



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

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45222/16.10.2020, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., în calitate de lider al Asocierii ..., reprezentată convențional prin Cabinet de Avocat ..., împotriva procedurii de licitație deschisă privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „CL1 – Conducta de aducțiune Cluj – Sălaj: tronson Cluj – Zalău” organizată de către ...SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, se solicită:

- anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire în partea referitoare la ofertele clasate pe locurile 1 și 2, respectiv:
 - declararea câștigătoare a ofertei Asocierii ...SRL, având tert susținător societatea ...;
 - declararea necâștigătoare dar admisibilă, a ofertei Asocierii ... GmbH;
- anularea adreselor de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire transmise de entitatea contractantă către Asocierea ..., a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestora precum și a actelor subsecvente;
- anularea în parte a raportului procedurii nr. 32400/06.10.2020, respectiv cu privire la evaluarea și admisibilitatea ofertelor Asocierii ...;
- constatarea existenței unui motiv de excludere din procedura de atribuire a ofertelor depuse de Asocierea ..., respectiv de Asocierea ...;
- obligarea entității contractante la:
 - reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor Asocierii ..., cu privire la existența motivelor de excludere din procedura

de atribuire, respectiv a stabilirii caracterului neconform și inacceptabil al ofertelor clasate pe primele două locuri;

- stabilirea ofertantului câștigător dintre ofertele admisibile și conforme.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45258/19.10.2020, formulată de ...GmbH, cu sediul în ... având CUI DE ..., reprezentată convențional prin S.C.P. ..., împotriva procedurii de licitație deschisă privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „CL1 – Conducta de aducțiune Cluj – Sălaj: tronson Cluj – Zalău” organizată de către ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, se solicită:

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 32400/DG/6.10.2020, a rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 32404/06.10.2020 prin care oferta Asocierii a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestor acte,

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei,

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

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 47475/30.10.2020, ... reprezentată convențional prin S.C.P. ..., în contradictoriu cu ... SRL, formulează cerere de intervenție voluntară în cauză și solicită:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție,

- respingerea ca neîntemeiată a contestației formulată de ... S.R.L. în ceea ce privește decizia entității contractante de declarare drept admisibilă a ofertei Asocierii ...).

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 47483/30.10.2020, SC ... SRL cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL, în contradictoriu cu ... GmbH, formulează cerere de intervenție în cauză și solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, ca o cerere de intervenție accesorie în sprijinul entității contractante,

- respingerea contestațiilor formulate de către ofertanții ...GMBH și ... SRL, cu consecința menținerii în totalitate a raportului procedurii nr. 32400/DG/06.10.2020 precum și a actelor subsecvente emise de către entitatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire.

În subsidiar:

- admiterea în principiu a prezentei cereri de intervenție ca o cerere de intervenție principală și în consecință, să se dispună:

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei depuse de Asocieria SC ... SRL prin solicitarea de clarificări cu aplicabilitatea prevederilor art. 197 din Legea nr. 99/2016,

- anularea raportului procedurii nr. 32400/06.10.2020, în partea ce privește declararea ca admisibile și conforme ofertele depuse de ofertanții ...și

- obligarea entității contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor și ulterior emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile statuate în decizia ce se va pronunța.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 47425/30.10.2020, ... SRL reprezentată convențional prin Cabinet de Avocat ... cu sediul profesional în ..., în contradictoriu cu ... GMBH, formulează cerere de intervenție voluntară în cauză și solicită:

- respingerea contestației pentru neconstituirea unei cauțiuni în valoare totală de 880.000 lei, în conformitate cu prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, în ipoteza în care Asocieria ... nu a constituit cauțiunea până la limita maximă prevăzută de lege;

Pe fond:

- admiterea în parte a contestației - respectiv a petitului privind accesul la o serie de documente din cadrul dosarului achiziției- integral și a petitului privind anularea raportului procedurii de atribuire nr. 32400/DG/6.10.2020, a rezultatului procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 32404/06.10.2020 prin care oferta Asocierii ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și anularea tuturor actelor subsecvente acestor acte și obligarea entității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu.

