonată legalității.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, administrația pârâtă nu a furnizat acestuia niciun argument credibil sau mijloc de probă din care să rezulte atingerea vreunui dintre principiile expuse mai sus, prin aplicarea diligentă a art. 197 alin. (2).

Hotărârea din 3 iunie 2021, ... și alții, C-210/20, EU:C:2021:445, invocată în opinia majoritară, vine să sprijine tocmai opinia divergentă de față:

33. Potrivit articolului 63 alineatul (1) al doilea paragraf a treia teză din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă poate solicita sau **poate fi obligată de statul membru din care provine să solicite ca operatorul economic în cauză să înlocuiască entitatea la capacitățile căreia intenționează să recurgă**, dar împotriva căreia există motive neobligatorii de excludere. Reiese astfel în mod clar din textul acestei din urmă teze că, deși statele membre pot prevedea că, într-o asemenea ipoteză, **autoritatea contractantă este obligată să impună o astfel de înlocuire acestui operator economic**, ele nu pot, în schimb, să priveze autoritatea contractantă de facultatea de a solicita, din proprie inițiativă, o asemenea înlocuire. Astfel, statele membre dispun numai de posibilitatea de a înlocui această facultate cu o **obligatie a autorității contractante de a efectua o asemenea înlocuire**.

[...]

36. În aceste condiții, chiar înainte de a impune unui ofertant înlocuirea unei entități la capacitățile căreia intenționează să recurgă, pentru motivul că se află în una dintre situațiile prevăzute la articolul 57 alineatele (1) și (4) din Directiva 2014/24, articolul 63 din această directivă presupune că **autoritatea contractantă dă acestui ofertant și/sau acestei entități posibilitatea de a-i prezenta măsurile corective pe care le-a adoptat** eventual pentru a remedia neregularitatea constatată și, prin urmare, pentru a demonstra că poate fi

considerată din nou o entitate fiabilă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 3 octombrie 2019, ..., C-267/18, EU:C:2019:826, punctul 37).

[...]

40. Astfel, principiul proporționalității impune autorității contractante să efectueze o apreciere concretă și individualizată a atitudinii entității vizate, pe baza tuturor elementelor pertinente (a se vedea prin analogie Hotărârea din 13 decembrie 2012, ... C-465/11, EU:C:2019:801, punctul 31, și Hotărârea din 3 octombrie 2019, ..., C-267/18, EU:C:2019:826, punctul 29). În acest sens, autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere mijloacele pe care ofertantul le avea la dispoziție pentru a verifica existența unei neîndepliniri a obligațiilor de către entitatea la capacitățile căreia intenționa să recurgă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 30 ianuarie 2020, ..., C-395/18, EU:C:2020:58, punctul 52).

41. În speță, dacă instanța de trimitere ar corobora afirmația potrivit căreia condamnarea penală a administratorului întreprinderii auxiliare la capacitățile căreia a intenționat să recurgă nu figura pe extrasul din cazierul judiciar care poate fi consultat de entitățile private, astfel încât reglementarea italiană nu permitea să aibă cunoștință de această condamnare, nu i s-ar putea reproșa că nu a dat dovadă de diligență. Prin urmare, în asemenea împrejurări, **ar fi contrar principiului proporționalității, enunțat la articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24, să se împiedice înlocuirea entității vizate de o cauză de excludere.**

[...]

45. Având în vedere considerațiile care precedă, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 63 din Directiva 2014/24 coroborat cu articolul 57 alineatul (4) litera (h) din această directivă și citit în lumina principiului proporționalității trebuie interpretat în sensul că **se opune** unei reglementări naționale în temeiul căreia autoritatea contractantă trebuie în mod automat să excludă un ofertant din cadrul unei proceduri de achiziții publice atunci când o întreprindere auxiliară la capacitățile căreia intenționează să recurgă a furnizat o declarație neadevărată cu privire la existența unor condamnări penale care au dobândit autoritate de lucru judecat, **fără a putea impune, sau, cel puțin, fără a putea permite, într-o astfel de ipoteză, acestui ofertant să înlocuiască entitatea respectivă.**

Contrar poziției și argumentelor majorității, evaluarea și concluzia la care s-a oprit RA excedează cadrului rezervat și strict delimitat de art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, incident licitației publice, text normativ care trebuia pus în aplicare de către entitatea contractantă, prin adresarea SRL a unei solicitări de înlocuire a terțului susținător.

Pentru aceste motive, în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar, contestația ar fi trebuit admisă și anulat raportul procedurii de atribuire nr. 25421/05.08.2021 și actele entității contractante ulterioare lui, inclusiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii, iar entitatea obligată la aplicarea întocmai a art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 față de SRL și la reevaluarea ofertei acesteia, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile sectoriale. Totodată, ar fi trebuit admis și capătul de cerere de acordare a cheltuielilor ocazionate de formularea contestației, fiind furnizate Consiliului acte ce dovedesc efectuarea lor.

Pentru toate aceste rațiuni nu am putut subscrie la opinia majorității, considerând totodată necesar să formulăm prezenta opinie separată.

MEMBRU,

.....