

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr....

Data:...

I. Prin contestația nr..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr..., formulată de..... -... -..., cu sediul în..., str.... nr..., județul..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr..., având CUI RO..., reprezentată legal de administrator și convențional de avocat Beatrice Ilioiu, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în București, str.... nr..., Clădire Cavar Center, corp A, et..., birou 4, sector..., împotriva rezultatului procedurii nr..., emis de către, cu sediul în..., str.... nr..., sector..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări pentru construirea obiectivului de investiții «Centru internațional de studii avansate pentru sisteme fluvii – mări «Danubius» – RO”, anunț de participare nr..., s-a solicitat:

- admiterea contestației;

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anularea adresei nr... privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr..., emise de, în ceea..., cât și a tuturor proceselor-verbale intermediare care au stat la baza emiterii actelor contestate și a tuturor actelor subsecvente acestora;

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității..., cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, cât și la desemnarea ofertei câștigătoare din rândul ofertelor declarate admisibile prin aplicarea criteriului prevăzut în fisa de date;

- în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecata contestației constând în onorariu avocațial.

Prin cererea de intervenție înregistrată la CNSC cu nr....., cu sediul în..., Bd.... nr..., etaj... 3,, sector..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr..., având CUI RO..., reprezentată legal prin Proell și dl. și convențional de, cu sediul procesual ales pentru

comunicarea actelor de procedură în București, strada... nr...., ap...., sector..., a solicitat următoarele:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție;
- admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință, respingerea ca nefondată...;
- ... la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de judecarea demersului judiciar.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care..... -... -... critică decizia autorității contractante de..., susținând că este netemeinică și nelegală.

Contestatoarea arată că, prin adresa nr...., autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta asocierii sale a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare (...).

Petenta invocă următoarele motive care au determinat-o să formuleze prezenta contestație:

1) Refuzul nelegal al autorității contractante de a permite studierea documentelor din dosarul achiziției.

Contestatoarea arată că, în data de..., a formulat cerere de studiu a dosarului achiziției în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, la care autoritatea a răspuns că va „permite accesul doar la acele documente... care sunt publice și nu au fost marcate ca fiind confidențiale”, iar la studiul efectuat la sediu a consemnat în procesul-verbal nr.... transmiterea ulterioară în format electronic (10-...). Susține că documentele transmise de autoritate au fost incomplete sau cu paragrafe blurate, inclusiv în ceea ce privește documentele de calificare ori documentele suport DUAЕ.

Revenirea contestatoarei prin adresa nr.... a vizat punerea la dispoziție a tuturor proceselor-verbale intermediare și a documentelor de calificare ale ofertantului declarat câștigător, iar autoritatea a răspuns prin adresa nr.... menționând că va elimina sau anonimiza datele care sunt confidențiale (Legea nr. 98/2016, Legea nr. 544/2001) și... nu este oportună, invocând jurisprudența CJUE (C-54/21).

În opinia sa, modalitatea în care a procedat autoritatea este contrară art. 57 alin. (1) și (4) și art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, întrucât caracterul confidențial se aplică doar asupra datelor/informațiilor indicate și dovedite ca fiind date cu caracter personal, secrete tehnice sau comerciale sau protejate de drepturi de proprietate intelectuală;

oferanții indică și dovedesc în cuprinsul ofertei care informații sunt confidențiale, iar dovada devine anexă la ofertă.

Contestatoarea arată că, potrivit raportului procedurii... a declarat confidențiale „toate” informațiile din propunerile tehnică și financiară și răspunsurile la clarificări, fără a rezulta că a declarat confidențiale și documentele de calificare sau documentele suport DUAE și nici dovada confidențialității tuturor informațiilor, împrejurare în care apreciază că refuzul accesului la informații esențiale și blurarea lor împiedică formularea unei contestații motivate în termen și încalcă dreptul la o cale de atac efectivă.

În susținere, invocă jurisprudența europeană: cauzele CJUE C-54/21, C-9... /..., jurisprudența CNSC (B0... -2445; B0...), precum și la legislația națională a achizițiilor publice.

2) Cerere de repunere în termenul de contestație (art. 186 alin. (1) C. proc. civ.).

Contestatoarea formulează cerere de repunere în termen, arătând că întârzierea se datorează unor motive temeinic justificate, respectiv nepermiterea studierii dosarului achiziției, cu încălcarea dreptului la un proces echitabil și a dreptului la apărare. Invocă aplicabilitatea dispozițiilor Codului de procedură civilă potrivit art. 68 din Legea nr. 101/2016, precum și jurisprudența CJUE (cauza C-532/20, par. 37–38) și a jurisprudenței Curților de Apel.

În consecință, contestatoarea solicită repunerea în termenul de completare a motivelor întemeiate pe informațiile pe care urmează să le afle odată cu studierea dosarului.

3) Nelegalitatea deciziei de declarare ca...

3.1) Oferantul nu îndeplinește cerința privind experiența similară.

Contestatoarea menționează că, potrivit declarației de participare postate pe SEAP... a depus ofertă în cadrul căreia a declarat patru subcontractanți și un terț susținător..., care a fost invocată pentru demonstrarea unei părți din cerința privind experiența similară. Arată că, din procesul-verbal nr.... 75/... privind evaluarea documentelor suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE (versiunea finală), rezultă... a apelat la susținerea terțului menționat pentru îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară, însă din documentele transmise de autoritatea contractantă – incomplete și blurate – nu se poate observa concret conținutul probelor depuse.

Contestatoarea arată că, potrivit fișei de date a achiziției, capitolul III.1.3.a) – Capacitatea tehnică și/sau profesională, la secțiunea „Informații și/sau niveluri minime necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate”, se prevede în mod clar că, pentru contractele de achiziție de lucrări, operatorul economic trebuie să facă dovada experienței similare prin executarea de lucrări de construcție de tipul specificat, în valoare cumulată de cel puțin..., fără TVA, în cadrul a

maximum cinci contracte, finalizate în ultimii cinci ani împliniți la data-limită de depunere a ofertelor.