- în ceea ce privește, petitul privind „obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea considerentelor expuse în motivarea deciziei Consiliului”, obligarea entității contractante doar la reevaluarea ofertelor clasate pe locurile 1 și 2, ce au fost contestate, respectiv Asocieria ... S.R.L. și Asocieria

- menținerea tuturor actelor emise de către entitatea contractantă, în ceea ce privește evaluare ofertei depusă de către Asocieria ... S.R.L. cu titlu exemplificativ: adresa nr. 32402, transmisă în data de 06.10.2020, raportului procedurii nr. 32400/ 06.10.2020, a rapoartelor intermediare ale comisiei de evaluare a ofertelor prin care s-a evaluat propunerea tehnică și/ sau financiară și s-a constatat conformitatea și admisibilitatea ofertei Asocierii ... precum și orice alte acte emise de entitatea contractantă cu privire la oferta Asocierii ...);

- admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta este motivată;

- obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate de ... S.R.L. (onorariu avocațial).

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2266/2020 și nr. 2270/2020 au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire.

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

I. Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45222/16.10.2020... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... critică decizia entității contractante conform căreia oferta sa a fost declarată admisibilă, însă nu a fost declarată câștigătoare deoarece, după aplicarea criteriului de atribuire, aceasta a obținut un total de 77,16 puncte, inferior ofertei declarate câștigătoare, situându-se pe locul 3.

Contestatoarea susține că entitatea contractantă a declarat câștigătoare oferta Asocierii ... - având Terțul susținător ..., cu toate că:

- Nu are experiență profesională pentru executarea unei astfel de lucrări complexe, motiv pentru care a apelat la terțul susținător „de profesie” ..., cu privire la care există numeroase hotărâri judecătorești definitive pronunțate de Curțile de Apel Pitești, Constanța și Brașov, prin care s-a dispus reevaluarea și excluderea ofertanților susținuți de către ... deoarece, cifra de afaceri declarată, respectiv contractele prezentate în susținerea experienței similare nu erau / În temeiul art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, respinge solicitarea ... SRL de obligare la plata cheltuielilor de judecată a Asocierii SC ... SRL. nu sunt reale.

- Asociatul ... SRL a fost exclus recent (în urmă cu 10 luni) tot de entitatea contractantă ...SA, de la procedura de atribuire „CL 9 - Extinderea și reabilitarea rețelelor de alimentare cu apă și canalizare în Orașul Jibou și extinderea alimentării cu apă în zona Someș Odorhei - Năpradea”.

- În adresa nr. 281/08.01.2020, ... a precizat că Oferta Asocierii ... SRL a fost exclusă din procedura de atribuire „întrucât asociatul ... SRL se face vinovat de declarații false în conținutul formularului DUAЕ” - fiind incidente prevederile art. 180 alin. 1) lit. g) și h) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Cu privire la acest aspect, Curtea de Apel Cluj a reținut prin DECIZIA CIVILĂ nr. 374/2020:

„Prin urmare, este evident că petenta s.n. ASOCIEREA ...SRL prin LIDERUL ASOCIERII ... SRL avea obligația de a declara în formularul DUAЕ faptul că a fost obligată la plata de daune-interese moratorii pentru neexecutarea în termen a unui contract anterior.

În ceea ce privește criticile legate de excluderea întemeiată pe art 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016, Curtea reține, în primul rând, că, deși petenta (s.n. ASOCIEREA ... SRL) încearcă să acrediteze existența unei legături între incidența lit. g) a acestui text de lege și incidența lit. h), o asemenea legătură nu există. Cu alte cuvinte, nu operatorul economic este cel care, în momentul completării DUAЕ, trebuie să analizeze dacă încălcarea obligațiilor dintr-un contract anterior este sau nu suficient de caracterizată pentru a atrage excluderea din

procedură în temeiul lit. g), ci entitatea contractantă. Or, pentru a face acest lucru, entitatea trebuie să dispună de informațiile necesare, furnizate de operator prin intermediul DUAE. Acesta este și motivul pentru care, în speță, întrebarea din formularul DUAE nu era în sensul existenței unor încălcări grave sau repetate a unor contracte anterioare, care să implice un drept de apreciere din partea operatorului economic, ci strict în sensul existenței unei situații în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior. În acest context, petenta era dator să declare, mai întâi, că s-a aflat într-o asemenea situație, pentru ca, ulterior, să aibă dreptul de a dovedi că acest fapt nu trebuie să atragă totuși excluderea sa din procedură în temeiul art 180 alin. (1) lit.g)".

