

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

DECIZIE

Nr. /C8/.....

Data:

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având Cod de Identificare Fiscală, atribut fiscal RO, reprezentată convențional prin avocat, cu adresa de comunicare a tuturor actelor procedurii în, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr., precum și prin raportul procedurii nr., emis de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, cod CPV principal 45233000-9 Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr., a raportul procedurii nr., precum și a actelor subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca necâștigătoare a ofertei, respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei asocierii

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător asocierea, cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

Prin cererea de intervenție accesorie fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliu cu nr., formulată de, în calitate de lider al asocierii -, cu sediul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având Cod de Identificare Fiscală, reprezentată legal de administrator și convențional prin avocat, cu sediul în, sediu ales în vederea comunicării actelor de procedură, s-a solicitat:

- admiterea, în principiu, a cererii de intervenție accesorie formulată în sprijinul autorității contractante;

- admiterea excepției inadmisibilității petitului 1 privind „*anularea ... actelor anterioare ... și / sau conexe,...*” și a petitului 2 privind „*... cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia...*”;

pe fond, respingerea contestației, ca neîntemeiată și, pe cale de consecință, menținerea rezultatului procedurii;

- obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de prezentul demers.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic participant la procedura de licitație deschisă critică decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta asocierii

Aceasta susține că, urmare a acestui fapt, a solicitat autorității contractante acces la documentele de calificare și documentele depuse cu privire la îndeplinirea cerințelor DUAЕ de către asocierea câștigătoare, procesele-verbale de evaluare/rapoarte intermediare de evaluare DUAЕ, propunere tehnică, financiară, precum și, răspunsuri față de solicitările de clarificări prezentate de ofertantul câștigător, în măsura în care acestea există.

Arată că față de solicitarea sa și având în vedere că asocierea a declarat în totalitate confidențială oferta depusă, autoritatea contractantă i-a permis acces limitat la dosarul achiziției.

În continuare prezintă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate.

A. Oferta asocierii este inacceptabilă.

1. Leaderul asocierii, ... se află în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Menționează că a declarat la nivel DUAЕ că a emis față de acesta 2 documente constatatoare și anume:

- documentul constatator nr., emis în legătură cu contractul sectorial de lucrări nr., având ca obiect „Lucrări de reparații la suprafața de mișcare aferente anului 2017”;

- documentul constatator nr., emis în legătură cu contractul sectorial de lucrări nr., având ca obiect execuția lucrărilor de reparații aferente obiectivului de investiții „Reparații la hidroizolația acoperișului terasa a terminalului sosiri la”.

Susține că, în pofida faptului că a menționat că certificatul constatator nr. este unul pozitiv, în realitate ambele certificate constatatoare au un efect negativ asupra acestui operator economic și demonstrează îndeplinirea cu o întârziere uriașă a obligațiilor care îi incumbau în cadrul contractelor de achiziție publică menționate.

În ce privește contractul sectorial de lucrări nr., arată că din analiza certificatului constatator nr. se observă că nu a îndeplinit în mod corespunzător obiectul contractului, iar motivația a fost aceea că executantul a înregistrat o întârziere de 448 de zile față de durata prevăzută în contractul de lucrări. Cu toate că nu s-a dispus rezilierea contractului, având în vedere întârzierea semnificativă în execuția lucrărilor, s-au acumulat penalități de întârziere, calculate contractual, în cuantum de de RON, fără TVA.

Or, având în vedere valoarea contractului sectorial de lucrări nr. și anume de ... RON fără TVA, rezultă că penalitățile contractuale în sumă de de RON fără TVA, reprezintă un procent de 22% din valoarea contractului, ceea ce semnifică un quantum enorm și demonstrează gravitatea încălcării obligațiilor contractuale.

Pe cale de consecință, susține că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 pentru existența cazului de excludere, respectiv încălcarea gravă de către a obligațiilor contractuale care îi reveneau în virtutea contractului de achiziții publice și încălcarea obligațiilor contractuale ce au condus la plata de daune-interese.

În opinia sa, având în vedere că existența unui certificat constatat negativ nu conduce la excluderea ofertantului din procedura de atribuire, comisia de evaluare trebuia să verifice în ce măsură sunt îndeplinite condițiile cumulative prevăzute de lege pentru incidența cazului de excludere.

Ca atare, apreciază că nu a clarificat, în mod complet, faptele și împrejurările în care a executat cu întârziere obligațiile contractuale care îi reveneau față de beneficiarul și nici nu a demonstrat măsurile pe care le-a adoptat la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal care să fie în măsură să elimine orice risc viitor de executare necorespunzătoare a contractelor de achiziție publică.

În opinia sa, simpla menționare a faptului că a inițiat acțiuni în anularea documentelor constatatoare emise de, nu echivalează cu demonstrarea fiabilității, a capacității de îndeplinire a obiectului contractului pentru care se derulează prezenta procedură de achiziție publică.

Pentru aceste motive, cu ocazia evaluării, comisia de evaluare, ar fi trebuit să constate că nu a demonstrat, în concret, credibilitatea și, pe cale de consecință, să excludă din procedură oferta asocierii (leader) -

2. nu a demonstrat, în virtutea dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, că nu trebuie exclus din procedură pentru faptul că se află în stare de insolvență.

Aceasta arată că, potrivit art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, starea de insolvență poate reprezenta un caz de excludere a operatorilor economici din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică, însă, în acord cu dispozițiile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, rezultă că pentru a nu fi exclus din procedura de atribuire, ofertantul aflat în stare de insolvență trebuie să demonstreze: (i) că a adoptat un plan de reorganizare fezabil, în ipoteza în care se află în

perioada de observație, fie (ii) în ipoteza în care a intrat în etapa de reorganizare, să demonstreze că respectă planul aprobat de instanță.

Susține că deși starea de insolvență a este cunoscută, acest operator economic nu a demonstrat că a adoptat un plan de reorganizare fezabil care să îi permită continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, aspect cu incidență asupra capacității de îndeplinire a contractului de achiziție publică pentru care se desfășoară prezenta procedură.

Astfel, cum s-a reținut și în practica CNSC (Decizia publicată în BO nr. 157/2021) și a instanțelor judecătorești, trebuie avute în vedere prevederile art. 5 pct. 67 din Legea nr. 85/2014, potrivit căruia: *„tabelul definitiv de creanțe este tabelul care cuprinde toate creanțele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar și împotriva cărora nu s-au formulat contestații, precum și creanțele admise în urma soluționării contestațiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic (...).”*

De asemenea, invocă prevederile art. 112 alin. (1) și (2), precum și pe cele ale art. 132 și art. 133 din Legea nr. 85/2014.

Capacitatea unei companii aflate în insolvență, de a executa contractul de achiziție publică, nu se prezumă, ci trebuie dovedită cu mijloace de probă pertinente și concludente, dincolo de orice îndoială asupra veridicității, ceea ce în cazul nu se demonstrează.

3. Asociatul se face vinovat de declarații false în DUAЕ, conform art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu a declarat în DUAЕ încetarea unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

Arată că un alt caz de excludere a operatorilor economici din procedurile de achiziție publică este reglementat de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, respectiv *„operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate”*.

Aceasta susține că, în insolvență nu a dezvăluit în DUAЕ faptul că în privința unui contract de achiziție publică anterior, s-a dispus rezilierea pe cale judiciară din cauza neîndeplinirii obligațiilor care îi incumbau în cadrul contractului.

Astfel, în cadrul dosarului nr., asociat dosarului de insolvență, în care are calitatea de reclamant, iar, calitatea de pârât, judecătorul sindic a dispus rezilierea pe cale judiciară a contractului de lucrări nr. din din culpa debitoarei

Consideră că se impunea ca să dezvăluie, în mod transparent, la nivelul DUAЕ această situație în care se află, pentru ca autoritatea contractantă să cunoască aceste informații și să decidă dacă ofertantul prezintă garanții că poate să ducă la bun sfârșit contractul pe care urmează să îl atribuie.

Subliniază că, ascunzând faptul că un contract de achiziție publică anterior a încetat din culpa sa, ... generează un risc pentru prezenta procedură de achiziție publică.

Totodată, contestatoarea amintește faptul că în Fișa de date a achiziției, Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și profesională s-a impus cerința potrivit căreia ofertantul să declare pe proprie răspundere dacă s-a aflat/nu s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziție publică anterior a fost reziliat anticipat sau au fost solicitate daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Ca atare, deși declararea încetării unui contract de achiziție anterior sau obligarea la daune interese urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale a fost o cerință imperativă impusă prin fișa de date, ...a

eludat această cerință și nu a declarat că din culpa sa s-a dispus rezilierea contractului încheiat cu

Prin urmare, susține că este cu atât mai evidentă lipsa de credibilitate a, având în vedere că deși s-a impus expres în documentația de atribuire, a înțeles să ignore această cerință și să nu dezvăluie încetarea din culpa sa a unui contract de achiziție anterior.

Din aceste motive, rezultă că se face vinovată de declarații false în DUAE, motiv pentru care în cauză își găsește incidență și cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, luând cunoștință de existența cazului de excludere în care se află, autoritatea contractantă putea dispune excluderea din procedura de achiziție în orice moment.