Totodată, fișa de date prevede, la capitolul „Informații privind susținerea (dacă este cazul)”, că în situația în care ofertantul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională, invocând susținerea acordată de o altă persoană, conform art. 182 din Legea nr. 98/2016, acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea DUAE completat de către terțul susținător, precum și prin depunerea, odată cu oferta, a angajamentului ferm privind susținerea tehnică și/sau profesională, formularul nr..., prin care persoana respectivă confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. De asemenea, fișa impune ca terțul susținător să fie declarat subcontractant pentru partea pe care o va executa conform susținerii acordate.

Contestatoarea arată că din economia acestor dispoziții rezultă că terțul susținător are obligația de a fi declarat subcontractant, întrucât numai în această modalitate se poate asigura caracterul efectiv al susținerii invocate. Or, din procesul-verbal anterior menționat și din declarația de participare... ar fi declarat societatea... în calitate de subcontractant, deși aceasta asigură o parte din experiența similară invocată.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază că modalitatea... este nelegală, întrucât terțul susținător declarat nu a fost desemnat și subcontractant, astfel cum impun în mod expres dispozițiile fișei de date și prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016. Prin urmare, oferta acestuia se impunea a fi respinsă în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează că, potrivit art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, „în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări”. Rezultă că experiența similară nu poate fi o resursă transmisibilă, ci reprezintă o experiență profesională relevantă care trebuie să fie demonstrată de operatorul economic ce o invocă prin executarea efectivă a lucrărilor respective.

În sprijinul susținerii sale, invocă prevederile Instrucțiunii ANAP nr..., potrivit căreia autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic să facă dovada experienței sale în implementarea unor contracte similare, atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului și funcționalității urmărite prin scopul contractului. Conform art. 2 alin. (1) din aceeași instrucțiune, cerințele minime de calificare și selecție trebuie stabilite proporțional, pentru a confirma că operatorii economici care le îndeplinesc dețin capacitatea și experiența

necesară pentru a duce la bun sfârșit, în condițiile de performanță impuse prin caietul de sarcini, contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

În acest context, contestatoarea arată că experiența similară este o experiență profesională proprie operatorului economic, iar atunci când se invocă susținerea unui terț, acesta trebuie să demonstreze că va desfășura în mod efectiv lucrările sau serviciile corespunzătoare, potrivit art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. În lipsa acestei condiții, susținerea este pur formală și nu poate fi acceptată.

În același sens, contestatoarea menționează jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, cauza C-324/14 Partner Apelski Dariusz, prin care Curtea a reținut că operatorul economic poate menționa capacitățile altor entități numai dacă dovedește că va dispune efectiv de mijloacele respective pentru executarea contractului și că, în împrejurări speciale, capacitățile de care dispune o entitate terță nu pot fi transmise decât dacă aceasta participă direct și personal la executarea contractului.

Contestatoarea arată că, raportat la aceste dispoziții legale și la prevederile obligatorii ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă avea... a declarat terțul susținător... ca subcontractant, înainte de a verifica documentele depuse pentru demonstrarea experienței similare, și de a constata neconformitatea ofertei prin nerespectarea cerinței exprese din fișa de date.

Mai mult, contestatoarea menționează că din documentele comunicate nu rezultă că terțul susținător ar fi prezentat, odată cu angajamentul de susținere, modul efectiv prin care acesta înțelege să execute angajamentul, astfel cum impun fișa de date și art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016. În consecință, arată că decizia autorității contractante de declarare... este nelegală, fiind adoptată cu nesocotirea prevederilor documentației de atribuire și a dispozițiilor legale incidente.

3.2) Autoritatea contractantă a punctat greșit oferta declarată câștigătoare la factorul de evaluare „Experiența deținută de managerul de contract”

Contestatoarea arată că, potrivit fișei de date a achiziției, capitolul II.2.5 – Criterii de atribuire, factorul de evaluare „Experiența deținută de managerul de contract” este punctat în funcție de numărul contractelor în care persoana propusă a deținut poziții de tipul Manager de contract/Coordonator de proiect/Adjunct Manager de proiect/Director de proiect sau echivalente, în cadrul unor contracte ce au avut ca obiect lucrări de construcție de clădiri civile noi și/sau de reabilitare, modernizare ori extindere aferente clădirilor încadrate în categoria de importanță minimă C, potrivit H.G. nr. 766/1997, conform clauzelor contractuale FIDIC/H.G. nr. 1/2018.

Fișa de date prevede că prezentarea a 2-3 contracte determină acordarea a 3 puncte, a 4-5 contracte – 7 puncte, iar a 6 sau mai multe contracte – 11 puncte, precizând totodată că prezentarea unui singur

contract constituie cerința minimă de conformitate și se punctează cu 0 puncte.

Contestatoarea precizează că, din procesele-verbale nr.... și nr...., rezultă că în ceea ce privește factorul de evaluare referitor la experiența managerului de contract, comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertanților, printre care și clarificarea clauzelor contractuale utilizate în contractele invocate drept experiență, existența și rolul inginerului/supervizorului, sistemul de soluționare a disputelor și alte aspecte privind modul de derulare a acestor contracte.

Astfel, prin clarificarea nr...., întrebarea nr.... lit. b), autoritatea a solicitat, cu referire la capitolul 4 – Personalul propus, raportat la cerința minimă obligatorie privind experiența specifică, precizarea tipului de clauze contractuale aplicabile, respectiv dacă acestea au fost FIDIC, conform H.G. nr. 1/2018, sau de altă natură, precum și detalii privind existența și rolul inginerului, sistemul de revendicări și mecanismele de soluționare a disputelor, în vederea verificării conformității ofertei tehnice.