În considerarea celor două aspecte sus-menționate, consfințite prin Decizii definitive pronunțate de Curțile de Apel, care sunt publice și deopotrivă bine-cunoscute entităților contractante, apare de neînțeles modalitatea de desemnare drept câștigătoare a ofertei Asocierii ...SRL, care - a priori - ridică cel puțin două mari semne de întrebare:

onestitatea ... - care a mai încercat, nu de mult să obțină un contract de achiziție publică în baza unor declarații false; terțul susținător ...

Entitatea contractantă a stabilit că oferta Asocierii ... se clasează pe locul al doilea, deși experiența acestui ofertant este aferentă domeniului construirii stațiilor de epurare și tratare.

Chiar dacă prin clarificarea nr. 12192 / DG din data de 29.04.2020, entitate contractantă prin răspunsul nr. 62 a permis prezentarea și susținerea experienței similare și prin lucrări aferente unei stații de epurare și/sau tratare, confirmându-se că acestea "răspund cerinței solicitate" entitatea contractantă trebuia să aibă în vedere că un contract de acest tip, cuprinde:

- Proiectare;
- Operare;
- Construirea unor obiecte incompatibile cu specificul lucrărilor de infrastructură de apă cum ar fi: instalație Biogaz, centrală fotovoltaică; paturi de stuf pentru tratare nămol; clădiri administrative, laboratoare ș.a.

Deci, aceste lucrări și servicii menționate anterior nu se regăsesc printre categoriile de lucrări/servicii ale prezentei proceduri și trebuiau eliminate integral din calculul experienței similare din punct de vedere valoric.

Conform răspunsurilor la clarificări transmise de Asocieria ..., valoarea cumulată a contractelor prezentate de acest ofertant este de 230.359.409,53 lei, foarte aproape de cerința de calificare a entităților contractante:

„ III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani, împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor, a executat în conformitate cu normele profesionale în domeniu și a dus la bun sfârșit lucrări de infrastructură de apă în valoare cumulată de minim 230.000.000 lei, similare celor care fac obiectul contractului, la nivelul a maxim 5 contracte.

Prin lucrări similare se înțeleg lucrări de construire / reabilitare / modernizare / extindere rețele de apă / canalizare / aducțiuni de apă.

La calculul valorii lucrărilor similare în infrastructura de apă/ apa uzată se ia în considerare și valoarea eventualelor lucrări auxiliare execuției acestora (refacere sistem rutier/ automatizare/ subtraversări/ supratraversări), dacă există".

Contestatoarea susține că prin adresa nr. 945/07.10.2020, i-a solicitat entității contractante să îi permită accesul la documentele și propunerile tehnice și financiare depuse de primii ofertanți clasati pe locurile 1 și 2, însă entitatea contractantă a secretizat toată oferta asocierii cât și cea mai mare parte a documentelor din cuprinsul ofertei Asocierii În plus, au fost secretizate și toate anexele raportului procedurii de atribuire.

În opinia contestatoarei, nici entitatea contractantă și nici ofertanții, nu pot invoca confidențialitatea unor documente de tipul „solicitărilor/ răspunsurilor de clarificare" sau a „Raportului procedurii de atribuire", atât în vechea reglementare (O.U.G. nr. 34/2006) cât și potrivit Legii nr. 99/2016, acestea fiind documente cu caracter public, pe care entitatea contractantă avea obligația de a le pune la dispoziția persoanelor interesate.

Regula în achiziții publice este aceea că actele ce formează dosarul achiziției sunt publice, în virtutea principiului transparenței.

Pe cale de excepție, legea protejează interesul comercial legitim al participanților de a restrânge accesul doar cu privire la acte a căror dezvăluire le-ar cauza un prejudiciu efectiv.

Simpla marcare a documentelor unei oferte ca fiind confidențiale de către ofertant nu este suficientă, legea și jurisprudența impunând în mod expres existența unei confidențialități justificate, ori, în cazul de față, confidențialitatea ofertei depusă de Asocierea ... nu este justificată sub nicio formă.

Nici declararea în bloc a unei oferte ca fiind confidențială nu este o conduită permisă în practica instanțelor judecătorești, sens în care contestatoarea invocă, cu titlu exemplificativ, Decizia nr. 687/11.02.2016 pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. 6223/2/2015:

"Curtea constată că, într-adevăr, actele depuse de ofertantul câștigător au fost considerate confidențiale în bloc fără o analiză fundamentată a motivelor care au justificat o astfel de apreciere. O serie de acte declarate confidențiale nu conțineau nicio informație referitoare la

aspecte care ar fi putut avea relevanță pe planul concurenței, refuzul de furnizare a acestora fiind nejustificat".