4. Asocierea nu îndeplinește condiția experienței similare în contracte, solicitată prin documentația de atribuire.

Contestatoarea arată că potrivit fișei de date a achiziției, Cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, precum și răspunsului nr. formulat de autoritatea contractantă față de solicitările de clarificări depuse de ofertanți, pentru demonstrarea experienței similare în executarea de lucrări de tipul celor pentru care se desfășoară procedura de atribuire, trebuie îndeplinite următoarele condiții:

- ofertantul să arate că a prestat servicii de proiectare similare și a executat lucrări similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității cu cele care fac obiectul prezentului contract;

- serviciile de proiectare și lucrările de execuție similare pot fi demonstrate cu 1 până la maximum 3 contracte;

- serviciile de proiectare/lucrările de execuție similare trebuie să fi fost realizate în ultimii 5 ani împliniți la data limită de depunere a ofertelor;

- valoarea cumulată a serviciilor de proiectare/lucrărilor de execuție prestate să atingă pragul minim de 44.000.000 lei exclusiv TVA;

- lucrările similare vizează lucrări de construcție/reabilitare/modernizare realizate asupra unui drum de importanță C și încadrat cel puțin în clasa tehnică IV, care să fi avut o lungime de minim 5 km;

- lucrările similare implică și realizarea unor obiecte de artă de tipul podurilor, respectiv a zidurilor de sprijin sau/și apărărilor de mal.

Pentru demonstrarea experienței similare în ce privește serviciile de proiectare și lucrările de execuție, asocierea a depus contractul încheiat în luna octombrie 2011 între, în calitate de antreprenor și, în calitate de beneficiar, pentru, contract în valoare de de lei fără TVA.

De asemenea, pentru demonstrarea experienței similare în ce privește serviciile de proiectare, ... a depus inclusiv contractul având ca obiect, al cărei proiectant este membrul asociat

Cu toate acestea, contractul dintre și este încheiat în luna octombrie a anului 2011, respectiv cu aproximativ 12 ani în urmă față de momentul prezent.

Or, cerința din documentația de atribuire impune ca serviciile de proiectare și lucrările de execuție similare să fi fost executate în ultimii 5 ani împliniți la data limită de depunere a ofertelor. Calculat așadar

regresiv termenul de 5 ani de la data limită de depunerea ofertelor, *i.e.*, rezultă că serviciile de proiectare și lucrările de execuție similare ar fi trebuit să fie realizate în intervalul martie 2018 - martie 2023.

Ținând cont de faptul că acest contract, dintre și, este încheiat în luna octombrie a anului 2021, este evident că serviciile de proiectare și lucrările de execuție aferente acestui contract au fost realizate cu mult înainte față de intervalul de 5 ani anterior datei limită de depunere a ofertelor în prezenta procedură de achiziție.

Din acest motiv, apreciază că nu este respectată cerința din documentația de atribuire care impune ca serviciile de proiectare și lucrările de execuție similare să fi fost realizate în ultimii 5 ani împliniți la data limită de depunere a ofertelor, motiv pentru care acest contract încheiat între și nu poate fi luat în considerare pentru demonstrarea experienței similare.

Nu în ultimul rând, arată că, din informațiile existente public în Registrul Operațiunilor Generatoare de Obligații de Plată administrat de, se observă că în perioada de interes în cauză, în care trebuie dovedită experiența similară, ... a încasat mai puțin de lei în legătură cu contractul depus în dovedirea experienței similare. Ca atare, distinct de faptul că lucrările nu au fost realizate în perioada ultimilor 5 ani, împliniți la data limită de depunere a ofertelor, nu este respectată nici valoarea minimă, nefiind atins pragul minim de 44.000.000 de lei fără TVA.

În plus, arată că asocierii i-a fost solicitată clarificare cu privire la contractele depuse în dovedirea experienței similare, având în vedere că nu au identificat ca experiență similară execuția zidurilor de sprijin - obiecte de artă solicitate prin documentația de atribuire, iar față de această solicitare, asocieria a transmis un răspuns prin care a informat că: *în varianta inițială a proiectului pe care l-a realizat au fost proiectate ziduri de sprijin, însă, pe parcursul executării proiectului, s-a renunțat la zidurile de sprijin, executându-se în schimb fundații adâncite de tip parapet.*

Contestatoarea susține că executarea unor fundații de tip parapet nu pot fi asimilate din punct de vedere tehnic cu zidurile de sprijin, care potrivit Normativului privind proiectarea geotehnică a lucrărilor de susținere, Indicativ NP 124:2010 reprezintă *lucrări de susținere în mod continuu, realizate din piatră, beton simplu sau beton armat, având o talpă de fundare, cu sau fără călcâi, umăr sau contraforți, utilizate pentru susținerea unui masiv de pământ.*

Totodată, susține că raționamentul asocierii, prin care asumă că de vreme ce pentru contractul respectiv ar fi îndeplinit condițiile de calificare, înseamnă că le îndeplinesc și pentru prezentul contract, este

eronat, întrucât, în primul rând, nu se cunosc cerințele din documentația de atribuire a respectivului contract, iar în al doilea rând, decizia de înlocuire a zidurilor de sprijin cu fundații de tip parapet s-a adoptat pe parcursul executării lucrării, aducându-se așadar o modificare față de cerințele documentației de atribuire, ceea ce nu se întâmplă în cazul de față.

Nu în ultimul rând, prin fișa de date s-a impus cerința ca Ofertantul să declare pe proprie răspundere dacă s-a aflat/nu s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziție publică anterior a fost reziliat sau

au fost solicitate daune-interese sau alte sancțiuni comparabil, or astfel cum am arătat, ...s-a aflat în situația în care un contract de achiziție publică anterior să fie reziliat din culpa sa, însă nu a procedat la declararea acestei situații, încălcând astfel cerințele din documentația de atribuire.

B. Neconformitatea ofertei asocierii

Cât privește modul de realizare a marcajelor longitudinale și transversale după asfaltare, arată că potrivit răspunsului transmis de Autoritatea Contractantă față de solicitările ofertanților, acestea trebuie realizate din material termoplastic.

Aceasta precizează că materialul termoplastic care ar trebui utilizat pentru realizarea marcajelor presupune un cost ridicat, costul marcajelor termoplastice sunt de aproximativ 4-5 ori mai mari decât cele realizate cu vopsea monocomponentă, iar având în vedere prețul ofertat de asocierea, apreciază că nu este aferent unui material termoplastic, nefiind fezabil a se realiza marcajele cu un material termoplastic contra unui cost atât de scăzut.

În virtutea dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice în ce măsură prețul ofertat de asocierea este unul fezabil, care să reflecte faptul că lucrările vor fi realizate cu materiale de calitate.

În măsura în care autoritatea contractantă ar fi solicitat asocierii clarificări cu privire la costul propus pentru realizarea marcajelor, ar fi observat că acesta nu este corespunzător realizării unor lucrări de marcaje din material termoplastic, după cum impun cerințele din caietul de sarcini.

Pentru toate aceste motive, își găsesc incidența dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) și g) din HG nr. 395/2016 în conformitate cu care *oferta este considerată neconformă* atunci când :

a) *nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini;*

g) *în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din Lege se constată că propunerea financiară are un preț sau conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.*

Rezultă astfel că în momentul analizării documentației depuse de Asocierea, comisia de evaluare ar fi trebuit să constate că oferta asocierii este neconformă pentru că nu satisface în mod corespunzător cerințele din documentația de atribuire și totodată, că, în urma verificărilor efectuate conform art. 210 din Legea nr. 98/2016, ar fi constatat că propunerea financiară conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, astfel încât nu poate asigura îndeplinirea

contractului la parametri calitativi solicitați prin caietul de sarcini și să o respingă ca atare.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliu cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulate de ca neîntemeiată.

A.1. Cu privire la cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 pentru

1) Conform mențiunilor de la punctul 8 din cadrul documentului constatator nr. aferent contractului nr., ... a bifat faptul că

acest contract a fost îndeplinit, din punct de vedere tehnic, în mod corespunzător.

Aceasta precizează că, pentru o întârziere de 19 zile și penalități de ... lei, recuperate de autoritatea contractantă, măsura excluderii dintr-o procedură a cărei valoare estimată este de lei, fără TVA ar fi fost disproporționată în raport cu situația de fapt.

2) Conform punctului 8.f din documentul constatator nr. aferent contractului nr., autoritatea contractantă NU a reziliat contractul, iar conform informațiilor de pe portalul instanțelor de judecată există un litigiu pe rolul Tribunalului Cluj, care face referire la documentul constatator nr.

Astfel, arată că în fișierul depus de, respectiv - *Documente de calificare 2 pag. 113-258.pdf*, de la pag. 13-148 (respectiv 123 - 258) - fișierul face parte din documentele de calificare transmise inițial - ofertantul a prezentat și detaliat motivele pentru care nu se află în situația de excludere din procedurile de achiziție publică astfel cum este prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar coroborat cu documentele constatatoare prezente în SEAP și cu litigiile aflate pe rolul instanțelor de judecată, comisia de evaluare, pe baza celor declarate și constatate, a decis să nu excludă din procedură Asocieria, cât timp prejudiciile invocate au fost recuperate de către autoritatea contractantă și/sau există contestații la momentul emiterii deciziei.

Urmare a analizei cerințelor și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a constatat că asocieria nu se află în nici unul dintre motivele de excludere, astfel cum a fost solicitat prin documentația de atribuire.

