



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr.

Data: ...

Prin contestația nr. 88/15.01.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2518/15.01.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin ... cu sediul în ... formulată împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și execuție: «Modernizare DJ 572 km 102+500-128+519 Limită jud. Timiș - Lipova»”, organizată de către ... cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea actului administrativ nr. 185 din 05.01.2021 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;
- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 181 din 05.01.2021, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta Asocierii ... SRL a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertei depusă de Asocieria ..., prin luarea în considerare a informațiilor și documentelor transmise odată cu răspunsurile la solicitările de clarificări.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2538/15.01.2021, formulată de SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și

Cod Unic de Înregistrare ...împotriva procedurii de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și execuție: «Modernizare DJ 572 km 102+500-128+519 Limită jud. Timiș - Lipova»”, organizată de către ... cu sediul în ...în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea actului administrativ nr. 187/05.01.2021 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire și a raportului procedurii nr. 181/05.01.2020, emise de autoritatea contractantă și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește respingerea ca inacceptabilă a ofertei ... respectiv declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de ...S.R.L.

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și a ofertei depuse de operatorul economic declarat câștigător 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 adresele înregistrate la Consiliu sub nr. 4590/28.01.2020, respectiv sub nr. 4591/28.01.2021, SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convențional de ..., formulează cereri de intervenție în contradictoriu cu SC ... SRL, privind cauza ce face obiectul dosarelor .../2021 și nr. .../2021, prin care solicită:

În ceea ce privește contestația formulată de către SC ...SRL:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, în principal ca intervenție principală și, în subsidiar, ca intervenție în interesul autorității contractante;

- respingerea contestației formulate de ... SRL ca nefondată,
- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

În ceea ce privește contestația formulată de către SC ... SRL:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, în principal ca intervenție principală și, în subsidiar, ca intervenție în interesul autorității contractante;

- respingerea contestației formulate de ... SRL în principal ca fiind formulată de o persoană care nu justifică un interes și în subsidiar ca nefondată, ambele cu reținerea autorității de lucru judecat al Deciziei Curții de Apel Timișoara nr 1176/16.11.2020,

- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2021 și nr. .../2021 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași etape a procedurii de atribuire.

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

Prin contestația nr. 88/15.01.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2518/15.01.2021, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în

cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă.

Contestatoarea menționează că ulterior datei de depunere a ofertelor, având unele neclarități cu privire la conținutul propunerii tehnice, prin adresa nr. 10392/11.05.2020, făcând referire la prevederile caietului de sarcini unde a fost prevăzută existența la km 103+833 a unui pod, pentru care nu au fost obținute avize, comisia de evaluare i-a solicitat să precizeze unde anume în cadrul ofertei se regăsește certificatul de atestare emis de Ministerul Apelor și Pădurilor pentru elaborarea documentațiilor necesare obținerii avizului/autorizației de gospodărire a apelor valabil.

Totodată, prin adresele nr. 9770/30.04.2020 și nr. 10392/11.05.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei să precizeze unde sau ce se face cu depozitarea excesului de excavație, conform cerințelor caietului de sarcini, în considerarea faptului că ... nu deține teren în acest sens și nici nu indică unde se va realiza această depozitare/sortare, după caz.

Pentru a răspunde solicitării de clarificări din partea comisiei de evaluare, Asocieria ... a transmis adresele nr. 607/05.05.2020 și nr. 640/12.05.2020, prin care a arătat, în esență, următoarele:

- referitor la Certificatul de atestare eliberat de Ministerul Apelor și Pădurilor, dat fiind că, în cadrul documentației de atribuire, nu există o cerință concretă de depunere a acestui înscris, contestatoarea nu a considerat a fi necesară depunerea atestatului în această fază; în același sens, contestatoarea a precizat că activitatea privitoare la obținerea avizului din partea Apelor Române va fi realizată de către ... SRL, prestator atestat deținător al atestatului ANAR nr. 319 din 25 iunie 2019,
- răspunsului la solicitarea de clarificări, în cadrul costurilor privind obținerea avizelor a fost inclusă și valoarea de 4200 lei fără TVA, conform ofertei ... SRL, anexată răspunsului la solicitarea de clarificări;
- cât privește excesul de excavație, prin cele două răspunsuri la solicitarea de clarificări, contestatoarea a arătat comisiei de evaluare că acesta va fi transportat și depozitat la baza societății din ARAD, strada Mărului (propunerea tehnică pag. 322), cu respectarea răspunsului consolidat al autorității contractante - răspuns nr. 1 din adresa nr. 5600/05.03.2020.

De asemenea, contestatoarea a arătat că, în cadrul propunerii financiare, a luat în calcul distanța pentru transportul excesului/molozului la 66 km, până la baza mai sus menționată.

Cu toate acestea, fără a ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire și pe baza unei evaluări superficiale a răspunsurilor la solicitarea de clarificări, prin adresa nr. 17415 din 31.07.2020, oferta Asocierii ... a fost respinsă ca neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) și inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, hotărâre a autorității contractante desființată definitiv prin decizia CNSC nr. ...

În considerarea caracterului obligatoriu al deciziilor CNSC statuat la art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei Asocierii ..., sens în care, în etapa de analiză a propunerii financiare, i-a adresat o serie de solicitări de clarificări privitoare la justificarea prețului ofertei, solicitări la care contestatoarea a răspuns concret și concludent, prezetând informații și documente care fac dovada deplină a faptului că poate justifica prețul inclus în propunerea financiară.

Cu toate acestea, autoritatea contractanta a dat dovadă de un formalism excesiv și a respins oferta contestatoarei ca inacceptabilă și neconformă.

Pentru a se pronunța în sensul respingerii ofertei Asocierii ... ca neconformă și inacceptabilă, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă reține, în esență, următoarele:

- prin răspunsurile la solicitarea de clarificări nu a justificat în mod concludent cheltuielile cu stația de sortare/concasare;
- nu a justificat cheltuielile diverse cu stația de sortare/concasare;
- referitor la conținutul de bitum pentru bixtura BA 16, din înscrisurile depuse comisia nu a identificat că se respectă un conținut de bitum de minim 5,5%, aspect care ar fi contrar AND 605;
- pentru anumite consumuri din extrasul de utilaje nu a răspuns concludent la solicitarea de justificare a acestora.

Contestatoarea apreciază ca fiind nelegală și netemeinică decizia autorității contractante, fiind emisă pe baza unei evaluări superficiale a ofertei și a răspunsului la solicitarea de clarificări.

În susținerea acțiunii sale, contestatoarea invocă următoarele:

A. Asocierea ... a justificat în mod corespunzător cheltuielile cu stația de sortare/concasare.

Pentru a proceda la respingerea ofertei Asocierii ... pentru motivul legat de stația de sortare/concasare, comisia de evaluare a avut în vedere în principal adresa autorității nr. 23.995 din data de 19.10.2020 (inclusiv răspunsul la acestea), prin care i-au fost solicitate următoarele clarificări:

- „Pentru a avea o analiză pertinentă a cheltuielilor cu stația de sortare/concasare, se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel: se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat, 2019, pentru completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv. Cantitățile de produse/sorturi, detaliate în tabel, vor fi susținute cu „înscrișuri contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare sort”.

- „Se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel: se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat, 2019, pentru completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv. Cantitățile de mixturi, pe tipuri, detaliate în tabel, vor fi susținute cu înscrișuri contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare tip de mixtură luat în analiză - clarificare”.

În considerarea neclarităților autorității contractante, contestatoarea a transmis adresa de răspuns nr. 1787 din 21.10.2020 în

cuprinsul căreia a evidențiat informațiile solicitate de autoritatea contractantă, fiind depuse, în același timp, o serie de înregistrări în susținere.

Cu toate acestea, comisia de evaluare a considerat răspunsul ca fiind neconcludent, iar pentru aceasta a avut în vedere cerințe care nu au fost prevăzute cu respectarea principiului transparenței în documentația de atribuire, iar, în același timp, a reținut că nu s-ar fi depus înregistrări contabile din care să rezulte cheltuielile cu stația de sortare și modalitatea de calcul a acestora, cu toate că o astfel de solicitare nu a fost înaintată de către comisie.

i. Documentația de atribuire nu conține cerințe privind întocmirea propunerii financiare prin raportare la cheltuielile ofertantului realizate în anul 2019.

Cu privire la acest aspect, contestatoarea invocă Decizia CNSC nr. ... și Decizia CNSC nr. ...

Contestatoarea menționează că formarea prețurilor la aceste materiale nu s-a făcut ținând cont de condițiile de cost din anul 2019, deoarece condițiile din piață la data depunerii ofertei s-au schimbat considerabil față de 2019, iar costurile înregistrate în anul 2019 nu au relevanță asupra costurilor din viitor. Aceasta deoarece, în anul 2019 societatea nu a produs nicio tonă de mixtură asfaltică AB22,4 deoarece nu a avut proiecte sau cerere pentru acest tip de mixtură. Asta nu înseamnă că nu poate să producă mixtura respectivă, lucru atestat și de certificările deținute de societate.

Cu toate acestea, contestatoarea susține că deși nu are un istoric în acest caz, pe baza rețetelor de mixtură și a propriilor estimări de costuri a stabilit prețul unitar.

De asemenea, la formarea prețurilor, contestatoarea a avut în vedere prevederile art. 20.4 din modelul de contract care prevăd următoarele:

„(...) se consideră că Antreprenorul și-a stabilit prețurile în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări”, iar nu prin raportare la un anumit istoric, ci la estimări care se referă la viitor, care au fost deja depuse.

Insistența comisiei asupra justificării unor așa-numite "constante" din formarea prețurilor unitare nu are nicio relevanță deoarece comisia ar trebui să privească prețul respectivului material în ansamblu, nu doar o mică parte din preț.

Contrar prevederilor contractuale care stabilesc că prețurile se formează de Antreprenor pe baza propriilor estimări, comisia de evaluare respinge oferta Asocierii ... pentru faptul că nu ar fi răspuns concludent la o solicitare de clarificări prin care îi impune contestatoarei o anumită modalitate de formare a prețurilor.

Or stabilirea prețului ofertei este strict atributul și responsabilitatea ofertantului fiind avute în vedere toate și orice costuri pe care le implică realizarea obiectului contractului; care sunt diferite de cele înregistrate de contestatoare în trecut.

Este evident că, în cazul contractului care urmează a fi atribuit, nu au relevanță datele din 2019 asupra unor prețuri unitare pentru o lucrare care se va face în viitor, ci doar propriilor calcule, operațiuni și estimări.

În acest sens, contestatoarea invocă precederile art. 65 alin. (1), art. 123 alin. (1), art. 127 și la art. 133 alin. (3) din anexa la HG nr. 395/2016.

În considerarea prevederilor legale invocate anterior, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a impus în cadrul documentației de atribuire elemente concrete privind întocmirea propunerii financiare, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a propune în cadrul ofertei financiare prețuri stabilite potrivit propriilor reguli și costuri pe care apreciază că le va utiliza pe parcursul derulării contractului, fiind exclusiv responsabilitatea ofertantului modalitatea de stabilire a prețului.

Respingerea ofertei Asocierii ... pentru faptul că nu ar fi prezentat documente contabile din care să rezulte cheltuielile cu stația de sortare/concasare și modalitatea de calcul a acestora pentru producția din anul 2019, deși o astfel de regulă nu a fost instituită prin documentația de atribuire s-a realizat cu încălcarea flagrantă a principiului transparenței.

Sub aspectul necesității respectării principiului transparenței contestatoarea invocă hotărârea pronunțată în Cauza Pippo Pizzo (C-27/15) precum și hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, CJUE

ii. Asocierea ... a răspuns concludent la solicitarea de clarificări.

Pentru a proceda la respingerea ofertei Asocierii ..., autoritatea contractantă a reținut că nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări privitoare la stația de sortare/concasare, mai exact că nu a prezentat înscrisuri contabile din cuprinsul cărora să rezulte cheltuielile cu stația pentru producția de sorturi și de mixturi asfaltice.

În raport de concluziile eronate ale comisiei de evaluare, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (4) din anexa la HG nr. 395/2016:

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

Or, după cum rezultă din solicitarea autorității în ceea ce privește stația de sortare/concasare, comisia de evaluare i-a cerut următoarele informații:

- „Pentru a avea o analiză pertinentă a cheltuielilor cu stația de sortare/concasare, se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel: se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat, 2019, pentru completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv. Cantitățile de produse/sorturi, detaliate în tabel, vor fi susținute cu înscrisuri contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare sort.”

- „Se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel: se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat, 2019, pentru

completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv. Cantitățile de mixturi, pe tipuri, detaliate în tabel, vor fi susținute cu înregistrări contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare tip de mixtură luat în analiză - clarificare".

Pentru a răspunde solicitării comisiei de evaluare, contestatoarea a prezentat tabelar analiza privind cantitățile de mixturi și de sorturi pentru anul 2019 și, în același timp, a prezentat rapoartele de redevență minieră (înregistrări contabile) din care rezultă cantitățile efectiv produse pe tipuri de material în 2019.

Cu toate acestea, fără a fi solicitate clarificări în acest sens, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, oferta a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă, motivat de faptul că nu a răspuns concludent la o solicitare care nu i-a fost transmisă; așa cum rezultă din adresa nr. 23.995/19.10.2020, comisia de evaluare nu i-a solicitat să depună înregistrări contabile privitoare la cheltuielile cu stația de sortare/concasare aferente producției de sorturi și mixturi asfaltice.

Contestatoarea afirmă că lipsa unei solicitări de clarificări formulate în conformitate cu dispozițiile legale arătate mai sus o pune în imposibilitatea transmiterii unui răspuns care să fie apreciat ca fiind concludent de către autoritate, existând riscul respingerii ofertei bazate pe subiectivism generat de conținutul răspunsului său.

Cu privire la acest aspect, contestatoarea invocă o speță similară, soluționată de către Consiliu prin Decizia nr.

Drept urmare, pentru a clarifica aspectele cu care comisia de evaluare nu este lămurită, era necesară emiterea unei adrese de clarificări potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (4) din anexa la HG nr. 395/2016, prin indicarea concretă a aspectelor la care contestatoarea trebuia să răspundă.

În sens similar s-a pronunțat Consiliul și prin Decizia nr.

Contestatoarea apreciază că este irelevantă pentru autoritatea contractantă prezentarea unei situații contabile din care să rezulte cheltuielile cu stația de sortare, înregistrate în anul 2019, pentru simplul considerent că, potrivit contractului, fiecare ofertant și-a stabilit prețul ofertei în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări ale cantităților aferente viitorului contract de achiziție publică, prin includerea în cuprinsul acestuia a tuturor și a oricăror costuri necesare realizării obiectivului de investiții.

Tot astfel, referitor la cheltuielile diverse cu stația, trebuie avut în vedere că pe lângă cheltuielile directe de producție, în cadrul listei de cantități se aplică procentul de cheltuieli indirecte, conform INDICATIV P 91/1-02 - Anexa 6 (atât pentru mixturi, cât și pentru produse de carieră), fiind acoperite toate costurile necesare producției.

De asemenea, contestatoarea invocă Hotărârea CJUE pronunțată în data de 19 octombrie 2017 în cauza C-198/16 P.

Astfel, important pentru comisia de evaluare este să stabilească în ce măsură prețurile propuse sunt serioase, astfel încât să se poată asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi

solicitați prin caietul de sarcini, iar în caz contrar, să respingă oferta ca inacceptabilă.

Or, în cazul Asocierii ... nu se poate reține că prețul ar fi unul nereserios, nejustificat. De altfel, autoritatea contractantă are cunoștință despre faptul că prețul oferit pentru mixturi este unul serios, astfel încât societatea să poată asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, iar acest aspect este susținut de contractele pe care contestatoarea le are în derulare cu autoritatea contractantă. Astfel, se poate observa că AB22,4 - 210 lei/to, BAD22,4 - 180 lei/to și BA16 - 225 lei/to sunt mai mari decât prețurile recent folosite în contractele semnate cu autoritatea contractantă, de exemplu:

- SCN1006461 - procedura având ca obiect "Întreținere drumuri asfaltate acord cadru - 2018- 2021: Lot 1 Sector Arad, Lot 2 Sector Criș, Lot 3 Sector Ineu, Lot 4 Sector Sebiș și Lot 5 Sector Lipova" - Lot 1 Sector Arad - multiple contracte subsecvente finalizate și recepționate BA 16-190 lei/to;

- SCN1008528 - procedura având ca obiect: "Lot 2: proiectare și execuție Modernizare DJ 609 km 38+800-43+700 limita județ Timis-Zabalt" - lucrare finalizată și recepționată BAD 22,4- 170 lei/to;

- SCN1041605 - procedura având ca obiect: "Proiectare și execuție: lot 1 Modernizare DJ708 km 40+850-41+750 Gurahont" și lot 2 "Reabilitare DJ708A km 32+100-41+100 Taut-Tarnova" - lot 2 Taut - Tarnova" - lucrare finalizată și recepționată.

BAD 22,4-170 lei/to

BA 16-200 lei/to

- CN1009001: "Lot 1 = Modernizare DJ 709, KM 0+800 - 30+700, ARAD - PANCOTA" - lucrare în desfășurare.

BAD 22,4 -175 lei/to.

Tot astfel, prețurile pentru sorturile de piatră spartă 15-25mm și 40-63mm de 30 lei/mc sunt egale sau mai mari ca cele recent folosite în contracte cu aceeași autoritate contractantă, de exemplu:

- SCN1006461: „Întreținere drumuri asfaltate acord cadru - 2018-2021: Lot 1 Sector Arad, Lot 2 Sector Cris, Lot 3 Sector Ineu, Lot 4 Sector Sebis și Lot 5 Sector Lipova" - Lot 1 Sector Arad - multiple contracte subsecvente finalizate și recepționate

Piatra spartă pentru drumuri roci magmatice 40-63mm - 30 lei/mc,

- SCN1008528: „Lot 2: proiectare și execuție Modernizare DJ 609 km 38+800-43+700 limita județ Timis-Zabalt" - lucrare finalizată și recepționată

Piatra spartă pentru drumuri roci magmatice 15-25mm -27 lei/mc

Piatra spartă pentru drumuri roci magmatice 40-63mm -27 lei/mc

- SCN1041605: "Proiectare și execuție: lot 1 "Modernizare DJ708 km 40+850-41+750 Gurahont" și lot 2 ",Reabilitare DJ708A km 32+100-41+100 Taut-Tarnova" - lot 2 Taut - Tarnova - lucrare finalizată și recepționată.

