CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....
Data:...

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ..., depusă de ..... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL – SC ... SRL, cu sediul în .....,....., județul ....., adresă unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”....”, cod CPV 45233140-2, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020, a raportului de evaluare ce a stat la baza transmiterii acestei solicitării precum și a tuturor actelor subsecvente;
- constatarea caracterului nelegal al solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020 transmisă de autoritatea contractantă Asocierii ...- ...;
- obligarea autorității contractante să pună în executare Decizia CNSC nr. ... din data de 19.11.2019, rămasă definitivă ca urmare a neformulării plângerii în ceea ce privește oferta Asocierii ...- ...;
- continuarea procedurii de atribuire conform motivării deciziei CNSC nr. ... din data de 19.11.2019 și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu aplicarea criteriului de atribuire stabilit;
- obligarea autorităţii contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de contestaţie (onorariu avocaţial, costuri obţinere cauţiune, alte cheltuieli efectuate în cursul soluţionării contestaţiei).

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ..., depusă de ..... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL – SC ... SRL, cu sediul în ....., sat Cristești, ..., județul ....., adresă unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”....”, cod CPV 45233140-2, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea procesului verbal nr. 2762/27.01.2020 (Anexa nr. 1), în ceea ce priveşte reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL prin înlocuirea terțului susținător .....;
- anularea solicitării de clarificare nr. 2762/1/27.01.2020 (Anexa nr. 2), transmisă asocierii ... SRL - ... ... SRL prin care autoritatea contractantă a dispus și solicitat înlocuirea terţului susţinător .....;
- anularea procesului verbal nr. 7768/02.03.2020 (Anexa nr. 3), în partea ce priveşte reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL și constatarea admisibilității acesteia, respectiv a îndeplinirii cerinţelor de calificare privind experienţa similară şi cifra de afaceri;
- anularea oricăror alte acte emise de autoritatea contractantă privind oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL, după data pronunţării Deciziei Civile nr. ... pronunţată de Curtea de Apel .....;
- constatarea caracterului nelegal al tuturor actelor emise de autoritatea contractantă referitoare la înlocuirea terțului susţinător .....;
- constatarea caracterului inacceptabil al ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire conform motivării Deciziei CNSC nr. .../.../..., ... din data de 19.11.2019 şi a Decizie Curţii de Apel ..... nr. nr. ... şi desemnarea ofertei câştigătoare dintre ofertele admisibile, cu aplicarea criteriului de atribuire stabilit;
- obligarea autorităţii contractante la plata tuturor cheltuielilor de judecată ocazionate de contestaţie (onorariu avocaţial, costuri obţinere cauţiune, alte cheltuieli efectuate în cursul soluţionării contestației).

În temeiul art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cele două contestații au fost conexate.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiilea de față, prin care ..... SRL reclamă solicitarea de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020, procesul verbal nr. 2762 din data de 27.01.2020, solicitarea de clarificări nr. 2762/1/ din data de 27.01.2020, procesul verbal nr. 7768 din data de 02.03.2020, emise de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ..., contestatorul reclamă solicitarea de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020 și solicită Consiliului să aibă in vedere următoarele motive:

- Autoritatea contractantă încearcă, pentru a doua oară, să elimine în mod nelegal și abuziv oferta Asocierii ...-... din procedura de atribuire;
- CNSC a admis în parte prima contestație formulată de societatea sa împotriva rezultatului procedurii de atribuire, constatând modul excesiv și nelegal al evaluării ofertei Asocierii ...-...;
- Prin Decizia nr. ... din data de 19.11.2019, CNSC nu a dispus reevaluarea integrală a propunerii tehnice a Asocierii ...-...;
- CNSC a dispus reevaluarea ofertei Asocierii ...-… conform motivării și ulterior, desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu aplicarea criteriului de atribuire stabilit,
- În motivare, CNSC a reținut că motivele de respingere invocate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 65031/2 din 24.09.2019 sunt nelegale și totodată excesive:

1) În ceea ce priveşte planul de control al calităţii:

„... Consiliul apreciază că autoritatea contractantă în mod excesiv a respins oferta contestatorului pentru o eroare minoră, mai ales că a explicat acest lucru prin răspunsul la clarificări. Faptul că a anexat ulterior două pagini din propunerea tehnică, pagini ce nu au fost depuse iniţial, nu reprezintă nicidecum o modificare de propunere tehnică, contrar opiniei autorităţii contractante. Aceasta nu poate fi considerată modificare de ofertă, ci pur şi simplu o eroare cauzată de gestionarea unui număr mare de documente/pagini, iar motivul de respingere este neîntemeiat";

2) În ceea ce priveşte Graficul de execuţie:

„... Deoarece autoritatea contractantă nu a regăsit aceste elemente în graficul depus de ofertant, i-a cerut clarificări prin adresa nr. 61477/1/30.08.2019, iar prin răspunsul dat, ofertantul a retransmis graficul, completat aşa cum a dorit autoritatea. De fapt, graficul prezentat prin clarificări a fost doar completat cu durata în zile, care rezulta oricum şi din reprezentarea grafică iniţială din propunerea tehnică.

Solicitările de clarificare sunt instrumente esenţiale la dispoziţia autorităţii contractante în scopul edificării acesteia privind situaţia reală de fapt în ceea ce priveşte îndeplinirea/neîndeplinirea de către ofertanţi a cerinţelor de calificare şi/sau a specificaţiilor tehnice şi, în niciun caz, nu pot şi nu trebuie folosite ca pretexte artificiale pentru respingerea fără temei a unor oferte.

... Astfel, completarea unei coloane nu modifică propunerea tehnică iniţială şi în mod greşit autoritatea contractantă a apreciat că oferta contestatorului trebuia respinsă, deşi este vorba despre o abatere tehnică minoră. Prin urmare, nici acest motiv de respingere nu este întemeiat";

3) În ceea ce priveşte metodologia de executare a lucrărilor, respective inexistenţa în Propunere Tehnică a textului descriptiv şi a planşelor privind lucrările temporare şi distanţele faţă de clădiri şi reţele de utilităţi:

„...propunerea tehnică prezentată de ofertant nu încalcă cu nimic specificaţiile tehnice din documentaţie, citate anterior şi nici nu impactează asupra bunei execuţii a contractului, *acesta neconstituind un motiv de neconformitate al ofertei contrar celor reţinute de autoritatea contractantă.* Mai mult, răspunsul la solicitarea de clarificare a fost de natură să lămurească faptul că ofertantul a cuprins în ofertă atât planşe cât şi texte descriptive privind planul pentru toate lucrările temporare necesare pentru păstrarea funcţiunilor lucrărilor existente, aşa cum a solicitat autoritatea contractantă, motivul de respingere fiind neîntemeiat";

4) În ceea ce priveşte respingerea ofertei Asocierii ...-... deoarece în „metodologia de executare a lucrărilor, la pag. 19 și 20 din propunerea tehnică, ar fi "copiat" un paragraf din Caietul de sarcini:

„...Consiliul apreciază că acesta nu este un motiv întemeiat de respingere a ofertei contestatorului, mai ales că acestuia i-au fost cerute clarificări pe acest aspect, iar el a răspuns detaliind și precizând toate aspectele necesare în această privință. Prin urmare, Consiliul apreciază că și acest motiv de respingere a ofertei contestatorului este neîntemeiat.

Concluzionând, autoritatea contractantă a procedat excesiv și nelegal respingând ca neconformă și inacceptabilă oferta depusă de asocierea ...-...".

IMPORTANT:

Contestatorul precizează că din raportul procedurii de atribuire nr. 64798/ 23.09.2019 (ANEXA nr. 3) și procesul verbal nr. 63415/12.09.2019 (ANEXA nr. 4), rezultă că autoritatea contractantă a evaluat integral propunerea tehnică a Asocierii ...-..., respectiv:

- Extras din Raportul procedurii:

"În urma desfășurării procesului de evaluare, au îndeplinit cerințele minune din Caietul de Sarcini propunerile tehnice prezentate de următorii ofertanți:

- *Asocierea ... SRL – ... ... SRL*

În urma evaluării propunerilor tehnice a fost declarată inacceptabilă de către comisia de evaluare oferta depusă de următorul ofertant

Nr. Crt	*Ofertant*	*Motivele care au stat la baza deciziei*
1	Asocierea ..... SRL – SC ... SRL	*Oferta este considerată neconformă în conformitate cu prevederile art. 137, alin. (3), lit. a, din HG 395/2016 și cu prevederile art. 215, alin. (5), din Legea nr. 98/2016.*

- Extras din Procesul-verbal de evaluare nr. 63415/12.09.2019:

Comisia de evaluare numită prin decizia/ordinul nr. 809 din 15.07.2019 și compusă din:

Nr.	*Nume si prenume*	*Rolul în cadrul comisiei de evaluare*
1	…	*Preşedinte cu drept de vot*
2	…	*Membru*
3	…	*Membru*
4	…	*Membru*

5	*...*	*Membru*

a finalizat evaluare propunerilor tehnice, după cum urmează:

Procesul de evaluare se realizează cu sprijinul experților cooptați numiți prin Dispoziția Primarului nr. 924 din data de 12.08.2019 prin care au fost desemnați dl ... și toate înregistrările se bazează pe dovezile reflectate în raportul emis de experții cooptați și rezumate în notele incluse în procesul verbal al ședinței de evaluare a ofertelor".

Contestatorul precizează că din cuprinsul procesului verbal nr. 63415/12.09.2019 rezultă de asemenea că autoritatea contractantă a evaluat integral propunerea tehnică a Asocierii ...-....

1. Nelegalitatea solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2019:

Contestatorul arată că aspectele cuprinse în solicitarea de clarificare nr. 7919/2/03.03.2019 privesc părți din propunerea tehnică a asocierii ... - ... ce au fost analizate anterior emiterii raportului procedurii și cu privire la care nu s-au formulat obiecții de către comisia de evaluare, singurele aspecte de neconformitate fiind cele evidențiate în cuprinsul adresei de comunicare nr. 65031/2 din data de 24.09.2019 transmisă în data de 25.09.2019, cu privire la care Consiliul s-a pronunțat deja prin decizia CNSC nr. ... din data de 19.11.2019.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit procesului verbal nr. 63415/12.09.2019:

- Metodologia de execuție - a fost evaluată și s-au solicitat clarificări prin adresa nr. 61477/1/30.08.2019 (ANEXA nr. 5);
- Planul de management al calității - a fost evaluat și s-au solicitat clarificări prin adresa nr. 61477/1/30.08.2019;
- Graficul propus de realizare a investiției - a fost evaluat și s-au solicitat clarificări prin adresa nr. 61477/1/30.08.2019;
- Personalul propus și managementul contractului - a fost evaluat de către comisa de evaluare, considerând-se că nu sunt necesare clarificări.

Contestatorul precizează că nu se poate susține că autoritatea contractantă a evaluat doar părți din propunerea tehnică a asocierii ... - ..., în condițiile în care din documentele de la dosarul achiziției rezultă faptul că autoritatea a evaluat integral propunerea tehnică, întrebările adresate în noua solicitare de clarificări vizând elemente ce au mai fost evaluate și cu privire la care nu s-a considerat că nu ar corespunde cerințelor caietului de sarcini.

De asemenea, contestatorul arată că din înscrisul intitulat: „EVALUAREA RĂSPUNSURILOR LA SOLICITĂRILE DE CLARIFICĂRI" - înregistrat sub nr. 62361/05.09.2019 la Autoritatea Contractantă (ANEXA nr. 6), rezultă că aceasta a evaluat în detaliu răspunsul formulat de asocierea ...-... la aolicitarea de clarificare nr. 61477/4/30.08.2019.

Prin urmare, contestatorul menționează că singurele presupuse "motive de neconformitate" sunt cele ce au făcut obiectul adresei de comunicare nr. 65031/2/24.09.2019 (ANEXA nr. 7), cu privire la care Consiliul a stabilit că toate motivele de respingere invocate de autoritatea contractantă sunt „nelegale", autoritatea procedând în mod excesiv la evaluarea propunerii tehnice a asocierii ...-....

Din moment ce Consiliul a stabilit că motivele de respingere din procedura de atribuire sunt nelegale, rezultă în mod indubitabil că autoritatea contractantă a evaluat în mod abuziv oferta asocierii ...-..., pentru a găsi anumite motive care să poată conduce la eliminarea din procedura de atribuire.

Contestatorul precizează că nicio parte nu a formulat plângere împotriva Deciziei CNSC referitoare la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei Asocierii ...- ..., astfel încât statuările Consiliului au intrat în puterea lucrului judecat și, pe cale de consecință, autoritatea contractantă avea obligația să remedieze exclusiv acele elementele de nelegalitate reținute în considerentele Deciziei CNSC, aspect care rezultă în mod expres din dispozitiv.

Totodată, contestatorul arată că susținerile de mai sus sunt confirmate și de prevederile legale în materia achizițiilor publice, respectiv:

- art. 26 alin. 10 [1] din Legea nr. 101/2016 și
- Punctele nr. 76, 81 și 83 din considerentele Deciziei nr. 66/2018 a înaltei Curți de Casație şi Justiție, obligatorie conform art. 521 alin. 3 Cod procedură civilă,
- cât și de practica recentă a Curților de Apel.

Contestatorul arată că prin Decizia nr. ... pronunţată de Curtea de Apel CLUJ - Secţia a III-a contencios administrativ şi fiscal (1 CSA) într-o speță similară, s-au reținut următoarele:

„Problema centrală ce formează obiectul litigiului este aceea dacă autoritatea contractantă mai avea posibilitatea de a respinge oferta tehnică prin reținerea unor noi motive de neconformitate deși aceasta fusese examinată în întregime într-un stadiu anterior al procedurii.

În consonanță cu CNSC, Curtea reține că autoritatea contractantă a analizat în totalitate propunerea tehnică depusă de..., caz în care sunt pe deplin aplicabile dezlegările date prin Decizia nr.66/2018 a înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în M. Of. nr.970 din 16 noiembrie 2018, conform cu care autoritatea contractantă învestită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de CNSC și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară.

Așadar, câtă vreme anterior autoritatea contractantă a analizat oferta tehnică în totalitate, conform procesului - verbal nr.... și a reținut că nu sunt îndeplinite 3 cerințe tehnice ce ulterior au fost considerate restrictive de către Curtea de Apel Cluj, autoritatea contractantă nu mai putea să respingă oferta tehnică ca neconformă.

... Înalta Curte a statuat la considerentul 81 că exercitarea controlului de legalitate administrativ-jurisdicțional sau jurisdicțional și invalidarea concluziei de inadmisibilitate a ofertei la care a ajuns comisia prin raportul de evaluare întocmit obligă autoritatea contractantă de a proceda la reluarea operațiunii de evaluare a acestei oferte de la etapa contestată, conform celor dispuse prin decizia C.N.S.C. sau hotărârea instanței, comisia nefiind îndreptățită a relua verificarea criteriilor deja

analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect".

Contestatorul precizează că CNSC a dispus reevaluarea ofertei asocierii sale conform motivării, nicidecum reevaluarea integrală a propunerii tehnice pentru a da posibilitatea autorității contractante să găsească alte presupuse motive de neconformitate ale ofertei asocierii ...-....