A.2. Cu privire la cazul de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 pentru

Arată că, ulterior stabilirii clasamentului intermediar, prin adresele nr. și nr., în conformitate cu prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 și coroborat cu cele ale art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului clasat pe primul loc, transmiterea de documente justificative astfel cum au fost solicitate prin fișa de date, inclusiv pentru asociați și toți subcontractanții.

Astfel, menționează că, potrivit celor menționate în fișierul - *Documente justificative DUAE pag. 277-571.pdf* transmis ca răspuns la solicitarea de clarificări nr., de la pag. 1-69 (respectiv 277 - 345) au fost prezentate motivele pentru care, prin administrator special Maria Diana Ionescu, este îndreptățită să participe la proceduri de achiziție, nu se află în situația de excludere din procedurile de achiziție publică astfel cum este prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr.

98/2016, iar comisia de evaluare, pe baza celor declarate și analizate, a decis să nu excludă din procedură asocierea pentru cele declarate de către

Totodată, arată că pentru au fost prezentate certificate de cazier judiciar fără mențiuni cu privire la fapte înscrise, conform mențiunilor din certificatul constatator emis de către ONRC.

A.3. Cu privire la mențiunea contestatoarei referitoare la „declarații false în DUAЕ”, prezentat de, comisia de evaluare își declină competența deoarece nu are atribuții cu privire la cercetarea falsului în

declarații, cu atât mai mult cu cât la pag. 34-35 (310 - 313) din fișierul - *Documente justificative DUAE pag. 277-571.pdf* se regăsește Declarația privind neîncadrarea în art. 167 din Legea nr. 98/2016, emisă de către, reprezentant legal al ofertantului, declarație emisă „sub sancțiunile aplicabile faptei de fals în acte publice”, inclusiv cu motivele pentru încadrarea în prevederile art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Competența cercetării cu privire la falsul în declarații revine organelor de cercetare penală, nicidecum comisiei de evaluare din cadrul autorității publice.

A.4. Cu privire la îndeplinirea cerinței privitoare la experiența similară pentru arată următoarele:

Asocierii, i s-a solicitat prin adresa nr. transmiterea documentelor justificative referitoare la experiența similară care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, în termenul prevăzut în Legea nr. 98/2016 art. 196, iar prin adresa nr. clarificări cu privire la documentele transmise.

Prin adresa nr. a transmis fișierul (Documente exp. similaraj.pdf și prin adresa nr. a transmis fișierul (Documente exp. similara).pdf, fișiere în care a detaliat documentele în susținerea experienței similare, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire, inclusiv motivele pentru care autoritatea contractantă trebuie să țină cont în evaluare de prevederile art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP.

În continuare redă răspunsul referitor la solicitarea nr., adresată de autoritatea contractantă cu privire la acordul contractual nr.

Referitor la afirmația contestatoarei cu privire la „obiectele de artă solicitate” arată că fundațiile adâncite de parapet nu doar că sunt asimilabile zidurilor de sprijin, ci sunt, de fapt și de drept, ziduri de sprijin cornier din beton armat, conform definiției din Normativul privind proiectarea geotehnică a lucrărilor de susținere, Indicativ NP 124:2010.

În susținere expune următoarele:

- conform SR EN 1997-1/2006, se disting următoarele trei tipuri de structuri de susținere: ziduri de sprijin; pereți îngropați; lucrări de susținere compozite;

- conform Normativului privind proiectarea geotehnică a lucrărilor de susținere, Indicativ NP 124:2010: „*Ziduri de sprijin: ziduri de piatră, beton simplu sau beton armat, având o talpă de fundare, cu sau fără călcâi, umăr sau contraforți.*”;

- categoriile de ziduri de sprijin conform Normativului privind proiectarea geotehnică a lucrărilor de susținere, Indicativ NP 124:2010, sunt: *ziduri de sprijin de greutate din piatră sau beton simplu, inclusiv*

gabioane ziduri de sprijin tip cornier din beton armat, ziduri de sprijin din căsoaie";

- zidurile de sprijin cornier din beton armat potrivit Normativului privind proiectarea geotehnică a lucrărilor de susținere, Indicativ NP 124:2010 *"sunt lucrări de sprijin realizare din beton armat, cu structură mai zveltă, care utilizează pământul aflat deasupra consolei amonte pentru preluarea împingerii, reducând astfel greutatea proprie a zidului".*

Concluzionează că fundațiile adâncite de parapet sunt ziduri de sprijin cornier din beton armat conform categorisirii structurilor de

susținere în cadrul Normativului privind proiectarea geotehnică a lucrărilor de susținere, Indicativ NP 124:2010, adică sunt ziduri de sprijin conform solicitării autorității contractante din documentația de atribuire.

Astfel, arată că în urma analizei cerințelor și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a constatat că asocierea îndeplinește cerințele cu privire la experiența similară, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire.

B. Neconformitatea ofertei depuse de asocierea

Arată că din susținerile contestatoarei potrivit cărora autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice în ce măsură prețul ofertat de asocierea este unul fezabil, care să reflecte faptul că lucrările vor fi realizate cu materiale de calitate rezultă că în momentul analizării documentației depuse de asocierea, comisia de evaluare ar fi trebuit să constate că oferta acesteia este neconformă pentru că nu satisface în mod corespunzător cerințele din documentația de atribuire și totodată, că, în urma verificărilor efectuate conform art. 210 din Legea nr. 98/2010, ar fi constatat că propunerea financiară conține costuri neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, astfel încât nu poate asigura îndeplinirea contractului la parametri calitativi solicitați prin caietul de sarcini și să o respingă ca atare.

Referitor la mențiunea contestatoarei privind prețul/costurile realizării marcajelor „din material termoplastice” autoritatea contractantă arată că a luat la cunoștință despre acestea, dar având în vedere că procedura a fost inițiată având la bază prevederile HG nr. 1/2018, operatorii economici decid costurile la care vor realiza contractul în condițiile și cu rigorile impuse de autoritatea contractantă.

Susține că prețul contractului este unul forfetar, potrivit HG nr. 1/2018, iar prețurile unitare pentru articole de lucrări comasate sunt doar cu rol estimativ, urmând ca după elaborarea PT și DDE să fie stabilite de către proiectant prețurile unitare pe articole de deviz și descriere de prețuri în vederea decontării - potrivit tipului de contract. Diferențele de prețuri între ofertanți pe aceleași tipuri de lucrări comasate sunt diferite potrivit propriilor evaluări, fiind, după caz, unele mai mari sau mai mici, însă autoritatea contractantă nu a constatat prețuri neobișnuit de scăzute în raport cu piața.

Mai mult, arată că a considerat că garanția de bună execuție acoperă eventualitatea utilizării unor materiale care teoretic nu sunt de calitate cea mai bună de pe piață, sau nu sunt utilizate tehnologii de execuție care să asigure o durată cât mai mare de utilizare fără intervenție.

Nu în ultimul rând, susține că este de remarcat că între cele două oferte diferența de preț privind valoarea totală a contractului nu este

semnificativă, ceea ce comisia nu a constatat un preț total neobișnuit de scăzut.

Arată că, în pofida celor susținute de contestatoare, comisia de evaluare a verificat prețurile ofertate în cadrul propunerilor financiare, corelarea cu propunerile tehnice depuse de toți ofertanții și, prin comparație, a constatat că diferența între prețul ofertat de contestatoarea și cel ofertat de câștigătoare, asocierea este de lei, luând în considerare că obiectul contractului este unul de proiectare

cu execuție și că prețuire sunt forfetare, iar valoarea estimată a achiziției este de lei fără TVA.

Totodată, arată că propunerile financiare transmise nu au făcut obiectul verificării ofertei prin prisma respectării art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece niciuna dintre propunerile financiare depuse nu este sub procentul de 80%, respectiv sub valoarea de lei, fără TVA.

Prin cererea de intervenție accesorie fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliu cu nr., ..., lider al asocierii solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

I.1. Cu privire la admisibilitatea, în principiu a cererii:

Raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016; art. 61 alin. (1) și (3), art. 63 alin. (1), art. 64 alin. (2), art. 65 alin. (1), art. 67 din CPC; calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire; precum și faptul că prin cerere de intervenție urmărește respingerea contestației formulată de, deci menținerea deciziei autorității contractante dispusă prin raportul indicat; solicită, admiterea în principiu, a cererii de intervenție accesorie, astfel cum aceasta a fost formulată.

I.2. Intervenienta expune scurte precizări privind starea de fapt.

I.3. Excepția inadmisibilității *petitului 1 privind „anularea... actelor anterioare... și/sau conexe,...” și a petitului 2 privind „... cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia...”*;

Prealabil, arată că deși solicită *„Anularea ... și a Raportului procedurii nr.”*, în realitate, din conținutul contestației rezultă că această urmărește doar o anulare parțială a raportului procedurii, în ceea ce privește oferta asocierii

Analizând petitele contestației, intervenienta observă că autoarea contestației a înțeles să solicite și *„anularea actelor anterioare și/sau conexe în ceea ce privește declararea ca necâștigătoare a ofertei, respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei asocierii”*.