Piatra spartă pentru drumuri roci magmatice 15-25mm - 22.5 lei/mc
Piatra spartă pentru drumuri roci magmatice 40-63mm - 22.5 lei/mc

- CN1009001: "Lot 1 = Modernizare DJ 709, KM 0+800 - 30+700, ARAD - PANCOTA" - lucrare în desfășurare.

Piatra sparta conform SR EN 13242+AI:2008 - 25.58 lei/mc.

B. Asocierea SYLC a justificat conținutul de bitum de 5,5% declarat.

Cel de-al treilea motiv pentru care oferta Asocierii ... a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă a constat în faptul că nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări privitoare la conținutul de bitum pentru mixtura BA16.

Față de concluziile autorității contractante din comunicarea rezultatului, contestatoarea menționează că prin adresa nr. 22.905/07.10.2020, comisia de evaluare i-a transmis următoarea solicitare:

„Conținutul de bitum pt mixtura BA 16 este sub procentul minim prevăzut în normativul AND 605/2018. Astfel, în analiza de preț apare cu 55kg/ton bitum care înseamnă 5,50% bitum în masa asfaltului, iar în AND 605 art. 47- Tabel 16, pe coloana conținut de liant minim mixtură pt BA 16 este prevăzut 5,7%. Vă rugăm clarificați”.

Pentru a lămuri comisia de evaluare asupra conținutului de bitum pentru mixtura BA 16, contestatoarea, făcând referire la prevederile art. 48 din normativul AND 605/2018, a transmis adresa nr. 1714 din data de 09.10.2020, precum și o serie de înscrisuri în susținere, în care a arătat următoarele:

„Având în vedere că agregatele folosite de la cariera Batuta II au masa volumica medie mai mare de 2650 kg/mc, pentru stabilirea dozajului optim de bitum a fost aplicat coeficientul de corecție conform AND 605, rezultând un procent de bitum de 5.5%. Vă anexăm Anexa 1 a rețetei cu privire la calculul dozajului optim de bitum (pag. 4).”

Deși din documentele transmise de către contestatoare rezultă cu exactitate conținutul de bitum de 5,5% declarat, comisia de evaluare a concluzionat că din documentele prezentate în răspuns, nu se regăsește Buletinul de analize din care să rezulte valoarea declarată, aspecte pentru care i-a solicitat prin adresa nr. 23.995/19.10.2020 un înscris de tip Buletin de analiză, cu număr, data și semnătura de certificare a conformității documentului.

Ca răspuns la solicitarea de prezentare a unui înscris de tip Buletin de analiza, cu număr, data și semnătură de certificare a conformității documentului, contestatoarea a transmis autorității contractante prin adresa nr. 1787 din 21.10.2020, Anexa 1, pag. 2 la rețeta BA16 completată cu explicația privind dozajul optim de bitum, calculul teoretic al densității scheletului mineral care a fost efectuat, de unde rezultă valoarea „d” de 2855 kg/cm (pag. 21-28 din răspuns), precum și modalitatea de calcul a densității.

Cu toate acestea, analizând superficial răspunsul la solicitarea de clarificări pe care l-a considerat neconcludent, comisia de evaluare

concluzionează că Asocierea ... nu a pus la dispoziția acesteia documente edificatoare privitoare la conținutul optim de bitum de 5,5%.

Comisia de evaluare face o gravă eroare de judecată asupra procentului de bitum. Procentul de bitum de 5,5% nu este minim, ci acesta este optim. Valoarea minimă este 5,3% conform AND 605. Practic, minimul impus de normativ este 5,3%, dar optim fiind 5,5% a fost ales acesta în constituirea rețetei și formării prețului.

Tot astfel, contrar celor reținute de comisie, contestatoarea susține că a depus în susținerea conținutului optim de bitum de 5,5% o serie de documente edificatoare, respectiv documentul intitulat Anexa 1, pag.2 Rețeta M 003 Mixtura asfaltică conținând rezultatele încercărilor preliminare, înscris eliberat de Laboratorul de analize și încercări în construcții GR. II, întocmit cu persoane cu competențe în domeniu și verificat de șeful de laborator, iar, mai mult, în susținerea informațiilor din respectivul înscris au fost depuse o serie de documente care certifică respectarea conținutului de bitum pe care în mod eronat comisia de evaluare nu le-a avut în vedere la analiza ofertei, respectiv:

- Anexa 1, pag. 3 Reteta M 003 Mixtura asfaltică - prin care a fost demonstrată densitatea scheletului mineral;
- determinări pe agregate - Raport de încercare nr. 86/26.02.2020;
- Declarația de performanță nr. 2538-3.CPR pentru filer de calcar;
- Declarație de performanță nr. 01-GA-12620-2017 pentru sort 0/4 mm;

În acest context, în baza rolului activ ce revine comisiei în procesul de evaluare a ofertelor, demersurile efectuate de comisia de evaluare au avut rolul de a conduce la lamurirea aspectelor sesizate, iar nu acela prin care să fie luată o măsură total disproporționată a respingerii ofertei ca neconformă și inacceptabilă.

C. Asocierea ... a justificat în mod corespunzător consumurile din extrasul de utilaje.

Un ultim motiv pentru care autoritatea contractantă a dispus respingerea ofertei ca inacceptabilă și neconformă a constatat în faptul că Asocierea ... nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări privind consumurile din extrasele de utilaje.

Deși în conformitate cu dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a comunica: *„fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”*, o astfel de motivare lipsește cu desăvârșire din comunicarea rezultatului, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a înțeles să arate argumentele concrete pentru care informațiile din răspunsul la solicitarea de clarificări nu răspund unei justificări adecvate, iar acest aspect echivalează nu nemotivarea deciziei de respingere.

Raportat la specificul contractului - proiectare și execuție - când listele de cantități împreună cu extrasele de utilaje se întocmesc ulterior semnării contractului, fiind parte a proiectului tehnic, simpla mențiune în adresa privind comunicarea rezultatului procedurii cum că Asocierea SYLC nu a depus documente privind consumul/puterea utilajelor (aceasta cu atât mai mult cu cât operatorii economici nu sunt obligați să

dețină astfel de documente), fără arătarea cerințelor documentației de atribuire care au fost încălcate, nu corespunde unei comunicări motivate.

În ceea ce privește sancțiunea aplicabilă actului administrativ din cuprinsul căruia lipsesc elemente precum motivele de fapt și de drept, jurisprudența comunitară, respectiv națională este unanimă, actul fiind lovit de nulitate absolută.

Aceasta deoarece, motivarea actului juridic producător de efecte juridice reprezintă o obligație care constituie o garanție împotriva arbitrariului în conduita administrației publice, menită, pe de o parte, să permită destinatarilor unei decizii administrative să-i cunoască și să-i evalueze temeiurile și efectele și, pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate, o motivare insuficientă sau greșită echivalând cu lipsa motivării.

Pe de altă parte, procedura de atribuire include atât proiectarea, cât și execuția lucrărilor, astfel încât la acest moment lipsesc Proiectul Tehnic și Detaliile de Execuție, situație în care propunerea financiară a fost întocmită, așa cum prevede draftul de contract, pe baza propriilor calcule, operațiuni și estimări, fără a conține descrierea de prețuri pe articole și nici cantitățile care urmează a fi livrate pe fiecare articol în parte, drept urmare, nici extrasele cu utilajele.

În aceste condiții, comisia de evaluare face o eroare în analiza ofertei, având în vedere că listele de cantități, implicit extrasele C6-C9, sunt documente de lucru proprii, de evaluare, iar nu finale, având în vedere specificul contractului de Proiectare și Execuție. După cum Asocieria ... a subliniat și în răspunsul din cadrul adresei nr. 1623 din 28.09.2020 la pct. I și III:

„Vă înaintăm anexate evaluările de cantități și prețuri care au stat la baza ofertei noastre, în vederea justificării valorilor celor 5 devize solicitate. Facem mențiunea ca în momentul de față, atât cantitățile cât și încadrările în articole de deviz sunt bazate pe informațiile din documentația tehnică pusă la dispoziție de autoritatea contractantă, iar în faza de proiectare acestea pot suferi modificări, în cauză fiind aplicabile prevederile articolului 12 alin.(1) din HG nr. 907/2016:

Proiectul tehnic de execuție constituie documentația prin care proiectantul dezvoltă, detaliază și, după caz, optimizează, prin propuneri tehnice, scenariul/opțiunea aprobat(a) în cadrul studiului de fezabilitate/documentației de avizare a lucrărilor de intervenții; componenta tehnologică a soluției tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiție, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuție, în condițiile respectării indicatorilor tehnico-economici aprobați și a autorizației de construire/desființare". (pag. 3 - 87)"

„Vă înaintăm formularele F3, precum și extrasele C4-C9, întocmite la faza de ofertare, cu distincția clară că acestea sunt elaborate prin raportare exclusiv la informațiile din documentația de atribuire. Activitatea de elaborare a listelor de cantități de lucrări (a formularelor F3 și implicit a extraselor rezultate) se realizează efectiv doar la faza de

proiectare - Proiect Tehnic de Execuție, în conformitate cu prevederile pct. V din anexa nr. 10 la HG nr. 907/2016, nicidecum în cadrul ofertării, acestea reprezentând parte din obiectul contractului, (pag. 90-210)"

Astfel, în conformitate cu solicitările din cadrul documentației de atribuire, a fost prezentată în propunerea tehnică la pag. 675 Lista de utilaje propuse pentru realizarea contractului-ANEXA NR. 8, față de care comisia de evaluare nu a avut nici o obiecție, ele fiind conforme cu cerințele.

În schimb, deși în documentația de atribuire autoritatea contractantă nu a impus anumite utilaje ca cerințe de calificare, crează motive artificiale de respingere a ofertei Asocierii ... prin raportare la detalii și specificații tehnice ale utilajelor care au fost avute în vedere în cadrul evaluării de cost a lucrărilor, prin prezentarea unor devize și extrase estimative, de formare a prețului ofertat.

Referitor la cele reținute de către autoritatea contractantă cu privire la două utilaje la care comisia de evaluare critică formarea prețului ca fiind nejustificat, contestatoarea menționează următoarele:

- Consumul de 81/h este a întregului ansamblu de camion+rezervor. Rezervorul în sine are un consum foarte mic, fiind folosit pentru încălzirea și pomparea emulsiei și trebuie reținut că pe durata unei ore de lucru el nu funcționează încontinuu, având perioade de pauză/întrerupere. Consumul camionului este, de asemenea, relativ redus, având în vedere că în timpul orei de lucru procesul de execuție a amorsării suprafeței se face la viteze foarte reduse de lucru.

- În cazul reciclatorului, deși în fișa producătorului sunt trecute cele două consumuri la care face referire autoritatea, sunt trecute și alte date tehnice care nu au fost luate în considerare de comisie în cadrul analizei. Un prim exemplu ar fi adâncimea de lucru care este de până la 45 cm. În cadrul proiectului reciclarea se face pe o adâncime de 20 cm, adică mai puțin de jumătate din cea posibilă a utilajului, evident cu total alte consumuri de combustibil față de cazul de 45 cm. De asemenea, trebuie avut în vedere și faptul că jumătate din adâncimea de lucru de 20 cm este formată de un material granular necompactat, restul de 10 cm fiind un asfalt vechi.

- La capitolul viteză din același document, se observă că viteza de lucru măsurată în m/min este de până la 45 m/min. În cadrul proiectului, reciclarea se face pe o lungime de 7800 m, la o lățime de 6.5 m, rezultând o suprafață totală de 50700 mp. Deschiderea utilajului este de 2.4m, rezultând un necesar de lungime de $50700 / 2.4 = 21125$ m. Având în vedere consumul de timp evaluat ($891,67 \text{ ore} \times 60 \text{ min/ora} = 53500 \text{ min}$), rezultă o viteză medie de lucru evaluată de $0,4 \text{ m/min}$ ($21125 / 53500 = 0,395 \text{ m/min}$), adică nici 1% din capacitatea de lucru a utilajului (de până la 45 m/min).

Conform celor prezentate rezultă modul superficial în care comisia de evaluare a analizat documentele puse la dispoziție pentru a justifica realitatea prețului ofertat, deși avea toate datele la dispoziție și putea analiza corect.

Chiar și în situația în care contestatoarea ar fi avut în vedere consumurile în cazul cel mai defavorabil, ar rezulta următoarele implicații financiare:

Autogudronator - 12 l/ora (presupusă diferența consum) * 4 lei/l (cost motorină) * 232.21 ore (ore de funcționare) = 11.146 lei;

Reciclator - 60 l/ora (presupusă diferența consum) * 4 lei/l (cost motorina) * 891.67 ore (ore de funcționare) = 214.000 lei.

Însumând un total de 225.146 lei, reprezentând 0.62% din valoarea ofertei raportat la costurile de execuție (fără a lua în calcul proiectarea), valoare care se încadrează în 1% abatere tehnică minoră în raport de prevederile art. 134 din anexa la HG nr. 395/2016, situație în care nu este posibilă respingerea ofertei.

D. Respingerea ofertei Asocierii ... a fost dispusă cu încălcarea principiului tratamentului egal.

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. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Or, deși potrivit înscrisurilor depuse la dosarul cauzei comisia de evaluare i-a solicitat contestatoarei o multitudine de solicitări de clarificări privitoare la justificarea prețului inclus în propunerea financiară, nu aceeași atitudine a fost adoptată în privința ofertei desemnată câștigătoare, autoritatea contractantă înțelegând să atribuiască contractul singurului operator economic declarat admisibil care a oferat un preț mai mare cu aproximativ 5 milioane de lei.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2538/15.01.2021, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă.

Contestatoarea menționează că în urma primei evaluări a ofertelor depuse și aplicării criteriului de atribuire, oferta sa a fost declarată câștigătoare, prin comunicarea privind acceptarea ofertei câștigătoare nr. 17411/31.07.2020.

Ofertantul Diferit a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii, prin care oferta SC ... SRL fusese declarată admisibilă și câștigătoare, contestație ce a format obiectul dosarului CNSC nr. 1664/2020, în care SC ... SRL a formulat cerere de intervenție.

Împotriva deciziei CNSC nr. ..., ...a formulat plângerea ce a format obiectul dosarului nr. ... al Curții de Apel Timișoara.

Prin Decizia civilă nr. 1176/16.1 1.2020, instanța a dispus:

- admite plângerea formulată de petenta SC ... SRL împotriva Deciziei CNSC nr. ...,

- modifică în parte decizia CNSC nr. ... în sensul că admite contestatia formulata de SC ...SRL,

- anulează decizia autorității contractante prin care oferta SC ...SRL a fost declarată admisibilă, conformă și câștigătoare a procedurii de atribuire și, totodată, raportul procedurii de atribuire nr. 17410/31.07.2020, în ceea ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL și a actelor subsecvente deciziei,

- dispune reevaluarea ofertei depuse de intimata SC ...SRL în conformitate cu considerentele instanței de judecată din hotărâre.

În urma reevaluării, autoritatea contractantă a emis comunicarea rezultatului procedurii nr. 187/05.01.2021 prin care oferta Strabag a fost respinsă ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit b) și art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, motivele fiind:

„Comisia de evaluare a pus în aplicare prevederile Deciziei civile nr. 1176/16.11.2020 a Curții de Apel Timișoara. Documentele depuse pentru dovedirea experienței similare de către SC ... SRL nu fac dovada modului de îndeplinire de către terț a experienței pe care o susține. Nici în urma răspunsului la solicitarea de clarificare, răspunsul nu satisface cerințele documentației de atribuire.”.

Contestatoarea invocă faptul că respingerea ofertei sale este nelegală, fiind emisă în urma unei reevaluări deficitare și superficiale, arătând în acest sens că autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Curții de Apel Timișoara, făcând doar formal și superficial reevaluarea ofertei SC ... SRL, fără a-i mai solicita în reevaluare nicio clarificare referitoare la documentele privind modul efectiv în care terțul susținător asigură îndeplinirea angajamentului ferm.

Curtea de Apel Timișoara, prin decizia pronunțată, a dispus reevaluarea ofertei SC ... SRL, și nu excluderea ei automată ca inacceptabilă.

Contrar aspectelor reținute în considerentele comunicării rezultatului procedurii de atribuire, Strabag a făcut dovada că îndeplinește cerința minimă de calificare referitoare la experiența similară pe proiectare, prevăzută la pct. III.I.3.a) din fișa de date a achiziției, folosind experiența similară pe proiectare adusă de:

- terțul susținător și subcontractant ... SRL, care a declarat în DUAE 4 contracte de servicii de proiectare în valoare cumulată de 573.900 lei și
- terțul susținător ... SRL, care a declarat un contract de servicii de proiectare în valoare de 430.000 lei (contractul nr. 1 1212/18.06.2019 încheiat între ... S.R.L. și UAT Oraș Călimănești).

În mod eronat autoritatea contractantă consideră că documentele depuse pentru dovedirea experienței similare de către Rionvil nu fac dovada modului de îndeplinire a experienței pe care acesta o susține, deși aceste documente există și au fost depuse în cadrul ofertei, respectiv contractul nr.11212/18.06.2019 încheiat între ...S.R.L. și UAT Oraș Călimănești, procesul verbal nr. 301/03.07.2019 și Recomandarea nr. 21091/31.10.2019 din partea

În realitate, aspectele care s-au impus a fi reevaluate prin decizia Curții de Apel Timișoara se referă la documentele care fac dovada modului efectiv de îndeplinire a angajamentului de susținere dat de terțul susținător Rionvil, și nu cele privind demonstrarea experienței sale similare.

În speță, contestatoarea a prezentat în cadrul ofertei Angajamentul ferm dat de terțul susținător ... privind susținerea acordată (pag 032 din ofertă), conform dispozițiilor art. 182 din Legea nr. 98/2016 și art. 48 din HG nr. 395/2016.