Entitatea contractantă, dar și instanțele judecătorești competente, au obligația de a ține cont și de a aplica următoarele reguli, ce decurg din dreptul unional, ce se aplică cu prioritate față de dreptul intern (paragraful 60 din Concluziile Avocatului General ... prezentate la 25 octombrie 2007 în Cauza C-450/06):

a) partea nu poate refuza comunicarea probelor către organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac invocând secretul comercial;

b) parte care comunică probe organismului responsabil cu procedura privind căile de atac poate solicita ca acestea să fie tratate ca fiind confidențiale doar în mod motivat;

c) toate părțile principale trebuie să aibă acces la toate probele relevante pentru rezultatul căii de atac, într-o formă adecvată care să le permită să prezinte observații asupra acestora;

d) organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să se asigure că nu utilizează nicio probă neadusă la cunoștința uneia sau mai multor părți principale într-un mod susceptibil de a aduce atingere drepturilor părții respective la un proces echitabil și la egalitatea armelor.

Cu privire la motivele de excludere a ofertantului Asocierea ...SERV, având Terț susținător societatea ..., contestatoarea menționează următoarele:

Asocierea ... declarată câștigătoare este inacceptabilă și neconformă deoarece, nu îndeplinește cerințele de calificare privind cifra de afaceri anuală și cele privind experiența similară:

Astfel, întrucât Asocierea ... nu îndeplinea cerința minimă de calificare privind cifra de afaceri în valoare de 180.000.000 lei, pentru fiecare din exercițiile financiare încheiate în anii 2016,2017,2018, aceasta a apelat la "serviciile" unui terț susținător de profesie... - cu sediul în ..., Cod fiscal: 02858031202.

Conform fișei de date a achiziției - secțiunea III.1.2) Capacitatea economică și financiară - Informații și/sau nivel (uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, ofertanții trebuiau să îndeplinească următoarea cerință:

"Cifra de afaceri anuală generală:

Cifra anuală de afaceri globală pentru fiecare din ultimele 3 exerciții financiare încheiate în anii 2016, 2017, 2018. Valoare minimă impusă: 180.000.000 lei, pentru fiecare din exercițiile financiare încheiate în anii 2016,2017,2018.

Pentru conversia în lei, dacă situațiile financiare sunt întocmite în altă monedă, se va lua în considerare cursul mediu comunicat de Banca Centrală Europeană pentru exercițiul financiar respectiv.

INFORMAȚII PRIVIND ASOCIEREA:

Mai mulți operatori economici au dreptul de a se asocia cu scopul de a depune ofertă comună, fără a fi obligați să adopte sau să constituie o anumită formă juridică pentru depunerea ofertei.

În cazul asocierii de operatori economici în vederea depunerii unei oferte comune, cerințele privind capacitatea economică și financiară pot fi îndeplinite prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. Asociații sunt responsabili solidar de execuția integrală a contractului, la termen și în condițiile asumate prin acesta.

INFORMAȚII PRIVIND TERȚII SUSTINĂTORI:

Capacitatea economică și financiară poate fi dovedită prin susținere, în conformitate cu prevederile art 196 alin. (3) din Legea nr.99/2016. În cazul în care ofertantul își demonstrează capacitatea economică și financiară invocând și susținerea acordată de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective. Atunci când ofertantul demonstrează îndeplinirea cerinței de calificare legată de capacitatea economică și financiară prin invocarea susținerii acordate de unul sau mai mulți terti, capacitatea acestuia/acestora se va cumula cu cea a ofertantului în ceea ce privește respectiva/respectivele cerințe".