De asemenea, prin întrebarea nr.... lit. b) din aceeași clarificare, referitoare la factorul de evaluare nr.... – Experiența managerului de contract, s-a solicitat ofertanților să indice expres tipul clauzelor contractuale aferente fiecărui contract considerat ca experiență specifică, respectiv:

- a) clauze contractuale FIDIC;
- b) clauze contractuale conform H.G. nr. 1/2018;
- c) alte tipuri de clauze (contracte de achiziții publice reglementate prin alte acte normative sau contracte comerciale).

... la aceste solicitări de clarificare este consemnat în procesul-verbal nr...., însă documentele comunicate contestatoarei de autoritatea contractantă sunt blurate, nepermițând verificarea conținutului acestora și a concordanței între răspunsurile formulate și cerințele din fișa de date.

În aceste condiții, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu a putut fundamenta în mod legal punctajul acordat pentru factorul de evaluare privind experiența managerului de contract, întrucât nu... deține experiență în calitate de manager de contract sau poziții similare în cadrul unor contracte desfășurate efectiv în condițiile impuse – respectiv pentru lucrări de clădiri civile încadrate în categoria de importanță minimă C și realizate conform clauzelor FIDIC sau H.G. nr. 1/2018.

Contestatoarea subliniază că, în absența acestor dovezi, punctajul acordat este nelegal și nejustificat, iar modul de evaluare a ofertei declarate câștigătoare contravine principiilor tratamentului egal, transparenței și proporționalității prevăzute de Legea nr. 98/2016. Mai arată că procesul de evaluare a fost lipsit de rigoare și obiectivitate, fiind imposibil de verificat dacă persoana desemnată de ofertantul declarat

câștigător îndeplinește în mod real cerințele minime și criteriile de punctaj stabilite prin documentația de atribuire.

Prin urmare, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 75 din Legea nr. 98/2016 privind obligația ofertanților de a depune oferte conforme cu cerințele documentației, precum și art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, întrucât a menținut în evaluare și a punctat o ofertă care nu respectă cerințele obligatorii privind experiența managerului de contract.

În concluzie, contestatoarea apreciază că oferta depusă de... a fost greșit punctată la factorul de evaluare „Experiența deținută de managerul de contract”, iar decizia autorității contractante de desemnare a acesteia ca ofertă câștigătoare este netemeinică și nelegală, fiind dispusă cu nesocotirea cerințelor documentației de atribuire și a principiilor fundamentale care guvernează procedurile de achiziție publică.

3.3.... nu respectă prevederile documentației de atribuire, din aceasta lipsind cantități importante aferente fațadei corpului B și toate cantitățile aferente soclului și planșeului pentru subsol (pct. 06.04 și 06.05).

Prin punctul de vedere nr...., înregistrat la CNSC cu nr...., ... a solicitat Consiliului: respingerea capătului de cerere prin care... a solicitat repunerea în termenul de completare a motivelor de contestație, întemeiate pe informațiile despre care contestatoarea urmează să ia cunoștință odată cu studierea dosarului cauzei; respingerea capătului de cerere prin care... a solicitat obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației constând în onorariu avocațial; constatarea netemeinicii și a caracterului nefondat al criticilor contestatoarei și respingerea contestației formulată de... ca fiind neîntemeiată și nefondată.

1. Cu privire la accesul la dosarul achiziției.

Autoritatea contractantă precizează că a respectat în totalitate dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, oferind contestatoarei posibilitatea de a studia dosarul achiziției și de a primi documentele solicitate în măsura în care acestea nu conțin informații confidențiale. Se arată că, la data de..., reprezentanții contestatoarei au fost primiți la sediul instituției pentru studierea dosarului, iar prin procesul-verbal nr.... s-a consemnat că documentele vor fi transmise și în format electronic.

Menționează că, pentru a respecta principiile protecției datelor și ale concurenței loiale, anumite informații din ofertele depuse au fost anonimizate, întrucât acestea conțineau date cu caracter personal, informații tehnice protejate sau secrete comerciale. În acest sens, autoritatea invocă art. 57 alin. (1) și (4) din Legea nr. 98/2016, precum

și prevederile Legii nr.... 44/... privind protecția informațiilor clasificate sau confidențiale.

Afirmă că limitarea accesului la informațiile confidențiale a fost justificată de necesitatea respectării echilibrului dintre principiile transparenței și protejării concurenței, întrucât toți ofertanții activează pe aceeași piață și divulgarea elementelor de structură financiară, tehnică ori metodologică ar fi putut distorsiona mediul concurențial.

În sprijinul susținerilor sale, autoritatea invocă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene: cauzele C-54/... și C-9... /....

Autoritatea subliniază că, la rândul său, asocierea contestatoarei a declarat în ofertă confidențialitatea întregii propuneri tehnice și financiare, ceea ce demonstrează că însuși operatorul contestator a recunoscut importanța protejării acestor informații.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că a pus la dispoziția contestatoarei toate documentele necesare exercitării dreptului la contestație, respectând în același timp obligația legală de a proteja informațiile confidențiale, iar susținerile potrivit cărora s-ar fi încălcat dreptul la apărare sau la o cale de atac efectivă sunt nefondate.

2. Cu privire la cererea de repunere în termen.

... a avut posibilitatea de a formula contestație în termenul legal de 10 zile, iar imposibilitatea invocată este doar consecința pasivității și opțiunii proprii a contestatoarei.

Afirmă că nu există niciun impediment obiectiv care să fi împiedicat contestatoarea să depună contestația în termenul legal, nefiind întrunite condițiile de admisibilitate ale cererii de repunere în termen prevăzute de art. 186 Cod procedură civilă.