Ulterior, prin răspunsul nr. 418/14.04.2020, la solicitarea de clarificări nr. 8519/13.04.2020, ...a prezentat modul efectiv prin care ... asigură îndeplinirea Angajamentului de susținere (experiență similară, resurse de personal, tehnologie și IT, resurse financiare), demonstrând că acesta dispune de resursele umane, tehnice și financiare necesare care pot fi oricând alocate executării contractului, conform prevederilor art. 182 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016.

Urmare a reevaluării dispuse prin Decizia civilă nr. 1176/16.11.2020 de Curtea de Apel Timișoara, autoritatea contractantă, fără a mai solicita nicio clarificare, analizând exact aceleași documente depuse și răspunsul la clarificări nr. 418/14.04.2020 dat de ..., răspuns pe care îl considerase în evaluarea inițială ca fiind corect și concludent, a considerat că Rionvil nu îndeplinește condițiile pentru a fi acceptat terț, întrucât nu a demonstrat modul efectiv de îndeplinire a angajamentului de susținere. Pe cale de consecință, experiența similară adusă de terțul susținător nu a mai fost luată în calculul experienței similare pentru ..., oferta iar fiind respinsă ca inacceptabilă.

Contestatoarea consideră că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, este nelegală și netemeinică întrucât a fost emisă în urma unei reevaluări formale și superficiale, invocând în susținerea acțiunii sale dispozițiile art. 2 alin. (2), art. 209 alin. (1), art 132 alin. (1), art. 134 alin. (1) și (5) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea Contractantă avea obligația legală de a solicita contestatoarei clarificarea aspectelor referitoare la angajamentul de susținere al și de a clarifica îndeplinirea sau neîndeplinirea cerinței de calificare referitoare la experiența similară, înainte de a emite decizia de respingere a ofertei.

În opinia contestatoarei a fost încălcat principiul proporționalității care impunea autorității contractante să solicite clarificări ofertantului ... decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia. Conform principiului proporționalității, autoritatea contractantă nu trebuia să aplice o sancțiune care să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivului vizat, ci trebuia să solicite clarificări privind documentele care dovedesc modul de îndeplinire a angajamentului de susținere al

Contestatoarea invocă inacceptabilitatea ofertei SC ... SRL ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din LEGEA nr. 98/2016.

Contestatoarea susține că prin Decizia nr. 48/19.07.2019 (Anexa 3), Consiliul Concurenței a sancționat societatea ... SRL, alături de alte trei societăți, pentru încălcări grave ale regulilor de concurență, respectiv realizarea, cu ocazia participării la proceduri de achiziție publică, a unei practici concertate de tip cartel de împărțire a pieței, care au vizat trucarea licitațiilor la care a participat, faptă interzisă de prevederile art 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Potrivit dispozitivului Deciziei nr. 48/19.07.2019, Consiliul Concurenței a decis:

„Art. 1. Se constată încă/carea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit.c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, prin realizarea unei practici concertate de împărțire a pieței serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea Direcției Regionale Drumuri și Poduri Cluj, de către: ...SRL, ...SRL, ... SRL și ... SRL

Art. 2. În temeiul art. 55 alin. (1) lit. a) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, întreprinderile menționate la art. I se sancționează după cum urmează:

- ...SRL cu amenda în cuantum de 2.755.562 lei, reprezentând (...) din cifra de afaceri totală realizată în anul 2018; (...)"

Conform fișei de date a achiziției, secțiunea III.I..a)- Situația personală a candidatului sau ofertantului:

„Ofertantii, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art.165 și art.167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor, inclusiv asociat, subcontractanți/terți susținători".

Conform procesului verbal nr. 27.762/27.11.2020 privind evaluarea informațiilor din DUAE, întocmit de autoritatea contractantă, ofertantul ... SRL a declarat în DUAE că nu se află în nici una din situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv C. Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale (art. 167).

Deși Diferit nu a declarat sancțiunea dată de Consiliul Concurenței în DUAE, autoritatea contractantă în loc să excludă acest ofertant în temeiul art.167 alin.(1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 pentru că a furnizat informații false în DUAE, i-a cerut acestuia clarificări. În urma primirii răspunsului la clarificare, autoritatea contractantă a considerat că oferta ...nu se încadrează în situația de excludere de la art. 167 și că ar fi aplicabile prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

1. Participarea ... la o practică concertată de tip cartel în vederea trucrării licitațiilor publice reprezintă o abatere profesională gravă care constituie motiv de excludere în baza art. 167 alin. (1) lit.c) din Legea nr. 98/2016.

Sunt două condiții obligatorii pentru incidența motivului de excludere:

a) operatorul economic să fi săvârșit o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea, și

b) abaterea disciplinară sa poată fi dovedită printr-o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative.

Prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) transpun prevederile art. 57 alin. 4 lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, care stipulează:

„(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

(5) în orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, f/e înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4).”

Abaterea profesională gravă săvârșită de ... a fost confirmată în mod oficial de Consiliul Concurenței, prin Decizia de sancționare nr. 48/19.07.2019, prin care societatea ... a fost sancționată pentru participarea la o practică concertată de tip cartel, de împărțire a pieței serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea Direcției Regionale Drumuri și Poduri Cluj, cu încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Art. 5 alin. (1) lit c) din Legea concurenței nr. 21/1996, invocat de Consiliul Concurenței în dispozitivul Deciziei nr. 48/19.07.2019, prevede:

„(1) Sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care: c) împart piețele sau sursele de aprovizionare;”

2. Simpla formulare a unor declarații false în cuprinsul DUAЕ este de natura a înlătura credibilitatea ofertantului, fiind motiv de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit h) din Legea nr. 98/2016.

Ofertanții au obligația de sinceritate față de autoritatea contractantă la momentul completării declarațiilor DUAЕ. Ofertanții au obligația să dezvăluie în DUAЕ toate împrejurările de fapt cerute, fiind interzis să ascundă informații.

Un ofertant nu are posibilitatea auto-evaluării situației în care se regăsește. El nu poate decide unilateral existența unui caz de excludere/ a unei excepții de la excludere. Ofertantul este obligat să îi dezvăluie autorității contractante orice situație de fapt indicată în DUAЕ în vederea exercitării de către autoritate a verificărilor legale.

Numai un operator care informează autoritatea cu privire la un caz potențial de excludere are dreptul de a oferi documente suplimentare entității contractante pentru a-și dovedi fiabilitatea.

Prin urmare, ofertantul este obligat să declare circumstanța de fapt relevantă. După ce declară, dacă consideră că respectiva circumstanță de fapt s-ar încadra într-o situație de excepție, ofertantul are la dispoziție posibilitatea de a insera observații și mențiuni în formularul DUAЕ. Dreptul de apreciere aparține exclusiv autorității contractante, ofertantului revenindu-i obligația corelativă de a oferi toate și orice informație de care dispune.

3. Neindicând în DUAЕ sancțiunea aplicată de Consiliul Concurenței, ... se face vinovat de furnizarea de informații false.

În formularul DUAЕ completat de ...la data de 11.03.2020 (la opt luni după Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 privind aplicarea sancțiunii), ofertantul a declarat la Secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 (conform celor menționate în Procesul verbal nr. 27.762/27.11.2020 privind evaluarea informațiilor din DUAЕ).

Aceste informații sunt false întrucât la data respectivă, ... fusese găsit vinovat și sancționat cu amendă de către Consiliul Concurenței, prin Decizia nr. 48/19.07.2019, pentru încălcări grave ale regulilor de concurență care vizează trucarea licitațiilor.

4. Autoritatea contractantă a aplicat în mod greșit prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, referitoare la termenul de 3 ani, ignorând dezlegarea obligatorie CJUE din Cauza Vossloh.

Potrivit procesului verbal nr. 30611/28.12.2020 și procesului verbal nr. 30826/30.12.2020 privind evaluarea documentelor suport DUAЕ, autoritatea contractantă a apreciat că *„Decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă, fiind pe rolul Curții de Apel București dosarul nr. 6855/2/2019, ca urmare decizia se încadrează în prevederile art. 171 alin. 5 lit b) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare”*.

Autoritatea Contractantă a săvârșit o eroare de drept, întrucât termenul de 3 ani, prevăzut de art. 171 alin. 5 lit. b) se calculează de la momentul emiterii Deciziei nr. 48/19.07.2019 a Consiliului Concurenței și nu de la momentul epuizării faptei continue de încălcare a legislației concurenței.

Potrivit art. 57 din Directiva nr. 2014/24:

„(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații: (...)

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

(d) *dacă autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a demonstra că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței; (...)*

(7) *Prin intermediul unui act legislativ sau administrativ național și cu respectarea dreptului Uniunii, statele membre precizează condițiile de aplicare a prezentului articol. Acestea stabilesc, în special, perioada maximă de excludere dacă operatorul economic nu ia niciun fel de măsuri, astfel cum este prevăzut la alineatul (6), pentru a-și demonstra fiabilitatea. În cazul în care perioada de excludere nu a fost stabilită prin hotărâre definitivă, respectiva perioadă nu trebuie să depășească cinci ani de la data condamnării pronunțate prin hotărâre definitivă, în cazurile menționate la alineatul (1), și trei ani de la data evenimentului relevant, în cazurile prevăzute la alineatul (4)".*

Momentul de început al termenului de trei ani din ultima teză a art. 57 alin. (7) a fost stabilit de CJUE în cauza C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH împotriva Stadtwerke Munchen GmbH).

Potrivit dispozitivului hotărârii CJUE:

„Articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că, atunci când un operator economic a avut un comportament care intra sub incidența cauzei de excludere prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (d) din această directivă, care a fost sancționat de o autoritate competentă, durata maxima de excludere se calculează de la data deciziei autorității respective".

Astfel, autoritatea contractantă a ignorat jurisprudența CJUE și a apreciat că data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant este data încălcării regulilor de concurență.

Contestatoarea depune în acest sens Decizia civilă nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Cluj, Decizia CNSC nr. ... din 14.05.2020, Decizia civilă nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Cluj.

5. SC ... SRL nu a furnizat dovezi suficiente care să îi probeze credibilitatea, iar autoritatea contractantă nu a realizat nicio evaluare a documentelor furnizate de Condițiile pentru neaplicarea motivului de excludere privind abaterea profesională prevăzut la art. 167 alin. (1) lit c) din Legea nr. 98/2016 nu sunt îndeplinite.

Conform celor menționate în procesele verbale de evaluare nr. 30611/28.12.2020 și nr. 30826/30.12.2020, ofertantul ... a depus, ca răspuns la solicitarea de clarificări privind Decizia Consiliului Concurenței, anumite documente menționate succint de autoritatea contractantă, respectiv: „dovada măsurilor dispuse de către conducerea firmei pentru evitarea unor astfel de situații pe viitor; dovada instruirii personalului cu privire la regulile de concurență, participarea la seminarii de specialitate”, documente în legătură cu care autoritatea nu se pronunță în niciun fel.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu trebuia să treacă mai departe la evaluarea propunerii tehnice și financiare a ofertantului Diferit și la evaluarea documentelor suport DUAЕ, dat fiind că oferta acestuia era inacceptabilă încă de la momentul evaluării informațiilor din DUAЕ, în

condițiile în care ... nu a declarat în DUAЕ abaterea profesională constatată prin Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2020.

În al doilea rând, documentele depuse de Diferit nu pot face dovada credibilității sale și nu pot duce la încadrarea acestuia în situația de excepție de la aplicarea art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Conform opiniei comune a ANAP și Consiliului Concurenței cu privire la dovezile pe care le poate furniza un operator economic autorității contractante în vederea demonstrării credibilității potrivit prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

„Operatorul economic poate furniza autorității/entității contractante, în principiu, decizii emise de Consiliul Concurenței în ultimii 3 ani, prin care se constată aplicarea unui regim sancționator mai favorabil operatorului economic, respectiv ca urmare a aplicării politicii de clemență și/sau a procedurii de recunoaștere a faptei anticoncurențiale, instrumente aflate la dispoziția Consiliului Concurenței, care presupun cooperarea efectivă a operatorilor economici cu autoritatea de concurență. De asemenea, operatorul economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență și să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Autoritățile/ entitățile contractante, aplicând principiul proporționalității, au libertatea de a evalua, de la caz la caz, măsurile luate de operatorii economici și dovezile în susținerea acestora, ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii avute în vedere, în funcție de particularitățile situației care face obiectul analizei. Atunci când fac evaluarea în sensul prevederilor anterior menționate, autoritățile/ entitățile contractante pot solicita sprijinul Consiliului Concurenței, de la caz la caz, atunci când consideră necesar”.

Prin urmare, autoritatea contractantă are obligația de a face o evaluare completă și transparentă privind dovezile furnizate de ofertant în vederea demonstrării credibilității potrivit prevederilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, ținând seama de gravitatea și circumstanțele abaterii profesionale săvârșite de acesta, solicitând chiar sprijinul Consiliului Concurenței în evaluarea acestor dovezi.

Or, în speță, o astfel de evaluare completă și transparentă nu a fost realizată deloc de autoritatea contractantă, care s-a mulțumit să enumere generic în procesele verbale de evaluare nr. 30611/28.12.2020 și nr. 30826/30.12.2020, documentele depuse de ofertantul Diferit, fără să facă nicio evaluare, fără să ajungă la nicio concluzie.

În plus, documentele depuse de ofertantul ... nu sunt suficiente în vederea demonstrării credibilității, raportat la tipul dovezilor enumerate de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

- 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.

Ofertantul Diferit a depus simple decizii interne privind nominalizarea unor persoane pentru „coordonarea efortului de aplicare și reglare” a programului de conformare cu regulile concurenței, un contract de asistență juridică cu o firmă de avocatură care i-a asistat pe parcursul investigației declanșate de Consiliul Concurenței, liste cu persoane care au participat la traininguri de conformare cu regulile de concurență și procese verbale de instruire etc. Toate aceste documente nu fac însă dovada unor măsuri concrete și adecvate privind „reabilitarea” operatorului economic, mai ales ținând cont de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii sancționate de Consiliul Concurenței.

Astfel cum reiese din Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, ... a fost găsit vinovat de săvârșirea unei încălcări grave a regulilor de concurență, constând în participarea la o practică de tip cartel, de împărțire a unei piețe regionale, vizând trucarea licitațiilor vreme de 2 ani și 6 luni. ... a primit și cea mai mare amendă dintre cele patru societăți participante la această înțelegere de tip cartel.

De asemenea, contestatoarea invocă faptul că oferta ... este neconformă deoarece propunerea tehnică nu respectă cerințele caietului de sarcini.

1. În acest sens, contestatoarea invocă lipsa menționării riscurilor și măsurilor de eliminare a acestora, prevăzute în caietul de sarcini.

Conform caietului de sarcini, pct. 4 (pag 13-14):

4. Ipoteze și riscuri

În pregătirea ofertei, ofertanții trebuie să aibă în vedere cel puțin ipotezele și riscurile descrise exemplificativ în continuare și să estimeze posibilele efecte ale acestora.

În acest sens, la întocmirea ofertei/Ofertantul trebuie să ia în considerare resursele necesare (de timp, financiare și de orice altă natură), pentru implementarea strategiilor de risc propuse.

Ipotezele considerate la momentul inițierii atestei proceduri de achiziție sunt:

a. serviciile solicitate sunt descrise explicit în caietul de sarcini și sunt reglementate prin legislație specifică, accesibilă tuturor factorilor interesați;

b. nu se prevăd schimbări ale cadrului instituțional și legal care să afecteze major implementarea și defășurarea în bune condiții a Contractului;

c. toate Informațiile, datele și documentațiile relevante și disponibile pentru prestarea/realizarea serviciilor în legătură cu obiectivul de investiții vor fi puse la dispoziția Contractantului, în măsura în care sunt la dispoziția autorității contractante;

d. buna cooperare între toate părțile implicate; autoritate contractă, contractant, autorități competente și orice alți factori relevanți implicați.

În pregătirea ofertei, ofertanții trebuie să aibă în vedere cel puțin riscurile descrise în continuare. Riscurile cu cea mai mare probabilitate de apariție pe perioada derulării Contractului, identificate de autoritatea contractantă în etapa de pregătire a documentației de atribuire, pot consta în;

i. întârzieri în emiterea autorizațiilor/avizelor etc, ce urmează a fi puse la dispoziție de către autoritatea contractantă sau contractant, după caz,

ii. apariția unor eventuale dificultăți de colaborare și comunicare între diferiți factori interesați și anume: Contractant, autoritățile competente, autoritate contractantă, alți contractanți ai autorității contractante,

iii. existența de erori de proiectare/omisiuni în documentele puse la dispoziție de autoritatea contractantă, neidentificate până la momentul inițierii acestei proceduri;

iv. neîncadrarea în termenul stabilit pentru finalizarea serviciilor prin Contractul ce rezultă din aceasta procedură;

v. apariția de solicitări specifice ale autorităților competente referitoare la amplasamentul obiectivului/proiectului de investiții, inclusiv situația în care parametrii pentru anumite caracteristici/activități stabiliți de autoritățile competente sunt mai stricți decât parametrii propuși de contractant;

vi. adăugarea de activități/solicitări de informații noi, în funcție de progresul activităților;

vii. datele și informațiile comunicate de către autoritatea contractantă nu sunt suficiente sau sunt incomplete pentru îndeplinirea cerințelor solicitate prin prezentul caiet de sarcini,

viii. depășirea duratei de realizare a activităților asumată prin propunerea tehnică;

Pentru riscurile incluse în acest capitol, autoritatea contractantă nu va accepta solicitări ulterioare de reevaluare a condițiilor din propunerea financiară și/sau tehnică, respectiv de modificări la contract, dacă Oferta Contractantului nu a inclus diligențele necesare, respectiv includerea de măsuri pentru eliminarea sursei de risc sau diminuarea impactului acestuia.

Propunerea tehnică a ... nu conține această descriere a riscurilor și măsurilor de eliminare a acestora, prevăzute în mod obligatoriu prin caietul de sarcini.

În acest sens, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului clarificări prin adresa nr. 9762/30.04.2020, respectiv să indice unde sunt descrise riscurile, iar ofertantul a răspuns prin adresa nr. 2662/05.05.2020, răspuns considerat parțial. Autoritatea a solicitat din nou clarificare, prin adresa nr. 10393/11.05.2020 privind modul de gestionare a riscurilor, ofertantul a răspuns prin adresa nr. 2840/12.05.2020, indicând anumite pagini din ofertă unde ar fi cuprinse acestea.