Autoritatea contractantă nu mai avea posibilitatea reluării procesului de verificare a propunerii tehnice cu privire la aspectele pe care le-a verificat deja „excesiv" în etapa de evaluare și pe care le-a considerat ca fiind conforme cu cerințele documentației de atribuire.

Astfel, pentru acele elemente care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare, privit ca act administrativ, este definitiv și executoriu sub acest aspect.

Mai mult decât atât, în situația dată, autoritatea contractantă încalcă în mod flagrant principiului securității juridice.

Prin urmare, contestatorul consideră că reevaluarea propunerii tehnice a asocierii sale sub aspectul solicitării unor noi clarificări este nelegală, fiind rezultatul unui proces de reevaluare desfășurat cu încălcarea prevederilor art. 26 alin. 10 [1] din Legea nr. 101/2016 și a deciziei CNSC.

În altă ordine de idei, faptul că legislația achizițiilor publice instituie dreptul autorității contractante de a solicita clarificări nu înseamnă că acest drept este discreționar în sens absolut.

Contestatorul arată că prin adresa nr. GT OUT 288/06.03.2020 (ANEXA nr. 8), a formulat răspuns la solicitarea de clarificări nr. 7919/2/03.03.2020 pentru a evita respingerea ofertei ca inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, dar consideră în continuare solicitarea de clarificare ca fiind nelegală.

<u>2. În ceea ce privește conținutul propriu-zis al solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020:</u>

2.1. Contestatorul arată că prin punctul 1 din solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă face referire la „descrierea metodologiei de execuţie":

"i*. La pag. 63 - 64 Ridicare la cota cămine de canalizare, se nominalizează ca personal muncitor deservire (echivalent necalificat) deși se realizează lucrări de betonare (include autobetoniera). Vă rugăm justificați lipsa unui muncitor calificat pentru punere în opera beton (exemplu betonist etc).*

ii. La pag. 66 Ridicare la cota cămine gaze, este prevăzuta operațiunea de spargere betoane, dar nu și cea de refacere beton. Se folosește ca personal asfaltator, deși nu se precizează în cadrul tehnologiei că se folosește repartizor sau că este nevoie de mixtură asfaltică pentru aducerea la cotă.

iii. La pag. 66 se precizează că pentru execuția lucrărilor de „gaigare noi" sunt necesare utilaje ca „gudronator, repartizor/finisor, perie mecanică" utilaje care nu își găsesc aplicabilitatea la acest tip de lucrări”.

În primul rând, contestatorul învederează faptul că Metodologia de execuție a lucrărilor a fost evaluată integral de comisia de evaluare, astfel cum rezultă din:

- Procesul verbal nr. 63415/ 12.09.2019 - filele nr. 3-4;
- Raportul de evaluare a propunerii tehnice nr. 61477/ 30.08.2019 (ANEXA nr. 9) întocmit de societatea … S.R.L. prin dl. Cristian Popina - expert tehnic cooptat- filele nr. 1-2;
- Raportul procedurii de atribuire nr. 64798/ 23.09.2019 - filele nr. 5-6.

În al doilea rând, contestatorul învederează faptul că:

i. Executarea lucrărilor de ridicare cămine de canalizare la cotă se vor realiza cu personal calificat pentru acest tip de lucrări și cu respectarea întocmai a prescripțiilor tehnice în vigoare. Nominalizarea în Memoriul tehnic a „muncitorului deservire" s-a făcut dintr-o eroare de tehnoredactare. Contestatorul precizează că în extrasul de resurse pentru manoperă există categoria betonist. Această eroare de tehnoredactare se încadrează în categoria viciilor de formă/ erori tehnice minore.

ii. În cadrul listei de cantităţi, la poz. nr. 1, se regăsește articolul de deviz RPDB34C care, conform nomenclatorului de deviz, are în rețetă ca forța de muncă "asfaltator". Și în acest caz, asocierea ...-... a respectat lista de cantități și încadrarea în articolele de deviz publicate.

iii. Lucrările "...e noi" sunt ofertate conform listei de cantități a devizului "...e noi". Activitatea de montare a acestora cuprinde atât montare ...elor, montarea conductelor de legătură ale acestora cu colectorul, precum și refacerea asfaltului, fapt precizat și prin Clarificarea nr. 124/02.07.2019 -Răspunsul nr. 5. Activitatea de refacere a asfaltului a fost încadrată de proiectant în articolele DB02D1 și DB12B1 din lista de cantități publicată în SICAP, pentru care nomenclatorul de deviz include utilizarea utilajelor la care se face referire în solicitarea de clarificare: gudronator, repartizator/finisor, perie mecanică.

2.2. Contestatorul arată că prin punctul 2 din solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă face referire la Planul de management al calității, solicitând clarificarea următoarelor aspecte:

i. *Lipsa PCCVI pentru separatorul de hidrocarburi.*

ii. Nu se găsesc referințe cu privire la perioada de notificare a defectelor.

În primul rând, contestatorul învederează faptul că Planul de Management al calității a fost evaluat integral de comisia de evaluare, astfel cum rezultă din:

- Procesul verbal nr. 63415/ 12.09.2019 - filele nr. 3-4;
- Raportul de evaluare a propunerii tehnice nr. 61477/30.08.2019 întocmit de societatea … prin dl. … - expert tehnic cooptat- filele nr. 1-2;
- Raportul procedurii de atribuire nr. 64798/ 23.09.2019 - filele nr. 5-6.

În al doilea rând, contestatorul învederează faptul că:

i. PCCVI-ul pentru separatorul de hidrocarburi se regăsește la filele nr. 388 - 389 din propunerea tehnică a asocierii ...-....

ii. Referinţe cu privire la perioada de notificare a defectelor (PND) care înseamnă/ reprezintă acelaşi lucru cu perioada de garanţie contractuală a lucrărilor, se regăsesc:

- în propunerea tehnică - filele nr. 90,121,122;
- Planul de management al calităţii;
- Prevederile contractuale pe care asocierea ...- ... și le-a însușit conform cerințelor din fișa de date - secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare.

2.3. Contestatorul arată că prin punctul 3 din solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă face referire la Graficul general propus de realizare a investiției publice, solicitând clarificarea următoarelor aspecte:

i. *Drumul critic prezentat nu este corespunzător deoarece activităţile a căror rezervă de timp este nulă se numesc activităţi critice, iar drumul complet de activităţi critice formează drumul critic. Durata drumului critic este durata totală minimă în care se poate realiza proiectul în condiţiile date ale duratelor activităţilor. Din analiza drumului critic prezentat rezultă că activitatea critică „colectoare gravitaţionale" se termină la jumătatea lunii iunie 2020 și este urmată de activități necritice.*

ii. *Activitatea critică strat de BAI6 este legată direct de recepția la terminarea lucrării, deși trebuia să fie legată de realizarea marcajelor rutiere care nu se pot finaliza decât după ce stratul de BA 16 este finalizat. Conform graficului prezentat, stratul de BAI6 se finalizează la sfârșitul lunii septembrie 2021, iar marcajele rutiere se finalizează la începutul lunii septembrie 2021, deși normal este ca marcajele să fie realizate după finalizarea stratului de uzură (BAI6). Dacă se modifică dispunerea activităţilor de marcaje rutiere după finalizarea activităţii de punere în operă a stratului de BA16, atunci se depășește termenul contractual.*

iii. *În grafic la poziţia 37 apare amorsa 0.6 kg/mp între stratul de piatra spartă și cel de mixtură asfaltică (BAD22.4) deși conform normativelor cantitatea trebuia să fie amorsă 0.9 kg/mp. Tehnologia propusă este neconformă cu normativele în vigoare.*

iv. *Activităţile de montare bordura mare și bordură mică nu sunt legate în grafic de stratul de balast și nici de desfacerea trotuarelor deși acestea sunt activități care concură la realizarea trotuarelor.*

În primul rând, contestatorul învederează faptul că Graficul de realizare a investiției a fost evaluat integral de comisia de evaluare, astfel cum rezultă din:

- Procesul verbal nr. 63415/ 12.09.2019 - fila nr.5;
- Raportul de evaluare a propunerii tehnice nr. 61477/30.08.2019 întocmit de societatea …S.R.L. prin dl. … - expert tehnic cooptat- filele nr. 1-2;
- Raportul procedurii de atribuire nr. 64798/ 23.09.2019 - filele nr. 5-6.

În al doilea rând, contestatorul consideră că analiza prezentată de comisia de evaluare în solicitarea de clarificare este eronată.

i. Datele din grafic au caracter teoretic, ele depinzând efectiv de data semnării contractului de lucrări. Se poate observa că în graficul Gantt

prezentat de Asocierea ...-..., activitatea critică "colectoare gravitaţionale care începe teoretic în octombrie 2019, este urmată de activitatea critică „săpătură drum sistem rutier nou" de la pct. 16 (start to start + 44 zile lucrătoare, însemnând că săpătura va începe după 44 de zile lucrătoare de la începerea activităţii "colectoare gravitaţionale", deci teoretic în decembrie 2019).

ii. Dispunerea activităţilor în graficul Gantt, este corectă.

Conform descrierii din metodologia de execuţie a lucrărilor, a practicii în domeniu şi a normativelor de execuţie, lucrările de asfaltare conţin şi „luarea probelor şi efectuarea testelor necesare în conformitate cu caietele de sarcini şi PCCVI-urile, umplerea golurilor după extragerea carotelor (curăţarea, compactarea mixturii, finisarea suprafeţei la nivelul celei adiacente), curăţarea terenului adiacent afectat de lucrări" (fila nr. 49 din propunerea tehnică a asocierii ...-...). Astfel, perioada de aşternere uzură care depăşeşte finalizarea marcajelor rutiere nu reprezintă efectiv turnarea BA16, ci reprezintă perioada necesară finalizării activităţilor auxiliare menţionate mai sus. De aceea nu va fi necesară modificarea dispunerii activităţilor de marcaje rutiere, deci, implicit, nu se depăşeşte termenul contractual.

iii. Amorsa 0,6 kg/mp între stratul de piatră spartă şi cel de mixtură asfaltică (BAD22,4) care apare în grafic la poziţia 37 respectă întocmai Listele de cantităţi publicate în documentaţia de atribuire. Astfel, contestatorul consideră că nu i se poate imputa că "tehnologia propusă este neconformă cu normativele în vigoare" deoarece această tehnologie a fost impusă chiar de către Proiectant prin Listele de cantităţi şi implicit de către autoritatea contractantă prin publicarea acestora în SICAP.

iv. În graficul Gantt se poate observa că activităţile de montare bordură mare şi bordură mică sunt interconectate cu straturile de balast, astfel: montajul bordurilor mari şi mici vor fi finalizate în luna decembrie 2020, iar straturile de balast (care vor fi realizate atât pentru drum, trotuar şi borduri) se finalizează în decembrie 2020 la structurile rutiere vechi şi în ianuarie 2021 la structurile rutiere noi (pentru finalizare drum şi trotuar).

Activitatea de montare borduri se interconectează cu activitatea de desfacere trotuare, deoarece aceasta se desfăşoară în paralel cu activitatea de săpătură a drumului, de aşternere balast şi de montare borduri (a se vedea perioadele de timp). Succesiunea lucrărilor este în conformitate cu metodologiile de execuţie şi cu practica în domeniul lucrărilor de construcţii.

2.4. Contestatorul arată că prin punctul 4 din solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă face referire la Personalul propus şi managementul contractului pentru execuţia lucrărilor, solicitând:

„Justificaţi/clarificaţi relaţia de subordonare între șeful de șantier și RTE prezentată în cadrul organigramei de la pagina 404".

În primul rând, contestatorul învederează faptul că personalul propus de asocierea ...- ... pentru execuția lucrărilor a fost evaluat integral de către comisia de evaluare, astfel cum rezultă din:

- Procesul verbal nr. 63415/ 12.09.2019 - fila nr.5 - cu mențiunea cerință îndeplinită;

- Raportul de evaluare a propunerii tehnice nr. 61477/30.08.2019 întocmit de societatea … S.R.L. prin dl. … - expert tehnic cooptat- filele nr. 1-2;

- Raportul procedurii de atribuire nr. 64798/ 23.09.2019 - filele nr. 5-6.

În al doilea rând, contestatorul precizează că această întrebare nu are nicio relevanță, atât RTE-ul cât și șeful de șantier având atribuțiile descrise în fișa postului.

Acestă relaţie este guvernată de prevederile art. 17 alin. 1 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcţii, cu modificările şi completările ulterioare.

De asemenea, conform Ordinului nr. 1895/2016 pentru aprobarea Procedurii privind autorizarea şi exercitarea dreptului de practică a responsabililor tehnici cu execuţia lucrărilor de construcţii, precum şi pentru modificarea Reglementării tehnice "Îndrumător pentru atestarea tehnico-profesională a specialiştilor cu activitate în construcţii", aprobată prin Ordinul ministrului lucrărilor publice, transporturilor şi locuinţei nr. 777/2003:

"Anexa 1- art. 50:

Art. 50. -

Responsabilii tehnici cu execuţia autorizaţi răspund, conform atribuțiilor ce le revin, pentru:

1. *realizarea nivelului de calitate corespunzător cerinţelor fundamentale aplicabile lucrărilor de construcţii pentru care sunt angajaţi, precum şi în cazul neasigurării din culpa lor a realizării nivelului calitativ al lucrărilor prevăzut în proiecte, caiete de sarcini şi în reglementările tehnice în construcţii în vigoare la momentul execuţiei lucrărilor;*

2. *viciile ascunse ale construcţiei, ivite într-un interval de 10 ani de la recepţia lucrării, precum şi după împlinirea acestui termen, pe toată durata de existenţă a construcţiei, pentru viciile structurii de rezistenţă rezultate din nerespectarea normelor de execuţie în vigoare la data realizării ei.*

Art. 51. -

Responsabilii tehnici cu execuţia lucrărilor de construcţii, în exercitarea dreptului de practică, trebuie:

a) *să permită execuţia lucrărilor de construcţii numai pe baza proiectelor şi detaliilor de execuţie verificate de specialişti verificatori de proiecte atestaţi;*

b) *să verifice şi să avizeze fişele şi proiectele tehnologice, procedurile de realizare a lucrărilor, planurile de verificare a execuţiei, proiectele de organizare a execuţiei lucrărilor, precum şi programele de realizare a construcţiilor, referitor la lucrările aferente exigenţelor esenţiale;*

c) *să pună la dispoziţia autorităţilor de reglementare şi/sau de control în construcţii, la solicitarea acestora, documentele întocmite în exercitarea obligaţiilor ce le revin;*

d) să întocmească şi să ţină la zi registrul electronic de evidenţă a activităţii pentru lucrările de construcţii pe care le coordonează tehnic şi de care răspund, conform modelului din anexa nr. 6;"

Contestaorul precizează că din punct de vedere al execuţiei lucrărilor, în cadrul proiectului, responsabilul tehnic cu execuţia verifică în permanenţă corectitudinea execuţiei lucrărilor din punct de vedere tehnic şi are putere de decizie cu privire la oprirea şi/sau reluarea execuţiei lucrărilor coordonate de şeful de şantier (în condiţiile specificate în Legea nr. 10/1995 şi art. 50-51 din Ordinul MDRT nr. 1895/2016).