Intervenienta apreciază această solicitare ca fiind inadmisibilă întrucât:

- în cuprinsul contestației nu se face referire/trimitere la vreun alt act al autorității contractante (raportat la dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, citate chiar de contestatoare), distinct de comunicarea nr., respectiv de raportul procedurii. De altfel, chiar aceasta face referire, în mod expres, că actul vătămător îl constituie rezultatul procedurii (pct. 7 din contestație), referindu-se, în mod evident, la raportul procedurii, urmat de comunicarea rezultatului;

- contestatoarea avea obligația de a individualiza orice alt act emis de autoritatea contractantă pe care îl apreciază ca fiind vătămător, cu

atât mai mult cu cât : (i) a studiat dosarul achiziției; (ii) în cuprinsul raportului procedurii se face referire, în mod explicit, la actele emise de autoritatea contractantă anterior raportului procedurii (exemplificativ: procesul-verbal nr. de deschidere a ofertelor; procesul-verbal nr. 7 de verificare a informațiilor preliminare prezentate de ofertanți în DUAE și în documentele ce le însoțeau în raport cu condițiile de participare și cerințele minime asociate din anunțul de participare și documentația de atribuire; procesul - verbal nr. 12 privind evaluarea propunerilor

financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr.);

- nu s-a invocat vreo critică cu privire la actele autorității contractante ce au precedat raportul procedurii.

Totodată, arată că este inadmisibilă și solicitarea cuprinsă în petitul nr. 2 potrivit căreia. *„obligarea Autorității Contractante la reevaluarea ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător, cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța”*.

Subliniază faptul că stabilirea caracterului inacceptabil și neconform al ofertei sale, astfel cum solicită contestatoarea prin capătul 2 de cerere, nu face parte din categoria măsurilor necesare restabilirii legalității prevăzute de art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, având în vedere dispozițiile art. 127 alin. (1) lit. b), i), k) și m) din HG nr. 395/2016.

II. Combaterea punctuală a criticilor contestatoarei

(1) (Ne)incidența cazului de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 cu privire la leaderul asocierii;

Contrar susținerilor contestatoarei, ... arată că a procedat și la:

1. - prezentarea în cadrul documentelor de calificare, odată cu DUAЕ, inclusiv a înscrisurilor în justificarea celor declarate în DUAЕ - secțiunea C (pag. 163 - 258), după cum urmează:

- cu privire la documentul constatator nr.:

- cererea de chemare în judecată, înregistrată cu nr. + extras de pe portalul instanțelor de judecată;

- plângerea prealabilă formulată + dovada de comunicare;

- documentul constatator;

- factura fiscală emisă de Aeroport privind suma de lei + dovada achitării acestei sume în data de (pag. 180);

- referitor la documentul constatator nr. (anexat):

- cererea de chemare în judecată, înregistrată sub nr. (pag. 185 - 193) pentru a dovedi că suma de lei a fost reținută de către autoritatea contractantă;

- întâmpinarea formulată în dosarul nr.;

- factura fiscală cuprinzând valoarea lucrărilor executate în baza contractului de lucrări nr. (pag. 230); precizează că lucrările executate la acest obiectiv au fost decontate de autoritatea contractantă doar după încheierea procesului - verbal de recepție la terminarea lucrărilor;

- dovezile de achitare către autoritatea contractantă a sumei de lei (pag. 231 - 232), reținându-se astfel suma de lei din contravaloarea lucrărilor executate;

- plângerea prealabilă + dovada de comunicare;

- cererea de chemare în judecată ce face obiectul dosarului nr. + extras de pe portalul instanțelor de judecată.

2. depunerea, ca anexe, la răspunsul la clarificări nr. la adresa primită de la autoritatea contractantă nr., a documentelor justificative actualizate și care probează îndeplinirea criteriilor de

calificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, printre care și cele menționate anterior (pag. 7-103).

A. Referitor la documentul constatator nr., arată că entitatea contractantă a emis documentul constatator pozitiv final nr. prin care s-au indicat penalități de întârziere în cuantum de lei, în condițiile în care valoarea contractului a fost de lei, exclusiv TVA, aceste penalități făcând obiectul facturii fiscale nr., ce a fost achitată de în data de

De asemenea, subliniază faptul că procesul - verbal la terminarea lucrărilor a fost încheiat în data de (astfel cum rezultă din cuprinsul documentului constatator - pct. 6), astfel că prejudiciul reclamat de către entitatea contractantă este, în mod evident, anterior datei menționate, ceea ce determină incidența prevederilor art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 (de la data emiterii facturii fiscale cuprinzând prejudiciul reclamat și până la data depunerii ofertei au trecut mai mult de 3 ani).

Astfel, susține că, indiferent de "disputa" ce face obiectul unui litigiu (..... aflat pe rolul), suma de lei nu poate reprezenta un prejudiciu adus entității contractante, împrejurare ce nu poate fi calificată ca fiind gravă sau repetată.

B. Referitor la situația documentului constatator nr.: contractul de lucrări nr. a fost executat, însă a imputat depășirea duratei de execuție a lucrărilor, deși această pretinsă întârziere nu i s-a datorat.

Subliniază că divergența dintre și va fi soluționată de instanța de judecată, dat fiind existent litigiului aflat pe rolul Tribunalului Specializat, dosarul nr., în care s-a dispus efectuarea unei expertize judiciare în construcții a cărei concluzii îi sunt favorabile (anexează raportul de expertiză tehnică judiciară în specialitatea construcții dar și încheierea de ședință din data de prin care a fost dispusă efectuarea expertizei și numirea expertului tehnic judiciar).

Cât privește prejudiciul cuantificat de către autoritatea contractantă (cu încălcarea prevederilor contractuale) prin acest document constatator, respectiv lei, deși nu este cert și nici exigibil, fiind expresia evaluării unilaterale a autorității, nu poate produce, în această procedură, consecințe negative, în opinia intervenientei.

Suma de lei (sumă ce nu este purtătoare de TVA) a fost reținută deja de către autoritatea contractantă încă din data de din prețul lucrărilor (fiindu-i achitată doar diferența), astfel cum rezultă din documentele menționate.

De altfel, arată că existența acestui document constatator nu a condus la excluderea din alte proceduri de atribuire, la care a și fost declarată ofertant câștigător (spre exemplu și

Intervenienta arată că, în pofida susținerilor contestatoarei, comisia de evaluare a procedat (și) la verificarea (ne)incidenței vreunui caz de excludere, efectuând propria evaluare a comportamentului, astfel cum rezultă tocmai din cuprinsul raportului procedurii (pag. 13), cu trimitere la procesul verbal nr. 7, înregistrat sub nr. ..., respectiv la pag. 30-31, respectiv la procesul verbal nr. 14, înregistrat sub nr., acte ce nu au fost contestate de

(2) (Ne)incidența cazului de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 cu privire la societatea, în insolvență;

Prealabil, subliniază că :

- nu a contestat capacitatea (tehnică, financiară etc.) a în vederea executării lucrărilor ce fac obiectul acordului de asociere, ci doar că nu ar fi demonstrat o astfel de capacitate;

- potrivit art. 6 din acordul de asociere nr., ... are o cotă de participare în cadrul asocierii de 10%;

- răspunsul nr. la solicitarea de clarificări nr., prin care s-au înaintat documentele justificative actualizate și care probează îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, a fost anexată adresa de clarificare privind aspectele de insolvență ale, înregistrată sub nr.;

- totodată, au fost prezentate resursele de care dispune societatea: personal, utilaje, echipamente (pag. 310 - 336);

- situația asociatului a fost expusă detaliat în cuprinsul adresei nr.;

- societatea după data deschiderii procedurii de insolvență (....) a participat, în continuare, la licitații publice, ce au fost și câștigate;

- pe parcursul procedurii insolvenței, societatea funcționează după principiul „business as usual”, astfel la momentul prezentei, ... se află în perioada de observație din cadrul procedurii de insolvență și societatea are drept deplin de administrare, sub supravegherea administratorului judiciar, în ceea ce privește desfășurarea activității curente, având capacitatea deplină de a executa contractele în care urmează să fie parte, implicit și cel care face obiectul prezentei proceduri de atribuire;

- așadar, deși împotriva asociatului în cauză s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței, acesta poate participa în continuare la procedurile organizate în temeiul Legii nr. 98/2016 în vederea contractării de lucrări specifice obiectului său de activitate, în aceleași condiții cu alți operatori economici care nu se află sub incidența Legii nr. 85/2014 independent de orice datorii născute anterior deschiderii procedurii.

Menționează că, autoarea contestației, în susținerea criticilor sale vizând acest motiv, își întemeiază contestația pe două premise eronate:

- (i) starea de insolvență a oricărui dintre asociați ar atrage excluderea sa din procedură, dacă nu face dovada că a implementat efectiv măsuri pentru întocmirea unui plan de reorganizare fezabil și

- (ii) că insolvența unui singur membru al asocierii ar fi suficientă pentru a conduce la excluderea ofertantului asocierea

Din dispozițiile art. 167 alin. (1) corelat cu cele ale alin. (2) din Legea nr. 98/2016, împreună cu prevederile art. 77 alin. (6) din Legea nr. 85/2014 rezultă că debitorul în insolvență nu poate fi împiedicat să participe la procedură, adică nu poate fi exclus dacă demonstrează că are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică.