Autoritatea contractantă subliniază că repunerea în termen constituie o măsură de excepție și poate fi admisă doar în cazuri în care partea dovedește o împrejurare obiectivă, neimputabilă, care a făcut imposibilă exercitarea în termen a dreptului procedural. În speță, contestatoarea nu a demonstrat niciun astfel de impediment, simpla invocare a restricționării accesului la dosar neputând constitui o cauză justificată.

În susținerea poziției sale, invocă jurisprudența CJUE – cauza C-532/20

3.1. Cu privire la critica referitoare la experiența similară.

... s-a efectuat cu respectarea dispozițiilor art. 182 din Legea nr. 98/2016 și art. 48 din H.G. nr. 395/2016, care permit operatorilor economici să se bazeze pe capacitățile altor entități pentru îndeplinirea criteriilor de calificare, prin prezentarea unui angajament ferm al terțului susținător.

Precizează că în documentația de atribuire, fișa de date conține mențiunea potrivit căreia „terțul susținător va fi declarat subcontractant pentru partea pe care o va executa, conform susținerii acordate”. Această prevedere trebuie însă interpretată în sensul legal al art. 182

alin. (2), care prevede că terțul trebuie declarat subcontractant doar dacă execută efectiv lucrările sau serviciile pentru care oferă susținerea.

În cauză, arată autoritatea, terțul susținător... a depus un angajament ferm complet, prin care... resursele tehnice, profesionale și umane necesare, fără a desfășura lucrări propriu-zise în cadrul contractului. În consecință, declararea sa ca subcontractant nu era obligatorie.

În susținere invocă Instrucțiunea ANAP nr.... și Îndrumarul ANAP... privind instituția terțului susținător, care confirmă că susținerea poate viza inclusiv criteriile tehnice și de experiență similară, fără a impune ca terțul să devină subcontractant.

Totodată, face trimitere la jurisprudența CJUE – cauza C-403/21..., în care s-a statuat că excluderea ofertantului pentru neindicarea terțului ca subcontractant este contrară dreptului european, atât timp cât terțul nu execută efectiv lucrările.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază că oferta depusă de... este conformă și îndeplinește cerințele privind experiența similară, iar susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate.

3.2. Cu privire la factorul de evaluare „Experiența deținută de managerul de contract”.

Autoritatea contractantă susține că a....2.5 din fișa de date, iar evaluarea s-a realizat prin verificarea documentelor depuse de ofertanți și a clarificărilor formulate în procesul-verbal nr....

Menționează că expresia „conform clauzelor contractuale FIDIC/H.G. nr. 1/2018” are semnificația generală a derulării contractelor în baza mecanismelor tip FIDIC – respectiv existența inginerului, sistemul de revendicări, procedurile de soluționare a disputelor și regimul de plată – și nu presupune ca toate contractele invocate să fie strict sub forma Cartei Roșii FIDIC.

Autoritatea susține... a făcut dovada unei experiențe semnificative în cadrul unor proiecte similare, demonstrând cunoașterea mecanismelor juridice și tehnice corespunzătoare contractelor FIDIC, iar clarificările transmise au fost complete și relevante.

Prin urmare, consideră punctajul acordat a fost determinat în mod obiectiv, în baza informațiilor verificate și a algoritmului din fișa de date, fără depășirea limitelor de apreciere conferite comisiei de evaluare.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că evaluarea ofertei declarate câștigătoare s-a realizat cu respectarea cerințelor legale și a documentației de atribuire, iar criticile contestatoarei referitoare la greșita punctare a acestui factor sunt neîntemeiate.

3.3 În ceea ce privește faptul că oferta financiară depusă de... nu respectă prevederile documentației de atribuire, autoritatea contractantă că a avut în vedere faptul că situația constatată se încadrează ca abaterea tehnică minoră potrivit prevederile art. 134 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016.

În cazul în speță, adăugarea celor 6 articole de lucrări s-a realizat fără modificarea prețurilor unitare, dar cu modificarea valorii propunerii financiare cu 0, 72%, deci nu a depășit 1% din prețul total al ofertei, și nici nu s-a schimbat clasamentul ofertanților.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr...., formulată în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016... solicită încuviințarea în principiu a intervenției și, pe fond, respingerea ca..., precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată.

Intervenienta susține că criticile din contestație sunt neîntemeiate și speculative, bazate pe interpretări eronate și extrase selective din răspunsurile sale la solicitările de clarificări. Ea arată că autoritatea contractantă a evaluat corect oferta, iar toate cerințele legale și din documentația de atribuire au fost îndeplinite.

În privința confidențialității ofertei, intervenienta arată că a declarat confidențiale propunerea tehnică și financiară, în integralitatea lor, în același mod în care și contestatoarea a procedat. Restricționarea accesului este legitimă și respectă principiul simetriei, fiind în acord cu jurisprudența CJUE (cauzele Varec, Antea Polska) și cu Decizia CCR nr...., care consacră dreptul ofertanților la protejarea secretelor comerciale și a informațiilor sensibile.

Cu adresa nr..... a formulat „concluzii scrise” în care reiterează solicitările din contestație.

În urma studierii dosarului cauzei la Consiliu... a transmis „concluzii scrise” nr...., înregistrate la Consiliu cu nr...., prin care dezvoltă motivele din contestație.

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă a formulat „concluzii scrise”.

Cu adresa înregistrată cu nr...., ...a formulat „concluzii scrise”.

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu cu nr..... a formulat „concluzii scrise”.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... /1, din data de..., în valoare de..., emisă de CEC Bank – Sucursala Ilfov.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică având ca obiect „*Lucrări pentru construirea obiectivului de investiții «Centru internațional de studii avansate pentru sisteme fluvii – mări Danubius –*

ro"», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr...., împreună cu documentația de atribuire.