Astfel cum rezultă din argumentele anterioare, propunerea tehnică a asocierii ...-... respectă cerinţele documentaţiei de atribuire şi ale caietului de sarcini, nemaifiind necesare niciun fel de clarificări.

3. Concluzii:

Contrar principiului legalității actelor administrative, contestatorul arată că scopul urmărit de autoritatea contractantă prin formularea solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020 este acela de a crea, din nou, motive artificiale și nelegale în vederea respingerii ofertei asocierii ...-....

Contestatorul subliniază, în acest sens, interdicția impusă de art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform căreia:

„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

Per a contrario, autoritatea contractantă nu are nici dreptul de a formula solicitări de clarificări doar în scopul de a defavoriza și de a pune în dificultate un ofertant.

Față de criticile și argumentele anterior menționate, contestatorul solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale și ale deciziei CNSC și, pe cale de consecință, să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În conformitate cu prevederile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită să i se acorde accesul la dosarul CNSC, precizând că va detalia aspectele anterior invocate, după studierea înscrisurilor aflate la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 9397/13.03.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 10179/13.03.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de ..... SRL.

Autoritate contractantă arată că în conformitate cu art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare, persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim.

Același act normativ definește actul autorității contractante ca fiind orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune. Solicitarea de clarificări nu poate fi considerată ca fiind un act susceptibil de a produce efecte juridice, nereprezentând o decizie a comisiei de evaluare. Aceasta are rolul de a de clarifica/completa anumite aspecte ale propunerii tehnice, iar în cazul de față ofertantul în

mod eronat și abuziv prezumă, substituindu-se comisiei de evaluare și deciziilor acesteia, că solicitarea de clarificări reprezintă un act care va avea ca efect declararea ofertei sale ca fiind neconformă / inacceptabilă. Mai mult, ofertantul pare să accepte această solicitare, răspunzând în fapt tuturor întrebărilor adresate de autoritatea contractantă.

Atâta timp cât autoritatea contractantă nu a evaluat prin comisia de evaluare răspunsurile ofertantului, decizia acesteia cu privire la admiterea sau respingerea ofertei nu există în fapt, neputând fi astfel contestată.

Autoritatea contractantă arată că decizia CNSC nr. ... din data de 19.11.2019 a dispus reevaluarea ofertei asocierii ... - ... ca urmare a constatării deciziilor autorității contractante ca fiind excesive cu privire la anumite aspecte ale propunerii tehnice a ofertantului.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că această decizie nu impune comisiei de evaluare interdicția de a clarifica aspecte suplimentare, aceasta fiind motivată prin analiza punctuală a motivelor pentru care autoritatea contractantă a considerat oferta Asocierii ... - ... ca fiind neconformă. Astfel, decizia CNSC nu reprezintă în sine o evaluare a propunerii tehnice în integralitatea sa, așa cum consideră ofertantul că este. De altfel, CNSC nu s-a pronunțat prin decizia anterior amintita asupra conformității sau neconformității ofertei depuse de către ..., ci a stabilit că anumite elemente din raportul procedurii sunt neconforme.

Totodată, autoritatea contractantă arată că potrivit prevederilor HG 395/2016 art. 127 – ”(*1) În raport cu sarcinile și responsabilitățile, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții:*

a) *deschiderea ofertelor și, după caz, a altor documente care însoțesc oferta;*

b) *verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați;*

c) *realizarea selecției candidaților, dacă este cazul;*

d) *desfăşurarea dialogului cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv;*

e) *desfăşurarea negocierilor cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurilor de negociere;*

f) *verificarea conformităţii propunerilor tehnice ale ofertanţilor cu prevederile caietului de sarcini;*

g) *evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanţilor în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;*

h) *verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanţi, inclusiv verificarea conformităţii cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziţie publică respectiv, precum şi, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situaţia prevăzută la art. 210 din Lege;*

i) *elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare și/sau ofertelor;*

j) stabilirea solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile;

l) aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, astfel cum a fost prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs;

m) stabilirea ofertei/ofertelor câștigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii;

n) elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape și a raportului procedurii de atribuire".

Astfel, autoritatea contractantă menționează că, prin contestația formulată, SC ... SRL se subrogă legiuitorului și practic contestă prevederile art. "217" litera i) din HG 395/2016, lucru inacceptabil în accepțiunea sa.

Având în vedere cele anterior menționate, autoritatea contractantă consideră neîntemeiată și abuzivă solicitarea ofertantului ... de anulare a solicitării de clarificări a autorității contractante și a raportului de evaluare, având în vedere că autoritatea contractantă nu s-a pronunțat asupra conformității propunerii tehnice, iar întreaga motivare a contestației se bazează pe presupunerile ofertantului asupra a ceea ce se va întâmpla în viitor și pe refuzul acestuia ca oferta sa să îi fie evaluată.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca nefondată, a contestației formulată de către SC ... SRL.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 11062/19.03.2020, contestatorul a formulat concluzii scrise având în vedere punctul de vedere nr. 9397/13.03.2020 al autorității contractante.

1. <u>Cu privire la caracterul de act vătămător al Solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020</u>

Contestatorul arată că solicitarea de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020 îndeplinește toate condițiile prevăzute de lege nr. 101/2016 pentru a fi considerată un act vătămător.

Astfel, conform prevederilor art. 2 din Legea nr. 101/2016:

„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi".

Prin urmare, contestatorul precizează că nicăieri în acest text de lege nu se face vreo diferențiere între o solicitare de clarificare și o adresă de comunicare a unei decizii adoptate de către autoritatea contractantă. Textul de lege se referă la "act al unei autorități contractante", or solicitarea de clarificare reprezintă un astfel de act emis de către o autoritate contractantă în cursul unei proceduri de atribuire, act care este apt să producă o vătămare unui operator economic, în cazul în care el este adoptat cu încălcarea unor prevederile legale sau ale unor hotărâri judecătorești. Necontestatare unei solicitări de clarificare în termenul legal, conduce la consolidarea efectelor acesteia, și implicit la

imposibilitatea de a mai invoca și pune în discuție, ulterior conținutul abuziv al acestei solicitări.

Cu titlul de practică, contestatorul invocă decizia CNSC nr. ... din data 13.03.2017, prin care Consiliul a admis contestația formulată de un operator economic împotriva unei întrebări din cuprinsul unei solicitări de clarificare:

„Analizând conținutul întrebării nr. 1 criticată în prezenta speță, Consiliul constată că într-adevăr, aceasta este în parte excesivă...

... admite, în parte, contestația formulată de xxx S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMPANIA xxx, anulează, în parte, întrebarea nr. 1 din solicitarea de clarificări nr. xxx.2017, respectiv elimină sintagma „...." din conținutul acesteia și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire cu luarea în considerare a celor reținute în motivare".

Contestatorul precizează că, prin adoptarea și transmiterea solicitării de clarificare nr. 7919/ 2/03.03.2020, autoritatea contractantă a produs o vătămare asocierii ...-..., deoarece a încălcat atât prevederile legale cât și considerentele deciziei CNSC nr. ... din data de 19.11.2019, rămasă definitivă ca urmare a neformulării plângerii în ceea ce privește oferta asocierii ...- ....

2. <u>Cu privire la dreptul comisie de evaluare de a reevalua integral propunerea tehnică a asocierii ...-...</u>

Contestatorul menționează că este adevărat că legea prevede dreptul comisiei de evaluare de a evalua ofertele și de a solicita clarificări, însă acest drept nu trebuie exercitat în mod nelegal și abuziv, astfel cum a reținut Consiliul în decizia anterior menționată:

„Consiliul reține că deși potrivit art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă „are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate", acest drept nu trebuie exercitat prin transmiterea unor solicitări excesive/limitative".

Contestatorul precizează că prin decizia nr. ... din data de 19.11.2019, pronunțată in primul ciclu procesual, raportat la dispozițiile art. 26 alin. 10^1 din Legea nr. 101/2016, care prevede că: *„În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării*", Consiliul a stabilit limitele reevaluării ofertei asocierii ...-....

În opinia contestatorului, reevaluarea integrală a propunerii tehnice a asocierii ...-... excede limitelor stabilite de către CNSC, care a constatat cu autoritate de lucru judecat, modul excesiv în care autoritatea contractantă a evaluat propunerea tehnică a asocierii ...-....

Astfel, contestatorul susține că autoritatea contractantă se află într-o mare eroare când consideră că asocierea ...- ... nu ar avea dreptul să

formuleze critici cu privire la solicitarea de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020.

Mai mult decât atât, contestatorul arată că autoritatea contractantă recunoaște că nu a luat încă nicio decizie cu privire la *"admiterea sau respingerea ofertei",* prin urmare asocierea ...-... justifică un interes actual.

Faptul că asocierea sa a răspuns la solicitarea de clarificare nu înlătură caracterul nelegal al acesteia, motivul pentru care a formulat răspunsul fiind indicat în mod expres, respectiv evitarea respingerii ofertei asocierii ... - ... care urmare a neformulării unui răspuns în termenul menționat în solicitarea de clarificare.

Contestatorul are motive întemeiate să considere că:

- autoritatea contractantă încearcă să determine prin solicitarea de clarificări nr. 7919/2/03.03.2020 noi motive de respingere a ofertei asocierii ... - ...;
- autoritatea contractantă urmăreşte să sancționeze asocierea ... - ... pentru că a dovedit abuzurile săvârșite de comisia de evaluare în procesul de evaluare a ofertelor.

Contestatorul precizează că, așa cum rezultă din coroborarea deciziei CNSC cu dispozitivul deciziei nr. ... a Curții de Apel ..... prin care au fost admise în parte plângerile formulate de asocierea ...- ... și de către ...S.R.L., autoritatea contractantă avea obligația să reevalueze oferta Asocierii SC ... SRL-SC ... ... SRL „cu privire la cerințele privind cifra de afaceri și experiența similară a terțului susținător".

În loc să verifice înscrisurile false depuse de acest ofertant pentru putea îndeplini condițiile minime de participare la procedura de atribuire (pe care a și câștigat-o inițial cu ajutorul acestor înscrisuri și beneficiind de un mod de evaluare mai mult decât superficial), cât și contrar celor dispuse de către CNSC și Curtea de Apel, autoritatea contractantă a decis să reevalueze integral propunerea tehnică a asocierii ...-....

Contestatorul arată că prin decizia CNSC nr. .../.../..., ... din data de 19.11.2019 s-a stabilit că oferta asocierii ... - ... a fost evaluată în mod excesiv de către autoritatea contractantă, respectiv că motivele invocate în comunicarea privind respingerea ofertei au fost nelegale:

„Prin urmare, Consiliul apreciază că și acest motiv de respingere a ofertei contestatorului este neîntemeiat.

Concluzionând, autoritatea contractantă a procedat excesiv și nelegal respingând ca neconformă și inacceptabilă oferta depusă de Asocierea ... - ...".

3. <u>Referitor la atribuțiile comisiei de evaluare</u>

Contestatorul menționează că prevederile art. 127 din HG nr. 395/2016 privind atribuțiile comisiei de evaluare, citate de autoritatea contractantă, trebuie interpretare în această fază a procedurii în contextul considerentelor deciziei CNSC, ale deciziei nr. ... pronunțată de Curtea de Apel ..... și ale prevederilor:

- art. 26 alin. 10 [1] din Legea nr. 101/2016 și
- și punctelor nr. 76, 81 și 83 din considerentele Deciziei nr. 66/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, obligatorie conform art. 521 alin. 3 Cod procedură civilă.

Astfel, contestatorul precizează că din dosarul achiziției depus de autoritatea contractantă la CNSC, în primul ciclu procesual, rezultă că, comisia de evaluare a analizat în totalitate propunerea tehnică depusă de asocierea ... - ..., caz în care sunt pe deplin aplicabile dezlegările date prin Decizia nr. 66/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în Monitorul Oficial nr. 970 din 16 noiembrie 2018, conform cu care autoritatea contractantă învestită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de CNSC și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară.

Așa cum a stabilit Înalta Curte la punctul 81 din Decizia nr. 66/2018, Comisia de Evaluare nu este îndreptățită să reia verificarea cerințelor tehnice deja analizate, raportul de evaluare, în măsura în care le atestă, fiind irevocabil sub acest aspect.

Contestatorul precizează că întrebările din solicitarea de clarificare nr. 7919/ 2/03.03.2020 cu privire la: Metodologia de execuție, Planul de management al calității, Graficul propus de realizare a investiției, Personalul propus și managementul contractului, reprezintă cerințe tehnice din cuprinsul ofertei asocierii ...-..., pe care autoritatea contractantă le-a verificat integral, astfel cum rezultă din:

- Raportul de evaluare a propunerii tehnice nr. 61477/30.08.2019 întocmit de societatea … S.R.L. prin dl. … - expert tehnic cooptat;
- Raportul procedurii de atribuire nr. 64798/23.09.2019;
- Procesul verbal de evaluare nr. 63415/12.09.2019;
- Raportul privind Evaluarea Răspunsurilor la Solicitările de Clarificări - înregistrat sub nr. 62361/05.09.2019 la autoritatea contractantă.

Toate aceste rapoarte se regăsesc la dosarul CNSC.

4. În ceea ce privește afirmația autorității contractante din partea finală a punctului de vedere: *"Prin contestația formulată SC ... SRL se subrogă legiuitorului și practic contestă prevederile art. 217 litera i din HG 395/2016, lucru inacceptabil în accepțiunea noastră"*, în primul rând contestatorul, învederează faptul că Hotărârea de Guvern invocată de către autoritatea contractantă conține un număr de 171 articole.

În al doilea rând, indiferent de articolul pe care ar fi dorit să-l invoce autoritatea contractantă, nu se poate pune în discuție aspectul evocat de către aceasta.

Asocierea ...-... a contestat în mod legal și argumentat solicitarea de clarificare nr. 7919/ 2/03.03.2020, emisă de către comisia de evaluare.

Contestatorul menționează că din cuprinsul punctului de vedere rezultă faptul că autoritatea contractantă nu cunoaște dispozițiile incidente în materia achizițiilor publice sau este de rea credință sau este consiliată eronat de către consultanții săi/experții cooptați.

5. Concluzii:

Având în vedere argumentele menționate anterior, autoritatea contractantă solicită Consiliului:

- să respingă integral afirmațiile și apărările autorității contractante;
- să admită contestația, astfel cum a fost formulată;
- să oblige autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată.

Contestatorul depune anexat dovada achitării onorariului avocațial:
- factura fiscală nr . 018 din 06 Martie 2020 cheltuielilor de judecată;
- ordin de plată electronic nr. 6 din data de 09.03.2020.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 12177/27.03.2020, contestatorul a formulat concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției publice.

Din analiza documentelor de la dosarul CNSC, contestatorul constată că autoritatea contractantă încalcă în mod grav și repetat prevederile Legii nr. 98/2016.