Însă, în urma evaluării propunerii tehnice și a răspunsurilor de clarificări date de experții tehnici cooptați în procedură care au întocmit raportul cu privire la evaluarea tehnică nr. 10705/14.05.2020, au reținut că oferta tehnică a ...este neconformă, acesta indicând în răspunsurile de clarificări pagini din oferta tehnică unde nu se regăsesc descrise riscurile minime cerute în caietul de sarcini (pag. 13).

Prin urmare, în ceea ce privește tratarea riscurilor precum și a măsurilor de eliminare a acestora, ofertantul Diferit nu a respectat prevederile caietului de sarcini, în care sunt menționate riscurile pe care ofertanții trebuie să le aibă în vedere (cel puțin ipotezele și riscurile descrise exemplificativ) și să estimeze posibilele efecte ale acestora. Conform mențiunilor din raportul experților cooptați nr. 10705/14.05.2020, Diferit nu a descris riscurile minime cerute în caietul de sarcini sau a tratat alte riscuri și măsuri decât cele specificate în caietul de sarcini.

În ciuda acestor deficiențe ale propunerii tehnice a ofertantului ..., sesizată de experții tehnici cooptați, comisia de evaluare a înțeles să ignore aceste aspecte de neconformitate ale ofertei tehnice a ... și să considere cerința îndeplinită, menționând în procesul verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. 28186/03.12.2020:

„Comisia de evaluare nu își însușește opiniile experților cooptați referitoare la analiza de risc, la necesitatea detalierii suplimentare a modului de realizare POE, DTAS și Asistența tehnică”.

2. Nerespectarea cerințelor cu privire la POE

Conform cerințelor caietului de sarcini (pag. 3 și pag.7):

Documentația tehnică va fi întocmită cu respectarea prevederilor HG 907/2016, privind etapele de elaborare și conținutul cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Proiectul Tehnic și Devizul general se vor întocmi conform HG 907/2016. Ofertanții își vor include în prețul ofertei și valoarea documentațiilor de specialitate necesare în vederea obținerii avizelor favorabile.

În cadrul Proiectului Tehnic, Organizarea de Șantier se va prezenta printr-un deviz separat cu articole de deviz corelate cu activitățile și

lucrările aferente organizării de şantier în funcţie de propriul sistem de management.

Ofertantul Diferit nu a descris în propunerea tehnică metodologia de realizare a POE.

Acest aspect de neconformitate a fost consemnat în raportul cu privire la evaluarea tehnică nr. 10705/14.05.2020, întocmită de experţi tehnici cooptaţi.

Comisia de evaluare a ignorat din nou concluziile experţilor tehnici cooptaţi în ce priveşte neconformitatea propunerii tehnice a Diferit, reţinând în procesul verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. 28186/03.12.2020 (pag. 9-10) că cerinţa ar fi îndeplinită:

„Având în vedere precizările caietului de sarcini pag. 7 „Proiectul Tehnic şi DG se vor întocmi conform HG 907/2016. În cadrul proiectului tehnic, Organizarea de şantier se va prezenta printr-un deviz separat”, comisia de evaluare consideră cerinţa îndeplinită.”

În opinia contestatoarei, considerentele comisiei de evaluare sunt greşite şi nelegale, în condiţiile în care conform constatărilor experţilor tehnici cooptaţi, în propunerea tehnică a Diferit nu a fost descrisă metodologia de realizare a POE, în conformitate cu HG nr. 907/2016.

Conform HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare şi conţinutul-cadru al documentaţiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiţii finanţate din fonduri publice, Anexa 9, pct.C:

„C. CONȚINUTUL-CADRU AL PROIECTULUI DE ORGANIZARE A EXECUȚIEI LUCRĂRILOR - P.O.E.

P.O.E. este necesar în toate cazurile în care se realizează o investiție și se prezintă, de regulă, împreună cu documentația tehnică pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții, în condițiile legii.

Proiectul de organizare a execuției lucrărilor trebuie să cuprindă descrierea tuturor lucrărilor provizorii pregătitoare și necesare în vederea asigurării tehnologiei de execuție a investiției, atât pe terenul aferent investiției, cât și pe spațiile ocupate temporar în afara acestuia, inclusiv cele de pe domeniul public, după cum urmează:

I. Piese scrise

1. Lista și semnăturile proiectanților

Se completează cu numele în clar și calitatea proiectanților, precum și cu partea din proiect pentru care răspund.

2. Memoriu

Acesta va cuprinde:

- descrierea lucrărilor provizorii: organizarea incintei, modul de amplasare a construcțiilor, amenajărilor și depozitelor de materiale;*
- asigurarea și procurarea de materiale și echipamente;*
- asigurarea racordării provizorii la rețeaua de utilități urbane din zona amplasamentului;*
- precizări cu privire la accesuri și împrejurimi;*
- precizări privind protecția muncii.*

Elementele tehnice de avizare privind racordarea provizorie la utilitățile urbane din zonă, necesare în vederea obținerii acordului unic,

se vor prezenta în cadrul fișelor tehnice întocmite în proiectul pentru autorizarea executării/desființării lucrărilor de construcții, după caz.

II. Piese desenate

Plan general

a) la lucrările de mai mare amploare se redactează o planșă realizată conform planului de situație privind amplasarea obiectivelor investiției, cuprinzând amplasamentul investiției și toate amenajările și construcțiile provizorii necesare realizării acestora;

b) la lucrările de mai mică amploare elementele de organizare a executării lucrărilor vor putea fi prezentate și în planul de situație privind amplasarea obiectivelor investiției al proiectului pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții.

Fiecare planșă prezentată în cadrul secțiunii II "Piese desenate" va avea în partea dreapta jos un cartuș care va cuprinde numele firmei sau al proiectantului elaborator, numărul de înmatriculare sau numărul autorizației, după caz, titlul proiectului și al planșei, numărul proiectului și al planșei, data elaborării, numele, calitatea și semnătura elaboratorilor și ale șefului de proiect."

Prin urmare, P.O.E. este o documentație distinctă, care trebuie realizată pentru orice investiție, și nu este inclus în PAC DTAC, cum a susținut ofertantul în răspunsul la clarificări.

În lipsa acestei documentații obligatorii P.O.E., nu se va putea obține Autorizația de Construire pentru lucrările ce fac obiectul procedurii, în condițiile Legii nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții, unde în Anexa I sunt specificate clar documentațiile care stau la baza emiterii Autorizației de Construire:

„CONȚINUTUL-CADRU al documentației tehnice D.T. pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții

Documentația tehnică - D.T. pentru autorizarea executării/ lucrărilor de construcții se elaborează de proiectanți autorizați, persoane fizice sau juridice, în condițiile prevederilor art. 9 din prezenta lege și, după vizarea spre neschimbare, se dezvoltă în proiectul tehnic întocmit conform prevederilor legale în vigoare, în concordanță cu cerințele certificatului de urbanism, cu conținutul avizelor, acordurilor, punctului de vedere al autorității pentru protecția mediului, competente, precum și, după caz, al actului administrativ al acesteia, cerute prin certificatul de urbanism.

Documentația tehnică - D.T. pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții se întocmește pentru:

- autorizarea executării lucrărilor de construire - D.T.A.C.;*
- autorizarea executării lucrărilor de desființare - D.T.A.D.;*
- autorizarea executării organizării lucrărilor - D.T.O.E."*

Prin urmare, în lipsa Proiectului de Organizare a Execuției Lucrărilor (POE), ofertantul ...nu va putea realiza obiectul contractului de lucrări ce face obiectul prezentei proceduri (mai ales în condițiile în care ofertantul ...are sediul în județul Cluj, iar aceasta nu va putea să execute obiectivul fără o organizare de șantier la locul execuției lucrărilor, județul Arad

aflându-se la o distanță de 300 km), aspect extrem de grav și ignorat în mod voit de autoritatea contractantă.

Prin urmare, decizia autorității contractante de a nu respinge oferta Diferit ca neconformă este nelegală, în condițiile în care oferta Diferit nu respectă cerințele documentației de atribuire și este, prin urmare, neconformă, potrivit dispozițiilor art. 215 alin.(5) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, evaluarea realizată de autoritatea contractantă a încălcat în mod grav principiile tratamentului egal și nediscriminării, consacrate de art. 2 din Legea nr. 98/2016, prin faptul că în mod constant a favorizat ofertantul ... prin solicitări de clarificări repetate, creându-i acestuia un avantaj nelegal în raport cu ceilalți ofertanți și prin faptul că a ignorat cu bună știință și cu încălcarea flagrantă a legii neconformitățile evidente ale ofertei acestuia, neconformități constatate și de experții tehnici cooptați, în timp ce în privința ofertei ..., autoritatea nu a făcut minime diligențe să îi solicite o clarificare privind documentația reevaluată.

Autoritatea contractantă a depus în copie, un set de documente necesare soluționării cauzei, anexate punctului de vedere nr. 1601/22.01.2021 înregistrat la Consiliu sub nr. 3771/25.01.2021 cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL, precum și punctul de vedere nr. 1602/22.01.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 3772/25.01.2021, cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

Cu privire la contestația SC ... SRL, prin punctul de vedere nr. 1601/22.01.2021, autoritatea contractantă menționează că după parcurgerea etapelor evaluării, așa cum sunt ele prevăzute în legislația de specialitate, a emis raportul procedurii, nr. 17.410/31.07.2020 precum și comunicările către ofertanți privind oferta câștigătoare și respectiv rezultatul procedurii, la data de 31.07.2020.

Contestatorul a formulat contestație, în urma căreia s-a emis Decizia nr....., care dispune reevaluarea ofertei sale, de la etapa de evaluare tehnică.

Comisia de evaluare a procedat la reevaluarea acestei oferte, precum și a celei depuse de SC ... SRL, conform dispozitivului Deciziei nr.....

Înscrisurile comisiei de evaluare se bazează, în parte, și pe rapoartele experților cooptați. Dat fiind faptul că raportul expertului cooptat la etapa de evaluare tehnică, care a descalificat oferta depusă de Asocieria ..., nr. 76/18.09.2020, a fost desființat prin decizia CNSC, comisia de evaluare a procedat la reevaluarea ofertei.

În urma obținerii Avizului conform necondiționat ANAP, nr. 14948/1173/CN1018721/AC/24.09.2020, a calificat oferta tehnică depusă de către Strabag.

În paralel, prin decizia comună emisă de CNSC, se stabilesc măsuri de remediere pentru oferta depusă de SC ... SRL, în sensul înlocuirii terțului susținător. Ca urmare a demersului comisiei de evaluare, de a solicita prin clarificare înlocuirea, precum și a înscrisurilor depuse de SC ... SRL, a fost admisă la etapa de evaluare DUAЕ, după primirea Avizului conform Necondiționat de către ANAP, oferta acestuia.

Decizia CNSC fiind în termen de contestare, ofertantul SC ...SRL și-a exercitat dreptul și a depus la Curtea de Apel Timișoara plângere împotriva Deciziei nr.....

Comisia de evaluare a continuat evaluarea financiară a ofertelor calificate în această etapă, iar ulterior s-a emis Decizia civilă nr.1176/16.11.2020, care modifică în parte decizia CNSC, în ceea ce privește modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, în ceea ce privește oferta depusă de către SC ...SRL.

Comisia de evaluare reia evaluarea de la etapa DUAЕ, cu parcurgerea etapelor tehnică, financiară, documente suport DUAЕ și obținerea Avizelor de la ANAP (Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/1492/ CN1018721/AC/03.12.2020 - etapa de evaluare DUAЕ - vol. 2, pag.300, Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/1518/CN1018721/AC/ 07.12.2020 - etapa de evaluare tehnică - vol. 2, pag 402, Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/1567/CN1018721/AC/15.12.2020 - etapa de evaluare financiară - vol. 2, pag.485, Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/2/CN1018721/AC/04.01.2021 - raportul procedurii - vol.3, pag.534).

În cadrul etapei de evaluare financiară, s-a evaluat oferta financiară depusă de către Asocieria ..., atingând aceleași puncte ca și în cazul celorlalte oferte depuse, pentru asigurarea unei verificări liniare pe orizontală.

În contradictoriu cu cele menționate în contestație de către Asocieria ..., referitor la faptul că nu se impunea prezentarea de liste de cantități, de utilaje și de explicații ale consumurilor folosite la întocmirea ofertei, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- comisia de evaluare, în cadrul procesului verbal de evaluare a propunerilor financiare nr. 21.922/25.09.2020, a analizat oferta depusă de către Asocieria și a constatat că valoarea ofertată se încadrează în valoarea estimată de autoritatea contractantă, 44.167.262,18 lei fără TVA, reprezentând 83,82% din aceasta.

Ca urmare, comisia de evaluare va solicita clarificări în temeiul art. 210 din Legea 98/2016, referitor la fundamentarea prețului aparent deosebit de scăzut, după analiza pe componente, unde față de valorile estimate pe tipuri de lucrări în DALI, apar diferențe semnificative (+/- 20%) pentru pozițiile:

- Amenajări pentru protecția mediului și aducerea terenului la starea inițială 45.714,70 față de estimat 104.531,90 lei fără TVA,

- Terasamente 1.881.388,88 față de estimat 1.162.890,73 lei fără TVA,

- Structura rutieră 28.201.734,78 față de 35.828.793,24 lei fără TVA

- Siguranța circulației 1.825.132,71 față de 1.495.858,71 lei fără TVA

- Lucrări de construcții și instalații aferente organizării de șantier și cheltuieli conexe 173.333,21 față de 734.838,72 lei fără TVA.

Pentru fundamentarea economică a prețului aparent deosebit de scăzut ofertat, pe unele componente de execuție, se solicită justificare/mod de calcul care a determinat valoarea/tip de lucrare, însoțit de documente care susțin valoarea precum și depunerea Formulelor F1-F3 și a extraselor de resurse C4-C9, pentru a se corela explicațiile prezentate pentru punctele evaluate ca fiind critice din propunerea financiară cu oferta în ansamblul ei și pentru a asigura evaluarea unitară a ofertelor calificate în etapa financiară.

Față de criticile contestatoarei, care invocă caracterul special al contractului, de proiectare și execuție, precum și faptul că una din rezultatele contractului va fi proiectul tehnic, care generează și listele de cantități, precum și cantitățile de materiale, utilaje și forță de muncă necesare, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- documentația standardizată pusă la dispoziție de ANAP pentru contractele de proiectare și execuție, prevede decontarea pe sume forfetare, conform Anexei 1 la Formularul de ofertă. Ca atare, valorile declarate de ofertant în cadrul propunerii financiare sunt cele care vor sta la baza decontării atât pentru serviciile de proiectare cât și pentru cele de execuție;

- conform Avizului Conform Condiționat de către ANAP cu nr. 14948/930/CN1018721/AC/10.06.2020, se impune: *"Exercitarea de către comisia de evaluare a atribuțiilor prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, respectiv reevaluarea ofertelor financiare depuse de către ofertanți cu respectarea prevederilor art. 127 alin. (1) lit. h), art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016"* pentru a se asigura o analiză a ofertelor financiare prin care comisia să stabilească faptul că elementele componente ale ofertelor financiare, nu se încadrează în prevederile art. 210 din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu prevederile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă arată, astfel, faptul că nu s-a procedat la solicitarea unor informații sau documente care exced prevederilor documentației de atribuire, astfel cum susține contestatoarea, ci la aplicarea cadrului legal în vigoare.

Ofertantul a răspuns în termen solicitărilor de clarificare, iar în urma analizării listelor de cantități și a extraselor de resurse, în baza raportului expertului cooptat nr.22.605/05.10.2020, s-au solicitat clarificări suplimentare, referitoare la:

- cheltuielile cu stația de sortare / concasare
- cheltuieli diverse cu stația de mixturi asfaltice
- conținutul de bitum pt mixturi
- sumele paușale prevăzute pentru Reparație pod km 103+833
- detalierea costurilor cu proiectarea
- consumuri specifice pentru utilajele cu număr mare de ore de funcționare pentru care se solicită înscrisuri (fișă utilaj, extras catalog/pagina web producător, etc) care certifică consumurile declarate.

La analizarea răspunsului postat de contestator în termen în SEAP, s-a luat în considerare și raportul depus de expertul cooptat, răspunsurile la unele dintre solicitări fiind parțiale. Astfel:

-Referitor la Cheltuielile cu stațiile, unde constantele au valori diferite, ofertantul a răspuns invocând productivități diferite și prezentând două tabele. Analiza se prezintă raportat la o producție estimată a anului 2020, iar costurile unitare rezultă din folosirea unei valori totale de producție estimate, la rândul ei. Comisia de evaluare constată că nu se pot justifica astfel constantele folosite la justificarea prețului ofertat. Pentru a avea o analiză pertinentă a cheltuielilor cu stația de sortare/concasare, se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel: se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat, 2019, pentru completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv. Cantitățile produse/sorturi, detaliate în tabel, vor fi susținute cu înregistrări contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare sort.

-Referitor la Conținutul de bitum pt mixtura BA 16, ofertantul prin răspuns indică art.48 din AND 605. Comisia de evaluare constată că, folosind datele disponibile la acest moment, nu rezultă un conținut de bitum de minim 5,5%, pe cale de consecință nu este respectat AND 605. Calculul pe care îl efectuează ofertantul, conform răspunsului nr. 1714/09.10.2020 utilizează coeficientul $a=2.650/d$, unde „d” are valoare verificată de laborator. Din documentele prezentate în răspuns, nu se regăsește Buletin de analiză din care să rezulte această valoare.

Se solicită un înscris de tip Buletin de analiză, cu număr, dată și semnătură de certificare a conformității documentului. Calculele se vor reface cu valoarea rezultată din Buletinul de analiză.

- Pentru consumurile anumitor tipuri de utilaje din lista de resurse, ofertantul atașează „fișele utilajelor”. Se solicită depunerea de fișe de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile utilajelor și implicit consumurile.