Valoarea estimată a contractului este de..., fără TVA, criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Conform declarației de participare publicată în SEAP în data de..., au depus oferte 5 operatori economici... -... -..., al cărei lider..., este contestatorul din prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr...., oferta depusă de... -... -... s-a clasat pe locul 2, cu 98, 93 puncte, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de depusă de, cu 1... puncte.

Nemulțumită de... a depus contestația în analiză, în care critică oferta declarată câștigătoare.

Se constată și primirea în data de... a cererii de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de, la analiza condițiilor de formulare a căreia, în raport cu prevederile în vigoare ale art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, se observă admisibilitatea ei în principiu:

(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/... privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației.

(4) Cererea de intervenție se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante și contestatorului/contestatorilor, nu mai târziu de expirarea termenului legal de formulare a acesteia.

.....are calitatea de câștigătoare a procedurii de atribuire, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină, prin promovarea cererii, constând în menținerea poziției de câștigătoare, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată în interiorul termenului de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației (...), calculat conform prevederilor art. 5 din Legea nr. 101/2016.

Interesul intervenientei de a își păstra poziția și de a semna contractul care i-a fost atribuit este unul legitim, născut, personal și actual (condiții enumerate la art. 33 C. proc. civ.). Din parcurgerea cuprinsului cererii intervenientei, se vedește că este în sensul sprijinirii poziției autorității contractante, fără nicio pretenție diferită de a acesteia (respingerea contestației), cu privire la actele atacate în prezenta procedură administrativ-jurisdicțională.

Referitor la critica privind îngrădirea accesului la dosarul achiziției publice de către autoritatea contractantă și solicitarea de repunere în termen, Consiliul a asigurat accesul neîngrădit la dosarul cauzei, inclusiv la integralitatea ofertelor atât contestatoarei, cât și intervenientei.

Astfel, reprezentantul convențional al contestatoarei, dna avocat Ilie Beatrice a studiat dosarul cauzei la Consiliu în data de..., primind copii ale documentelor solicitate și depunând două serii de concluzii scrise, respectiv având nr...., înregistrate la Consiliu cu nr...., și cu nr...., înregistrate la Consiliu cu nr...., pe care Consiliul le-a luat în considerare în soluționarea cauzei.

În consecință, criticile referitoare la îngrădirea accesului la dosarul achiziției publice de către autoritatea contractantă și solicitarea de repunere în termen au rămas fără obiect și vor fi respinse ca atare.

O primă critică privind oferta depusă de... vizează faptul că, deși a invocat susținerea unui terț..., pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, nu a nominalizat acest terț susținător ca subcontractant, așa cum susține că ar prevedea fișa de date la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cu privire la cerința 3, pe care Consiliul o va reda integral în cele ce urmează:

«Cerința nr....

Informații privind susținerea (dacă este cazul):

În cazul în care ofertantul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând susținerea acordată de către o altă persoană, conform art. 182 din Legea nr. 98/2016, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea DUAE completat de către terțul susținător și prezentarea odată cu oferta și a unui angajament ferm al persoanei respective, Formular nr.... Angajament ferm privind susținerea tehnică și/sau profesională prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. **Terțul susținător va fi declarat ca subcontractant pentru partea care va executa, conform susținerii acordate** (notă – sublinierea aparține Consiliului). Persoana ce asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 164, art. 165, art...., art.... din Legea nr. 98/2016. Documentele justificative care probează cele asumate în angajamentul ferm și anexa: Documente din care reiese că terțul dispune de resursele tehnice și profesionale pe care le va mobiliza în derularea contractului; Documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera resursele invocate către contractant, atunci când va fi necesar în derularea contractului. Potrivit art. 182 din Legea 98/2016 coroborat cu Îndrumarea cu privire la instituția "terțului susținător" emisă de ANAP la data de... cu privire la terțul susținător, dacă ofertantul beneficiază de susținerea unui terț, și este desemnat câștigător, la semnarea contractului cu AC, se va prezenta contract sau o convenție în care să se prevadă în mod expres obligațiile pe care terțul și le asumă cu privire la susținerea acordată, precum și drepturile ofertantului, dar și faptul că terțul își asumă răspunderea în fața AC (în funcție de tipul de susținere acordată).

Modalitate de îndeplinire:

1. Fiecare terț sustinator pentru sustinerea capacitatii tehnice si profesionale a ofertantului – experienta similara va completa campurile corespunzatoare din DUAE cu privire la capacitatea tehnica si profesionala (Partea IV, sectiunea C), indicand in mod explicit, pentru fiecare contract prezentat, cel putin urmatoarele informatii necesare pentru a verifica modul de indeplinire a criteriului: denumirea contractului, beneficiarul, numărul și data contractului de lucrări, categoriile de lucrari executate, valoarea lucrarilor executate in ultimii 5 ani raportat la data limita de depunere a ofertelor perioada de executie a lucrarilor, numărul și data procesului verbal de recepție/recepție la terminarea lucrărilor/finală. Dacă tertul sustinator a avut calitatea de subcontractant/asociat se vor prezenta documente relevante din care sa reiasa calitatea de subcontractant/asociat, cu indicarea partii de contract indeplinite de acesta.

2. Ofertantul va completa campurile corespunzatoare din DUAE cu privire la terti sustinatori (Partea II, Sectiunea C – Informatii privind utilizarea capacitatii altor entitati).

3. Ofertantul va prezenta scanat, dupa original, semnat cu semnatura electronica extinsa, angajamentul ferm al tertului/tertilor sustinator(i) in conformitate cu Formularul nr.... din sectiunea Formulare si va fi incarcat in SEAP impreuna cu DUAE si cu oferta.