1) Astfel, contestatorul arată că prima încălcare a prevederilor legale o constituie solicitarea autorității contractante adresată asocierii ... SRL- ... ... SRL de a înlocui terțul susținător:

Contestatorul precizează că, așa cum rezultă din considerentele deciziei civile nr. ... a Curții de Apel ....., autoritatea contractantă a fost obligată:

- să reevalueze oferta depusă de asocierea ... SRL- ... ... SRL, cu privire la cerința privind cifra de afaceri a terțului susținător ..... "În acest sens, autoritatea contractantă va solicita asocierii să clarifice diferența dintre cifra de afaceri evidențiată în documentele proprii depuse în dosarul achiziţiei publice și cele depuse de contestatoarea ..... SRL;
- să reevalueze oferta depusă de Asocierea ... SRL- ... ... SRL și cu privire la cerința privind experiența similară, prin efectuarea unor demersuri suplimentare în vederea stabilirii realității executării contractului nr. .. prezentat în dovedirea experienței similare și implicit a îndeplinirii de către oferta desemnată câștigătoare a cerinței privind experiența similară, deoarece dubiul privind cifra de afaceri a terțului susținător se răsfrânge și asupra îndeplinirii cerinței privind experiența similară".

Prin adresa nr. 2248/21.02.2020 (ANEXA nr. 1), autoritatea contractantă a adresat asocierii ... SRL-... ... SRL următoarele solicitări de clarificare:

"1. Vă solicităm să clarificați diferența dintre cifra de afaceri evidențiată în documentele depuse de dvs. în cadrul documentelor de calificare și cele depuse de contestatoarea ... SRL. Vă solicităm să transmiteți Bilanțul aferent anilor 2016,2017 și 2018.

2. Vă solicităm să transmiteți documente justificative privind încasarea de către ..... a sumelor ce-i revin din executarea contractului menționat ca experiență similară și să explicați unde se regăsesc aceste sume în cifra de afaceri".

Contestatorul menționează că deși asocierea ... SRL - ... ... SRL solicitase prelungirea termenului de răspuns până la data de 30.01.2020 (ANEXA nr. 2 - Adresa nr. 7394/23.01.2020), autoritatea contractantă nu a mai așteptat să vadă dacă primește sau nu aceste documente (probabil aceasta intuia că nu le va primi pentru că, ar fi însemnat încă un fals din

partea asocierii ... SRL- ... ... SRL), iar prin procesul verbal nr. 2762 din data de 27.01.2020 (ANEXA nr. 3) a dispus, cu încălcarea în mod grav a prevederilor legale (invocate chiar de către autoritatea contractantă), că:

”Ofertantul Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificări în SICAP respectând termenul limită de depunere a răspunsului.

Ofertantul răspunde că având în vedere volumul mare de documente solicitate și ținând cont că acestea sunt în altă limbă decât limba procedurii are nevoie de o decalare a termenului de răspuns.

Comisia de evaluare analizând răspunsul la solicitarea de clarificări consideră că terțul susținător nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri, astfel conform art. 183 alin. 2 din Legea 98/2016 "*Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere, prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea 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)".*

De asemenea, contestatorul învederează faptul că dispozitivul deciziei civile nr. ... pronunțată de Curtea de Apel ....., era cât se poate de clar formulat:

„Modifică în parte Decizia CNSC nr. ... din data de 19.11.2019 în sensul că admite contestațiile depuse de SC ..... SRL și ... SRL și cu privire cererea de reevaluare a ofertei depuse de Asocierea SC ...SRL- SC ... ... SRL.

Dispune reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC ... SRL- SC ... ... SRL <u>cu privire la cerințele privind cifra de afaceri și experiența similară a terțului susținător,</u> având în vedere considerentele prezentei decizii".

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă nu a mai avut "răbdare" să aștepte transmiterea documentelor solicitate de la asocierea ... SRL- ... ... SRL, conform deciziei Curții de Apel ....., stabilind că aceasta trebuie să își înlocuiască terțul susținător deoarece terțul susținător ..... "nu îndeplinește cerințele privind experiența similară și cifra de afaceri".

Prin urmare, contestatorul precizează că acest comportament al autorității contractante se situează dincolo de orice prevedere legală, fiind evidentă conivența dintre autoritatea contractantă și asocierea ... SRL- ... ... SRL.

Astfel, contestatorul se întreabă, în mod evident retoric, cum a fost posibil ca într-un interval scurt de timp, asocierea ... SRL- ... ... SRL să găsească un nou terț susținător care să poată îndeplini cerințele de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri.

În aceste condiții, contestatorul solicită Consiliului să sesizeze organele competente care investighează fraudele în derularea procedurilor de achiziție publică.

Contestatorul consideră că solicitarea de înlocuire a terțului susținător s-a realizat cu încălcarea următoarelor prevederi legale:

- art. 2 alin. 2 lit. b) din Legea nr. 98/2016 - privind principiul tratamentului egal;

- art. 209 din Legea nr. 98/2016;
- art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, teza finală,

dar și cu încălcarea considerentelor deciziei Curții de Apel ....., referitoare la verificarea îndeplinirii cerințelor privind experiența similară și cele referitoare la cifra de afaceri de către terțul susținător .....

Astfel, contestatorul arată că potrivit prevederilor legale citate anterior și jurisprudenței Curților de Apel:

Autoritatea contractantă are obligația *„de a verifica dacă principiul tratamentului egal este respectat printr-o posibilă înlocuire a terțului și, numai în caz afirmativ, să solicite acest lucru operatorului economic.*

O altă interpretare ar conduce la concluzia că un operator economic are posibilitatea imprevizibilă pentru ceilalți participanți la procedură de a înlocui un terț care îi asigură susținerea, fapt de natură să conducă la modificare substanțială a ofertei, în dauna ofertelor concurenților din procedura de atribuire a contractului în cauză.

O asemenea situație ar fi contrară principiului egalității de tratament care impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și impune supunerea acestor oferte acelorași condiții pentru toți ofertanții și ar constitui o denaturare a concurenței corecte și efective între întreprinderile care participă la o achiziție publică.

... Față de cele arătate, Curtea constată că,... nu poate fi primită soluția de obligare a autorității contractante de a solicita clarificări și/ sau de a da posibilitatea petentei de a proceda la înlocuirea terțului susținător, așa cum s-a solicitat, întrucât o astfel de soluție ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care va respinge plângerea ca nefondată” (hotărârea nr. ... – Contencios Administrativ și fiscal - litigiu privind achizițiile publice Curtea de Apel Ploiești - Secția de contencios administrativ și fiscal - dosar nr. ... având ca obiect plângerea împotriva deciziei CNSC nr. ... din data de 30.05.2019).

Astfel, contestatorul consideră că înlocuirea terțului susținător s-a realizat cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv cu încălcarea prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL fiind evident favorizată de către autoritatea contractantă în detrimentul ofertei asocierii ...- ....

2) Contestatorul arată că a doua încălcare a prevederilor legale o reprezintă declararea admisibilă a ofertei asocierii ... SRL- ... ... SRL.

În acest sens, contestatorul precizează că raportat la argumentele menționate anterior, autoritatea contractantă trebuia să aștepte împlinirea termenului de 30.01.2020 (solicitat de asocierea ... SRL- ... ... SRL) pentru furnizarea documentelor referitoare la experiența similară și cifra de afaceri a terțului susținător ..... și dacă nu le primea, trebuia să declare inacceptabilă oferta asocierii ... SRL- ... ... SRL.

Contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 137 din H.G. nr. 395/2016 :

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

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă".

Astfel, contestatorul consideră că oferta asocierii ... SRL- ... ... SRL a fost declarată admisibilă cu încălcarea prevederilor art. 137 din H.G. nr. 395/2016.

3. Contestatorul arată că a treia încălcare a prevederilor legale o reprezintă solicitarea unor noi clarificări referitoare la propunerea tehnică a asocierii ...-... - aspecte detaliate pe larg în cuprinsul contestației ce face obiectul prezentului dosar şi a concluziilor scrise transmise prin e-mail în data de 19.03.2020, respectiv:

- încălcarea considerentelor Deciziei CNSC nr. ... din data de 19.11.2019;
- încălcarea prevederilor art. 26 alin. 10^1 din Legea nr. 101/2016 și a punctelor nr. 76, 81 și 83 din considerentele deciziei nr. 66/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, obligatorie conform art. 521 alin. 3 Cod procedură civilă,
- încălcarea prevederilor de art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform cărora: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*".

Per a contrario, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu are nici dreptul de a formula solicitări de clarificări doar în scopul de a defavoriza și de a pune în dificultate un ofertant.

4. Contestatorul arată că a patra încălcare o reprezintă încălcarea de către comisia de evaluare a principiului asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatorul arată că așa cum rezultă din înscrisurile de la dosarul CNSC, atât solicitările de clarificare (ANEXA nr. 4), cât și punctele de vedere, inclusiv punctul de vedere nr. 9397/13.03.2020 cu privire la contestația asocierii ...-..., sunt întocmite de către expertul tehnic cooptat - ... SRL (societate care activează în domeniul construcțiilor de drumuri).

Practic, comisia de evaluare, desemnată prin dispoziția Primarului Municipiului ....., nu are o implicarea în procedura de evaluare a ofertelor, aceasta, inclusiv Primarul, însușindu-și integral toate punctele de vedere emise de către expertul tehnic cooptat.

Totodată, contestatorul constată că expertul tehnic cooptat ... SRL emite în cadrul punctului de vedere nr. 9375/12.03.2020 (ANEXA nr. 5) opinii cu privire la aspectele juridice deduse soluționării, formulând aprecieri referitoare la:

- caracterul de act vătămător al solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020;
- dreptul comisiei de evaluare de a reevalua integral propunerea tehnică a asocierii ...-...;
- atribuțiile comisiei de evaluare stabilite de prevederile art. 127 din H.G. nr. 395/2016.

Copierea integrală de către Primarul Municipiului ..... a acestui punct de vedere și transmiterea lui la CNSC (punctul de vedere nr. 9397/13.03.2020), rezultă din compararea celor două înscrisuri.

Primarul Municipiului ..... preia pe ultima pagină a punctului de vedere transmis la CNSC inclusiv afirmațiile expertului tehnic cooptat referitoare la „ ... SC ... se subrogă legiuitorului și practic contestă prevederile art. 217 litera i din HG 295/ 2016...", fără a verifica cel puțin dacă în cuprinsul acestui act normativ există sau nu articolul 217 invocat de expertul tehnic cooptat.

În opinia contestatorului, acest mod de lucru este inacceptabil pentru o autoritate publică, care implementează un contract de lucrări în valoare de aproximativ 45 milioane lei (TVA inclus) din fonduri publice. Este inadmisibil ca o autoritate publică a Statului Român să încalce în mod flagrant, grav și repetat prevederile legale în materia achiziţiilor publice, cât și deciziile emise de Curtea de Apel ..... și CNSC.

Astfel, contestatorul solicită Consiliului să trateze cu cea mai mare responsabilitate toate aspectele sesizate prin contestaţie și concluziile scrise transmise la dosarul cauzei şi să dispună măsuri ferme de remediere pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire ”....." și preîntâmpinarea fraudării fondurilor publice de către asocierea ... SRL- ... ... SRL.

Contestatorul precizează că la fraudarea fondurilor publice și-au dat concursul și o serie de persoane implicate în procedura de evaluare a ofertelor, care în primul rând ar fi trebuit să respecte principiul legalităţii actelor emise în procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 12698/01.04.2020, contestatorul formulează cerere completatoare la contestație, completând contestația cu următoarele capete de cerere:

1. Anularea Procesului-verbal de evaluare nr. 2762/27.01.2020 (ANEXA Nr. 1) în ceea ce privește reevaluarea ofertei Asocierii ... SRL - ... ... SRL prin înlocuirea terțului susținător ...

... și a tuturor actelor subsecvente, enumerate în mod exemplificativ:

- Solicitarea de clarificare nr. 2762/1/ 27.01.2020 (ANEXA Nr. 2) transmisă asocierii ... SRL - ... ... SRL prin care autoritatea contractantă a dispus și solicitat înlocuirea terţului susţinător .....;
- Procesul-verbal nr. 7768/02.03.2020 (ANEXA Nr. 3), în partea ce priveşte reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL și îndeplinirea cerinţelor de calificare privind experienţa similară şi cifra de afaceri;
- Orice alte acte emise de autoritatea contractantă privind oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL după data pronunțării Deciziei Civile nr. ... de către Curtea de Apel ..... (dosar nr. …);

2. Constatarea caracterului nelegal al tuturor actelor enumerate la punctul 1 referitoare la înlocuirea terțului susținător .....;

3. Constatarea caracterului inacceptabil al ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL;

4. Obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

1. Contestatorul menționează că la data de 25.03.2020, a studiat dosarul achiziţie la sediul CNSC şi a constatat că autoritatea contractantă a încălcat:

- dispozitivul Deciziei Civile nr. ... pronunţată de Curtea de Apel ..... privind reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL;

- prevederile Legii nr. 98/2016;

- considerentele Deciziei ICCJ nr. ... privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Suceava - Secția de Contencios Administrativ și Fiscal în dosarul nr. ..., privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept.

Astfel, contestatorul arată că prin Decizia Civilă nr. ... pronunţată de Curtea de Apel ....., autoritatea contractantă a fost obligată să reevalueze oferta depusă de asocierea SC ... SRL - SC ... ... SRL „cu privire la cerinţele privind cifra de afaceri și experiența similară a terțului susținător, având în vedere considerentele prezentei decizii".

1.1 În ceea ce privește cerința privind cifra de afaceri, analizând plângerea formulată de ..... SRL, Curtea de Apel ..... a stabilit că: autoritatea contractantă are obligația să verifice prealabil atribuirii contractului dacă este posibilă transpunerea în practică a susținerii pretinse de ofertantă, pentru a se asigura că terțul susținător chiar are resurse și este capabilă să și le disloce pentru îndeplinirea obligațiilor asumate prin implicarea sa directă, în ipoteza în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, așa cum a declarat în angajamentul de susținere. În același sens a statuat și CJUE în cauza C—176/98 Holst Italia SpA.

Potrivit fișei de date a achiziției, - secțiunea III. 1.2) Capacitatea economică și financiară - cifra de afaceri anuală generală, ofertanții trebuiau să îndeplinească următoarea cerință:

"Cifra de afaceri anuală minimă, realizată în fiecare din ultimii trei ani I (2016, 2017, 2018) trebuie să fie mai mare sau egală cu 97.172.982,66 lei (2 X valoarea estimată a contractului)".

Or, în condițiile în care raportul ... și extrasele depuse de contestatoarea ..... SRL se evidențiază o cifră de afaceri a terțului susținător de 2.965.614 Euro pe anul 2016 și de 4.777.365 Euro pe anul 2017, în timp ce asocierea SC ... susține pentru același terț, cu documente, o cifră de afaceri de 61.504.502 euro pe anul 2016 și de 63.406.051 euro pe anul 2017," Curtea de Apel ..... a dispus că: „este necesar ca autoritatea contractantă să facă demersuri suplimentare, prin solicitarea de la terțul susținător a unor date și informații menite să elimine posibilitatea ca susținerea să fie fictivă, nerealizabilă, diligentă necesară cu atât mai mult cu cât naționalitatea terțului nu este română".