Prin răspunsul la solicitările de clarificare, ofertantul nu a clarificat cele solicitate, astfel:

- Referitor la „Cheltuielile cu stația de sortare / concasare” și „Cheltuieli diverse cu stația”, ofertantul nu mai dorește să răspundă punctual și să argumenteze solicitările comisiei de evaluare invocând că: "Antreprenorul și-a stabilit prețurile în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări" și astfel se rezumă la prezentarea unui simplu tabel centralizator din care rezultă totalul cantităților prelucrate în cursul anului 2019. Cu toate acestea ofertantul face referire expresă la prevederile art. 127 din anexa la HG nr. 395/2016, care stipulează că legiuitorul a stabilit în sarcina comisiei de evaluare "obligația de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție respectiv, precum și dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din lege",

dar în concluzie ofertantul consideră că nu este necesar să prezinte comisiei de evaluare toate valorile și calculele aritmetice pentru verificarea prețurilor unitare utilizate în prezenta procedură.

Totodată, ofertantul invocă existența stării de urgență pe teritoriul României la data depunerii ofertei inițiale și a faptului că analiza economică riguroasă făcută de acesta asupra economiei naționale, probabil în urma analizei evoluției indicatorilor economici determinați, făcând precizarea că aceasta (starea de urgență) "*a avut un impact major asupra activității economice*" și un rol determinant în stabilirea ofertei financiare a acestuia.

Autoritatea contractantă face precizarea că termenul limită de depunere a ofertelor a fost 16.03.2020, ora 15:00 în sistemul SICAP, iar Decretul privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României este decretul nr. 195 din 16.03.2020 emis de către Președintele României și publicat în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 212 din data de 16.03.2020 (ziua depunerii), ceea ce nu are nici o relevanță asupra analizei ofertelor în cadrul acestei proceduri.

La solicitarea comisiei de evaluare de prezentare a susținerii "cu înscrisuri contabile", ofertantul prezintă tabelar producția anuală pe fiecare sort și atașează redevențe miniere aferente celor patru trimestre 2019, din care rezultă doar cantitatea totală exploatată în anul 2019, dar nu prezintă cheltuielile cu stația de sortare/concasare și modalitatea de calcul a acestora pe baza înscrisurilor contabile.

Astfel, ofertantul nu poate justifica și susține "cu înscrisuri contabile", constantele stației de sortare/concasare, ceea ce duce la imposibilitatea verificării prețurilor unitare pentru piatră spartă 15-25mm, piatră spartă 40-63 mm, nisip de concasare sort 0-0. Criblură dublu concasată 4-8, 8-16, 16-22,4 și 16-31,5.

Având în vedere modul de a clarifica solicitarea punctuală a comisiei de evaluare, precum și lipsa de înscrisuri contabile aferente cheltuielilor stației de sortare/concasare, comisia de evaluare consideră răspunsul ofertantului la clarificarea solicitată ca fiind neconcludent.

- Referitor la conținutul de bitum, ofertantul prezintă un înscris cu titlu "*Anexa 1, pag. 2 Rețeta M003 Mixtură asfaltică*" aparent identic dar cu conținut diferit, fapt pentru care comisia de evaluare a solicitat noi clarificări în acest sens. De asemenea în răspunsul nr. 1787/21.10.2020 - se face precizarea expresă a conținutului de bitum din mixtura asfaltică ca fiind determinat la o valoare minimă de bitum de 5,3%, dar "din caracteristici pe cilindri Marshal rezultă conținutul optim de bitum de 5,5%", fără a pune la dispoziție documente edificatoare în acest sens. La solicitarea expresă a comisiei de evaluare prin solicitarea de clarificare nr. 23995/19.10.2020, pct. 3 privind prezentarea unui "*înscris de tip Buletin de analiză, cu nr. dată și semnătură de certificare a conformității documentului*", ofertantul nu respectă această cerință, prezentând un document incomplet și neconform. Comisia de evaluare consideră răspunsul ofertantului ca fiind neconcludent.

- Pentru anumite consumuri din extrasul de utilaje, se constată deficiențe/răspunsuri incomplete pentru următoarele poziții:

- Autogreder până la 175 cp (2 poziții) - fișa prezentată nu indică puterea utilajului; având în vedere că în extrasul de utilaje sunt indicate 2 tipuri de autogreder, se solicită depunerea de fișe de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile utilajelor; Ofertantul a depus factura de achiziție a utilajului, o poză a datelor de identificare a utilajului și specificațiile utilajului. Din specificațiile utilajului rezultă următoarele:

- greutatea utilajului de 15.800 kg (pag. 39 din răspuns nr. 1787/21.10.2020) vis - a - vis de răspunsul ofertantului nr. 1714/09.10.2020, pag. 56, din care rezultă o greutate de 15.600 kg;
- puterea motorului: 112kw = 150 CP - se încadrează sub 175 CP;
- din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.

"Autogudronator 3500-3600 I - fișa prezentată este pentru un utilaj cu capacitatea de 8000 I", se solicită depunerea fișei de utilaj cu capacitatea de 3500-3600 I, conform extrasului de utilaje.

Ofertantul confirmă că deține un autogudronator / utilaj de 8.000 I, cu un consum de combustibil de 8l/h. Dacă se ia în considerare un consum minim de 12l/h la un autocamion/autopropulsor, echivalent se ajunge la un consum minim de 20l/h/utilaj autogudronator. Preț combustibil indicat de către ofertant este de 4,63 lei/l. Așadar, doar consumul pentru 1 oră de funcționare este echivalent valoric cu 92,6 lei/oră (20 l x 4,63 lei). Tariful orar prezentat de ofertant în propunerea financiară - C8 este doar de 72,00 lei/ora de funcționare.

- Compactor static autopropulsat cu rulouri (valțuri), r 8-14,14 tf și Compactor static autopropulsat pe pneuri 10,1-16 tf - fișa prezentată pentru cilindru compactor nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;

Ofertantul a depus factura de achiziție pentru utilajul Bomag BW 216 DHC-3 (Compactor static autopropulsat cu rulouri 8-14,14 tf) și o fișă a aceluiași utilaj iar pentru Compactor static autopropulsat pe pneuri 10,1-16 tf, o fișă tehnică producător HAMM. Din verificarea documentelor, comisia de evaluare concluzionează următoarele:

- Compactor static autopropulsat cu rulouri (valțuri), r 8-14,14 tf;
- În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 57 este prezentat utilajul HAMM DV 90i - greutate utilaj 8.600 kg;
- În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 49 este prezentat utilajul HAMM DV+ 90i VO-S - greutate utilaj 9.350 kg - 12.180 kg; Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
- Compactor static autopropulsat cu rulouri (valțuri), 10,1 -16 tf:
- În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 58 este prezentat utilajul BOMAG BW216DH - greutate utilaj 15.630 kg;

- În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 45 este prezentat utilajul BOMAG din seria BW216DH ca fiind BW216DH-4 - greutate utilaj 16.600 kg;
- Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
 - Încărcător frontal pe pneuri cupă până la 2,6-3,9 – fișa prezentată este pentru un încărcător cu cupa de max 3,5 mc, utilajul din extrasul de utilaje este pentru 2,6-3,9 mc - clarificați
- În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 59 este prezentat utilajul JCB 457ZX - greutate utilaj 21.645 kg și cupă de 3,5 mc;
- În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 51 este prezentat utilajul JCB 457ZX în toate variantele constructive și de dotare cu accesorii (cupă încărcător) cu greutate cuprinsă între 19.621 kg și 20.177 kg. Accesorii cupă încărcător este prezentat cu variante cuprinse între 3,1 mc și 3,5 mc;
- Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
 - Repartizator finisor mixturi asfaltice motor termic fără palpator 92 cp - fișa prezentată nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile; având în vedere anul de fabricație declarat, 2017, justificați generația de utilaj, în 2017 Voegel produce utilaje de generația 3 nu 1.
- În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 60 este prezentat utilajul VOEGELE 1603-1 - putere 92CP (identic cu C8 - ofertă financiară);
- În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 56 este prezentat utilajul VOEGELE 1603-3i, putere cuprinsă între 106kw și 116kw, respectiv 142CP și 155CP;
- Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
 - Tractor pe pneuri- 65 cp- fișa prezentată nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;
- În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 61 este prezentat utilajul TRACTOR DEUTZ FAHR 6150 AGROTON - putere nespecificată, greutate 6.560 kg;
- În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 61 sunt prezentate utilaje TRACTOR DEUTZ FAHR alte modele decât cel specificat, cu putere cuprinsă între 149 CP și 201 CP;
- Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
 - Vibrator de interior pentru beton, acționat electric, 0,9-1,5 kW- fișa prezentată nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;

Ofertantul nu prezintă o fișă tehnică de la producătorul utilajului, cu caracteristicile tehnice, se regăsește în răspunsul ofertantului doar o

factură de achiziție utilaje printre care se regăsește și un vibrator beton 1,5 KWA și vibrator beton 4 CP.

- Freza reciclator 2100 DCR - fișa prezentată nu indică caracteristicile utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;

În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 63 este prezentat utilajul WIRTGEN RACO 350, greutate 22.000 kg și un consum de combustibil de 18 l/h;

În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 67 este prezentat utilajul WIRTGEN RACO 350, greutate 21.350 kg și un consum de combustibil cuprins între 48l/h (la 2/3 din capacitate) și 78l/h (la 1/1 din capacitate);

La utilizarea la capacitate normală (1/1) a frezei reciclator, doar valoarea consumului de combustibil/oră, depășește cu mult tariful orar prezentat în propunerea financiară a ofertantului.

Comisia de evaluare consideră răspunsul ofertantului, în ceea ce privește utilajele ca fiind neconcludent.

În ceea ce privește atribuțiile comisiei de evaluare, aceasta a procedat cu maximă diligență în ceea ce privește modul de evaluare al ofertei financiare depuse în SEAP de contestatoare, pe calea solicitărilor de clarificare, repetate. Nu s-a uzat excesiv de prevederile art.134 alin. (5), în sensul că după primul răspuns, evident incomplet, comisia de evaluare a considerat că nu se impune sancționarea disproporționată, prin respingerea ofertei, așa cum de altfel a concluzionat expertul cooptat prin raportul său parțial.

Dimpotrivă, considerând că se impun anumite completări ale celor prezentate în răspuns, care nu reprezintă modificări substanțiale ale ofertei depuse, comisia și-a continuat eforturile de evaluare a ofertei cu intenția evidentă de a încheia contractul supus licitației, nicidecum de a respinge ofertele depuse, așa cum se insinuează prin contestație.

În cazul cheltuielilor cu exploatarea și întreținerea stațiilor, neclarificarea acestora poate duce la costuri ascunse, a căror nedeclarare la momentul ofertării, nici după solicitările de clarificare, pot periclita ducerea la bun sfârșit a contractului.

În cadrul evaluării, atitudinea comisiei de evaluare a fost conformă principiilor achizițiilor publice, iar demersul are ca scop, nu doar declarat, ci efectiv, încheierea unui contract de proiectare-execuție, sub rezerva calificării doar a ofertelor care îndeplinesc toate cerințele legale.

Ca urmare a celor consemnate în analiza propunerii financiare, completată cu răspunsurile la solicitările de clarificare, comisia de evaluare respinge oferta depusă de Asocieria SC SRL ca fiind: inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.(5) din HG nr. 395/2016 și neconformă, în temeiul articolul 136 din HG nr. 395/2016 .

Cu privire la contestația SC ...SRL, prin punctul de vedere nr. 1601/22.01.2021, autoritatea contractantă menționează că după parcurgerea etapelor evaluării, așa cum sunt ele prevăzute în legislația

de specialitate, a emis raportul procedurii nr.17.410/31.07.2020, pe care l-a încărcat în SEAP la data de 31.07.2020, precum și comunicările către ofertanți privind oferta câștigătoare (SC ... SRL) și respectiv rezultatul procedurii, la data de 31.07.2020.

Prin Decizia nr. ..., CNSC a dispus, referitor la oferta SC ... SRL, reevaluarea de la etapa DUAЕ, referitor la cerința de calificare pentru care a fost declarat terț susținător SC Rionvil SRL.

Comisia de evaluare a procedat la reevaluarea acestei oferte, precum și a celei depuse de SC Asocierea SRL - SC ... SRL, conform dispozitivului Deciziei nr.

Ca urmare a plângerii formulată de către ofertantul SC ... SRL la decizia Consiliului, Curtea de Apel Timișoara a emis Decizia civilă nr. 1176/16.11.2020, care modifică în parte decizia CNSC, în ceea ce privește modul de îndeplinire a criteriilor de calificare referitor la oferta depusă de către SC ... SRL.

Conform motivării din Decizia civilă nr. 1176/16.11.2020, se impune remedierea măsurii dispuse de CNSC, de înlocuire a terțului susținător - la care comisia de evaluare a procedat, deoarece *„art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 a fost aplicat eronat de CNSC. Și aceasta, întrucât textul de lege reglementează în clar care sunt situațiile de excepție, limitativ prevăzute, în care autoritatea contractantă poate solicita înlocuirea terțului susținător: dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, astfel cum sunt stabilite de lege [...] și nici încadrarea sa în vreunul din textele art. 164, 165 sau 167 din Legea nr. 98/2016.”*

La oferta depusă de către SC ... SRL, terțul susținător ...S.R.L. nu se regăsește în niciuna dintre situațiile care permit solicitarea înlocuirii terțului susținător.

Curtea constată că CNSC a efectuat o aplicare incorectă a dispozițiilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, și a indicat autorității contractante să solicite ofertantului să procedeze la înlocuirea terțului susținător cât timp exigențele legale în acest sens, astfel cum au fost analizate, nu se regăseau în cauză.

Nedepunerea documentelor din partea terțului susținător care să releve, conform legii, modul efectiv în care avea a se implica în executarea angajamentului ferm de susținere - obligație legală prevăzută imperativ în sarcina ofertantului - nu poate fi asimilată vreuneia din ipotezele instituite de art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, astfel încât să fie permisă înlocuirea terțului susținător.

Nedepunerea acestor înscrisuri cerute de lege de către ofertant și emenate de la terțul susținător nici în etapa clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă determină automat sancțiunea instituită de art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, aceea de respingere a ofertei incomplete, ca inacceptabilă.

Curtea apreciază „caracterul incomplet al ofertei operatorului economic ... SRL, relativ la absența documentelor cerute de lege în privința angajamentului ferm al terțului susținător, concluzie ce face ca, celelalte critici vizând solicitarea de noi clarificări ofertantului ... SRL,

atestatul din partea Ministerului Apelor și Pădurilor (cerință cu privire la care nu se poate, de asemenea, aprecia că a fost îndeplinită, din moment ce atestatul aparține tot terțului susținător ...SRL indicat, dar care nu poate fi primit ca atare în susținerea ofertei pentru considerentele înfățișate), lipsa subcontractantului ce furnizează verifcatorii de proiect, nementionarea unor specialiști, lipsa expertizei tehnice pentru pod și prețul aparent neobișnuit de scăzut, să nu mai fie necesar a fi analizate, de vreme ce, singură și prin ea însăși, absența clarificărilor privind modul efectiv în care terțul susținător asigură îndeplinirea angajamentului ferm determină calificarea ofertei S.R.L. ca fiind inacceptabilă și nu poate atrage incidența art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Curtea a admis plângerea ...S.R.L. și a modificat în parte decizia CNSC nr. ... și a dispus reevaluarea ofertei depuse de intimata S.C. ... S.R.L. în conformitate cu considerentele instanței de judecată din prezenta hotărâre.

Comisia de evaluare reia evaluarea de la etapa DUAЕ, cu parcurgerea etapelor tehnică, financiară, documente suport DUAЕ și obținerea Avizelor Conforme Necondiționate aferente de la ANAP (Aviz conform necondiționat ANAP nr. 14948/1492/CN1018721 /AC/03.12.2020 - etapa de evaluare DUAЕ - vol.2, pag.300, Aviz conform necondiționat ANAP nr. 14948/1518/CN1018721/AC/07.12.2020 - etapa de evaluare tehnică - vol.2, pag 402, Aviz conform necondiționat ANAP nr. 14948/1567/ CN1018721 /AC/15.12.2020 - etapa de evaluare financiară - vol. 2, pag.485, Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/2/CN1018721 /AC/04.01.2021 - raportul procedurii - vol.3, pag. 534).

În ceea ce privește criticile contestatoarei, conform cărora autoritatea nu a procedat la reevaluare, în dosarul achiziției se regăsește procesul verbal reevaluare 2 DUAЕ, nr. 27.762/27.11.2020, unde se arată că la a doua reevaluare - cea care a urmat deciziei civile, s-a trecut la punerea în aplicare a dispozitivului acesteia și s-a respins oferta depusă de către SC ... SRL ca inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin.(2) din HG nr. 395/2016. Documentele depuse pentru dovedirea experienței similare de către SC ... SRL nu fac dovada modului de îndeplinire de către terț a experienței pe care o susține. Nici în urma răspunsului la solicitarea de clarificare (solicitarea de clarificări aferente primei evaluări, nr.7756/02.04.2020, respectiv 8519/13.04.2020), răspunsul nu satisface cerințele documentației de atribuire.

În susținerea acestei decizii a comisiei de evaluare, autoritatea contractantă invocă autoritatea de lucru judecat. Curtea de Apel Timișoara s-a exprimat prin Decizia Civilă nr.1176/16.11.2020 asupra nelegitimității reevaluării dispuse de către CNSC și a stabilit că oferta depusă de SC ...SRL este inacceptabilă, precum și faptul că urmare a neîndeplinirii cerinței de calificare, nu se mai supun judecării celelalte motive invocate de către SC ...SRL.

În temeiul autorității de lucru judecat și al caracterului definitiv al deciziei Civile, comisia de evaluare nu poate să mai facă altă evaluare, sau să solicite clarificări.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației introduse de către ... SRL.

Referitor la celelalte aspecte invocate prin contestație, conform prevederilor legale, contestatorul a cărei ofertă a fost respinsă poate formula motive de contestație doar față de propria sa ofertă, în demersul de a-și califica oferta, nu față de alte oferte cu care la momentul contestației nu se află în competiție.

Remarcile față de inacceptabilitatea ofertei declarate câștigătoare de către comisia de evaluare sunt demontate prin prezentarea, în cadrul vol.2 a avizelor conforme necondiționate emise de către ANAP la evaluarea contestată de către SC ... SRL (Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/1492/CN1018721/AC/03.12.2020 - etapa de evaluare DUAE - vol. 2, pag.300, Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/1518/ CN1018721/AC/07.12.2020 - etapa de evaluare tehnică - vol. 2, pag 402, Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/1567/CN1018721 /AC/15.12.2020 - etapa de evaluare financiară - vol. 2, pag.485, Aviz conform necondiționat ANAP nr.14948/2/CN1018721/AC/04.01.2021 - raportul procedurii - vol. 3, pag.534).