Cifra de afaceri a Asocierii ..., conform site-ului mfinante.ro este :

Anul 2016	80.786.656,00 LEI
Anul 2017	89.020.064,00 LEI
Anul 2018	140.524.335,00 LEI

Din bilanțurile terțului susținător ... emise de Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato din Bologna rezultă că cifra de afaceri a acestuia pentru anii 2015, 2016, 2017 și 2018 este următoarea:

Anul 2018	3.092.007 EURO
Anul 2017	4.777.365 EURO
Anul 2016	2.965.614 EURO
Anul 2015	2.050.705 EURO

Transformând în lei, conform cursului BNR mediu anual, cifra de afaceri reală a terțului susținător este următoarea:

Anul	EURO	Curs mediu BNR2	LEI
2018	3.092.007	4,6540	14.390.200,58
2017	4.777.365	4,5688	21.826.825,21
2016	2.965.614	4,4904	13.316.793,11
2015	2.050.706	4,4450	9.115.388,17

Astfel, cifra de afaceri a asocierii + Cifra de afaceri a terțului susținător ... EBG este:

Anul 2016	94.103.449,11 LEI
Anul 2017	110.846.889,21 LEI
Anul 2018	154.914.535,58 LEI

Dacă s-ar lua în considerare și cifrele de afaceri ale subcontractanților, deși cerințele fișei de date nu prevăd această posibilitate, respectiv: ... S.R.L. - Subcontractant 1:

ANUL	LEI
2016	5.780.621,00
2017	4.633.570,00
2018	4.440.783,00

... S.R.L. - Subcontractant 2:

ANUL	LEI
2016	614.562,00
2017	498.487,00
2018	489.867,00

... S.R.L. - Subcontractant 3:

ANUL	LEI
2016	8.694.048,00
2017	9.676.526,00
2018	8.071.527,00

... S.R.L. - Subcontractant 4:

ANUL	LEI
2016	3.353.089,00
2017	3.426.996,00
2018	3.324.051,00

...S.R.L. - Subcontractant 5:

ANUL	LEI
2016	559.567,00
2017	892.754,00

Rezultă următoarea cifră de afaceri cumulată (Asocierea ... + Terțul susținător ... + Subcontractanți):

Anul 2016	113.105.336,11 LEI
Anul 2017	129.975.222,21 LEI
Anul 2018	172.891.392,58 LEI

Prin urmare, în niciuna dintre variantele anterioare, ofertantul declarat câștigător nu îndeplinește una dintre cerințele de calificare, respectiv *"Cifra anuală de afaceri globală pentru fiecare din ultimele 3 exerciții financiare încheiate în anii 2016, 2017, 2018. Valoarea minimă impusă: 180.000.000 lei, pentru fiecare din exercițiile financiare încheiate în anii 2016, 2017, 2018"*, cifra de afaceri declarată la Ministerul Finanțelor și Camera de comerț din Italia fiind, în realitate, mult inferioară.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art 196, art. 219 din Legea nr. 99/2016, art. 139 și art. 143 din HG nr. 394/2016.

Conform prevederilor legale invocate anterior, entitatea contractantă avea obligația să verifice, anterior atribuirii contractului de achiziție publică, dacă terțul susținător ... EBG poate în mod practic să-și îndeplinească susținerea, respectiv că acesta are resurse și are posibilitatea reală să-și îndeplinească întocmai obligațiile în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, astfel cum s-a obligat în angajamentul de susținere.

Totodată, orice lucrare executată de către o societate de construcții trebuie să se reflecte în cifra de afaceri anuală a respectivei societăți, astfel cum s-a reținut prin Decizia Civilă nr. 1084/19.12.2019, pronunțată la data de 19 Decembrie 2019 de către Curtea de Apel BRAȘOV - Secția de contencios administrativ și fiscal:

„În dezacord cu opinia CNSC, Curtea consideră 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 ... EBG ar trebui să se regăsească în cifra de afaceri".

Conform cerinței - III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională:

„Informații si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

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

Informații privind experiența similară demonstrată prin lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani. Ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani, împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor, a executat în conformitate cu normele profesionale în domeniu și a dus la bun sfârșit lucrări de infrastructura de apă în valoare cumulată de minim 230.000.000 lei, similare celor care fac obiectul contractului, la nivelul a maxim 5 contracte.

Prin lucrări similare se înțeleg lucrări de construire / reabilitare / modernizare / extindere rețele de apă / canalizare / aducțiuni de apă.

Pentru conversia în lei, în cazul în care contractele sunt în alta monedă, se va lua în considerare cursul mediu comunicat de Banca Centrală Europeană pentru fiecare an în parte".

Asocierea ... trebuia să fi executat în ultimii 5 ani lucrări similare de minim 230.000.000 lei.

Având în vedere că cifra de afaceri este inferioară, atunci este evident că nici această cerință nu este îndeplinită.

La procedurile de atribuire la care participa și ... în calitate de tert susținător, se prezintă lucrări presupus executate în Irak, în calitate de subantreprenor al antreprenorului general ...N, ...