1.2 În ceea ce privește cerința privind experiența similară, Curtea de Apel ..... a considerat:

„că dubiul privind cifra de afaceri se răsfrânge și asupra îndeplinirii cerinței privind experiența similară, pentru următoarele considerente:

Dacă avem în vedere că cifra de afaceri reprezintă valoarea totală de bunuri și servicii realizată de o companie într-o anumită perioadă de timp, rezultă că plățile încasate de ..... ar trebui să se regăsească în cifra de afaceri.

Conform certificatului de probe emis de antreprenorul din ... (fl. 1322 ds. CNSC vol.3/5), rezultă că subantreprenorul ...Stabile a încasat în anul 2016 suma de 12.009.635 Euro, iar în anul 2017 suma de 7.202.786 Euro.

Aceste sume însă nu se regăsesc în cifra de afaceri a terțului susținător în varianta depusă de contestatoarea SC ..... SRL, respectiv 2.965.614 Euro pe anul 2016 și de 4.777.365 Euro pe anul 2017, ceea ce impune ca autoritatea contractantă să facă demersuri suplimentare în vederea stabilirii realității executării respectivului contract și implicit a îndeplinirii de către oferta desemnată câștigătoare a cerinței privind experiența similară, pentru considerentele arătate la punctul 1.

Astfel, Curtea de Apel ..... a dispus că „pentru motive similare cu cele pentru care a fost admis primul motiv al plângerii ..... SRL, oferta depusă de Asocierea SC ... SRL - SC ... ... SRL urmează a fi reevaluată și cu privire la cerința privind experiența similară".

Prin urmare, Curtea de Apel ..... a stabilit limitele reevaluării ofertei Asocierii ... SRL - ... ... SRL în ceea ce privește cifra de afaceri și experiența similară a terțului susținător .....

Contestatorul precizează că deși inițial, prin adresa nr. 2248/21.02.2020 (ANEXA nr. 2), a solicitat clarificării asocierii ... SRL - SC ... ... SRL, autoritatea nu a mai așteptat că aceasta să depună documentele solicitate (probabil intuia că nu le va primi pentru că, ar fi însemnat încă un fals din partea asocierii ... SRL- ... ... SRL) și în data de 27.01.2020, prin Procesul Verbal nr. 2762/27.01.2020 (ANEXA nr. 3) a dispus, cu încălcarea în mod grav a prevederilor legale și a Deciziei Curții de Apel ....., ca ofertantul asocierea ... SRL - ... ... SRL să își înlocuiască terțul susținător și să prezinte noi documente justificative care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare privind cifra de afaceri și experiența similară.

În acest sens, contestatorul arată că autoritatea contractantă a transmis asocierii ... SRL - ... ... SRL solicitarea de clarificare nr. 2762/1/27.01.2020 (ANEXA nr. 3):

"Comisia de evaluare analizând răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2248/21.01.2020 consideră că terțul susținător nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri, iar conform art. 183 alin. 2 din Legea 98/2016 "Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea 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),", astfel comisia de evaluare solicită schimbarea terțului susținător și prezentarea documentelor justificative care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare privind cifra de afaceri și experiența similară".

2. Contestatorul consideră că Procesul Verbal nr. 2762/27.01.2020 și solicitarea de clarificare nr. 2762/1/27.01.2020 au fost întocmite cu încălcarea flagrantă de către autoritatea contractantă a următoarelor prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 2 alin. 2 lit. (b) din Legea nr. 98/2016 - privind respectarea principiul tratamentului egal;

- art. 209 din Legea nr. 98/2016 care stabilește interdicția conform căreia: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat." Per a contrario,* autoritatea contractantă nu are nici dreptul de a formula solicitări de clarificări doar în scopul de a defavoriza și de a pune în dificultate un ofertant.

- art. 183 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, teza finală, care stabilește că solicitarea de înlocuire a terțului susținător poate fi formulată cu condiția de a nu se aduce atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

Astfel, cum s-a reținut și în practica recentă:

Autoritatea contractantă are obligația *„de a verifica dacă principiul tratamentului egal este respectat printr-o posibilă înlocuire a terțului și, numai în caz afirmativ, să solicite acest lucru operatorului economic.*

O altă interpretare ar conduce la concluzia că un operator economic are posibilitatea imprevizibilă pentru ceilalți participanți la procedură de a înlocui un terț care îi asigură susținerea, fapt de natură să conducă la modificare substanțială a ofertei, în dauna ofertelor concurenților din procedura de atribuire a contractului în cauză.

O asemenea situație ar fi contrară principiului egalității de tratament care impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și impune supunerea acestor oferte acelorași condiții pentru toți ofertanții și ar constitui o denaturare a concurenței corecte și efective între întreprinderile care participă la o achiziție publică.

... Față de cele arătate, Curtea constată că,... nu poate fi primită soluția de obligare a autorității contractante de a solicita clarificări și/ sau de a da posibilitatea petentei de a proceda la înlocuirea terțului susținător, așa cum s-a solicitat, întrucât o astfel de soluție ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care va respinge plângerea ca nefondată” (hotărârea nr. ... – Contencios Administrativ și fiscal - litigiu privind achizițiile publice Curtea de Apel Ploiești - Secția de contencios administrativ și fiscal - dosar nr. ... având ca obiect plângerea împotriva deciziei CNSC nr. ... din data de 30.05.2019).

Astfel, contestatorul consideră că solicitarea de înlocuire a terțului susținător s-a adoptat cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv cu încălcarea prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL fiind evident favorizată de către autoritatea contractantă în detrimentul ofertei asocierii ...- ....

Având în vedere încălcarea de către autoritatea contractantă a:

- dispozițiilor legale anterior menționate,
- a considerentelor nr. 76, 81 și 83 din Decizia ICCJ nr. 66/2018 - obligatorie conform art. 521 alin. 3 Cod procedură civilă, şi
- a Deciziei Curţii de Apel .....,

contestatorul solicită anularea tuturor actelor prin care autoritatea contractantă a dispus și solicitat înlocuirea de către asocierea ... SRL - ... ... SRL a terțului susținător .....

Prin raportare la prevederile legale anterior menționate, contestatorul solicită Consiliului să constate caracterul nelegal al tuturor actelor întocmite de către autoritatea contractantă referitoare la înlocuirea de către asocierea ... SRL - ... ... SRL a terțului susținător ..... și să dispună anularea acestora.

Totodată, potrivit principiului desființării actelor subsecvente *(resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis),* contestatorul solicită Consiliului să dispună și anularea Procesului Verbal nr. 7768/02.03.2020, în partea ce privește reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL și îndeplinirii cerințelor de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri prin noul terț susținător, o societate cu sediul în Turcia: *„...".*

3. Constatarea caracterului inacceptabil al ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL

Raportat la argumentele menționate anterior, contestatorul precizează că autoritatea contractantă trebuia să declare inacceptabilă oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL, deoarece nu a furnizat documentele solicitate referitoare la experiența similară și cifra de afaceri a terțului susținător ...STABIL EBG.

Astfel, contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 137 din H.G. nr. 395/2016 :

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

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă".

Prin urmare, contestatorul consideră că oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL a fost declarată admisibilă cu încălcarea prevederilor art. 137 din H.G. nr. 395/2016, aceasta fiind în realitate inacceptabilă, deoarece nu îndeplinește criteriile de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri.

Contestatorul menționează că dacă s-ar trece peste acest argument, în conformitate cu considerentele Deciziei Civile nr. ... pronunțată de Curtea de Apel ....., autoritatea contractantă trebuia:

„să facă demersuri suplimentare, prin solicitarea de la terțul susținător a unor date și informații menite să elimine posibilitatea ca susținerea să fie fictivă, nerealizabilă, diligentă necesară cu atât mai mult cu cât naționalitatea terțului nu este română".

Contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 48 din HG nr. 395/2016:

„(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire <u>dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:</u>

a) *terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;*

b) *ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant".*

De asemenea, contestatorul menționează că, așa cum s-a reținut și în practica CNSC și a Curților de Apel, autoritatea contractantă avea obligația să verifice dacă terțul susținător deține resursele suficiente pentru a asigura îndeplinirea contractului, dacă ofertantul câștigător întâmpina dificultăți în execuție:

„Curtea constată că petenta S.... susține cu vehemență că înscrisurile depuse la dosar sunt suficiente pentru a dovedi îndeplinirea cerinței vizând experiența similară raportat la Fișa de date a achiziției, ignorând voit faptul că esențial pentru beneficiar într-o procedură de achiziție și în orice executare de lucrări este să se asigure, nu că s-au depus înscrisurile solicitate ci că ele corespund unei realități faptice. Pentru că important pentru autoritatea contractantă nu este ca fiecare ofertant care nu poate dovedi singur experiența similară să prezinte înscrisuri de la un terț care formal demonstrează această experiență ci ca, în cazul imposibilității realizării lucrării de către ofertant, să existe siguranța că terțul susținător va fi cel care va executa lucrarea.

Or, față de înscrisurile depuse la dosar, Curtea este în acord cu autoritatea contractantă când aceasta consideră că nu au fost prezentate suficiente dovezi că terțul susținător este o societate funcțională, capabilă să preia executarea lucrării în situația în care ofertantul în cauză nu poate să-și îndeplinească obligațiile asumate" (decizia nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Suceava, dosar nr. ...).

Contestatorul precizează că din dosarul achiziției publice, rezultă că autoritatea contractantă nu a făcut o astfel de verificare, prin urmare procesul-verbal de evaluare are un caracter strict formal, autoritatea încălcând, din nou considerentele Deciziei Civile nr. ....

5. În ceea ce privește completarea contestaţiei ca urmare a studierii dosarului achiziţiei la sediul CNSC, contestatorul învederează faptul că aceste critici, referitoare la evaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL, nu sunt nici tardive și nici inadmisibile.

În ipoteza respingerii cererii completatoare, contestatorul apreciază că CNSC-ul încalcă dreptul de acces la justiție, în conformitate cu art. 6 din CEDO și principiile după care se ghidează procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică, respectiv: principiul transparenței, a tratamentului egal și al eficienței utilizării fondurilor publice, toate orientate către îndeplinirea întocmai a scopului urmărit de către autoritatea contractantă prin atribuirea acestui contract.

Astfel cum s-a reținut de către Consiliu prin decizia CNSC nr. ... din data de 20.03.2018, rămasă definitivă ca urmare a pronunțării Deciziei Civile nr. ... din data 31.05.2018 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal *„... se reține că analizarea caracterului inadmisibilității și/sau a tardivității formulării unor critici punctuale îndreptate împotriva ofertei depusă de către un alt participant este*

influențată de contextul administrativ generat de modul de desfășurare a procedurii de atribuire, în funcție de modul în care autoritatea a pus la dispoziția celorlalți ofertanți ofertele tehnice și, respectiv, financiare, ale ofertanților în litigiu, dar și de modul de analizare a conformității și de evaluare a fiecăreia dintre ofertele depuse în raport de criteriile stabilite de însăși autoritatea contractantă".

Contestatorul precizează că este adevărat că art. 21 alin. (3) din Legea 101/2016 prevede inadmisibilitatea unor noi motive de contestare și formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise, ulterior termenului legal de formulare a contestației, însă această dispoziție trebuie interpretată prin corelare cu momentul de la care curge termenul legal de formulare a contestației, în situația în care titularului contestației nu a cunoscut modalitatea de reevaluare a ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL până la data studierii dosarului la sediul CNSC.

6. Concluzii finale

Contestatorul reiterează solicitarea ca C.N.S.C. să trateze cu cea mai mare responsabilitate toate aspectele sesizate de către societate sa prin:

- contestaţia inițială,
- concluziile scrise transmise la dosarul cauzei la data de 19.03.2020 şi 27.03.2020,
- cererea completatoare;

şi să dispună măsuri ferme de remediere, pentru restabilirea legalității procedurii de atribuire ”Asfaltare şi modernizare drumuri de interes local în municipiul ....., judeţul ....." şi preîntâmpinarea fraudării fondurilor publice de către asocierea ... SRL - ... ... SRL.

De asemenea, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și faptul că, în conformitate cu informațiile publice de pe pagina de internet a Ministerului Finanțelor Publice, la nivelul anului 2018: asocierea ... -... are în total 471 (279 +192) de angajați, iar asocierea ... SRL- ... ... SRL are doar 48 de angajați (40 + 8) - ANEXA nr. 4.

Totodată, după cum rezultă și din dosarul achiziției asocierea ... SRL - ... ... SRL nu are niciun fel de experiență similară, și cu toate acestea propunerea tehnică depusă este fără de cusur și nu a mai necesitat alte clarificări.

Astfel, după înlocuirea cu succes a terțului susținător inițial ..... din Italia care prezentase documente de calificare falsificate în mod grosolan, cu un terț susținător din afara Uniunii Europene, respectiv Republica Turcia - pentru a fi foarte greu verificabil, autoritatea contractantă își îndreaptă, din nou, atenția spre propunerea tehnică a asocierii ... - ..., pe care o reevaluează, contrar celor dispuse prin prima decizie CNSC.

În opinia contestatorului, această modalitate de evaluare este părtinitoare și totodată abuzivă, având în vedere că societățile care compun asocierea ... - ... au o vasta experiență în execuția de lucrări similare și chiar lucrări de amploare mai mare (construire autostrăzi, reabilitare drumuri naționale, construcție aeroporturi) și au un număr de angajați de 10 ori mai mare decât cel al asocierii ... SRL - ... ... SRL.

De asemenea, contestatorul precizează că Consiliul, în baza rolului pe care îl are în derularea procedurilor de atribuire, are obligația să analizeze în mod complet aceste critici formulate de asocierea ...-....

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ..., contestatorul reclamă procesul verbal nr. 2762 din data de 27.01.2020, solicitarea de clarificări nr. 2762/1/ din data de 27.01.2020, procesul verbal nr. 7768 din data de 02.03.2020, emise de autoritatea contractantă.

1. Dezvoltarea motivelor contestației:

Contestatorul arată că prin contestația ce face obiectul dosarului nr. 396/2020 a solicitat CNSC să constate comportamentul abuziv, modalitatea excesivă și nelegală în care autoritatea contractantă a înțeles să pună în aplicare Decizia CNSC nr. ... din data de 19.11.2019 și să evalueze oferta asocierii ...-....

În ceea ce privește contestația de față, contestatorul arată că aceasta vizează actele vătămătoare emise de autoritatea contractantă, de care a luat cunoștință la data de 25.03.2020, când a studiat și fotocopiat dosarul achiziție la sediul CNSC (Anexa nr. 4).

Contestatorul precizează că, cu această ocazie, a constatat că autoritatea contractantă a încălcat:

- dispozitivul Deciziei Civile nr. ... pronunțată de Curtea de Apel ..... privind reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL;
- prevederile Legii nr. 98/2016;
- considerentele Deciziei ICCJ nr. …, privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Suceava - Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal în dosarul nr. …, privind pronunţarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept.

Astfel, contestatorul arată că prin Decizia Civilă nr. ... pronunţată de Curtea de Apel ....., autoritatea contractantă a fost obligată să reevalueze oferta depusă de asocierea ... SRL - ... ... SRL:

„cu privire la cerințele privind cifra de afaceri și experiența similară a terțului susținător, având în vedere considerentele prezentei decizii".