În ceea ce privește trimiterile contestatoarei către rapoartele expertului cooptat - firma SC ... SRL, sugerând astfel că nu s-a respectat întocmai părerea experților, autoritatea contractantă menționează că sprijinul acordat de către experți a fost relativ. În baza recomandărilor rapoartelor de specialitate, s-au formulat clarificări și ulterior s-au descalificat oferte care prin Decizia CNSC au fost supuse reevaluării și calificării. Încă din cursul primei evaluări, comisia de evaluare a avut o atitudine rezervată față de conținutul solicitărilor propuse de experți, precum și față de propunerile de respingere a majorității ofertelor, pe motive care nu se regăsesc în documentația de atribuire sau pentru acordarea unei importanțe exagerate tratării calificate de ei ca „superficiale” a unor capitole din caietul de sarcini (de exemplu, cap. Ipoteze și riscuri, pentru care comisia nu a fost de acord să descalifice 4 din 6 oferte, în condițiile propuse de experți, având în vedere că aspecte referitoare la subiect au fost tratate în cadrul respectivelor propuneri tehnice).

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 4590/28.01.2021, SC ... SRL, formulează cerere de intervenție în contradictoriu cu SC ... SRL prin care solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, în principal ca intervenție principală și, în subsidiar, ca intervenție în interesul autorității contractante;
- respingerea contestației formulate de ... SRL ca nefondată,
- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

Din cuprinsul contestației formulate de SRL intervenienta deduce ca oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă în considerarea următoarelor motive de fapt:

- răspuns neconcludent la solicitarea de justificare a cheltuielilor cu stația de sortare/concasare
- nerespectarea Normativului AND 605 cu privire la conținutul de bitum pentru mixture BA 16 (minim 5.5%)
- răspuns neconcludent la solicitarea de justificare a consumurilor din extrasul de utilaje.

1. Cu privire la nejustificarea cheltuielilor cu stația de sortare/concasare, autoritatea contractantă a transmis contestatoarei o solicitare de clarificări cu următorul conținut:

4 „ Pentru a avea a analiza pertinența a cheltuielilor cu stația de sortare/concasare, se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel: se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat 2019, pentru completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv. Cantitățile de produse/sorturi, detaliate în tabel, vor fi susținute cu înregistrări contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare sort”,

„Se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat 2019, pentru completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv. Cantitățile de mixturi, pe tipuri, detaliate în tabel, vor fi susținute cu înregistrări contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare tip de mixtură luat în analiză - clarificare”.

Solicitarea este clară și neechivocă și prin ea se solicită justificarea cheltuielilor cu stația de sortare/concasare prin prezentarea unei analize care să utilizeze date provenind din anul financiar 2019 respectiv prin prezentarea de înregistrări contabile din care să rezulte producția anuală pe fiecare tip de mixtură.

Principalul argument cu care contestatoarea înțelege să combată acest motiv de excludere constă în afirmația conform căreia documentația de atribuire nu conține cerințe privind întocmirea propunerii financiare prin raportare la cheltuielile aferente anului 2019.

Această afirmație nu poate fi însă primită întrucât ea ar fi trebuit formulată în cadrul unei contestații îndreptate împotriva solicitării de clarificare.

Astfel, similar celor arătate de către contestatoare cu privire la documentația de atribuire, prin necontestarea solicitării de clarificări (în care i s-a solicitat în mod explicit să se raporteze la cheltuielile aferente anului 2019) contestatoarea a acceptat conținutul acesteia și și-a asumat formularea unui răspuns în conformitate cu aceasta.

Ca urmare, orice fel de argumentație care tinde să combată conținutul acestei solicitări de clarificare se impune a fi respinsă ca tardiv formulată.

2. Cu privire la nerespectarea conținutului minim de bitum

În încercarea de a combate acest motiv de excludere, contestatoarea susține în cuprinsul contestației faptul că în conformitate cu AND 605/2016 procentul de 5.5% nu ar fi unul minim, ci unul optim, valoarea minimă fiind de 5.3%.

Afirmațiile contestatoarei nu sunt însă susținute de normativul în vigoare AND 605/2016 având în vedere că acesta prevede următoarele:

- conform tabel 16 art. 47, conținutul minim de bitum pentru mixtura asfaltică BA16 este 5,7% (și nu 5,3%)

- conform art. 47: *"Conținutul optim de liant se stabilește prin studii preliminare de laborator de către un laborator de specialitate autorizat/acreditat, ținând cont de valorile precizate în tabelul 16. În cazul în care din studiul de dozaj rezultă un procent optim de liant în afara limitei din tabelul 16, acesta va putea fi acceptat cu aprobarea proiectantului și a beneficiarului".*

- conform tabel 29, abateri față de dozajul optim pentru bitum (în valoare absolută) - /+ 0.2% rezultă cel mai puțin 5.5%, în nici un caz 5.3%.

Același normativ prevede la art. 4 și art. 6: "Mixturile asfaltice utilizate la execuția straturilor rutiere vor îndeplini condițiile de calitate din prezentul normativ. La execuția structurilor rutiere din mixturi asfaltice realizate la cald se vor utiliza mixturi asfaltice ce respectă cerințele din prezentul normativ și sunt în concordanță cu cerințele standardelor din seria SR EN13108 în vigoare."

Prin urmare, contrar susținerilor contestatoarei, normativul prevede clar conținutul acceptabil de bitum (acesta fiind de 5.7% cu o corecție de plus minus 0.2% adică între 5.5% și 5.9%) iar din însăși contestația formulată reiese că ofertantul ... nu a respectat această valoare, ci a încercat prin răspunsul la clarificări să justifice un dozaj de 5.3 % care este în mod evident neconform în raport de prevederile normativului. În cazul în care din studiul de dozaj a rezultat un procent optim de liant în afara limitei din tabelul 16 din normativul AND 605, acesta putea fi acceptat doar cu aprobarea proiectantului și a beneficiarului, aprobări pe care ofertantul ... nu a demonstrat că le are.

Ca atare, în mod temeinic și legal autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei reținând, pe de o parte caracterul neconform al acesteia (raportat la nerespectarea prevederilor normativului) și pe de altă parte caracterul inacceptabil raportat la neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificări.

3. Cu privire la nejustificarea consumului de resurse, din cuprinsul contestației rezultă faptul că autoritatea contractantă a apreciat drept nejustificate consumurile oferite de către contestatoare pentru mai multe utilaje (camion, reciclator, autogudronator).

Intervenienta dezavuează susținerea contestatoarei în sensul că aceste neconcordanțe s-ar încadra în noțiunea de abatere tehnică minoră astfel cum este aceasta definită de dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016 în considerarea faptului că valoarea lor s-ar situa sub pragul de 1% din prețul ofertat.

Aceste susțineri ale contestatoarei nu pot fi primite.

Astfel, dispozițiile art. 137 alin.(7) din HG nr. 395/2016 califică abaterile tehnice minore ca modificări operate de ofertant în legătură cu propunerea tehnică.

În speță, solicitarea de justificare a consumurilor de resurse s-a făcut în contextul unei propuneri financiare neobișnuit de scăzute în conformitate cu art. 210 din Legea nr. 98/2016, solicitarea vizând așadar fundamentarea prețului oferat.

Contrar susținerilor contestatoarei, nejustificarea consumurilor de resurse nu poate fi calificată drept abatere tehnică minoră iar decizia de respingere a ofertei contestatoarei pe acest motiv apare ca temeinică și legală.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 4591/28.01.2021, SC ... SRL formulează cerere de intervenție în contradictoriu cu SC ... SRL prin care solicită:

- admiterea în principiu cererii de intervenție, în principal ca intervenție principală și, în subsidiar, ca intervenție în interesul autorității contractante;

- respingerea contestației formulate de ...SRL în principal ca fiind formulată de o persoană care nu justifică un interes și în subsidiar ca nefondată, ambele cu reținerea autorității de lucru judecat al Deciziei Curții de Apel Timișoara nr 1176/16.11.2020,

- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

1. Intervenienta susține caracterul inacceptabil al ofertei depuse de ...SRL, acesta fiind stabilit în mod definitiv prin Decizia nr. 1176/16.11.2020 a Curții de Apel Timișoara, care se bucură de autoritate de lucru judecat.

Astfel, prin Decizia nr. 1176/16.11.2020, instanța a dispus următoarele:

"Admite plângerea formulată de petenta SC ... SRL împotriva Deciziei nr....., dată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în contradictoriu cu intimații Consiliul Județean Arad, SC ... SRL și SC ... SRL. Modifică în parte decizia CNSC nr. ..., în sensul că admite contestația formulată de SC ... SRL. Anulează decizia autorității ... prin care oferta SC ... SRL a fost declarată admisibilă, conformă și câștigătoare a procedurii de atribuire și, totodată, raportul procedurii de atribuire nr.17410/31.07.2020, în ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de SC ...SRL și a actelor subsecvente deciziei. Dispune reevaluarea ofertei depuse de intimata SC ... SRL în conformitate cu considerentele instanței de judecată din prezenta hotărâre.

Instanța a dispus așadar reevaluarea ofertei depuse de ... SRL "în conformitate cu aspectele reținute în considerentele deciziei".

Instanța subliniază următoarele:

Așa stând lucrurile, nu se poate reține că ofertantul SRL a răspuns la clarificările solicitate astfel încât să satisfacă exigențele instituite de art. 182 alin.(4) din Legea nr. 98/2016, sens în care, potrivit art. 134 din HG nr. 395/2016, după care „(5) în cazul în care

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

Având în vedere dispozițiile deciziei civile, intervenienta apreciază că în speță nu se impunea transmiterea către ... SRL a unor noi solicitări de clarificare, întrucât caracterul inacceptabil al ofertei depuse de acest ofertant a fost tranșat direct de către instanța de judecată, în reevaluare misiunea autorității contractante limitându-se la emiterea deciziei de respingere a ofertei.

Același lucru rezultă de altfel și din cuprinsul raportului procedurii de atribuire în cuprinsul căruia, cu privire la oferta depusă de ... SRL se rețin următoarele:

"Se pun în aplicare prevederile Deciziei civile nr. 1176/16.11.2020 a Curții de Apel Timișoara. Documentele depuse pentru dovedirea experienței similare de către ... SRL nu fac dovada modului de îndeplinire de către terț a experienței pe care o susține. Nici în urma răspunsului la solicitarea de clarificări răspunsul nu satisface cerințele documentației de atribuire. Oferta este respinsă ca inacceptabilă în temeiul prevederilor HG nr. 395/2016 art. 134 alin. (5)."

Concluzionând, susținerile contestatoarei privind pretinsa nelegalitate a deciziei de respingere a ofertei sale din procedură nu pot fi primite întrucât această chestiune litigioasă a fost deja tranșată prin decizia Curții de Ape Timișoara, orice statuare contrară în prezentul cadru procesual fiind de natură să încalce autoritatea de lucru judecat de care se bucură această decizie.

Soluția de respingere a ofertei ... SRL ca inacceptabilă este temeinică și legală întrucât, după cum a reținut și instanța de judecată, înlocuirea terțului susținător, în conformitate cu dispozițiile art 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este posibilă doar în următoarele două ipoteze expres și limitativ prevăzute de textul legal:

- Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea (adică atunci când din înscrisurile anexate angajamentului de susținere nu reiese îndeplinirea pe fond a cerinței de calificare, fie sub aspectul tipului de lucrări aduse ca experiență, a valorii prag etc).
- Dacă terțul/terții se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167.

Niciuna dintre aceste ipoteze nu este însă incidentă în speță.

Astfel, în ceea ce privește contractele aduse ca experiență de terțul sustinator ... intervenienta nu a contestat validitatea lor sub aspectul posibilității de îndeplinire a cerinței. De asemenea, terțul susținător nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute de art. 164-167 din Legea nr. 98/2016.

Ceea ce intervenienta a contestat este modalitatea în care terțul susținător ...a fost nominalizat de către ofertantul ... SRL. Astfel însuși

angajamentul de susținere prin care ... a fost desemnat ca terț susținător în cauză este nevalabil raportat la prevederile art. 182 alin.(2) din Lege, întrucât nu prevede implicarea concretă a terțului susținător în executarea contractului.

Or, în acest caz ...SRL, nefiind nominalizat în mod valabil ca terț susținător, el nu poate fi înlocuit, întrucât nu a dobândit în mod legal această calitate în procedură.

Astfel, odată constatat faptul ... nu a fost nominalizat în mod corect ca terț susținător, singurele resurse care pot fi luate în calcul sunt cele ale terțului susținător ... SRL care însă, deși valabile, sunt insuficiente pentru a îndeplini cerința privind experiența similară.

2. Contestatoarea ... SRL nu justifică un interes în susținerea criticilor formulate față de admisibilitatea ofertei SC ... SRL.

În conformitate cu dispozițiile art. 2 alin.(1) din Legea 98/2016, calea de atac a contestației poate fi exercitată de către orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante.

În speță, chiar dacă formalmente decizia de respingere a ofertei contestatoarei a fost emisă abia acum, ea putând face în mod abstract obiectul contestației (din această perspectivă contestația este admisibilă) dat fiind faptul că motivul de respingere al ofertei contestatoarei a fost tranșat pe cale judiciară cu autoritate de lucru judecat este evident că ... SRL nu mai poate fi considerat ofertant interesat în prezenta procedură de atribuire.

3. Inadmisibilitatea criticilor formulate față de oferta SC ...SRL prin raportare la considerentele Deciziei ICCJ nr. 66/2018.

Intervenienta învederează faptul că oferta sa a fost declarată admisibilă cu ocazia evaluării inițiale realizate în procedură prin raportul procedurii nr. 17410/31.07.2020.

Ca urmare a soluționării celor două contestații formulate față de evaluarea inițială, acest act a fost anulat doar în parte, respectiv:

- cu privire la respingerea inițială a ofertei depuse de ... ca urmare a evaluării propunerii tehnice depuse de acest ofertant,
- cu privire la admisibilitatea ofertei depuse de ... SRL.

Deciziile adoptate de comisia de evaluare cu privire la celelalte oferte (care nu au făcut obiectul contestațiilor) au rămas în ființă încă din prima evaluare și nu mai pot fi puse în discuție cu prilejul unei contestații îndreptate împotriva actelor emise de autoritatea contractantă în reevaluare.

Această concluzie reiese din interpretarea dispozitivului și a considerentelor Deciziei ICCJ nr. 66/2018 dată în procedura pronunțării unei hotărâri prealabile.

În aplicarea acestei decizii a instanței supreme, Curtea de Apel Cluj, într-o hotărâre relativ recentă pronunțată cu privire la o contestație formulată de SC ... SRL care inițial a fost admisă de CNSC, a decis respingerea contestației ca inadmisibilă, în considerarea faptului că oferta declarată câștigătoare fusese declarată admisibilă printr-un raport

al procedurii emis anterior și care fusese anulat, însă nu și în partea care privea admisibilitatea acestei decizii.

În considerentele acestei decizii, Curtea de Apel Cluj reține următoarele:

În speță, cu ocazia primei verificări a ofertelor, s-a reținut caracterul conform și acceptabil al ofertei asocierii ... S.R.L., cu privire la care s-a depășit, deci, etapa de admisibilitate a ofertelor, oferta Mis fiind evaluată și stabilindu-se clasamentul. Potrivit dispozițiilor legale, stabilirea clasamentului se realizează prin aplicarea factorilor de evaluare, în ultima etapă, fiind evaluate numai ofertele declarate admisibile, atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. De asemenea, prin decizia CNSC nr. ..., ori prin decizia civilă nr. 815/2020 a Curții de Apel Cluj nu s-a dispus reevaluarea ofertelor sub aspectele acum în discuție, ci s-a admis în parte contestația formulată de ...S.R.L. în ceea ce privește punctajul acordat pentru graficul Gantt, respectiv s-a admis contestația formulată de către ... S.R.L, reevaluarea ofertelor acestora urmând a se realiza în limitele admiterii contestațiilor. 39 În consecință, doar cu nerespectarea prevederilor Legii nr. 101/2016 și a considerentelor obligatorii ale Înaltei Curți s-ar putea ulterior, în etapa de reevaluare a ofertelor, să se revină și să se constate inadmisibilitatea ofertei petentei. Raportul inițial de evaluare nu a fost contestat din perspectiva admisibilității ... S.R.L. De aceea, declararea ca neconformă sau inacceptabilă a acestei oferte, deși a fost declarată anterior admisibilă, este de natură a încălca principiul securității juridice. După cum subliniază Înalta Curte, o asemenea conduită echivalează cu revocarea unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.

Aplicând același raționament *mutatis mutandis* în prezenta speță decizia de declarare drept admisibilă a ofertei SC ...SRL nu a fost contestată în primul ciclu procesual, fapt care a determinat intrarea sa în circuitul civil, sens în care criticile formulate de contestatoare sub acest aspect, apar ca fiind inadmisibile.

4. Cu privire la fondul criticilor formulate de contestatoarea ... SRL, respectiv cu privire la pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin.(1) lit. h) în privința ofertei SC ... SRL, motivul de excludere reglementat de art. 167 alin.(1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 are în vedere ipoteza în care 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.

Contrar susținerilor contestatoarei, niciuna dintre ipotezele avute în vedere de acest text legal nu este incidentă în speță.

Astfel, chiar dacă noțiunea de "Declarații false" la care se referă aici legiuitorul nu este identică cu definiția infracțiunii de fals din dreptul penal, ea presupune ca premisă intenția operatorului economic de a

ascunde autorității contractante o împrejurare de natură să atragă incidența unui motiv de excludere.

În speță însă, la momentul depunerii DUAЕ în prezenta procedură, intenția intervenientei nu a fost nicidecum aceea de a ascunde autorității contractante existența Deciziei nr. 48/2019. Din contră, din însuși faptul că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la efectele acestei decizii arată că la momentul evaluării existența Deciziei Consiliului Concurenței era o împrejurare cunoscută autorității contractante.