Arată că interpretarea contestatoarei potrivit căreia, pentru a nu fi exclus din procedura de atribuire, ofertantul aflat în stare de insolvență trebuie să demonstreze, că primă ipoteză, în cazul în care se afla în perioada de observație, „a adoptat un plan de reorganizare fezabil” nu

numai că este contrară rațiunii pe care legiuitorul a avut-o în vedere, respectiv aceea de a avea în considerare atât societățile aflate în perioada de observație, ci este și contrară logicii pentru ca din cele două ipoteze prevăzute de lege, contestatoarea, în final, a ajuns la una singură, aceea că societatea să se afle în reorganizare.

Referitor la susținerea contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi evaluat eronat capacitatea membrului asocierii de a executa contractul, întrucât simplele declarații în DUAЕ și răspunsul la solicitarea de clarificări nu au aptitudinea de a „proba încadrarea în situația de excepție”, adică menținerea în procedură, precum și faptul că această capacitate nu se prezumă, ci trebuie dovedită cu mijloace de probă pertinente și concludente, intervenienta arată că nu doar a arătat în cadrul acestei proceduri, ci a și demonstrat prin înscrisurile depuse, respectiv extras personal specialitate, mașini și utilaje, experiența etc. (pag. 314 și urm. din răspunsul la clarificări nr.).

Autoritatea contractantă a luat act de mențiunea din cuprinsul DUAЕ că împotriva membrului asocierii s-a deschis procedura generală a insolvenței, drept pentru care, în respectarea prevederilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 a verificat capacitatea asocierii de a executa contractul de achiziție publică, respectiv a membrului asocierii - debitorul - de a executa partea sa din contract (de 10%).

(3) (Ne)incidența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 cu privire la societatea

Aceasta arată că, după cum se poate observa în cadrul SEAP, în dreptul nu este publicat vreun document constatat negativ emis de către vreo autoritate/entitate contractantă și valabil la această dată, pentru a putea atrage excluderea din cadrul procedurii.

Așadar, susține că, în pofida celor susținute conjunctural de contestatoare, asociatul nu a ascuns „*detalii extrem de importante, pentru a-și asigura câștigarea unei licitații*”.

Totodată, arată că relevant de subliniat este că prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din legea nr. 98/2016 au în vedere situația în care, procedând la verificarea absenței motivelor de excludere, autoritatea contractantă solicită operatorului economic informații, iar ca răspuns la solicitarea de clarificări agentul economic fie comunică informații false, fie nu prezintă aceste informații autorității contractante, situație ce nu se verifică în speță.

Din perspectiva legalității actului contestat și prin raportare la litigiul indicat de contestatoare, autoritatea contractantă a emis o decizie legală și temeinică pe baza documentelor ofertei, declarațiilor asociatului, declarații ce concordă cu realitatea, împotriva sa nefiind pronunțată vreo decizie judecătorească rămasă definitivă în cadrul căreia

să se constate vreo culpă în executarea contractului invocat, nefiind incident cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

(4) Referitor la pretinsa (ne)îndeplinirea a condiției experienței similare în contracte;

Arată că pentru dovedirea experienței similare privind execuția de lucrări, s-a considerat contractul nr., obiectiv „.....”, încheiat între asociatul și SA.

Totodată, menționează faptul că îndeplinirea cerinței din cadrul fișei de date referitoare la execuția lucrărilor de drumuri și a obiectelor de artă de tipul podurilor este demonstrată și prin procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr., în cadrul articolului 6.1 Capacități fizice realizate.

În ceea ce privește lucrările de artă de tipul zidurilor de sprijin menționează faptul că asociatul a oferat în cadrul aceluiași contract la secțiunea consolidări terasamente atât lucrări de ziduri de sprijin din beton de ciment , cât și lucrări de fundații adâncite din beton de tip I, precum și fundațiile adâncite din beton armat de tip L, acestea având rolul de îmbunătățire și sprijinire a terasamentelor.

Contrar susținerilor contestatoarei, în ceea ce privește îndeplinirea condiției de calificare pentru serviciile de proiectare, menționează faptul că aceasta a fost demonstrată de către asociatul prin prezentarea contractului de subantrepriză nr. la acord contractual nr.- Contract de proiectare și execuție lucrări: „.....”.

Arată că a depus în justificare și următoarele documente justificative: ordinul de începere a prestării serviciului de proiectare nr.; proces verbal de recepție documentație nr. și recomandare nr.

Valoarea serviciilor de proiectare și asistență tehnică aferente contractului este de lei fără TVA -> ponderea de 100%, însă valoarea cuprinsă în DUAE este de lei, fără TVA reprezentând valoarea serviciilor de proiectare aprobate -> ponderea realizată 79.97%. Restul valorilor contractului nu sunt recepționate (asistență tehnică), conform clauzelor contractuale, asistența tehnică fiind în derulare.

Mai arată că autoarea contestației face referire la solicitarea de clarificări nr., însă a răspuns prin adresa nr. 1 din data de, anexând și toate documentele justificative (inclusiv sub aspectul zidurilor de sprijin), așadar a respectat și dovedit îndeplinirea condiției experienței similare, conform specificațiilor fișei de date.

(5) Cu privire la pretinsa neconformitate a ofertei asocierii

În primul rând, arată că nu a dovedit în niciun mod că „*propunerea financiară conține costuri neobișnuit de scăzute*”.

În al doilea rând, arată că diferența între oferta sa și cea a contestatoarei a fost de aproximativ lei, fără TVA, ceea ce invalidează întreaga argumentație a contestatoarei.

În al treilea rând, în ceea ce privește sustenabilitatea realizării marcajelor termoplastice longitudinale și transversale, menționează faptul că acestea pot fi realizate conform prețurilor unitare oferate, fiind luate în calcul toate costurile necesare (materiale, manoperă, utilaje,

transport, cheltuieli indirecte și profit, inclusiv contribuțiile salariale datorate solidar de angajat și angajator la bugetul asigurărilor sociale și fondurilor speciale precum și la bugetul de stat).

Mai mult decât atât, pentru a demonstra faptul că prețurile unitare oferite pentru marcajul termoplastic, sunt corecte, alăturat prezentăm oferte de preț obținute de la alte societăți care execută marcaje rutiere, prețuri obținute atât în momentul ofertării, cât și la momentul actual:

- Oferta nr., PU ofertat euro/km, respectiv euro/mp
- Oferta nr., PU ofertat euro/km, respectiv euro/mp

- Oferta nr. PU ofertat euro/km, respectiv euro/mp.

Concluzionând, susține că se poate observa că prețurile oferite de către cei trei furnizori sunt mai mici față de prețurile oferite de

Prin adresa fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., a transmis documentul „Concluzii scrise” în replică față de punctul de vedere al autorității contractante, precum și cererea de intervenție a societății, solicitând înlăturarea apărărilor autorității contractante și admiterea contestației astfel cum a fost formulată, respingând totodată cererea de intervenție formulată de

I. Netemeinicia excepției inadmisibilității petitelor contestației invocată de intervenient.

Aceasta susține că procesele-verbale de evaluare în care s-a consemnat rezultatul verificării în diferite momente din etapa analizării documentației: evaluare DUAЕ, evaluare propunere tehnică și propunere financiară, reprezintă doar acele înscrisuri pe care se sprijină Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. și Raportul Procedurii nr.

Din acest motiv, apreciază că procesele-verbale nu trebuie menționate în mod expres în contestație, fiind suficientă referirea indirectă la acestea, motiv pentru care solicitarea sa întrunește condițiile prevăzute de art. 10 lit. d) din Legea nr. 101/2016 și se impune respingerea ca neîntemeiată a excepției inadmisibilității capătului 1 de cerere invocată de intervenient.

În mod similar, apreciază că se impune respingerea excepției inadmisibilității capătului 2 de cerere întrucât solicitarea sa, respectiv ca subsecvent admiterii contestației să fie dispusă obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocieria cu consecința stabilirii caracterului inacceptabil și neconform al acesteia, respectă dispozițiile art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, menționează că intervenienta omite faptul că în cauză își găsesc incidența inclusiv dispozițiile art. 26 alin. 10¹ din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, susține că în măsura în care contestația va fi admisă și autoritatea contractantă va fi obligată la reevaluarea ofertelor, Consiliul poate să îi indice acesteia să stabilească caracterul inacceptabil și neconform al ofertei asocierii

Pentru aceste motive, susține că rezultă netemeinicia excepției inadmisibilității petitelor nr. 2 al contestației

II. Motivele de excludere în care se găsesc membrii asocierii

A. nu și-a demonstrat credibilitatea prin probele prevăzute de art. 171 alin. (3) din legea nr. 98/2016.

Arată că intervenienta și autoritatea contractantă încearcă să minimalizeze importanța documentelor constatatoare arătând în mod ostentativ că documentul constatator nr. emis în legătură cu Contractul sectorial de lucrări nr., având ca obiect "Lucrări de reparații la suprafața de mișcare aferente anului 2017", ar fi unul pozitiv pentru că s-a consemnat îndeplinirea în mod corespunzător a obiectului

contractului și s-au înregistrat doar 19 zile de întârziere și daune interese în cuantum de de lei.

Menționează că documentul constatator nr., emis în legătură cu Contractul sectorial de lucrări nr., având ca obiect execuția lucrărilor de reparații aferente obiectivului de investiții "....." nu mai este prezentat cu aceeași ostentație întrucât din cuprinsul acestuia rezultă neîndeplinirea în mod corespunzător a obiectului contractului de către, o întârziere de 448 de zile față de durata prevăzută în contractul de lucrări, precum și daune interese în cuantum de de RON fără TVA.