Astfel, Curtea de Apel ..... a fixat prin dispozitivul Deciziei Civile nr. ... limitele reevaluării, precizând în mod clar că aceasta privește reevaluarea cifrei de afaceri și experiența similară a terțului susținător ....., autoritatea contractantă urmând să aibă în vedere „considerentele prezentei decizii".

1.1. În ceea ce privește cerința privind cifra de afaceri, contestatorul arată că, analizând plângerea formulată de ..... SRL, Curtea de Apel ..... a stabilit:

„autoritatea contractantă are obligația să verifice prealabil atribuirii contractului dacă este posibilă transpunerea în practică a susținerii pretinse de ofertantă, pentru a se asigura că terțul susținător chiar are resurse și este capabilă să și le disloce pentru îndeplinirea obligațiilor asumate prin implicarea sa directă, în ipoteza în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, așa cum a declarat în angajamentul de susținere. În același sens a statuat și CJUE în cauza C—176/98 Holst Italia SpA.

Potrivit fișei de date a achiziției, - secțiunea III.1.2) Capacitatea economică și financiară - cifra de afaceri anuală generală, ofertanții trebuiau să îndeplinească următoarea cerință:

"*Cifra de afaceri anuală minimă, realizată în fiecare din ultimii trei ani I (2016, 2017, 2018) trebuie să fie mai mare sau egală cu 97.172.982,66 lei (2 X valoarea estimată a contractului)".*

Or, în condițiile în care raportul Coface și extrasele depuse de contestatoarea ..... SRL se evidențiază o cifră de afaceri a terțului susținător de 2.965.614 Euro pe anul 2016 și de 4.777.365 Euro pe anul 2017, în timp ce asocierea SC ... susține pentru același terț, cu documente, o cifră de afaceri de 61.504.502 euro pe anul 2016 și de 63.406.051 euro pe anul 2017," Curtea de Apel ..... a dispus că:

„este necesar ca autoritatea contractantă să facă demersuri suplimentare, prin solicitarea de la terțul susținător a unor date și informații menite să elimine posibilitatea ca susținerea să fie fictivă, nerealizabilă, diligentă necesară cu atât mai mult cu cât naționalitatea terțului nu este română".

1.2. În ceea ce privește cerința privind experiența similară, contestatorul arată că, analizând Plângerea formulata de ..... SRL, Curtea de Apel ..... a considerat că:

”dubiul privind cifra de afaceri se răsfrânge și asupra îndeplinirii cerinței privind experiența similară, pentru următoarele considerente:

Dacă avem în vedere că cifra de afaceri reprezintă valoarea totală de bunuri și servicii realizată de o companie într-o anumită perioadă de timp, rezultă că plățile încasate de ..... ar trebui să se regăsească în cifra de afaceri.

Conform certificatului de probe emis de antreprenorul din ... (fl. 1322 ds. CNSC vol.3/5), rezulta ca subantreprenorul ..... a încasat în anul 2016 suma de 12.009.635 Euro, iar în anul 2017 suma de 7.202.786 Euro.

Aceste sume însă nu se regăsesc în cifra de afaceri a terțului susținător în varianta depusă de contestatoarea SC ..... SRL, respectiv 2.965.614 Euro pe anul 2016 și de 4.777.365 Euro pe anul 2017, ceea ce impune ca autoritatea contractantă să facă demersuri suplimentare în vederea stabilirii realității executării respectivului contract și implicit a îndeplinirii de către oferta desemnata câștigătoare a cerinței privind experiența similară, pentru considerentele arătate la punctul 1.

Astfel, Curtea de Apel ..... a dispus:

„pentru motive similare cu cele pentru care a fost admis primul motiv al plângerii ..... SRL, oferta depusă de Asocierea SC ... SRL - SC ... ... SRL urmează a fi reevaluată și cu privire la cerința privind experiența similară."

Contestatorul precizează că deși în privința evaluării ofertei societății sale autoritatea contractantă:

- a eludat considerentele Deciziei CNSC nr. ... din data de 19.11.2019, dând dovadă de un formalism excesiv, pornind chiar să verifice și să reverifice cerințe care fuseseră deja evaluate,
- în ceea ce privește obligaţiile impuse de Curtea de Apel ....., autoritatea a apreciat că poate "jongla" cu dispoziţiile instanţei judecătoreşti şi chiar a găsit un "tertip" prin care să-şi impună propria voinţă, chiar dacă astfel au fost încălcate în mod grav şi repetat toate principiile care stau la baza legislaţiei în materia achiziţiilor publice.

Astfel, contestatorul arată că prin adresa nr. 2248/21.02.2020, autoritatea contractantă a solicitat formal asocierii ... SRL - ... ... SRL următoarele solicitări de clarificare:

"1. Vă solicităm să clarificați diferența dintre cifra de afaceri evidențiată în documentele depuse de dvs. în cadrul documentelor de calificare și cele depuse de contestatoarea ... SRL. Vă solicităm să transmiteți Bilanțul aferent anilor 2016, 2017 și 2018.

2. Vă solicităm să transmiteți documente justificative privind încasarea de către ... a sumelor ce-i revin din executarea contractului menționat că experiența similară și să explicați unde se regăsesc aceste sume în cifra de afaceri".

Curtea de Apel ..... a stabilit în mod expres limitele reevaluării ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL, în ceea ce privește cifra de afaceri și experiența similară a terțului susținător .....

Prin adresa nr. 2248/21.02.2020, autoritatea contractantă a solicitat clarificări asocierii ... SRL - ... ... SRL, stabilind ca termen de răspuns data de 23.01.2020.

Prin adresa nr. 7394/23.01.2020, asocierea ... SRL - ... ... SRL a solicitat prelungirea termenului de depunere a documentelor solicitate până la data de 30.01.2020, motivat de faptul că ar exista un volum *"..mare de documente solicitate și ținând cont ca acestea sunt în altă limbă decât cea a procedurii".*

Autoritatea contractantă nu a mai așteptat ca asocierea ... SRL - ... ... SRL să depună documentele solicitate și în condițiile în care aceasta nu a răspuns la solicitările de clarificare, prin procesul verbal nr. 2762/27.01.2020, comisia de evaluare a constat că:

"...terțul susținător nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri...".

Dar autoritatea contractantă solicită schimbarea terțului susținător, astfel:

Comisia de evaluare analizând răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2248/21.01.2020 consideră că terțul susținător nu îndeplinește cerința de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri, iar conform art. 183 alin. 2 din Legea 98/2016 *"Dacă terţul/terţii nu îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terţul/terţii susţinător/susţinători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).",* astfel comisia de evaluare solicită schimbarea terțului susținător și prezentarea documentelor justificative care demonstrează îndeplinirea criteriilor de calificare privind cifra de afaceri și experiența.

Deoarece autoritatea contractantă avea deja certitudinea că toate documentele "oficiale" ce emană de la terțul susținător ..... nu au cum să demonstreze îndeplinirea cerințelor de calificare, iar potențialele dovezi ce le-ar putea "produce" terțul susținător ar crea un nou haos în procedurile de achiziție publică, autoritatea contractantă a "găsit" rapid rezolvarea.

Astfel, cu încălcarea în mod grav a prevederilor legale și a considerentelor Deciziei Curții de Apel ....., autoritatea contractantă a

decis că este oportun ca asocierea ... SRL - ... ... SRL să își înlocuiască terțul susținător și să prezinte noi documente justificative, care să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare privind cifra de afaceri și experiența similară.

În acest sens, contestatorul arată că autoritatea contractantă a transmis asocierii ... SRL - ... ... SRL solicitarea de clarificare nr. 2762 /1/ 27.01.2020.

Contestatorul consideră că procesul verbal nr. 2762/27.01.2020 și solicitarea de clarificare nr. 2762 /1/ 27.01.2020 au fost întocmite cu încălcarea flagrantă de către autoritatea contractantă a următoarelor prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 2 alin. 2 lit. (b) din Legea nr. 98/2016 - privind respectarea principiul tratamentului egal;

- art. 209 din Legea nr. 98/2016, care stabilește interdicția conform căreia: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat." Per a contrario,* autoritatea contractantă nu are nici dreptul de a formula solicitări de clarificări doar în scopul de a defavoriza și de a pune în dificultate un ofertant.

- art. 183 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, teza finală, care stabilește că solicitarea de înlocuire a terțului susținător poate fi formulată cu condiția de a nu se atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

Contestatorul învederează faptul că, în practica recentă, s-a reținut că autoritatea contractantă are obligația:

„de a verifica dacă principiul tratamentului egal este respectat printr-o posibilă înlocuire a terțului și, numai în caz afirmativ, să solicite acest lucru operatorului economic.

O altă interpretare ar conduce la concluzia că un operator economic are posibilitatea imprevizibilă pentru ceilalți participanți la procedură de a înlocui un terț care îi asigură susținerea, fapt de natură să conducă la modificare substanțială a ofertei, în dauna ofertelor concurenților din procedura de atribuire a contractului în cauză.

O asemenea situație ar fi contrară principiului egalității de tratament care impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și impune supunerea acestor oferte acelorași condiții pentru toți ofertanții și ar constitui o denaturare a concurenței corecte și efective între întreprinderile care participă la o achiziție publică.

... Față de cele arătate, Curtea constată că,... nu poate fi primită soluția de obligare a autorității contractante de a solicita clarificări și/sau de a da posibilitatea petentei de a proceda la înlocuirea terțului susținător, așa cum s-a solicitat, întrucât o astfel de soluție ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care va respinge plângerea ca nefondată". (Anexa nr. 5 - Hotărâre nr. ... - Contencios administrativ și fiscal - litigiu privind achizițiile publice Curtea de Apel Ploieşti - Secţia de contencios administrativ şi fiscal - Dosar nr. ... având ca obiect plângere împotriva Deciziei CNSC nr. ... din data de 30.05.2019).

Astfel, în opinia contestatorului, solicitarea de înlocuire a terțului susținător dispusă de autoritatea contractantă s-a adoptat cu încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv cu încălcarea prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL fiind evident favorizată de către autoritatea contractantă în detrimentul ofertei asocierii ...- ....

Având în vedere încălcarea de către autoritatea contractantă a:

- dispozițiilor legale anterior menționate,
- a considerentelor nr. 76, nr. 81 și nr. 83 din Decizia I.C.C.J. nr. 66/2018 - obligatorie conform prevederilor art. 521 alin. 3 Cod proc. civ., și
- a Deciziei Civile nr. nr. … pronunțată de Curtea de Apel .....,

contestatorul solicită anularea tuturor actelor prin care autoritatea contractantă a dispus și solicitat înlocuirea de către asocierea ... SRL - ... ... SRL a terțului susținător .....

Prin raportare la prevederile legale anterior menționate, contestatorul solicită Consiliului să constate caracterul nelegal al tuturor actelor întocmite de către autoritatea contractantă referitoare la înlocuirea de către asocierea ... SRL - ... ... SRL a terțului susținător ..... și să dispună anularea acestora.

Totodată, conform principiului desființării actelor subsecvente *(resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis),* contestatorul solicită Consiliului să dispună și anularea procesului verbal nr. 7768/02.03.2020, în partea ce privește reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL și îndeplinirii cerințelor de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri prin noul terț susținător din Republica Turcia: „...".

2. În ceea ce privește constatarea caracterului inacceptabil al ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL

Contestatorul consideră că declararea, pentru a doua oară, a ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL ca fiind admisibilă, este profund nelegală.

Astfel, având în vedere faptul că autoritatea contractantă a stabilit prin procesul - verbal nr. *2762/27.01.2020* că asocierea ... SRL - ... ... SRL nu a furnizat documentele solicitate referitoare la experiența similară și cifra de afaceri a terțului susținător ....., contestatorul arată că autoritatea trebuia să declare inacceptabilă oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL, prin raportare la următoarele prevederi legale:

- art. 134 din H.G. nr. 395/2016:

„(*1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.*

(2) Comisia de evaluare, înainte de a lua o decizie de respingere a candidaturii/ofertei în baza art. 137 alin. (2) lit. h), solicită clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate inițial de candidat/ofertant/subcontractant/terț susținător cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) şi e) din Lege.

(3) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcţie de volumul şi complexitatea clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum 1 zile lucrătoare.

(4) Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă".

- art. 137 din H.G. nr. 395/2016:

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

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă".

Raportat la argumentele menționate anterior, contestatorul precizează că autoritatea contractantă trebuia să declare inacceptabilă oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL, deoarece nu a furnizat documentele solicitate referitoare la experiența similară și cifra de afaceri a terțului susținător .....

Astfel, oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL a fost declarată admisibilă cu încălcarea prevederilor art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Pe cale de consecință, rezultă în mod cert că oferta asocierii ... SRL - ... ... SRL a fost declarată admisibilă cu încălcarea prevederilor art. 137 din HG nr. 395/2016, aceasta fiind în realitate inacceptabilă, deoarece nu îndeplinește criteriile de calificare privind experiența similară și cifra de afaceri.

Contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere și faptul că, în conformitate cu informațiile publice existente pe pagina de internet a Ministerului Finanțelor Publice, la nivelul anului 2018 (Anexa nr. 6):

- Asocierea ... -... are în total 471 (279 +192) de angajați, iar,
- Asocierea ... SRL - ... ... SRL are doar 48 de angajați (40 + 8).

Astfel cum rezultă și din dosarul achiziției, asocierea ... SRL - ... ... SRL nu are niciun fel de experiență similară și, cu toate acestea, propunerea tehnică depusă ar fi fost *"fără de cusur*" și nu a mai necesitat alte clarificări.

3. Contestatorul consideră că autoritatea Contractantă a încălcat dispozițiile Deciziei Civile nr. ... și prevederile art. 48 din HG nr. 395/2016 referitoare la verificarea modalității prin care terțul susținător din

Republica Turcia: *„...*" poate să pună la dispoziția asocierii ... SRL - ... ... SRL:

- cifra de afaceri;
- experiența similară,
- utilajele și forța de muncă identificate în anexa nr. 1 la Angajamentul privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului/ candidatului/ grupului de operatori economici (Anexa nr. 7).

Astfel, contestatorul arată că în conformitate cu considerentele Deciziei Civile nr. ... pronunțată de Curtea de Apel ....., autoritatea contractantă trebuia:

„să facă demersuri suplimentare, prin solicitarea de la terțul susținător a unor date și informații menite să elimine posibilitatea ca susținerea să fie fictivă, nerealizabilă, diligentă necesară cu atât mai mult cu cât naționalitatea terțului nu este română".

De asemenea, contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 48 din HG nr. 395/2016:

„(*2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiţii:*

a) *terţul/terţii susţinător(i) pot dovedi că deţin resursele invocate ca element de susţinere a ofertantului/candidatului;*

b) *ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităţilor ce acordă susţinerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terţul susţinător nu este declarat subcontractant*".