Așa fiind, bifarea "NU" în cuprinsul DUAЕ a fost rezultatul unei simple erori materiale și nicidecum a unei acțiuni dolosive făcute în scopul inducerii în eroare a autorității contractante. În plus, SC ... SRL nu a pus la dispoziția autorității contractante toate documentele solicitate în vederea demonstrării credibilității societății sens în care nici teza ultimă a art. 167 alin.(1) lit.h) nu se verifică în speță.

5. Cu privire la pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin.(1) lit. c) în privința ofertei SC ... SRL,

Motivul de fapt invocat de către contestatoare este reprezentat de Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, prin care SC ... SRL a fost sancționată pentru participarea la o "practică concertată" de natură să încalce prevederile art. 5 din Legea nr. 21/1996.

Contrar susținerilor contestatoarei, însă, a prezentat comisiei de evaluare dovezi care demonstrează implementarea de măsuri la nivelul societății de natură să preîntâmpine repetarea în viitor a unei situații similare, iar autoritatea contractantă a apreciat, în mod corect, că SC ... SRL și-a demonstrat credibilitatea și, pe cale de consecință, a apreciat oferta acesteia drept admisibilă.

Aplicabilitatea dispozițiilor art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016 la situația operatorilor economici care au fost sancționați prin decizii emise de Consiliul Concurenței a fost subliniată în Opinia comună adoptată de Președinții ANAP și ai Consiliului Concurenței în care s-au statuat, în esență, următoarele aspecte:

Prevederile art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea achizițiilor publice, ale art. 180 alin. (1) lit. e) din Legea achizițiilor sectoriale, precum și prevederile art. 81 alin (1) lit. e) din Legea concesiunilor, reglementează obligația autorității/ entității contractante de a exclude din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică/ a contractelor de achiziție sectoriale, a contractelor de concesiuni de lucrări și contractelor de concesiuni de servicii, operatorul economic care a comis o abatere profesională gravă ce îi pune în discuție integritatea, noțiunea "abatere profesională gravă" incluzând și încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Cu toate acestea, legiuitorul a instituit și posibilitatea reabilitării în sensul în care operatorul economic, care se află în una din situațiile de excludere de la procedura de atribuire, poate furniza autorității contractante dovezi prin care să arate că măsurile luate de acesta sunt

suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere

În acest sens, având în vedere calitatea Consiliului Concurenței de autoritate care efectuează investigația în sensul prevederilor legale menționate mai sus, pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere de la procedura de atribuire, operatorul economie ponte furniza autorității /entității contractante, în principiu, decizii emise de Consiliul Concurenței în ultimii 3 ani, prin care se constată aplicarea unui regim sancționator mai favorabil operatorului economic, respectiv ca urmare a aplicării politicii de clemență și/sau a procedurii de recunoaștere a faptei anticoncurențiale, instrumente aflate la dispoziția Consiliului Concurenței, care presupun cooperarea efectivă a operatorilor economiei cu autoritatea de concurență. De asemenea, operatorul economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență și să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Din cuprinsul acestui script comun, elaborat de președinții ANAP și ai Consiliului Concurenței, rezultă că, chiar dacă, de principiu, existența unei sancțiuni în materie de concurență ridică problema incidenței motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin.(1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, autoritățile contractante sunt obligate să analizeze și să țină cont de dovezile pe care operatorul economic le prezintă în scopul reabilitării sale, respectiv a măsurilor pe care acesta le-a întreprins pe parcursul investigației și ulterior acesteia pentru a se conforma cu regulile de concurență și a evita săvârșirea de abateri similare în viitor.

În aplicarea acestor prevederi legale, prin solicitarea de clarificări nr. 29688/16.12.2020 comisia de evaluare i-a solicitat intervenției următoarele:

Având în vedere că la data depunerii ofertei SC Diferit SA a completat în DUAЕ, la secțiunea "C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE", la subpunctul Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea Concurenței" - NU, iar Consiliul Concurenței a făcut publică "Lista Neagră", unde SC Diferit SA apare ca având dacizia nr. 48/2019 legată de acest aspect, în virtutea prevederilor art. 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările ulterioare: (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: d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că **operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză**", vă solicităm clarificați. În sprijinul explicațiilor prezentate, se vor prezenta documente suport relevante.

Intervenienta susține că a răspuns solicitării respective, prezentând pe larg măsurile adoptate la nivelul societății, în temeiul dispozițiilor citate mai sus, făcând trimitere la dovezile care susțin implementarea acestora.

Eficiența măsurilor implementate de SC ... SRL a fost recunoscută și de Consiliul Concurenței, care a acordat o circumstanță atenuantă acesteia pentru implementarea acestor măsuri.

Așa cum rezultă din decizia nr. 48/2019, Consiliul Concurenței nu a dispus măsura interdicției de participare a societății SC ... SRL la proceduri de achiziție publică/acorduri-cadru.

Conform Ghidului privind conformarea cu regulile de concurență, responsabilitatea și eficacitatea de care întreprinderile dau dovadă în implementarea unui program de conformare pot determina, în cazul în care investigația se finalizează prin aplicarea unei sancțiuni, o recompensare efectivă din partea autorității, respectiv o reducere de până la 10% din nivelul de bază al sancțiunii.

În speță, la pag. 132 din Decizia 48/2019 emisă de Consiliul Concurenței a fost reținută în sarcina SC ... SRL o circumstanță atenuantă prin implementarea acestui program, măsurile adoptate fiind validate de organul de concurență.

Astfel cum este prevăzut în Instrucțiunile de individualizare a sancțiunii, colaborarea efectivă reprezintă o circumstanță atenuantă ce are drept rezultat reducerea quantumului amenzii. Diferit a colaborat efectiv cu autoritatea de concurență prin răspunsul complet și la termen la toate cererile de informații ale autorității de control, precum și prin prezentarea d-lui administrator Grigore Vădean în cadrul unei întâlniri cu echipa de caz, având ca scop furnizarea unor informații suplimentare și utile pentru înțelegerea specificității pieței și a comportamentului Diferit.

Față de cele arătate mai sus, autoritatea contractantă a făcut o corectă aplicare a dispozițiilor art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016 apreciind drept suficiente măsurile adoptate la nivelul celor două societăți și, pe cale de consecință, permițând ofertei SC ... SRL să continue participarea la procedura de atribuire.

6. Cu privire la criticile privind propunerea tehnică

i. Afirmările contestatoarei privind *"Lipsa menționării riscurilor și măsurilor de eliminare a acestora, prevăzute în caietul de sarcini"* sunt, în opinia intervenientei, nereale și nedovedite având în vedere propunerea sa tehnică și cea a ... în calitate de subcontractant pentru serviciile de proiectare precum și răspunsurile la solicitările de clarificări formulate pe parcursul evaluării, respectiv:

a. Răspuns nr. 2663/05.05.2020 referitor la descrierea riscurilor în care s-a aratat:

"Riscurile în conformitate cu precizările caietului de sarcini (ipoteze și riscuri), atât pentru propunerea tehnică pe parte de proiectare cât și pentru cea de execuție sunt descrise în cadrul propunerii tehnice după cum urmează:

- în fișier propunere tehnică proiectare - Starcom la capitolul "Ipoteze și riscuri" care se regăsește la paginile pdf. 26-27

- în fișier prop. tehnică - vol 1 la paginile pdf. 11-12 ("În conformitate cu prevederile caietului de sarcini se vor avea în vedere următoarele ipoteze și riscuri: La întocmirea ofertei, SC DIFERIT SRL va lua în considerare....., respectiv includerea de măsuri pentru eliminarea sursei de risc sau diminuarea impactului acestuia.", 31-32 ("În realizarea lucrărilor de modernizare care fac obiectul prezentei oferte, principalele riscuri care vor putea interveni sunt:.....De asemenea, pentru prevenirea degradărilor din Îngheț-dezgheț se vor adopta următoarele măsuri:....." respectiv paginile 253 ("SC ...SRL va încheia în termen de 10 zile de la data semnării contractului: a) o asigurare care va cuprinde toate riscurile care vor putea apărea privind lucrările executate...."), 272-273 în

cadrul Planului Calității ("În realizarea lucrărilor de modernizare care fac obiectul prezentei oferte, principalele riscuri care vor putea interveni sunt:... se vor adopta următoarele măsuri:...")."

b. Răspuns nr. 2840/12.05.2020 referitor la măsurile de eliminare a surselor de risc și diminuarea impactului acestora în care SRL a aratat:

"În conformitate cu Răspunsul la solicitările de clarificări nr. 2663/05.05.2020, la întocmirea ofertei am avut în vedere cerința din caietul de sarcini privind riscurile respectiv măsurile de eliminare a surselor de risc și diminuarea impactului acestora (atât în etipa de proiectare cât și în etapa de execuție a lucrărilor), luând în considerare inclusiv resursele necesare de timp, financiare și de orice altă natură pentru implementarea strategiilor de risc propuse, incluzând astfel diligențele necesare respectiv măsurile pentru eliminarea sursei de risc sau diminuarea impactului acestuia.

Măsurile de eliminare a surselor de risc și diminuarea impactului acestora sunt descrise în cadrul propunerii tehnice fișier prop. tehnică – vol. 1 la paginile 31- 32, 272-273: "în vederea minimizării efectelor acestor riscuri activitatea de proiectare va avea la bază tema de proiectare.... Astfel în vederea obținerii unei eficiente economice se va proceda la parcurgerea următoarelor etape..."De asemenea,.. se vor adopta următoarele măsuri: "pag. 253: "a) ...o asigurare care va cuprinde toate riscurile care vor putea apărea privind lucrările executate inclusiv termenele de execuție, utilajele, instalațiile de lucru... subcontractanții au încheiat asigurări pentru toate persoanele angajate de ei".

De asemenea, intervenienta face trimitere la următoarele extrase din propunerea tehnică la care s-a făcut trimitere în răspunsurile la clarificări.

- Propunere tehnică - subcontractant pentru serviciile de proiectare ... pag 26-27,

- Pag. 11-12 Propunere tehnică ...

- Pag. 31-32, 272-273 în cadrul Planului Calității,

- pag. 253.

În conformitate cu cerința de la capitolul "4. Ipoteze și riscuri", așa cum a fost formulată în caietul de sarcini, SC ... a avut în vedere la întocmirea ofertei atât în propunerea tehnică (conform celor formulate mai sus) cât și în propunerea financiară, la pagina 9 conform "Declarație pe propria răspundere privind costurile", cel puțin ipotezele și riscurile descrise exemplificativ în caietul de sarcini și a estimat posibilele efecte ale acestora, a luat în considerare resursele necesare (de timp, financiare și de orice altă natură) pentru implementarea strategiilor de risc propuse, respectiv a inclus diligențele/măsurile necesare pentru eliminarea sursei de risc sau diminuarea impactului acestuia.

Față de toate aceste aspecte, problematica riscurilor a fost avută în vedere la elaborarea propunerii tehnice sens în care critica formulată de contestatoarea ... SRL se dovedește neîntemeiată.

ii. În ceea ce privește pretinsa nerespectare a cerințelor cu privire la POE, invocată de contestatoare, în opinia intervenientei este nefondată, sens în care face trimitere la secțiunea din propunerea tehnică depusă la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2840/12.05.2020 referitor la descrierea Proiectului pentru Organizarea execuției, în care se arată că:

"Propunerea tehnică pentru serviciile de proiectare a fost elaborată cu respectarea cerințelor din documentația de atribuire. Astfel, în conformitate "propunere tehnică proiectare -Starcom":

- pag. 11: "1. Vom realiza documentația tehnico-economică pentru fazele PT, DE, CS, DTAC, respectiv vom obține toate avizele conform certificatului de urbanism"; "Vom întocmi proiectul tehnic și devizul general conform HG 907/2016", "În cadrul Proiectului Tehnic, Organizarea de șantier o vom prezenta printr-un deviz separat cu articole de deviz corelate cu activitățile și lucrările aferente organizării de șantier în funcție de propriul sistem de management";

- pag. 12: "- vom elabora documentația PT, detaliile de execuție DE, caietele de sarcini CS, în conformitate cu HG 907/2016; - vom întocmi documentațiile pe specialități prin prestatori autorizați și vom obține toate avizele favorabile, vom întocmi DTAC;"

- pag. 19: "2.2. Soluția tehnică cuprinzând: ...e) organizarea de șantier";

- pag. 21: "f) listele cu cantități de lucrări pentru construcții provizorii OS (organizare de șantier)".

Tototată, în conformitate cu prevederile Hotărârii nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice", Proiectul de organizare a execuției lucrărilor (P.O.E.) nu este o etapă distinctă, acesta face obiectul Anexei nr.9 și este cuprins în etapa a III-a PROIECT TEHNIC (P.T.) respectiv din Proiectul pentru autorizarea executării lucrărilor (P.T.-partea I).

În cadrul documentației de atribuire nu a existat cerința pentru descrierea Proiectului pentru organizarea execuției dar, la solicitarea d-voastră, în conformitate cu HG 907/2016 precizăm următoarele:

Proiectul de organizare a execuției lucrărilor (P.O.E.) se va întocmi și se va prezenta împreună cu documentația tehnică pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții, în condițiile legii.

Proiectul de organizare a execuției lucrărilor va cuprinde descrierea tuturor lucrărilor provizorii pregătitoare și necesare în vederea asigurării tehnologiei de execuție a investiției, atât pe terenul aferent investiției, cât și pe spațiile ocupate temporar în afara acestuia, inclusiv cele de pe domeniul public, după cum urmează:

I. Piese scrise

1. Lista și semnăturile proiectanților - se va completa cu numele în clar și calitatea proiectanților, precum și cu partea din proiect pentru care răspund.

2. Memoriu - va cuprinde:

- descrierea lucrărilor provizorii: organizarea incintei, modul de amplasare a construcțiilor, amenajărilor și depozitelor de materiale;*
- asigurarea și procurarea de materiale și echipamente;*
- asigurarea racordării provizorii la rețeaua de utilități urbane din zona amplasamentului;*
- precizări cu privire la accesuri și împrejurimi;*
- precizări privind protecția muncii.*

Elementele tehnice de avizare privind racordarea provizorie la utilitățile urbane din zonă, necesare în vederea obținerii acordului unic, se vor prezenta în cadrul fișelor tehnice întocmite în proiectul pentru autorizarea executării/desființării lucrărilor de construcții, după caz.

II. Piese desenate

Plan general

a) planșă realizată conform planului de situație privind amplasarea obiectivelor investiției, cuprinzând amplasamentul investiției și toate amenajările și construcțiile provizorii necesare realizării acesteia;

b) plan de situație privind amplasarea obiectivelor investiției al proiectului pentru autorizarea executării lucrărilor de construcții.

Fiecare planșă prezentată în cadrul secțiunii II "Piese desenate" va avea în partea dreapta jos un cartuș care va cuprinde numele firmei sau al proiectantului elaborator; numărul de înmatriculare sau numărul autorizației, după caz, titlul proiectului și al planșei, numărul proiectului și al planșei, data elaborării, numele, calitatea și semnătura elaboratorilor și ale șefului de proiect.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 6344/08.02.2021, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei.

1. Cu privire la contestația formulată de ...SRL, intervenienta arată că din cuprinsul procesului-verbal de evaluare nr. 27762/27.11.2020, autoritatea contractantă a procedat la evaluarea ofertei ...SRL din perspectiva DUAE în felul următor:

- Înainte de soluționarea definitivă a primei contestații formulate de SC ...SRL, autoritatea contractantă a pus în aplicare Decizia CNSC nr. 1625/10.09.2020 (prin care s-a dispus reevaluarea ofertei ...SRL în sensul înlocuirii terțului susținător ... SRL). Ca urmare, s-a solicitat ofertantului înlocuirea terțului susținător, iar ... SRL a depus documente

justificative pentru SC ... SRL care urma să înlocuiască terțul susținător nominalizat inițial.

După pronunțarea Deciziei nr. 1176/16.11.2020 în cuprinsul căreia, se stabilește în mod expres caracterul inacceptabil al ofertei depuse de ... SRL și se înlătură considerentele din decizia CNSC care permiteau înlocuirea tertului susținător, autoritatea contractantă revine, revocă reevaluarea efectuată inițial, și dispune respingerea ofertei ...SRL, ca urmare a punerii în aplicare a Deciziei Curții de Apel Timișoara.

Demersul autorității contractante a fost validat și de către observatorii ANAP, în avizul emis de aceștia consemnându-se faptul că Decizia Curții de Apel Timișoara nr. 1176/16.11.2020 a stabilit caracterul inacceptabil al ofertei depuse de ... SRL.

Ca urmare, având în vedere autoritatea de lucru judecat de care se bucură decizia definitivă a instanței de judecată, în cadrul prezentei contestații, CNSC nu mai poate pronunța o hotărâre contrară, care să invalideze dispozițiile Curții, caracterul inacceptabil al ofertei ...SRL fiind tranșat în mod definitiv.

Consecutiv, în ceea ce privește criticile formulate față de oferta depusă ...SRL, SC ...SRL nu mai justifică un interes în susținerea acestor critici deoarece, oferta sa fiind în mod definitiv respinsă, nu mai deține calitatea de persoană vătămată în sensul dispozițiilor art. 3 din Legea nr. 101/2016.

2. Cu privire la contestația formulată de SRL

i. Cu privire la nejustificarea cheltuielilor cu stația de sortare/concasare, ofertantul ... a refuzat practic să dea curs solicitărilor de clarificare transmise de comisia de evaluare.

Astfel, în loc să prezinte justificările solicitate prin raportare la anul financiar 2019 și să depună documente contabile în acest sens, ofertantul se limitează la a afirma că *„antreprenorul și-a stabilit prețurile în baza propriilor calcule și estimări”*, afirmație care nu poate fi calificată drept justificare în sensul prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016. Mai mult, ofertantul face referiri la starea de urgență instaurată pe teritoriul României începând cu data de 16.03.2020, împrejurare pe care în mod corect autoritatea contractantă o înlătură ca nerelevantă, dat fiind faptul că data deschiderii ofertelor în prezenta procedură coincide cu data instaurării stării de urgență, ofertele depuse fiind în mod evident întocmite anterior acestui incident.