În opinia sa, în mod greșit autoritatea contractantă a apreciat că de vreme ce există litigii pe rolul instanțelor de judecată declanșate pentru anularea certificatelor constatatoare, a decis să nu excludă din procedură Asocieria, fără însă să verifice, pe bază de probe prevăzute de art. 171 din Legea nr. 98/2016, dacă acest ofertant este fiabil să îndeplinească contractul pe care urmează să îi atribuire.

Apreciază că în măsura în care ar fi analizat în mod legal situația liderului de asociere -, comisia de evaluare ar fi constatat că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016 și că în privința este incident acest caz de excludere.

B. - în insolvență, nu a demonstrat, în virtutea dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 că nu trebuie exclus din procedură pentru faptul că se află în stare de insolvență.

Cât privește insolvența asociatului ofertant, contestatoarea arată că nu a subliniat că acest asociat ofertant nu ar mai putea participa la procedurile de achiziție publică pentru că se află în insolvență, cum în mod eronat afirmă intervenientul, neafirmând că starea de insolvență reprezintă un motiv de excludere, în mod automat, ci a subliniat că DELTA nu a demonstrat că are capacitatea să execute contractul de achiziție publică și astfel că nu trebuie să fie exclus pe motivul stării de insolvență.

D. Asociatul, în insolvență nu a declarat în DUAЕ încetarea unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

Susține că intervenienta încearcă să acopere fapta de a nu fi declarat în DUAЕ încetarea unui contract de achiziție publică anterior susținând că la momentul completării DUAЕ soluția pronunțată în dosarul nr. nu ar fi fost motivată, când în mod evident importanță prezintă faptul că soluția rezilierii pe cale judiciară a contractului respectiv fusese deja pronunțată de către judecătorul sindic.

De asemenea, arată că, în mod eronat, autoritatea contractantă își declină competența de a analiza această situație de excludere în care se află, în speță nefiind vorba despre cercetarea falsului în declarații,

întocmai cum îi revine unui organ de cercetare penală, ci implică doar constatarea faptului că nu a declarat o situație care trebuia adusă la cunoștință, *i.e.* încetarea unui contract de achiziție publică anterior, faptul că a fost obligat la plata de daune interese și că acel contract a fost reziliat pe cale judiciară.

Ca atare, susține că deși declararea încetării unui contract de achiziție anterior sau obligarea la daune interese urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale a fost o cerință imperativă impusă prin fișa de date, ..., în insolvență a eludat această cerință și nu a declarat că din

culpa sa s-a dispus rezilierea pe cale judiciară contractului încheiat cu

Prin urmare, rezultă că în cauză își găsește incidența și cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

D. Asocierea nu îndeplinește condiția experienței similare în contracte, solicitată prin documentația de atribuire.

Contestatoarea consideră că nu poate fi primită explicația adusă de în care arată că a realizat în loc de ziduri de sprijin fundații adâncite în beton armat de tip L, pentru că în mod clar înseamnă eludarea cerinței din documentația de atribuire care solicită să se dovedească realizarea unor ziduri de sprijin.

Arată că autoritatea contractantă a apreciat ca fiind concludent răspunsul ofertantului, fără a ține cont de tipul de lucrări realizate, care diferă de cele solicitate prin documentația de atribuire, demonstrând așadar o evidentă părtinire a acestui ofertant.

Apreciază că cerința experienței similare în contracte nu este îndeplinită, nefiind probată execuția lucrărilor similare în perioada de referință, martie 2018 - martie 2023, precum și nici execuția zidurilor de sprijin.

Cât privește aspectele de neconformitate a ofertei, având în vedere că a avut acces doar la procesele-verbale întocmite de Comisia de evaluare, nefiindu-i permis accesul la oferta asocierii, din motive de confidențialitate, pentru a nu reitera aspectele susținute în contestație referitoare la acest subiect, solicită Consiliului să aibă în vedere argumentele expuse în contestație.

Prin adresa fără număr și nedatată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ... a transmis Consiliului dovada cheltuielilor de judecată ocazionate, depunând factura fiscală nr. și dovada achitării acestora.

Totodată, prin adresa fără număr de înregistrare din data de, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ... a transmis documentul „Concluzii scrise” în replică față de concluziile scrise formulate de, solicitând admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie formulată; admiterea excepției inadmisibilității, astfel cum aceasta a fost invocată; respingerea contestației formulată de ca neîntemeiată, menținând rezultatul procedurii; admiterea pe fond a cererii de intervenție accesorie formulată; obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

În continuare răspunde punctual aspectelor învederate de contestatoare prin concluziile scrise, precizând următoarele:

- I. Precizări prealabile relevante

Arată că prin concluziile scrise, contestatoarea reia parțial aspectele deja menționate în cuprinsul contestației, necombătând susținerile cu privire la cel puțin :

- starea de fapt expusă din cererea de intervenție. Relevant de subliniat în acest context sunt două aspecte esențiale:

(a) contestatoarea nu a înțeles să combată punctual statuările/ constatările comisiei de evaluare din cuprinsul proceselor-verbale, preferând să facă trimitere la dispozițiile art. 26 alin. (2) și art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016;

(b) diferența între ofertele financiare este doar de lei, fără TVA (astfel cum rezultă din procesul-verbal nr.), aspect ce invalidează pretinsa neconformitate a ofertei prin raportare la dispozițiile art. 210 din Lege nr. 98/2016 (motiv cu privire la care contestatoarea nu mai insistă în cuprinsul concluziilor scrise);

- admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție accesorie formulată de subscrisa;

- faptul că, în concret, contestatoarea urmărește, prin contestația formulată, doar o eventuală anulare parțială a raportului procedurii;

- aspecte esențiale ce țin fondul motivelor de excludere invocate;

- conformitatea ofertei depuse din cererea de intervenție.

II. Temeinicia excepției inadmisibilității parțiale a petitelor contestației.

Contrar susținerilor contestatoarei, procesele-verbale de evaluare nu sunt doar simple *„înscrisuri pe care se sprijină comunicarea privind rezultatul procedurii nr. și raportul procedurii nr.”*, ci veritabile acte administrative.

Susține că nu mai puțin importantă este împrejurarea că, ... nu combate constatările comisiei de evaluare din cuprinsul proceselor-verbale, ci s-a mulțumit să prezinte anumite argumente/susțineri generice.

Cu privire la inadmisibilitatea parțială a petitului 2, aceasta arată că nu a indicat *„in mod trunchiat”* prevederile legale și nici nu a omis pretinsa incidența a dispozițiilor art. 26 alin. (10¹) din Legea nr. 101/2016, așa cum susține contestatoarea, ci din contră a susținut că nu se poate proceda la stabilirea caracterului inacceptabil și neconform al ofertei sale în această fază, raportat (și) la prevederile art. 127 alin. (1) lit. b), j), k) și m) din HG nr. 395/2016 (cu privire la care nu face referire).

De altfel, chiar arată în cuprinsul concluziilor scrise că *„... Autoritatea Contractantă trebuia să solicite clarificări din care să rezulte fără dubiu care sunt cauzele întârzierilor, pentru a putea aprecia în concret dacă acest ofertant prezintă garanții că poate să îndeplinească întocmai și la timp contractul pe care urmează să îl atribuie”* - pct. (15).

În aceste condiții apreciază ca fiind întemeiată și excepția inadmisibilității parțiale a celui de-al doilea petit.

În continuare, răspunde punctual aspectelor învederate de contestatoare prin concluziile scrise, precizând următoarele:

III. Netemeinicia argumentelor contestatoarei privind preținsele motive de excludere, expuse în cuprinsul concluziilor scrise;

(1) Neincidența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016; Credibilitatea și fiabilitatea leaderului asocierii

Aceasta susține că nu a combătut în concret argumentele expuse în cuprinsul cererii de intervenție (pct. II.(1), pag. 6 - 11), sens în care nu le reia, însă subliniază faptul că:

- documentul constatator final nr. a fost emis după expirarea perioadei de garanție a lucrărilor (deci cele 19 zile vizează situația anterioară datei de, data întocmirii procesului - verbal de recepție la

terminarea lucrărilor). Pretinsul prejudiciu reclamat de entitatea contractantă (.... lei) a fost acoperit încă din data de, devenind astfel incidente prevederile art. 171 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

- documentul constatator nr. nu poate fi analizat *ut singuli*, ci împreună cu documentele la care a făcut trimitere, existente în dosarul achiziției și anexate cererii de intervenție accesorie.

Pretinsul prejudiciu reclamat de entitatea contractantă (..... lei) a fost reținut în data de, împrejurare necontestată, care de altfel rezultă cu evidență și din scriptele depuse.

- existența celor două documente constatatoare nu a condus la excluderea din alte proceduri, ci din contră a fost chiar declarată câștigătoare, astfel cum rezultă tocmai din cuprinsul centralizatorului licitațiilor ce a fost anexat cererii de intervenție accesorie.

(2) Neincidența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016

Și în acest context, arată că se rezumă să reia argumentele deja expuse în cuprinsul contestației, fără însă a combate susținerile (pct. II.(2), pag. 11 - 13 din *cererea de intervenție*).