Totodată, astfel cum s-a reținut în practica CNSC și a Curților de Apel, contestatorul arată că autoritatea contractantă avea obligația să verifice dacă terțul susținător deține resursele suficiente pentru a asigura îndeplinirea contractului, în ipoteza în care ofertantul câștigător întâmpină dificultăți în execuție, precum și modalitatea efectivă de punere la dispoziție a acestor resurse:

„Curtea constată că petenta S.C .... susține cu vehemență că înscrisurile depuse la dosar sunt suficiente pentru a dovedi îndeplinirea cerinței vizând experiența similară raportat la Fișa de date a achiziției, ignorând voit faptul că esențial pentru beneficiar într-o procedură de achiziție și în orice executare de lucrări este să se asigure, nu că s-au depus înscrisurile solicitate ci că ele corespund unei realități faptice. Pentru că important pentru autoritatea contractantă nu este ca fiecare ofertant care nu poate dovedi singur experiența similară să prezinte înscrisuri de la un terț care formal demonstrează această experiență ci ca, în cazul imposibilității realizării lucrării de către ofertant, să existe siguranța că terțul susținător va fi cel care va executa lucrarea.

Or, față de înscrisurile depuse la dosar, Curtea este în acord cu autoritatea contractantă când aceasta consideră că nu au fost prezentate suficiente dovezi că terțul susținător este o societate funcțională, capabilă să preia executarea lucrării în situația în care ofertantul în cauză nu poate să-și îndeplinească obligațiile asumate" (decizia nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Suceava, dosar nr. ...).

Având în vedere faptul că noul terț susținător este o societate din Turcia, fiind mult mai greu de verificat dacă cifra de afaceri și experiența similară declarată este reală, contestatorul menționează că autoritatea contractantă trebuia să acționeze cu diligență și să verifice dacă susținerea acordată este reală.

Astfel, autoritatea contractantă trebuia să verifice modalitatea în care terțul susținător din Turcia:

(i) poate transfera în municipiul ..... utilajele din ANEXA NR. 1 - A LISTA UTILAJE Echipamente/mijloace tehnice și mijloace de transport, în condițiile în care acestea sunt înregistrate în Republica Turcia și trebuie să fie înregistrate în România, pentru a putea circula pe drumurile publice din România;

(ii) poate transfera în municipiul ..... personalul cheie necesar pentru îndeplinirea contractului, în condiţiile în care, în ANEXA NR. 1- B LISTA PERSONAL sunt menţionate persoane care poartă nume turceşti, în condiţiile în care, persoanele din afara Uniunii Europene trebuie să obţină dreptul de muncă într-o țară membră a Uniunii Europene şi viza de lungă şedere pentru intrarea în România. Viza se acordă numai cu avizul prealabil al Ministerului Afacerilor Interne - Inspectoratul General pentru Imigrări. Durata de obţinere a unui dreptului muncă este de 45 de zile, iar a vizei de 30 de zile.

Anterior obţinerii vizei, este necesară echivalarea diplomelor de studii prin Ministerului Educaţiei şi Cercetării - Centrul National de Recunoaştere şi Echivalare a Diplomelor, în conformitate cu Legea nr. 200/2004 privind recunoaşterea diplomelor şi calificărilor profesionale pentru profesiile reglementate din România, cu modificările şi completările ulterioare.

Contestatorul arată că potrivit informațiilor publice de pe pagina de internet https://cnred.edu.ro/ro/recunoastere-acte-de-studii-superioare-cetateni-terti-pentru-accesul-pe-piata-fortei-de-munca-in-Romania:
„Evaluarea documentelor şi eliberarea deciziei CNRED se realizează în termen de maxim 30 de zile de la data depunerii dosarului complet. Acest termen se poate prelungi în mod corespunzător în cazul efectuării unor verificări suplimentare sau consultarea unor experţi externi.

Obținerea vizei se realizează în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 194/2002, privind regimul străinilor în România republicată, cu modificările şi completările ulterioare. Conform informațiilor publice de pe pagina de internet a Inspectoratului General pentru emigrări http://igi.mai.gov.ro/ro/content/ob%C8%9Binerea-avizului, cetățenii unui alt stat membru al Uniunii Europene ori al Spațiului Economic European se pot angaja în România, cu aviz de angajare, dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- Locurile de muncă vacante nu pot fi ocupate de cetățeni români, ai statelor membre UE/SEE sau de rezidenţi permanenţi pe teritoriul României;
- solicitantul îndeplineşte condiţiile speciale de pregătire profesională, experienţă în activitate şi autorizare;
- solicitantul face dovada faptului că este apt din punct de vedere medical să desfăşoare activitatea respectivă;

- solicitantul nu are antecedente penale care să fie incompatibile cu activitatea pe care o va desfăşura pe teritoriul României;
- solicitantul se încadrează în contingentul anual aprobat prin Hotărâre a Guvernului;
- Angajatorul are achitate la zi obligaţiile către bugetul de stat;
- Angajatorul desfăşoară activităţi compatibile cu funcţia pentru care se solicită încadrarea în muncă a străinului;
- Angajatorul/beneficiarul prestări servicii să nu fi fost sancţionat pentru muncă nedeclarată sau angajare ilegală, în ultimele 6 luni anterioare soluţionării cererii în cazul lucrătorilor permanenţi/sezonieri/stagiari/transfrontalieri/înalt calificaţi/au pair/detaşaţi/ICT.

(iii) Important:

Contestatorul precizează că terţul susţinător din Turcia nu are declarată nicio sucursală/ filială pe teritoriul României în conformitate cu prevederile Legii nr. 31/1990 privind societăţile, republicată, cu modificările şi completările şi ale legii nr. 26/1990 privind registrul comerţului republicată, cu modificările şi completările ulterioare (https://wwe.onrc.ro/index.php/ro/inmatriculari/persoane-juridice/sucursala-unei-sc-cu-sediul-in-strainatate), pentru a putea demara formalitățile necesare angajării în România a cetățenilor turcii și a transfera echipamentele și utilajele necesare execuției lucrărilor.

Astfel, contestatorul învederează Consiliului faptul că formalităţile pentru înființarea unei filiale/ sucursale durează în medie 30 de zile.

Totodată, contestatorul învederează Consiliului faptul că terțul susținător nu a făcut dovada că dispune de personal calificat pentru îndeplinirea obiectului contractului, astfel cum se solicită prin caietul de sarcini:

„Documente suport care vor fi prezentate: CV, diplome de studii relevante, declaraţie de disponibilitate, copie a documentului care atestă accesul la specialişti conform prevederilor Legii 10/1995 şi a altor legi incidente".

„ 5.4 Personalul Contractantului

Ofertantul va prezenta modalitatea de asigurare a accesului la specialistii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerinţelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente".

Contestatorul arată că terţul susţinător a prezentat în anexele la Angajamentul de susţinere, înscrisuri pentru un arhitect şi 5 ingineri constructori, însă pentru îndeplinirea contractului aceste persoane trebuie să aibă calificări specifice, respectiv:

- Manager de proiect;
- Șef şantier-lucrări de drumuri;
- Şef şantier-lucrări de canalizare;
- Responsabil tehnic cu execuţia;
- Responsabil cu asigurarea calităţii;
- Responsabil cu controlul calităţii;
- Responsabil SSM;

- Responsabil de mediu;
- Şef laborator;
- Inginer Topograf.

Prin urmare, contestatorul menționează că susținerea acordată este una strict formală, iar terțul susținător nu se poate implica în îndeplinirea contractului, în situația în care asocierea ... SRL - ... ... SRL întâmpină dificultăți în îndeplinirea contractului.

Contestatorul precizează că, din dosarul achiziției publice, rezultă că autoritatea contractantă nu a făcut o verificare a modalității prin care terțul susținător poate pune efectiv la dispoziția asocierii ... SRL - ... ... SRL toate resursele umane și materiale menționate în angajamentul ferm de susținere.

Susținerea nu se realizează prin transmiterea unor simple hârtii.

Prin urmare, procesul-verbal de evaluare are un caracter strict formal, autoritatea contractantă încălcând din nou considerentele deciziei Civile nr. ....

(iv) <u>În ceea ce priveşte cifra de afaceri, contestatorul precizează că denumirea terţului susţinător relevă faptul că acesta este o societate care desfăşoară și activităţi turistice: …).</u>

Astfel, contestatorul menționează că autoritatea contractantă trebuie să ia în considerare doar cifra de afaceri corespunzătoare prezentei proceduri de atribuire, respectiv lucrări de Asfaltare şi modernizare drumuri de interes local în municipiul ....., judeţul .....

Contestatorul consideră că terţul susţinător nu îndeplineşte cerinta privind cifra de afaceri menţionată în fișa de date - secțiunea III.1.2) Capacitatea economică și financiară - cifra de afaceri anuală generală şi Erata nr. ..., publicată de autoritatea contractantă în SEAP. Conform acestor prevederi, ofertanții trebuia să facă dovada realizării unei cifre de afaceri anuală minimă, în fiecare din ultimii trei ani (2016, 2017,2018) mai mare sau egală cu 92.356.104,52 lei.

În cazul neîndeplinirii acestei cerinţe de calificare sunt aplicabile prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016:

"(*2) În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii:*

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerinţele stabilite de autoritatea contractantă".

<u>3. Concluzii:</u>

Contestatorul precizează faptul că, după înlocuirea cu succes a terțului susținător inițial ..... din Italia, care prezentase documente de calificare falsificate în mod grosolan, cu un terț susținător din afara Uniunii Europene, respectiv Republica Turcia - pentru a fi foarte greu de verificat, autoritatea contractantă și-a îndreptat din nou atenția spre propunerea tehnică a asocierii ... - ..., pe care o reevaluează, deși aceste elemente ale propunerii tehnice au fost considerate ca fiind conforme cu cerințele documentației de atribuire, contrar celor dispuse prin prima decizie CNSC.

În opinia contestatorului, această modalitate de evaluare este părtinitoare și totodată abuzivă, având în vedere că societățile care

compun asocierea ... - ... au o vastă experiență în execuția de lucrări similare și chiar lucrări de amploare mult mai mare (construire autostrăzi, reabilitare drumuri naționale, construcție aeroporturi) și au un număr de angajați de 10 ori mai mare decât cel al asocierii ... SRL - ... ... SRL.

Față de criticile și argumentele anterior menționate, contestatorul solicită Consiliului să constate că autoritatea contractantă a încălcat prevederile legale în ceea ce privește evaluarea ofertelor și, pe cale de consecința, să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

De asemenea, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată, efectuate de ..... SRL în cursul soluționării contestației, conform documentelor ce vor fi transmise la dosarul cauzei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 14513/14.04.2020, contestatorul anexează dovada cheltuielilor de judecată, respectiv:

- Cheltuieli de fotocopiere dosar CNSC;
- Factura seria AVMDV nr. 021 din 08.04.2020;
- Ordin de plată electronic nr. 82 din data de 09.04.2020.

Prin adresa nr. 31298/13.04.2020 înregistrată la Consiliu sub nr. 14528/14.04.2020, autoritatea contractantă formulează punct de vedere cu privire la contestația înregistrată la autoritate sub nr. 30907/07.04.2020 formulată de către ..... SRL.

Autoritatea contractantă arată că în conformitate cu art 8 alin. (1) lit. a) din Legea 101/2016, cu modificările și completările ulterioare "*Persoana care se consideră vătămată de un act al autorităţii contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii".*

Astfel, autoritatea contractantă învederează Consiliului că asocierea ..... a depus această contestație tardiv.

Autoritatea subliniază faptul că asocierea doreşte nu doar să intimideze și să influenţeze deciziile membrilor comisiei de evaluare, ci și să întârzie finalizarea acestei proceduri, fapt ce împiedică executarea unui contract de maximă importanță pentru dezvoltarea municipiului având în vedere că lucrările sunt finanțate prin Programul Național de Dezvoltare Locală, iar contractul de finanţare are valabilitate până în decembrie 2020.

De la deschiderea ofertelor care a avut loc în 15.07.2019 autoritatea contractantă menționează că a procedat la evaluarea ofertelor având experţi cooptati desemnaţi prin dispoziţia nr. 924/12.08.2019 în conformitate cu prevederile art. 126 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. Ca urmare a evaluarii ofertelor, comisia de evaluare a declarat câștigătoare asocierea ... - ... .

Împotriva acestei decizii asocierea ..... SRL - ... SRL a formulat contestație la CNSC, iar impotriva deciziei CNSC asocierea a depus plângerea la Curtea de Apel .....

Hotărârea Curţii de Apel ..... a dispus reevaluarea ofertei în ceea ce priveşte cifra de afaceri și experienţa similară a terțului susținător al asocierii declarate câștigătoare, iar autoritatea contractantă a trecut la punerea în aplicare a dispoziţiilor hotărârii prin solicitarea de clarificări nr. 2248/21.01.2020. Ca răspuns a acestei solicitări, asocierea ... a solicitat prelungirea termenului de răspuns, iar autoritatea contractantă a stabilit că terțul susținător nu îndeplineşte criteriile de calificare solicitând schimbarea terțului susținător în conformitate cu:

- art. 183 alin. (2) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare "*Dacă terţul/terţii nu îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terţul/terţii susţinător/susţinători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)",*
- art. 49 din HG 395/2016, cu modificările și completările ulterioare "*în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie de către terţul/terţii care acordă susţinere, în condiţiile art. 183 alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terţului/terţilor susţinător(i), oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente şi informaţii suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce priveşte corectitudinea informaţiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligaţiilor asumate prin respectivul angajament*"

și cu respectarea art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016, respectiv a principiilor care stau la baza de atribuire a contractelor de achiziţie publică.

În acest sens solicitările de clarificari formulate de autoritatea contractantă nu au ca efect modificarea ofertei deja depuse în ceea ce priveşte informaţiile fundamentale cum ar fi elemente privind stabilirea preţului, calitatea și serviciul.

Autoritatea contractantă precizează că, așa cum se specifică în contestația din 06.04.2020 "în ceea ce priveşte cerinţa privind cifra de afaceri, analizând plangerea formulată de ..... SRL, Curtea de Apel ..... a stabilit că: "autoritatea contractantă are obligaţia să verifice prealabil atribuirii contractului dacă este posibilă transpunerea în practică a susţinerii pretinse de ofertantă, pentru a se asigura că terțul susținător chiar are resurse și este capabilă să și le disloce pentru îndeplinirea obligaţiilor asumate prin implicarea sa directă, în ipoteza în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, așa cum a declarat în angajamentul de susţinere”", iar autoritatea contractantă a procedat în evaluarea asocierii ... SRL cu respectarea hotărârii Curţii de Apel, așa cum a arătat anterior.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, având în vedere "Cererea completatoare a Contestatiei ce formulează obiectul

dosarului nr. ..." care fost transmisă în 01.04.2020 în cuprinsul căreia se menționeaza că "Pentru a dispune în sensul celor solicitate avem rugamintea ca Onoratul Consiliu să aibă în vedere următoarele argumente: 1. La data de 25.03.2020 am studiat dosarul achiziţiei la sediul CNSC și am constatat că Autoritatea contractantă a încălcat etc." și ținând cont de menţiunea din contestația depusă la data de 06.04.2020, respectiv "Prezenta contestație vizează actele vătămătoare emise de autoritatea contractantă de care am luat cunoștință la data de 25.03.2020 când am studiat și fotocopiat dosarul achiziţiei la sediul CNSC", se poate observa că asocierea ..... SRL se contrazice, deoarece studiase dosarul achiziţiei și la data 01.04.2020 când a considerat a fi necesare doar completări și nu depunerea unei noi contestații, astfel se poate constata intenția clară a asocierii de a împiedica derularea procesului de soluţionare a primei contestații și chiar finalizarea procedurii.