4. Ofertantul are obligatia sa prezinte documentele anexe la respectivul angajament, transmise acestuia de catre tert/tertii sustinator(i) din care sa rezulte modul prin care tertul/tertii sustinator(i) va/vor asigura indeplinirea propriului angajament de sustinere cu obligatia de a prezenta documentele anexe la respectivul angajament.

Conform prevederii de mai sus (subliniată), doar în situația în care terțul va executa o parte din contract, acesta va trebui declarat subcontractant.

Or... a susținut că întreaga execuție a contractului îi va aparține, astfel că nu era nevoie să declare terțul ca subcontractant. De altfel, chiar cerința în cauză prevede ca ofertantul care beneficiază de susținerea unui tert/unor terți va completa câmpurile corespunzătoare din DUAE cu privire la terții susținători, nu și cu privire la subcontractanți.

Consiliul constată că documentația de atribuire nu depășește limitele legale stabilite în legislația achizițiilor publice, respectiv:

- Legea nr. 98/2016:

Art. 182. - (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor tert/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

- HG nr. 395/2016:

Art. 48. - (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor tert/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. **Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.**

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

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

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

Art. 49. - În scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art.... alin. (1) din Lege, autoritatea contractantă poate solicita terțului/terților susținător(i), oricând pe parcursul procesului de

evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele prezentate, în cazul în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament.

Art. 50. - (1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin actul încheiat cu terțul/terții susținător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre autoritatea contractantă și contractantul principal vor asigura că autoritatea contractantă poate aplica această obligație.

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție.

Constatând că nici documentația de atribuire și nici legislația achizițiilor publice nu impun declararea ca subcontractant a unui terț susținător pe a cărui experiență similară ofertantul se bazează pentru îndeplinirea cerinței de calificare, Consiliul va respinge, ca nefondată această critică.

A 2-a critică din contestație cu privire la oferta declarată câștigătoare se referă la punctarea eronată a acesteia cu privire la factorul de evaluare „Experiența deținută de Manager de contract”- pondere 11%, al cărui algoritm de calcul este următorul:

„Algoritm de calcul: Experiența deținută în poziția de Manager de contract/Coordonator proiect/contract și/sau Adjunct Coordonator proiect/contract și/sau Manager proiect/contract și/sau Adjunct Manager proiect/contract și/sau Director proiect/contract și/sau Adjunct Director proiect/contract și/sau Project Manager în cadrul unor contracte în care s-au executat lucrări de construcție de clădiri civile noi și/sau de lucrări de reabilitare, modernizare și/sau extindere aferente clădirilor care sunt în acord cu cerințele de încadrare în categoria de importanță minim C (HG nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții) **conform clauzelor contractuale FIDIC/ HG nr. 1 din....** Punctajul individual obținut la acest factor de evaluare de către un ofertant cu oferta admisibilă se va calcula astfel: a) pentru prezentarea a 2-3 contracte se acordă 3 puncte b) pentru prezentarea a 4-5 contracte se acordă 7 puncte c) pentru prezentarea a 6 sau mai multe contracte se acordă 11 puncte Prezentarea unui contract se va puncta cu 0 puncte, reprezentând cerința minimă de la nivelul caietului de sarcini.”

... a prezentat o listă cu 12 contracte, din care autoritatea contractantă a reținut 6, respectiv cele de la pozițiile 2 – 7 din enumerarea ofertantului, ca încadrându-se în categoria contractelor în cadrul cărora s-au executat lucrări de construcție de clădiri civile noi și/sau de lucrări de reabilitare, modernizare și/sau extindere aferente clădirilor.

Asupra acestora, autoritatea contractantă a efectuat verificări cu privire la încadrarea „conform clauzelor contractuale FIDIC/ HG nr. 1 din... ”.

O astfel de verificare este în sine dificilă, chiar în condițiile în care comisia de evaluare ar avea la dispoziție contractele în cauză, trebuind realizată o verificare amănunțită a tuturor prevederilor contractului.

Chiar autoritatea contractantă face o astfel de referire în cadrul evaluării ofertei asocierii contestatoarei.

Astfel, chiar dacă autoritatea contractantă a avut la dispoziție contractele expertului asocierii contestatoarei, care a..., comisia de evaluare tot a solicitat acestui ofertant să confirme că respectivele contracte se încadrează în categoria contractelor FIDIC/HG nr. 1/2018.

În ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de..., Consiliul reține cele consemnate în procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr.... (pag. 81-82) în urma analizării răspunsului acestui ofertant la solicitarea de clarificări nr. DANUBIUS... /...:

b) Referitor la tipul clauzelor contractuale pentru fiecare contract considerat ca fiind experiența specifică a managerului de contract pentru care se va acorda punctaj, ofertantul a indicat pentru fiecare din cele 12 înscrise în tabel tipul clauzelor contractuale (Design&Build contract **sui generis** care preia în mare parte structura și conceptele condițiilor FIDIC Galben, Contract de antrepriza generală **sui generis**, care s-a inspirat din anumite părți și concepte FIDIC, s.a.).

Comisia de evaluare consideră necesară confirmarea faptului că experiența specifică a managerului de contract apreciată de ofertant ca fiind similară pentru acordarea punctajului menționată la pozițiile nr.... din tabelul transmis ca răspuns la solicitarea de clarificări nr.... nu este realizată în cadrul unor contracte de lucrări în care au fost utilizate clauzele contractuale FIDIC.