(3) Neincidența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016

Aceasta menționează că ignoră următoarele aspecte relevante:

- soluția pronunțată în dosarul nr. nu este definitivă (fiind atacată chiar de asociatul majoritar al). În mod vădit greșit se susține că prin soluția pronunțată în dosarul referit ar fi fost „*obligat la plata de daune interese*”;

- trimiterea la pretinsul document constatator nr. denotă o evidentă rea-credință, în condițiile în care :

- reprezintă un nou motiv de contestare ce nu poate fi analizat raportat la prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016;

- tocmai din soluția pronunțată în dosarul rubricat rezultă că a fost respinsă ca inadmisibilă cererea de a se constata ca fiind intervenită rezilierea de drept (raportându-se în mod evident la dispozițiile art. 123 din Legea nr. 85/2014, relevantă fiind și Decizia ICCJ nr. 42/2021).

- de altfel, netemeinicia acestui motiv de excludere este dată și de lipsa oricărui document depus în probațiune de către cu privire la situația dosarului nr. (fiind evident că le deține);

- neîndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 (autoritatea contractantă solicită operatorului economic informații, iar ca urmare solicitării de clarificări operatorul economic fie comunică informații false, fie nu prezintă aceste informații autorității contractante).

(4) Cu privire la neîndeplinirea condiției experienței similare în contracte;

Contrar suspinelor nu a fost eludată cerința de la Cap. III. 1.3 a) din FDA. Astfel, ... ignoră (prin trimiterea doar la primul paragraf din această cerință) „Nota” din cuprinsul FDA potrivit căreia :

„Prin lucrări duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 5 ani se înțelege :

- Lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces - verbal de recepție la terminarea lucrărilor întocmit în conformitate cu

prevederile legale și tehnice din domeniul din care fac parte obiectul contractului; sau

- Lucrări recepționate însoțite de proces - verbal de recepție la terminarea lucrărilor;

- Lucrări recepționate însoțite de proces - verbal de recepție finală"

În ceea ce privește obiectele de artă, ... doar afirmă „diferă de cele solicitate prin documentația de atribuire”, fără însă a preciza cel puțin un singur aspect tehnic care să conducă spre o astfel de susținere generică și nedovedită. Or, aceasta arată că (în cuprinsului clarificărilor) a arătat că tehnologia de execuție a zidurilor de sprijin în rableu și funcționalitatea acestor sunt identice cu tehnologia și funcționalitatea fundațiilor adâncite din beton armat de tip L.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... – ofertant declarat câștigător a formulat cerere de intervenție prin care solicită Consiliului, respingerea contestației.

Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul entității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1 din data de emisă de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de lei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, cod CPV 45233000-9 Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare, stabilind termenul limită pentru depunerea ofertelor data de, ora 15:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea totală estimată a contractului fiind de lei, fără TVA.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr., prin care oferta sa a fost clasată pe locul 2, iar oferta declarată câștigătoare a fost cea depusă de Asocieria, ... a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate mai sus.

Consiliul constată că părțile sunt în dispută cu privire la modul de evaluare a ofertei declarate câștigătoare, care, în opinia contestatoarei, printre altele, ar fi trebuit exclusă din procedură întrucât se face vinovată

de declarații false în DUAЕ și nu îndeplinește cerința privind experiența similară.

Procedând la analiza documentelor constatatoare, invocate de către contestatoare, Consiliul constată următoarele:

- documentul constatator nr., emis de pentru, confirmă la pct. 9. *Prejudicii suma de lei, fără TVA – penalități de întârziere calculate conform clauzelor contractuale pentru zilele de întârziere*; acest document a fost contestat la Tribunalul făcând obiectul dosarului nr., cu amânare pronunțare la data de;

- documentul constatator nr., emis de j pentru confirmă la pct. 9. *Prejudicii suma de lei, fără TVA – penalități de întârziere aferente execuției lucrărilor, calculate conform clauzelor contractuale.* Acest document a fost contestat la Tribunalul Specializat făcând obiectul dosarului nr., cu termen de judecare la data de

Față de diferendul dedus judecății, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

Legea nr. 98/2016:

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

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

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

i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic;”

- art. 167 alin. (8): „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract”;

HG nr. 395/2016:

- art. 166: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză; (...)

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective. (...)

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce, în mod automat, la excludere, iar, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele/informațiile prezentate, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza/presta/executa bunurile/serviciile/lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu

prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod

complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite”.

Rezultă, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Or, autoritatea contractantă nu a realizat o astfel de verificare, prin care avea obligația să obțină informații și documente care să îi permită să stabilească dacă, în cazul acestei ofertante, sunt îndeplinite condițiile cumulative pentru excluderea reglementată la art. 167 alin. (1) [lit. g\)](#) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, constatând caracterul formal și incomplet al evaluării realizate de autoritatea contractantă, Consiliul constată necesitatea reluării procesului de evaluare a ofertei Asocieria, prin raportare la prevederile legale amintite și cele reținute anterior, în referire la documentele constatatoare nr. și nr., care, în opinia Consiliului, nu au făcut obiectul analizei comisiei de evaluare.

Totodată, Consiliul are în vedere că art. 167 din Legea nr. 98/2016 instituie cazuri de excludere distincte de cele prevăzute de art. 165 și 166 din Legea nr. 98/2016, respectiv: „(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) b) se află în procedura insolvenței sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activității”.

Cu toate acestea, și de la această regulă legiuitorul a prevăzut o excepție, aceasta fiind prevăzută la alin. (2) al art. 167 din Legea nr. 98/2016: „(2) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) [lit. b\)](#), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observație și a

adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță”.

Dată fiind situația operatorului, incidente devin dispozițiile alin. (2) ale art. 167, care statuează asupra obligației comisiei de evaluare de a efectua verificări în sensul de a stabili dacă aceasta are capacitatea de

a executa contractul, ținând cont de măsurile adoptate în vederea continuării activității.

Din actele aflate la dosarul cauzei rezultă că, în considerarea stării de insolvență a contestatoarei, dovedită cu actele prezentate, comisia de evaluare nu a înțeles să dea eficiență dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

După cum s-a arătat în cele de mai sus, cazurile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 presupun verificări diferite, stabilite corespunzător de textele legale incidente fiecărei categorii dintre cazurile de excludere.

Astfel, autoritatea contractantă era obligată să concluzioneze în raport cu verificările aflate în sarcina sa prin prisma art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, iar nu prin raportare la texte legale care nu au nicio legătură cu aplicarea acestuia.

În aceste condiții, în cazul operatorului, comisia de evaluare trebuie să stabilească pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de respectivul ofertant, dacă acesta are capacitatea de a executa contractul ce urmează a fi atribuit, respectiv dacă ofertantul se află în faza de observație și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, sau dacă planul de organizare a fost aprobat.

Astfel, revenea comisiei de evaluare obligația de a analiza explicațiile și documentele prezentate de acesta (contracte în derulare) pentru a putea stabili dacă acesta are capacitatea de a executa contractul, respectiv măsurile adoptate în vederea întocmirii unui plan de reorganizare fezabil.

Relevante în soluționare sunt și următoarele dispoziții:

Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență:

- art. 5 pct. 29: „insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile și care se prezumă atunci când debitorul, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; prezumția este relativă”;

- art. 75 alin. (1): „De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor. Repunerea pe rol a acestora este posibilă doar în cazul desființării hotărârii de deschidere a procedurii, a revocării încheierii de deschidere a procedurii sau în cazul închiderii procedurii în condițiile art. 178. În cazul în care hotărârea de

deschidere a procedurii este desființată sau, după caz, revocată, acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului pot fi repuse pe rol, iar măsurile de executare silită pot fi reluate. La data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii, atât acțiunea judiciară sau extrajudiciară, cât și executările silite suspendate încetează”;

- art. 77 alin. (6): „Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”;

- art. 102 alin. (6): „Creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală. Prevederea se aplică în mod corespunzător pentru creanțele născute după data deschiderii procedurii de faliment”;

- art. 112 alin. (1): „După ce toate contestațiile la creanțe au fost soluționate și s-a predat raportul de evaluare a garanțiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal și va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea și situația fiecărei creanțe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferință”;

Codul de Procedură Fiscală:

- art. 265 din Codul de procedură fiscală: „(1) În sensul prezentului cod este insolubil debitorul ale cărui venituri și/sau bunuri urmăribile au o valoare mai mică decât obligațiile fiscale de plată sau care nu are venituri ori bunuri urmăribile. În acest sens, organul fiscal comunică debitorului procesul-verbal de insolabilitate. (1¹) Se consideră debitori care nu au venituri sau bunuri urmăribile și următoarele categorii: a) debitorii ce dețin în proprietate bunuri a căror valorificare acoperă cel mult cheltuielile estimate de executare silită; b) debitorii care dețin în proprietate bunuri a căror valoare se încadrează în limita pragului prevăzut la art. 238 alin. (7) lit. b). (2) Pentru obligațiile fiscale ale debitorilor declarați în stare de insolabilitate care nu au venituri sau bunuri urmăribile, conducătorul organului de executare silită dispune scoaterea creanței din evidența curentă și trecerea ei într-o evidență separată pe baza procesului-verbal de insolabilitate. (3) În cazul debitorilor prevăzuți la alin. (2) executarea silită se întrerupe. Organul fiscal are obligația ca cel puțin o dată pe an să efectueze o investigație asupra stării acestor contribuabili, care nu constituie acte de executare silită. (4) În cazurile în care se constată că debitorii au dobândit venituri sau bunuri urmăribile, organele de executare silită iau măsurile necesare de trecere din evidența separată în evidența curentă și de executare silită. (4¹) În cazul în care ulterior declarării stării de insolabilitate debitorii înregistrează alte obligații fiscale restante, organul fiscal comunică un proces-verbal adițional la procesul-verbal de insolabilitate, în care se înscriu creanțele fiscale născute ulterior declarării stării de insolabilitate. Prevederile alin. (2) - (4) se aplică în mod corespunzător. (5) În vederea recuperării creanțelor fiscale de la debitorii care se află în stare de insolvență potrivit Legii nr. 85/2014, organul fiscal solicită înscrierea la masa credală a impozitelor, taxelor, contribuțiilor sociale existente în evidența creanțelor fiscale la data

declarării insolvenței. (6) Dispozițiile alin. (5) se aplică și în vederea recuperării creanțelor fiscale de la debitorii aflați în lichidare în condițiile legii”.