Autoritatea contractantă menţionează faptul că la data transmiterii solicitării de clarificări din cadrul evaluării tehnice către asocierea ..... SRL, nu finalizase evaluarea tehnică a ofertelor, nici chiar a contestatorului, astfel acesta nu poate susţine că autoritatea contractantă nu a verificat capacitatea terțului susţinător din Turcia și a finalizat evaluarea tehnică a acestuia deoarece în conformitate cu art. 196 alin. (1) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare "Autoritatea contractantă poate solicita candidaţilor/ofertanţilor să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfăşurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfăşurarea corespunzătoare a procedurii" și în conformitate cu art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare "În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei".

În evaluarea DUAE a terțului susținător, autoritatea contractantă precizează că a respectat formularul pus la dispoziţie de ANAP și nicidecum nu a finalizat evaluarea tehnică a propunerii depuse de asocierea ... SRL, asa cum greşit insinuează asocierea contestatoare, deoarece aceasta urma să fie raportată și la noul terț susținător.

Față de aspectele menționate anterior, autoritatea solicită Consiliului să constate că derularea procedurii de achiziţie s-a realizat cu deplina respectare a dispoziţiilor legale, că susţinerile contestatorului sunt neîntemeiate și, pe cale de consecinţă, să respingă contestația depusă de ..... ca neîntemeiată și tardivă.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ”...”, cod CPV 45233140-2. În acest sens a

elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. CN1011471/23.05.2019, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, iar factorii de evaluare după cum urmează: prețul ofertei – 50%, gradul de adecvare al graficului general – 30% și demonstrarea unei metodologii corespunzătoare – 20%.

În raportul procedurii nr. 64798/23.09.2019, s-a consemnat depunerea a 3 oferte, respingerea ofertelor depuse de ”Asocierea ...SRL” și asocierea SC ..... SRL – SC ... SRL, admisibilitatea ofertei depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... ... SRL, precum și desemnarea acesteia ca fiind câștigătoarea procedurii.

Împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresele nr. 65031/3/24.09.2019 și nr. 65031/2/24.09.2019, SC ... SRL și SC ..... SRL au formulat contestațiile care au făcut obiectul dosarelor nr. .../2019 și nr. .../2019, soluționate prin decizia CNSC nr. .../19.11.2019, prin care Consiliul:

- a respins excepțiile invocate de intervenientul asocierea SC ... SRL – SC ... ... SRL;
- a admis în parte contestațiile formulate de ... SRL și SC ..... SRL în contradictoriu cu .....;
- a dispus anularea deciziilor de respingere a ofertelor depuse de SC ... SRL și SC ..... SRL, anularea raportului procedurii nr. 64798/23.09.2019 precum și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia;
- a dispus continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertelor depuse de SC ... SRL și SC ..... SRL, conform motivării și ulterior desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, cu aplicarea criteriului de atribuire stabilit, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicarea deciziei;
- a respins ca nefondate capetele de cerere privind reevaluarea ofertei depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... ... SRL;
- a admis în parte cererile de intervenție nr. 41795/18.10.2019 și nr. 41957/18.10.2019 formulate de asocierea SC ... SRL – SC ... ... SRL.

Împotriva deciziei CNSC nr. .../19.11.2019, SC ..... SRL și SC ... SRL au format plângerile care a constituit obiectul dosarelor nr. ..., aflate pe rolul Curții de Apel ....., soluționate prin decizia nr. ..., pronunțată în data de 19.12.2019, având următorul dispozitiv:

”Admite în parte plângerile conexate formulate de petentele SC ..... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ..... SRL – SC ... SRL şi ... SRL, formulate în contradictoriu cu pârâtele ..... şi SC ... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL-SC ... ... SRL, împotriva Deciziei CNSC nr. ... din data de 19.11.2019. Modifică în parte Decizia CNSC nr. ... din data de 19.11.2019 în sensul că admite contestaţiile depuse de SC ..... SRL şi SC ... SRL şi cu privire cererea de reevaluare a ofertei depuse de Asocierea SC ... SRL-SC ... ... SRL. Dispune reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC ... SRL-SC ... ... SRL cu privire la cerinţele privind cifra de afaceri şi experienţa similară a terţului susţinător, având în vedere considerentele prezentei decizii. Respinge cererea de intervenţie formulată de Asocierea SC ... SRL-SC ... ... SRL. Înlătură menţiunile contrare din decizia CNSC contestată şi menţine restul dispoziţiilor acesteia. Respinge în rest plângerile. Obligă pârâta ..... să achite petentei SC ..... SRL suma de 5.450 lei cu titlu de cheltuieli de judecată parţiale. Definitivă. Pronunţată în condiţiile art. 396 alin. (2) Cod de procedură civilă azi, 19.12.2019”.

În procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 7768/02.03.2020, s-a consemnat admisibilitatea ofertelor depuse de asocierea SC ... SRL, asocierea SC ..... SRL – SC ... SRL și asocierea SC ... SRL – SC ... ... SRL.

Împotriva solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ....

Împotriva procesului verbal nr. 2762 din data de 27.01.2020, solicitării de clarificări nr. 2762/1/ din data de 27.01.2020, procesului verbal nr. 7768 din data de 02.03.2020, emise de autoritatea contractantă, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ..., conexat la dosarul nr. ....

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Având în vedere norma anterior invocată, Consiliul va proceda la soluționarea excepției tardivității contestației înregistrată la Consiliu sub nr. ... formulată de către ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă, pe care o va respinge ca neîntemeiată.

În acest sens, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că împotriva procesului verbal nr. 2762 din data de 27.01.2020, solicitării de clarificări nr. 2762/1/ din data de 27.01.2020, procesului verbal nr. 7768 din data de 02.03.2020, ... SRL a transmis contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, prin e-mail, în data de 06.04.2020.

Astfel, luând în considerare că ..... SRL critică procesul verbal nr. 2762 din data de 27.01.2020, solicitarea de clarificări nr. 2762/1/ din data de 27.01.2020, procesul verbal nr. 7768 din data de 02.03.2020, despre care a luat la cunoștință la data de 25.03.2020 când a studiat dosarul nr. ... la sediul CNSC, raportat la data formulării contestaţiei, respectiv 06.04.2020, Consiliul reţine că, în cauză, contestatorul ..... SRL a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispoziţiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

Pe fondul contestațiilor formulate de SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

Din prezentarea de mai sus, care cuprinde atat dispozitiile din decizia CNSC nr. .../19.11.2019 cat si cele din decizia Curtii de Apel ..... nr...., reies cu exactitate urmatoarele:

1. a ramas definitiva dispozitia din decizia CNSC privind anularea deciziilor de respingere a ofertelor depuse de SC … SRL și SC ..... SRL, anularea raportului procedurii nr. 64798/23.09.2019 precum și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia
2. s-au admis in plus o parte din criticile formulate de contestatorii SC … SRL și SC ..... SRL referitor la oferta depusa de asocierea SC ... SRL-SC ... ... SRL si anume cele referitoare la cerinţele privind cifra de afaceri şi experienţa similară a terţului susţinător, dispunandu-se reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC ... SRL-

SC ... ... SRL cu privire la cerinţele privind cifra de afaceri şi experienţa similară a terţului susţinător.

I. Referitor la prima contestatie depusa de SC ..... SRL impotriva solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020, a raportului de evaluare ce a stat la baza transmiterii acestei solicitării precum și a tuturor actelor subsecvente, aceasta urmeaza a fi admisa de Consiliu din urmatoarele considerente:

Prin decizia CNSC nr. .../19.11.2019 s-a dispus reevaluarea ofertelor depuse de SC ....SRL și SC ..... SRL, conform motivării , adica strict in sensul eliminarii, in cadrul unui nou proces-verbal de evaluare, a tuturor motivelor de respingere considerate netemeinice de catre Consiliu.

Decizia nu a stabilit dreptul autoritatii contractante de a relua evaluarea ofertelor depuse de SC ... SRL și SC ..... SRL, astfel incat reținerea unor noi motive de neconformitate/ inacceptabilitate ale unor oferte deși acestea fusesera examinate în întregime într-un stadiu anterior al procedurii, este nelegala.

In acest sens mentionam Decizia nr. 1109/2019 din 16.09.2019 pronunţată de Curtea de Apel CLUJ prin care se raspunde exact la intrebarea daca autoritatea contractantă mai are posibilitatea de a respinge oferta tehnică prin reținerea unor noi motive de neconformitate deși aceasta fusese examinată în întregime într-un stadiu anterior al procedurii, **raspunsul fiind negativ**.

Aceeasi concluzie se desprinde cu claritate si din considerentul 81 emis de Înalta Curte sau din Decizia 66/2018 a ICCJ privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Suceava - Secția de contencios administrativ și fiscal, în Dosarul nr. ..., privind pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, care stabilește în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 65, art. 104 alin. (3), art. 133 și art. 134 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, raportat la dispozițiile art. 28 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, cu modificările și completările ulterioare:

„S-a stabilit că autoritatea contractantă învestită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, ***dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară****.”*

Ori, din materialul probator aflat la dosarul cauzei, rezultă fără putință de tăgadă că autoritatea contractantă realizase o analiză completă a ofertelor depuse de asocierea SC ..... SRL – SC ... SRL şi de SC ...SRL încă din data de23.09.2019, așa cum rezultă din documentele de la

dosarul cauzei. De altminteri, în opinia Consiliului, o analiză parțială a ofertelor ar conduce la prelungirea procedurii de atribuire la nesfârșit, prin invocarea oricând a altor și altor motive de neconformitate, contravenind astfel principiului celerității procedurilor de achiziție publică.

Prin urmare, solicitarea de clarificari nr. 7919/2/03.03.2020 adresata ofertantului asocierea SC ..... SRL – SC ... SRL excede dispozitiilor cuprinse in decizia CNSC si in decizia Curtii de Apel ..... si urmeaza a fi anulata de Consiliu, dupa cum va fi anulat, sub acest aspect si raportul de evaluare ce a stat la baza transmiterii acestei solicitări.

II. Cea de-a doua contestatie depusa de SC ..... SRL este formulata impotriva deciziei autoritatii contractante de constatare a admisibilității ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL, respectiv a îndeplinirii cerinţelor de calificare privind experienţa similară şi cifra de afaceri, decizie luata prin procesul-verbal nr. 2762/27.01.2020 (Anexa nr. 1), în ceea ce priveşte reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL prin înlocuirea terțului susţinător ..... si prin procesul-verbal nr. 7768/02.03.2020 (Anexa nr. 3), în partea ce priveşte reevaluarea ofertei asocierii ... SRL - ... ... SRL și constatarea admisibilității acesteia, respectiv a îndeplinirii cerinţelor de calificare privind experienţa similară şi cifra de afaceri;

Consiliul constata ca autoritatea contractanta a respectat dispozitiile din decizia Curtii de Apel ..... nr…., respectiv, a procedat la "reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC ... SRL-SC ... ... SRL cu privire la cerinţele privind cifra de afaceri şi experienţa similară a terţului susţinător", a constatat ca tertul sustinator ..... nu indeplineste criteriile relevante si a solicitat, in mod legal înlocuirea terţului susţinător, potrivit prevederilor art. 183 alin (1) si (2) din Legea nr. 98/2016:

"Art. 183. - (1) Autoritatea contractantă verifică dacă terţul/terţii care asigură susţinerea în ceea ce priveşte îndeplinirea criteriilor referitoare la situaţia economică şi financiară ori privind capacitatea tehnică şi/sau profesională îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167.

(2) ***Dacă terţul/terţii nu îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terţul/terţii susţinător/susţinători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)."***

Faptul ca autoritatea contractanta nu a verificat sau nu a constatat, anterior punerii in aplicare a deciziei Curtii de Apel ..... nr...., situatia tertului sustinator ..... nu are relevanta, prevederile legale impunand autoritatii contractante sa solicite, o singura data, inlocuirea tertului sustinator.

Contestatorul face afirmatii nereale sustinand ca *„art. 183 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, teza finală, care stabilește că solicitarea de înlocuire a terțului susținător poate fi formulată cu condiția de a nu se atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)"*.

Prevederea legala este deosebit de clara in sensul in care solicitarea de inlocuire, o singura data, a tertului sustinator este obligatorie si nu aduce atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

Consiliul constata ca, la solicitarea autoritatii contractante, ofertantul asocierea SC ... SRL-SC ... ... SRL a nominalizat un nou subcontractant, o societate cu sediul in Turcia „..." atat ca sustinator financiara cat si ca sustinere tehnica.

Totodata Consiliul constata ca angajamentele ferme ale tertului sustinator ... sunt insotite de documente deosebit de detaliate, aflate la dosarul cauzei (la paginile 26-243 din volumul 2 al dosarului achizitiei publice).

Consiliul apreciaza ca informatiile cuprinse in documentele depuse de tertul sustinator ... raspund si dispozitiei din motivarea deciziei Curtii de Apel ..... nr.1084/R/2019 potrivit careia „autoritatea contractantă să facă demersuri suplimentare, prin solicitarea de la terțul susținător a unor date și informații menite să elimine posibilitatea ca susținerea să fie fictivă, nerealizabilă, diligentă necesară cu atât mai mult cu cât naționalitatea terțului nu este română".

Concluzionand asupra faptului ca solicitarea autoritatii contractante adresata ofertantului asocierea SC ... SRL-SC ... ... SRL de inlocuire a tertului sustinator este legala si constatand si faptul ca documentele depuse de noul tert sustinator ... sunt redactate in conformitate cu prevederile legale, sunt complete, exhaustive si cuprind informatii detaliate, Consiliul va respinge ca nefondata contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 13316/06.04.2020, depusă de ..... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL – SC ... SRL.

Avand in vedere decizia Consiliului prin care se admite prima contestaţie înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 9135/03.03.2020, depusă de ..... SRL, în calitate de lider al asocierii ..... SRL – SC ... SRL, Consiliul va obliga autoritatea contractanta la plata cheltuielilor efectuate pentru solutionarea acestei contestatii in suma de 9155,86 lei (inclusiv TVA), probate cu factura seria AVMDV nr.018/06.03.2020.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) si alin (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 9135/06.03.2020 formulată de ..... SRL în contradictoriu cu ..... si va dispune anularea solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020, si sub acest aspect a raportului de evaluare ce a stat la baza transmiterii acestei solicitării precum și a tuturor actelor subsecvente, in termen de 10 zile lucratoare de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondata contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 13316/06.04.2020 formulată de ..... SRL în contradictoriu cu .....

Pentru aceste motive,

în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației înregistrată la Consiliu sub nr. 13316/06.04.2020 formulată de către ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) si alin (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 9135/06.03.2020 formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Dispune anularea solicitării de clarificare nr. 7919/2/03.03.2020, si, sub acest aspect, a raportului de evaluare ce a stat la baza transmiterii acestei solicitării precum și a tuturor actelor subsecvente, in termen de 10 zile lucratoare de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obliga autoritatea contractanta la plata catre SC ..... SRL a cheltuielilor efectuate pentru solutionarea contestației înregistrată la Consiliu sub nr. ..., in suma de 9155,86 lei (inclusiv TVA), probate cu factura seria ....

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondata contestația înregistrată la Consiliu sub nr. 13316/06.04.2020 formulată de ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

....

...