Una dintre referințe privește un contract de proiectare și execuție Lucrări la rețeaua de drumuri, finalizat în 30.06.2018, din care lucrările executate sunt în valoare de: 21.710.535,30 euro, respectiv: 97.497.671,931ei fără TVA.

O altă referință privește un contract de proiectare și execuție Lucrări la rețeaua de apă și canal în valoare de 145.971.643 LEI, lucrări finalizate la începutul anului 2018.

Deci, prin aceste referințe, ... susține că ar fi executat în perioada 2016 - 2018, lucrări în valoare de 243.469.314,93 lei, deci aproximativ 52 milioane de lei însă, din Bilanțurile oficiale emise de Camera di

Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato din Bologna nu rezultă aceste cifre.

În ceea ce privește prima referință, Curtea de Apel Brașov a reținut următoarele:

„Susținerile contestatoarei SC... SRL privind lipsa dovezilor privind experiența similară prezentată de CONSORZIO STABILE EBG nu au fost luate în considerare, cu motivarea că acesta a realizat în totalitate lucrările aferente contractului, așa cum rezultă din documentele prezentat, iar o eventuală verificare suplimentară din partea autorității contractante nu ar avea ce să mai demonstreze, din moment ce din dovezile depuse rezultă că terțul susținător al câștigătorului, CONSORZIO STABILE EBG, a executat lucrările, iar toate documentele depuse atestă realizarea de lucrări similare peste valoarea solicitată în documentație.

În dezacord cu opinia CNSC, curtea consideră 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 CONSORZIO STABILE EBG ar trebui să se regăsească în cifra de afaceri.

Conform certificatului de probe emis de antreprenorul din Irak (fi. 1322 ds. CNSC vol.3/5), rezultă că subantreprenorul Consorzio 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".

Declarând oferta ... ca fiind câștigătoare, entitatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 219 din Legea nr. 99/2016, precum și prevederile art. 143 alin. (2) din HG nr. 394/2016, respectiv că oferta: "a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă",

Prin declararea ca acceptabilă a ofertei Asocierii ... entitatea contractantă a încălcat și principiile nediscriminării și egalității de tratament ale ofertanților, statuate prin prevederile art 2 alin. (2) lit. a și b din Legea nr. 99/2016.

Aceste principii a fost supuse analizei în repetate rânduri de instanțele de judecată, inclusiv de Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Potrivit instanței europene, principiul egalității de tratament reprezintă esența normelor Uniunii privind procedurile de atribuire, în sensul că, ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în

care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către Entitatea contractantă.

Trebuie avut în vedere că documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care, toate prevederile acesteia și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire cât și pentru entitatea contractantă.

Datele nereale referitoare la cifra de afaceri a terțului ... au fost constatate în mai multe dosare, de către Curțile de Apel, astfel cum rezultă din următoarele hotărâri judecătorești definitive:

- Decizia Civilă nr. 119/ CA pronunțată la data de 29 Mai 2019 de către Curtea de Apel CONSTANȚA - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal,
- Decizia Civilă nr. 2890/R-cont, pronunțată la data de 12 Iunie 2014 de către Curtea de Apel PITEȘTI - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal,
- Decizia Civilă nr. 1084/19.12.2019 pronunțată la data de 19 Decembrie 2019 de către Curtea de Apel BRAȘOV - Secția de contencios administrativ și fiscal.

Din documentele oficiale și raportările înregistrate la Ministerul Finanțelor Publice rezultă în mod indubitabil faptul că, asocierea declarată câștigătoare a declarat o cifră de afaceri nereală, oferta depusă de asocierea ... fiind inacceptabilă.

Mai mult decât atât, în opinia contestatoarei, Asocierea ... trebuia să fie exclusă din procedură deoarece a prezentat date false.

În prezenta speță, Asocierea ... a declarat în DUAE că a executat lucrări similare de o valoare mai mare decât 230.000.000 lei, respectiv că are o cifră de afaceri mai mare de 180.000.000 lei, pentru fiecare din exercițiile financiare încheiate în anii 2016,2017,2018.