Comisia de evaluare hotărăște solicitarea următoarei **confirmări:**

Se solicită confirmarea faptului că experiența specifică a managerului de contract apreciată de ofertant ca fiind similară pentru acordarea punctajului menționată la pozițiile nr.... din tabelul transmis ca răspuns la solicitarea de clarificări nr.... nu este realizată în cadrul unor contracte de lucrări în **care au fost utilizate clauzele contractuale FIDIC.**

Acordarea punctajului se realizează pentru contracte în care s-au executat lucrări de construcție de clădiri civile noi și/sau de lucrări de reabilitare, modernizare și/sau extindere aferente clădirilor care sunt în acord cu cerințele de încadrare în categoria de importanță minim C (HG nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții) conform clauzelor contractuale FIDIC/HG nr. 1 din.... Factorul de evaluare nu **se referă la clauze contractuale sau condiții contractuale similare FIDIC/HG nr. 1/2018.**

Conform celor din procesul-verbal de mai sus, comisia de evaluare a constatat că ofertantul a răspuns în sensul că aceste contracte sunt contracte sui-generis (adică unice în felul lor), „care s-a inspirat din anumite părți și concepte FIDIC”, deci nu sunt contracte în integralitate FIDIC. În consecință, autoritatea contractantă a decis să solicite clarificări cu privire la faptul că experiența specifică a managerului de contract **nu este realizată în cadrul unor contracte de lucrări în care au fost utilizate clauzele contractuale FIDIC.** În fapt, se solicită să se demonstreze că respectivele contracte respectă în totalitate clauzele contractelor FIDIC/HG nr. 1/2018 și nu doar că au utilizat anumite clauze ale acestor tipuri de contracte.

... la solicitarea de clarificări DANUBIUS 215/..., a fost analizat în cadrul procesului-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr.... (pag. 48-49), în care s-au consemnat următoarele:

Referitor la clauzele contractuale pentru fiecare contract considerat ca fiind experiența specifică a managerului de contract pentru care se va acorda punctaj (contractele nr....), ofertantul a precizat că „proiectele de la pozițiile 2-7 fie preiau în mare parte structura și conceptele condițiilor FIDIC, fie s-au inspirat din anumite parti și concepte FIDIC.

Ofertantul precizează că „se poate afirma și susține fără nicio formă de echivoc că totalitatea contractelor de lucrări atribuite începând cu O.U.G. nr. 34/2006 pot fi catalogate ca fiind contracte de tip FIDIC, astfel încât opinăm că nu aveți nicio justificare pentru a pune în discuție tipologia acestor contracte, astfel cum am detaliat în răspunsul anterior”.

De asemenea, ofertantul afirmă că „... atribuțiile și responsabilitățile pe care Managerul de proiect le-a avut în cadrul acestui contract au presupus aplicarea efectivă a principiilor și mecanismelor de lucru specifice contractelor FIDIC, chiar dacă denumirea formală a contractului nu a fost una de tip „FIDIC” în sens strict, cu re-evidențierea împrejurării că nicio formă contractuală utilizată în ultimii ani în România nu a fost una strict FIDIC. Cu toate acestea, aceste contracte au conținut clauze preluate, adaptate sau echivalente celor FIDIC, ceea ce constituie o aplicare efectivă a acestor standarde contractuale în activitatea Antreprenorului și/sau Managerului de contract”.

Comisia de evaluare consideră că răspunsul ofertantului cu privire la clauzele contractuale aferente contractelor nr.... sunt concludente; experiența managerului de proiect este echivalentă cu cerințele factorului de evaluare deoarece a implicat utilizarea clauzelor, procedurilor și mecanismelor specifice contractelor FIDIC; analizarea răspunsurilor a fost realizată din perspectiva respectării principiului proporționalității și a evitării formalismului excesiv.

Având în vedere faptul că documentația de atribuire a fost acceptată în totalitate, fără rezerve, ofertantul era obligat să elaboreze oferta în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, așa cum prevede art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Totuși, pentru a nu exista un formalism excesiv în evaluarea ofertelor și pentru respectarea principiului proporționalității în cadrul derulării achiziției publice reglementat de art. 2, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, se poate aprecia că experiența managerului de proiect este echivalentă cu cerințele factorului de evaluare deoarece a implicat utilizarea clauzelor, procedurilor și mecanismelor specifice contractelor FIDIC.

Potrivit principiului proporționalității trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite.

Trebuie remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (specificațiile tehnice), modelul de contract și formularele necesare, împreună cu răspunsurile la clarificări, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire... (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr.... din... decembrie... a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie... a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr.... – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie..., *Ingsteel și Metrostav* (C-76/16, EU: C:...: 549), Curtea a reamintit că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie..., *Pizzo*, C-... /15, EU: C:...: 404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la

condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de

tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie..., *Vanbreda Risk & Benefits/ Comisia*, T-... 9/14 R, EU: T:....:..., punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie..., *Nexans France/ Entreprise commune Fusion for Energy*, T-415/10, EU: T:...: 141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie..., *Costanzo*, 103/88, EU: C:....:..., punctele 30-33, Hotărârea din

14 octombrie..., Fuß, C-2... /09, EU: C:....: 9, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie..., Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-3... /17, EU: C:....: 979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie..., Banco de Santander, C-... 4/14, EU: C:....: 17, punctul...).

Prin urmare, în analiza răspunsului la clarificări, pentru a declara conformitatea ofertei, autoritatea contractantă era ținută să verifice dacă cel puțin unul dintre cele 6 contracte reținute ca fiind de lucrări de construcții clădiri îndeplinește în integralitate condițiile FIDIC/HG nr. 1/2018.

Mai mult, pentru acordarea punctajului maxim pentru acest factor de evaluare, trebuia ca pentru toate cele 6 contracte să fie dovedită îndeplinirea condițiilor FIDIC/HG nr. 1/2018. Având în vedere diferența minimă de doar 1, 03 puncte între cele două oferte, lipsa dovedirii îndeplinirii condițiilor FIDIC/HG nr. 1/2018, chiar și pentru un singur contract, duce la modificarea clasamentului. Prin urmare, autoritatea contractantă trebuie să verifice cu maximă atenție toate contractele invocate ca experiență specifică și să nu ia decizia doar în urma unor susțineri nedovedite ale ofertantului. O astfel de decizie nu se poate lua în lipsa prezentării contractelor în cauză... admite că contractele de tip FIDIC sunt specifice autorităților contractante (instituțiilor publice), iar contractele prezentate de acesta sunt încheiate cu operatori economici privați, care nu au obligația încheierii unor astfel de contracte.