În concluzie, starea de insolvență, în sine, nu reprezintă motiv întemeiat de respingere a ofertei.

Mai mult, trebuie avute în vedere și dispozițiile legii speciale, care guvernează situația operatorului economic aflat în insolvență, care dimpotrivă stabilesc că "Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii

procedurii" (art. 77 alin. (6) din legea nr. 85/2014) și că "Orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă" (art. 341 din aceeași lege).

Astfel că interpretarea sistematică a Legii nr. 98/2016 conduce la concluzia că nu este exclusă posibilitatea participării la proceduri de achiziție a operatorilor aflați în insolvență, chiar și în situația în care aceștia înregistrează datorii la bugetul de stat, analiza situației acestora urmând a se face cu prioritate prin prisma dispozițiilor art. 167 din lege.

Având în vedere cele reținute mai sus, criticile contestatoarei sunt întemeiate.

Cât privește experiența similară pentru, Consiliul constată că acest aspect a făcut obiectul clarificărilor, respectiv, prin adresa nr., autoritatea contractantă i-a solicitat, printre altele, să transmită „(...) documente conform celor declarate în DUAE (secțiunea dedicată dovedirii experienței similare, inclusiv dovada îndeplinirii cerinței referitoare la artă de tipul podurilor, respectiv a zidurilor de sprijin sau/și apărărilor de mal) depuse de către: 1); 2) SRL; 3) (...)”.

La această solicitare, ofertantul declarat câștigător a răspuns prin adresa nr., astfel: „(...) pentru dovedirea experienței similare privind execuția de lucrări (...) îndeplinirea cerinței din cadrul fișei de date referitoare la execuția lucrărilor de drumuri și a obiectelor de artă de tipul podurilor se regăsește menționată în cadrul procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. din data de la art. 6.1 capacități fizice realizate. În ceea ce privește lucrările de artă de tipul zidurilor de sprijin asociatul SRL a oferat în cadrul aceluiași contract la secțiunea consolidări terasamente și lucrări de ziduri de sprijin din beton de ciment, lucrări de fundații adâncite din beton de tip I, precum și fundații adâncite din beton armat de tip L, acestea având rolul de îmbunătățire și sprijinire a terasamentelor. Pe parcursul derulării contractului, beneficiarul împreună cu proiectantul, din rațiuni de ordin economic, au considerat că se impune renunțarea la realizarea zidurilor de sprijin din beton și a fundațiilor adâncite din beton de tip I, consolidarea terasamentelor fiind asigurată pe anumite tronsoane prin realizarea fundațiilor adâncite din beton armat de tip L. Capacitatea operatorului economic de a realiza lucrări de artă de tipul zidurilor de sprijin, este confirmată de încredințarea contractului propus ca și experiență similară și semnarea acestuia (...)”.

Din analiza răspunsului ofertantului declarat câștigător, Consiliul constată că, în mod eronat, autoritatea contractantă a concluzionat îndeplinirea cerinței, având în vedere că nu rezultă, cu certitudine,

dovezi/documente care să confirme executarea lucrărilor de artă de tipul zidurilor de sprijin.

Ulterior, prin adresa nr., autoritatea contractantă i-a solicitat informații suplimentare, respectiv: „1. – în insolvență (...) se vor solicita documente care să ateste îndeplinirea cerinței referitoare la valoarea de minim 44.000.000 lei realizată în ultimii 5 ani pentru executarea de lucrări similare, respectiv cum se consideră cerința îndeplinită raportat la valoarea solicitată (...)”.

La această solicitare, ofertantul declarat câștigător a răspuns prin adresa nr., astfel: „(...) 2. Referitor la îndeplinirea cerinței privind valoarea de minim 44.000.000 lei exclusiv TVA realizată în ultimii 5 ani pentru executarea de lucrări similare, vă comunicăm faptul că aceasta este îndeplinită întrucât valoarea contractului prezentat de asociere este de lei exclusiv TVA”, invocând art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP.

În contextul dat, contrar celor reclamate de contestatoare, se constată legalitatea actelor întocmite de către autoritatea contractantă, cu privire la îndeplinirea cerinței privind experiența similară, din punct de vedere valoric, prezentată de ofertantul declarat câștigător și avută în vedere în procesul de evaluare luând în considerare dispozițiile art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP, care prevăd: „(3) În cazul contractelor de servicii/lucrări, comisia de evaluare are obligația ca, odată ce a fost prezentat documentul care confirmă recepționarea respectivelor servicii/lucrări în perioada de referință, să ia în calcul toată valoarea/cantitatea care face obiectul respectivului document, în condițiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil/obiect de construcție cu funcționalitate independentă, fără a se elimina din calcul, în mod artificial, valori/cantități de servicii/lucrări aferente lunilor/anilor ce nu se încadrează în intervalul de timp urmărit”.

Acest articol se referă la contractele de servicii sau lucrări în cadrul procedurilor de achiziție publică. Potrivit acestui articol, în cazul în care contractul se referă la prestarea unor servicii sau realizarea unor lucrări, comisia de evaluare are o obligație specifică atunci când se evaluează documentele privind recepționarea acestor servicii sau lucrări în perioada de referință.

Concret, comisia de evaluare trebuie să ia în considerare întreaga valoare sau cantitate a serviciilor, așa cum este specificată în documentul de recepție, dacă acestea sunt integrate într-un livrabil sau într-un obiect de construcție cu funcționalitate independentă. Acest lucru înseamnă că evaluarea trebuie să fie bazată pe întregul conținut al documentului de recepție, fără a elimina artificial anumite valori sau cantități aferente lunilor sau anilor care nu se încadrează în intervalul de timp specificat.

În esență, articolul stabilește că membri comisiei de evaluare nu trebuie să excludă din evaluare anumite valori sau cantități de lucrări, doar pentru că acestea sunt asociate cu perioade de timp care nu se încadrează în intervalul de referință, dacă aceste lucrări sunt parte integrantă a unui livrabil sau obiect de construcție cu funcționalitate independentă. Aceasta asigură o evaluare corespunzătoare a prestațiilor

executate în cadrul contractului, fără a crea distorsiuni artificiale în procesul de evaluare.

Cât privește materialele folosite în realizarea marcajelor, Consiliul constată că nici autoritatea contractantă și nici intervenienta nu combat criticile formulate. Mai mult, acestea nu confirmă tipul de material folosit (nu indică pagina din ofertă pentru identificarea materialului folosit în realizarea marcajelor). În aceste condiții, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta declarată câștigătoare și sub acest aspect.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de, în contradictoriu cu, va anula rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea ofertei declarate câștigătoare - ASOCIEREA Totodată, va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta cu respectarea legislației în vigoare și a celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de

Cât privește cererea intervenientei de acordare cheltuieli de judecată, Consiliul o va respinge, ca inadmisibilă.

Conform art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Totodată, conform art. 61 din Codul de procedură civilă, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare.

Intervenția este principală când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta.

Intervenția este accesorie când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. De asemenea, potrivit art. 65 alin. (1) Codul de procedură civilă, intervenientul devine parte în proces numai după admiterea în principiu a cererii sale.

Totodată, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației (...)”. Cum nu se poate stabili culpa procesuală a contestatoarei în raport cu intervenientul accesoriu, întrucât acesta sprijină apărarea autorității contractante, nu este întemeiată cererea de acordare a cheltuielilor către această parte.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere și practica instanțelor de judecată (decizia nr. 1098 din 1 martie 2012, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 4599/CA/2013-R din 18 decembrie 2013, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal; decizia nr. 861 din 13 septembrie 2016, Curtea de Apel Suceava, SCAF; deciziile civile nr. 1464 din 21 martie 2013, nr. 8253 din 9 octombrie 2014 și nr. 4898 din 14 iulie 2015, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal).

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate

potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de

Admite contestația formulată de, în contradictoriu cu și anulează rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea ofertei declarate câștigătoare - ASOCIEREA Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta ASOCIERII-....., ... cu respectarea legislației achizițiilor publice și a celor reținute în considerentele deciziei, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de și, ca inadmisibilă, cererea de acordare cheltuieli de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....