Potrivit Hotărârii CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 25 iulie 2014, primită de Curte la 14 august 2014, în procedura Esaprojekt sp. z.o.o. s-a reținut printre altele că: *[...]„ un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informații” pentru a considera candidatul ofertant ca fiind „grav vinovat” în sensul dispoziției menționate și a-l exclude astfel de la un contract de achiziții publice, este suficient ca acesta să se fi făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură se aibă o influență determinante: asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice [...].*

Or, după cum reiese din decizia de trimitere, declarațiile și informațiile furnizate de operatorul economic în cauză au influențat într-

adevăr rezultatul procedurii de atribuire a contractului în discuțe în litigiul principal Astfel potrivit Krajowa Izba Odwiotawcza (Camera Națională de Recurs), Konsultant Komputer a câștigat cererea de ofertă tocmai pe baza acestor declarații și a acestor informații..."

În concluzie, Asocierea ... în mod voit nu a prezentat în DUAE situația sa reală cu privire cifra de afaceri și experiența similară.

În mod legal și corect, entitatea contractantă trebuia să excludă din procedura de atribuire oferta Asocierii

În ceea ce privește caracterul inacceptabil și neconform al ofertei Asocierii ...

III. 1) Oferta Asocierii ... este inacceptabilă deoarece, ofertantul nu îndeplinește cerințele din fișa de date - III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Conform cerinței sus-menționate, *"Ofertantul trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani, împliniți la data termenului limită de depunere a ofertelor, a executat în conformitate cu normele profesionale în domeniu și a dus la bun sfârșit lucrări de infrastructură de apă în valoare cumulată de minim 230.000.000 lei, similare celor care fac obiectul contractului, la nivelul a maxim 5 contracte"*.

Deși Asocierea ... a prezentat 5 contracte,

- *"Furnizarea și instalarea STAȚIEI ȘI ECHIPAMENTELOR pentru construirea la cheie a Stație de Epurare a Apelor Uzate Kocani";*

- *"Construire stație de epurare a apelor uzate pentru aglomerarea Vodice-Srima- Tribunj";*

- *"Construire stații de epurare și lucrări pentru canalizare în municipiile Radovish, Kitchevo sf Strumica" - "Construirea stației de epurare în municipiu Kichevo" - Lot 2;*

- *"Aprovizionare cu apă și canalizare Coasta Adriatică IV / SEAU Tivat Kotor";*

- *"Proiectare, execuție și 12-luni de operare pentru extinderea și modernizarea Stație de Epurare Ape Larnaca, din Larnaca, Cipru, valoarea lucrărilor nu este cea declarată deoarece, acest ofertant trebuia să excludă din valoare cumulată a contractelor nu doar proiectarea, ci și următoarele activități:*

- Operarea stațiilor de epurare;

- Construirea unor obiecte incompatibile cu specificul lucrărilor de infrastructură de apă cum ar fi: instalație Biogaz, centrală fotovoltaică; paturi de stuf pentru tratare nămol; clădiri administrative, laboratoare ș.a.

Astfel, pentru susținerea experienței similare, Asociere WTE a prezentat următoarele referințe:

CT Radovish 2016-2018

	Contract
	Valoare contract
	Mone da
Valoare declarata în DUAE (inclusiv proiectarea) lei	
Valoare declarata în DUAE fără Proiectare -lei	
	CT Kocani 2017-2019
16.000.000,00	
	CHF
68.271.580,00	
65.068.502,50	
	CTWWTP
	Vodice 2016-2019
45.903.049,73	
	HRK
28.774.516,30	
27.545.483,60	
4.222.084,63	
EUR	
19.649.581,87	
18.635.794,63	
CT SEAU Tivat/Kotor 2014-2016	
10.247.000,00	
EUR	
46.013.128,80	
42.278.884,80	
CT SEAU Larnaca 2012-2016	
17.680.000,00	
EUR	
79.390.272,00	
76.830.744,00	
TOTAL LEI:	
242.099.078,97	
230.359.409,53	

Entitatea contractantă nu i-a solicitat clarificări cu privire la certificatele de plată emise pe perioada de execuție a lucrărilor și nici nu a solicitat autorităților contractate / Beneficiarilor informații din care să rezulte valoarea reală a lucrărilor executate ce îndeplinesc cerințele fișei de date. Entitatea contractantă a acceptat pur și simplu declarațiile Asocierii ...cu privire la valoarea proiectării, fără a solicita documente din care să rezulte autenticitatea sumelor eliminate. Cu alte cuvinte, Asocierea ... a eliminat din valorile declarate doar ce i-a convenit, astfel încât valoarea rămasă (230.359.409,53