Ultima frază citată din procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr...., potrivit căreia „actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare” este un citat incomplet din Hotărârea Curții din 5 mai..., National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct..... Acest citat continuă astfel: „Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct....).” Or, în procedura de față este tocmai invers, în sensul că autoritatea contractantă a solicitat clarificări, însă deși din răspuns nu au fost clarificate aspectele în cauză, oferta nu doar că a fost declarată conformă, dar a și primit punctajul maxim.

Prin urmare, Consiliul va admite această critică... cu privire la acordarea punctajului pentru factorul de evaluare prin solicitarea de extrase relevante din toate cele 6 contracte reținute pentru experiența specifică a expertului manager de proiect.

Ultima critică din contestație... nu a întocmit oferta financiară în conformitate cu prevederile fișei de date, pct. IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare: „12. Propunerea financiară trebuie să se refere la întreg obiectul Contractului. Orice Propunere financiară care se referă numai la o parte a caietului de sarcini nu va fi acceptată.”

În acest sens, arată că nu a inclus în ofertă 6 poziții din devizul articolului de arhitectură.

Consiliul reține că la pct. 3.2 Informații despre beneficiile anticipate de către Autoritatea Contractantă de la pag. 6 din caietul de sarcini se prevede:

„Obiectivul general al proiectului DANUBIUS-RO este construcția, echiparea și operaționalizarea componentelor românești ale infrastructurii de cercetare distribuită pan-european.

Obiectul contractului este execuția tuturor lucrărilor pentru realizarea HUB-ului CENTRULUI INTERNAȚIONAL DE STUDII AVANSATE PENTRU SISTEME FLUVII – MĂRI “DANUBIUS – RO” conform documentației tehnice de execuție, în vederea îndeplinirii scopului de a avea un centru de studii recunoscut internațional, autorizat conform legislației în vigoare (ex. din punct de vedere sanitar/ sanitar-veterinar, siguranței la incendiu, mediu, etc.).

Obiectivul de investiții este structurat în șapte obiecte de investiție care fac obiectul prezentei proceduri de achiziție: Obiectivul de investiții este structurat în șapte obiecte de investiție care fac obiectul prezentei proceduri de achiziție:

1) CORP A - primire/recepție (... de legatura A-B) – rol multifuncțional cu spații pentru administrația DANUBIUS-RI, săli de conferințe / workshop, birouri pentru cercetători, zone de socializare;

2) CORP B – laboratoare (inclusiv corpuri de legatura B-C) - laboratoare de cercetare în domeniile Științelor Vieții și Pământului;

3) CORP C – laboratoare Ecosisteme Acvatice cu bazine echipate special acestui scop;

4) Casa poartă;

5) Garaj auto;

6) Hangar ambarcațiuni;

7) Amenajări exterioare.

Faptul că în cadrul ofertei sale a omis 6 repere de la un corp de clădire, care se găsesc ofertate pentru celelalte corpuri de clădire, nu înseamnă că ofertantul a cuprins doar o parte din caietul de sarcini.

Consiliul constată că în conformitate cu principiul proporționalității și cu Hotărârea Curții din 5 mai..., National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct...., autoritatea contractantă a solicitat clarificări, iar în urma acestora a hotărât că eroarea respectivă se încadrează în categoria erorilor tehnice minore, fiind îndeplinite toate condițiile privind o astfel de încadrare, prevăzute la art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016:

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe.

Altfel, instituția erorilor tehnice minore ar fi lipsită de aplicabilitate, în condițiile în... are 286 pagini, iar Formularul F4 – 96 pagini, totalizând mult peste 1... de repere. Caietul de sarcini nu a prevăzut explicit că pentru lipsa unui reper sau a unui număr redus de repere oferta trebuie respinsă.

În consecință, această critică va fi respinsă.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă, va anula raportul procedurii nr...., precum și actele subsecvente, toate cu... pentru factorul de evaluare „Experiența deținută de Manager de contract” - pondere 11%, și va dispune reevaluarea ofertei în vederea acordării punctajului pentru acest factor de evaluare, în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

Având în vedere admiterea contestației, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de..., inclusiv cu privire la capătul de cerere de acordare de cheltuieli de judecată.

Cu privire la cererea contestatoarei de suportare a cheltuielilor prilejuite de procedura de contestare, ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației – precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă, art. 452 – partea care pretinde cheltuieli de judecată trebuie să facă, în condițiile legii, dovada existenței și întinderii lor, cel mai târziu la data închiderii dezbaterilor asupra fondului cauzei.

..., deși a solicitat Consiliului să oblige autoritatea achizitoare la plata cheltuielilor de judecată, nu le-a indicat și nici nu a anexat la contestație sau documentele depuse ulterior vreo dovadă a întinderii și efectuării lor.

În consecință, capătul de cerere de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației se impune a fi respins, motiv pentru care admiterea contestației este doar parțială.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă, anulează raportul procedurii nr...., precum și actele subsecvente, toate cu... pentru factorul de evaluare „Experiența deținută de Manager de contract” - pondere 11%, și dispune reevaluarea acestei oferte în vederea acordării punctajului pentru acest factor de evaluare, în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 20 de zile de la primirea acesteia.

Respinge cererea contestatoarei de acordare de cheltuieli de judecată.

Respinge cererea de intervenție formulată de..., inclusiv cu privire la capătul de cerere de acordare de cheltuieli de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

..

MEMBRU,

.....

...
.