Prin urmare, în mod legal autoritatea contractantă a constatat caracterul neconcludent al răspunsului ofertantului la solicitările de clarificare sub acest aspect și, făcând aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 a dispus respingerea ofertei ca inacceptabilă.

ii. Cu privire la nejustificarea procentului de bitum

În ceea ce privește chestiunea procentului de bitum, conform art. 47 din Normativul AND 605: *"Conținutul optim de liant se stabilește prin studii preliminare de laborator de către un laborator de specialitate autorizat/acreditat, ținând cont de valorile precizate în tabelul 16. În cazul în care din studiul de dozaj rezultă un procent optim de liant în*

afara limitei din tabelul 16, acesta va putea fi acceptat cu aprobarea proiectantului și a beneficiarului."

În speță, procentul de bitum utilizat de contestatoarea ...SRL pentru mixtura asfaltică BA 16, este în afara limitei prevăzute în Normativ, prin urmare acesta putea să fie acceptat doar cu aprobarea proiectantului și a beneficiarului or, în cazul ofertantului ..., acest lucru nu a fost dovedit în cazul răspunsurilor la solicitările de clarificări.

Distinct de această împrejurare, însă, din cuprinsul "*Procesului-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice*" nr. 29141/14.12.2020, reiese că asocierea SC ... și SC ...Nu a prezentat un "*Înscris de tip Buletin de analiză, cu nr., dată și semnătură de certificare a conformității documentului*" din care să rezulte conținutul de bitum de 5,5% în conformitate cu normativul AND 605 solicitat de comisia de evaluare în solicitarea de clarificări nr. 23.995/19.310.2020 la punctul 3, documentul prezentat de aceasta fiind incomplet și neconform.

Prin urmare, distinct de neconformitatea tehnică determinată de nerespectarea procentului de bitum, respingerea ofertei s-a dispus ca urmare a nedepunerii unui document solicitat în mod expres de către comisia de evaluare prin solicitarea de clarificări. Astfel, a devenit incidentă teza inițială din art. 134 alin. (5) din Normele metodologice conform căreia oferta se respinge ca inacceptabilă în situația în care ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate.

iii. Cu privire la nejustificarea consumurilor de resurse:

Intervenienta apreciază că neconcordanțele identificate în cadrul răspunsului ofertantului la solicitările de clarificare sunt evidente.

Mai mult decât atât, prin intermediul răspunsurilor la clarificări, ofertantul ... și-a modificat, practic, conținutul ofertei, prezentând fișe tehnice fie pentru alte utilaje decât cele oferite inițial, fie cu alte caracteristici decât cele indicate în cadrul răspunsurilor anterior formulate.

Astfel, la toate utilajele la care au fost solicitate fișe tehnice de la producător, specificațiile tehnice diferă (răspuns nr. 1787/21.10.2020) de cele transmise în răspunsul anterior de ...prin fișele proprii (răspuns nr. 1714/09.10.2020):

- în cazul autogrederului, din fișa tehnică prezentată s-a omis precizarea consumului de combustibil. Calculele prezentate de ... fac referire la un consum de 13 l/ora, or conform fișei tehnice autogrederul are un consum normat de funcționare de 19 l/ora

Diferența consum	preț comb.	ore	diferența lei	dif cu I+P
autogreder 5	4,63	4194,5	97.102,68	107.045,99

Totodată, specificațiile autogrederului prezentat în clarificări diferă de cele inițiale (greutate de 15.600 kg vs 15.800 inițial, putere de 150 CP vs 175 CP;

- de asemenea, pentru autogudronator, acesta trebuie montat pe cap autotractor care are minim un consum de 12 l/ora. Diferența de consum ar fi:

Diferența consum	preț comb.	ore	diferența lei	dif cu I+P
autogudronator 12	4,63	232,31	12.907,14	14.228,84

- Pentru freza reciclator 2100DCR rezultă un consum minim din fișa tehnică prezentată 48 l/ora (față de 18 l/ora declarat inițial).

În plus, freza reciclator 2100 DCR ofertată inițial de ... conform formular C8 și răspunsul la clarificări nr. 21924/25.09.2020, a fost înlocuită prin răspunsurile nr. 1714/09.10.2020 și nr. 1787/ 20.10.2020 la solicitările de clarificări, cu utilajul Stabilizator de soluri RACO 350-care este un alt tip de utilaj conform fișei de la producătorul echipamentului, utilaj care nu poate efectua lucrarea de reciclare în situ, neavând posibilitatea dozării controlate după rețetă a emulsiei bituminoase în toba de reciclare.

Prin urmare, distinct de nejustificarea consumurilor orare (care atrage caracterul inacceptabil al ofertei pentru nejustificarea perțului în condițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016), prin răspunsurile la solicitările de clarificări, ofertantul ... a realizat și o veritabilă modificare de ofertă, prezentând alte tipuri de utilaje decât cele ofertate inițial, sens în care oferta apare ca fiind inacceptabilă și în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 6412/09.02.2021, SC ... SRL formulează note scrise față de punctul de vedere al autorității contractante și cererea de intervenție formulată de către SC ... SRL.

Contestatoarea afirmă că susținerile autorității contractante și ale intervenientei ... în sensul că, prin Decizia Curții de Apel Timișoara nr. 1176/16.11.2020 s-a stabilit cu autoritate de lucru judecat, caracterul inacceptabil al ofertei ... sunt neîntemeiate.

În realitate, prin dispozitivul Deciziei Curții de Apel Timișoara s-a stabilit reevaluarea ofertei ..., conform considerentelor instanței din cuprinsul hotărârii.

În considerentele acestei decizii, instanța a reținut, în esență, că pentru terțul susținător Rionvil nu au fost depuse documente suficiente care să facă dovada modului efectiv de îndeplinire a angajamentului de susținere dat de acesta, conform art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, nicăieri în cuprinsul Deciziei Curții de Apel Timișoara nr. 1176/16.11.2020 instanța nu s-a pronunțat în sensul excluderii ofertei Strabag ca inacceptabilă, așa cum susțin autoritatea contractantă și intervenienta ..., ci soluția pronunțată de instanță a fost în sensul reevaluării ofertei

Această reevaluare dispusă de instanță presupunea un proces de re-analizare de către autoritatea contractantă a documentelor depuse, clarificarea aspectelor reținute în Decizia Curții de Apel privind

documentele care fac dovada modului efectiv de îndeplinire a angajamentului de susținere dat de terțul susținător ..., printr-o solicitare de clarificări ce ar fi trebuit să fie adresată de autoritatea contractantă și nu o excludere automată a ofertei, așa cum în mod greșit și nelegal a făcut autoritatea contractantă în cazul de față.

Autoritatea contractantă în realitate nu a făcut o reevaluare a ofertei Strabag conform Deciziei Curții de Apel Timișoara nr. 1176/16.11.2020, ci aceasta a emis direct decizia de respingere a ofertei ..., cu încălcarea flagrantă a dispozițiilor legale în materie (art. 209 din Legea nr. 98/2016, art. 132, art. 134 din HG nr. 3957/2016), și cu încălcarea principiului proporționalității (consacrat de art 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016).

SC ... SRL apreciază că susținerile intervenientei ...privind pretinsa lipsă a interesului sunt neîntemeiate, fiind invocate în acest sens prevederile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din legea nr. 101/2016:

În speță, Strabag nu a fost exclusă definitiv din procedură. Decizia de respingere a ofertei ..., emisă de autoritatea contractantă prin comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 187/05.01.2021 și raportul procedurii nr. 181/05.01.2020, fac obiectul prezentei contestații, iar soluția dată contestației poate fi atacată cu plângere la Curtea de apel, deci nu există o excludere definitivă a Strabag din procedură.

Susținerile intervenientei ...privind inadmisibilitatea criticilor ...prin raportare la considerentele Deciziei ICCJ nr. 66/2018 sunt neîntemeiate.

... nu a avut interes să conteste rezultatul inițial al procedurii (stabilit prin primul raport la procedurii nr. 17410/31.07.2020) dat fiind că ... a fost desemnat ofertant câștigător. În aceste condiții, nu exista interesul legitim, procesual, al ... să conteste oferta ... situată pe locul 2. ... a fost cel care a contestat rezultatul și raportul procedurii inițial, criticând oferta ..., iar ..., în calitate de intervenient, a făcut apărări în ce privește oferta proprie, fără a avea posibilitatea procedurală sau interesul să aducă critici ofertei situate pe locul 2.

În al doilea rând, criticile contestatoarei din prezenta contestație se referă la motive de excludere sau neconformități ale ofertei ..., așa cum rezultă ele din documentele întocmite de autoritate în etapa re- evaluării făcute după Decizia Curții de Apel Timișoara, nu în evaluarea inițială.

În urma pronunțării Deciziei Curții de Apel Timișoara nr. 1176/16.11.2020, raportul inițial al procedurii nr. 17410/31.07.2020 a fost anulat, iar autoritatea contractantă a procedat la reevaluare, încheind în acest sens noi procese verbale de evaluare pe fiecare etapă și un nou raport al procedurii: procesul verbal nr. 27762/27.11.2020 de evaluare a informațiilor din DUAE, procesul verbal nr. 28186/03.12.2020 de evaluare a propunerilor tehnice, procesul verbal nr. 29141/14.12.2020 de evaluare a propunerilor financiare, procesul verbal nr. 30826/30.12.2020 privind analiza documentelor suport DUAE, pe baza cărora a fost emis raportul procedurii nr. 181/05.01.2021, acte contestate în prezenta procedură.

Criticile SC ...SRL privind inadmisibilitatea/neconformitatea ofertei Diferit se referă la aspecte consemnate în aceste procese verbale de evaluare întocmite în etapa reevaluării, nu în etapa inițială.

Astfel, critica privind furnizarea de către ofertantul Diferit a unor informații false în DUAE respectiv nedeclararea în DUAE a abaterii profesionale grave constatate și sancționate prin Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019, reiese din cele consemnate de autoritate în procesul verbal nr. 27.762/27.11.2020 privind evaluarea informațiilor din DUAE.

De asemenea, problema abaterii profesionale săvârșite de Diferit și constatate prin decizia Consiliului Concurenței a fost sesizată de autoritatea contractantă abia în etapa evaluării documentelor suport DUAE ale ofertantului ... când autoritatea a transmis ofertantului Diferit solicitarea de clarificări nr. 29488/16.12.2020, la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 8289/21.12.2020, deci niciodată această problemă nu a fost ridicată în etapa evaluării inițiale (când ... nu a fost ofertantul câștigător, ci ... iar etapa evaluării documentelor suport DUAE a privit pe

Criticile SC ... SRL privind neconformitatea propunerii tehnice a Diferit (lipsa menționării riscurilor, lipsa metodologiei de realizare a POE) se referă la evaluarea nelegală a propunerii tehnice făcută de autoritate prin procesul verbal de evaluare a propunerilor tehnice nr. 28186/03.12.2020, deci tot în etapa reevaluării după decizia Curții de Apel Timișoara.

Prin urmare, toate criticile contestatoarei privind oferta Diferit se referă la aspecte evaluate (greșit) de autoritate prin procesele verbale și raportul procedurii întocmite de autoritate în etapa reevaluării, și nu în evaluarea inițială (cum susține în mod greșit intervenienta).

Noul raport al procedurii nr. 181 /05.01.2020 este un act administrativ de sine-stătător care poate fi atacat cu contestație, în temeiul dispozițiilor art. 2 alin. (1) și art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, precum și art. 1 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, prin urmare nu se poate pune problema inadmisibilității contestației.

Intervenienta se bazează pe o interpretare eronată a Deciziei ICCJ nr.

66/2018, încercând să creeze confuzie cu privire la pretinsa inadmisibilitate a criticilor SC ... SRL.

În primul rând, Decizia ICCJ nr. 66/2018 se referă la limitele reevaluării făcute de autoritatea contractantă, în urma controlului de legalitate exercitat de CNSC sau de instanță, prin care a fost infirmată decizia de inadmisibilitate a unei oferte, ceea ce nu e cazul în speță. Decizia ICCJ nu se referă la admisibilitatea contestației făcute de ofertantul necâștigător împotriva noului raport al procedurii întocmit urmare a reevaluării, raport care este un act administrativ de sine-stătător și care poate fi atacat cu contestație, potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În al doilea rând, Decizia ICCJ nr. 66/2018 prevede exact contrariul celor susținute de Diferit, astfel:

„În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art.(...), autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei. Dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară”.

(30) Prin considerentele Deciziei ICCJ nr. 66/2018, instanța supremă a statuat în mod judicios următoarele:

„Infirmarea deciziei de inadmisibilitate a ofertei, ca urmare a controlului de legalitate exercitat de C.N.S.C. sau de instanța de contencios administrativ, obligă comisia de evaluare din cadrul autorității contractante de a proceda la reevaluarea ofertei, prin verificarea celorlalte aspecte care caracterizează admisibilitatea acesteia și care nu au fost cercetate la prima evaluare, fără a avea posibilitatea extinderii acestui proces de verificare cu privire la cele pe care le-a verificat în etapa de evaluare, conform art. 65 alin. (2) și art. 133 din normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, și care nu au făcut obiectul vreunei solicitări de remediere sau contestări, raportul de evaluare în măsura în care le confirmă, privit ca act administrativ, fiind definitiv și executoriu sub acest aspect (parag.76)

Nu este exclus, fiind chiar recomandabil, ca în exercitarea atribuțiilor sale specifice, comisia de evaluare să procedeze la o evaluare completă a tuturor ofertelor, chiar și a celor în privința cărora au fost identificate motive de neconformitate sau de inacceptabilitate (parag: 77).

Inexistența vreunei dovezi care să ateste parcurgerea altor etape din procedura de evaluare în afară de cea contestată obligă și, în același timp, îndreptățește comisia de evaluare de a verifica îndeplinirea tuturor condițiilor de admisibilitate a ofertei analizate, inclusiv prin solicitarea de clarificări noi cu privire la elementele tehnice și aspectele financiare propuse, fără a se putea afirma că prin anularea raportului de evaluare, care a respins o ofertă ca inadmisibilă, a fost epuizată etapa verificării admisibilității ofertei în discuție, ca urmare a prezumării verificării ei sub toate aspectele, iar evaluarea acesteia implică numai faza finală a stabilirii clasamentului prin aplicarea factorilor de evaluare (parag. 82).

Este contrar logicii juridice ridicarea la rang de principiu de drept, specific acestei ramuri de drept, a obligativității evaluării complete a tuturor ofertelor aflate în competiție, chiar și a celor asupra cărora comisia de evaluare a ridicat obiecții de neconformitate sau de inacceptabilitate, iar ca urmare a constatării încălcării acestei obligații să fie sacrificat tocmai acest principiu prin considerarea ca evaluată și deci admisibilă a unei oferte neverificate în întregime. (paragr. 83)

Așadar, prin Decizia ICCJ nr. 66/2018, instanța supremă a statuat că autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertelor, în urma controlului de legalitate exercitat de CNSC sau instanța de judecată, are dreptul și obligația de a verifica toate elementele/cerințele de calificare

ale ofertei apte de a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară.

Contestatoarea reiterează faptul că oferta SC ... SRL este inacceptabilă, ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016.

Indiferent de faptul că autoritatea contractantă cunoștea sau nu existența Deciziei Consiliului Concurenței, ofertantul ... avea obligația legală de a declara această împrejurare în DUAЕ.

Un ofertant nu are posibilitatea auto-evaluării situației în care se regăsește. El nu poate decide unilateral existența unui caz de excludere/ a unei excepții de la excludere. Ofertantul este obligat să îi dezvăluie autorității contractante orice situație de fapt indicată în DUAЕ în vederea exercitării de către autoritate a verificărilor legale.

Numai un operator care informează autoritatea cu privire la un caz potențial de excludere are dreptul de a oferi documente suplimentare autorității contractante pentru a-și dovedi fiabilitatea.

Prin urmare, ofertantul este obligat să declare circumstanța de fapt relevantă. După ce declară, dacă consideră că respectiva circumstanță de fapt s-ar încadra într-o situație de excepție, ofertantul are la dispoziție posibilitatea de a insera observații și mențiuni în formularul DUAЕ. Dreptul de apreciere aparține exclusiv autorității contractante, ofertantului revenindu-i obligația corelativă de a oferi toate și orice informație de care dispune.

Prin urmare, autoritatea contractantă avea obligația de a exclude de la procedură oferta Diferit pentru motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, respectiv pentru furnizarea de informații false în DUAЕ și nu să ceară ofertantului să depună dovezi privind credibilitatea sa pentru o abatere profesională pe care acesta nici nu o declarase în DUAЕ.

Mai mult, prin punctul de vedere depus de autoritatea contractantă în prezentul dosar, aceasta nu aduce niciun fel de argumente/apărări cu privire la această critică din contestație.

De asemenea, contestatoarea invocă al doilea motiv de excludere - abaterea profesională gravă prin participarea la un cartel pentru trucarea licitațiilor, abatere sancționată cu excluderea din procedură.

Totodată, contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă a aplicat în mod greșit prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, referitoare la termenul de 3 ani, ignorând dezlegarea obligatorie a CJUE din Cauza Vossloh.

Potrivit procesului verbal nr. 30611/28.12.2020 și procesului verbal nr. 30826/30.12.2020 privind evaluarea documentelor suport DUAЕ, autoritatea contractantă a apreciat că *„Decizia Consiliului Concurenței nu este definitivă, fiind pe rolul Curții de Apel București dosarul nr. 6855/2/2019, ca urmare, decizia se încadrează în prevederile art. 171 alin. 5 lit. b) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare”*.

Autoritatea contractantă a săvârșit o eroare de drept, întrucât termenul de 3 ani, prevăzut de art. 171 alin. (5) lit. b) se calculează de la momentul emiterii Deciziei nr. 48/19.07.2019 a Consiliului Concurenței și nu de la momentul epuizării faptei continue de încălcare a legislației concurenței, astfel cum a statuat CI UE în cauza C-124/17 (Vossloh Laeis GmbH împotriva Stadtwerke München GmbH).

Intervenienta Diferit susține că ar fi furnizat dovezi prin care și-a demonstrat credibilitatea, dovezi pe care autoritatea le-a considerat suficiente, în temeiul art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă i-a cerut clarificări acestui ofertant privind abaterea constatată prin Decizia Consiliului Concurenței (abatere pe care aceasta nici măcar nu o declarase în DUAE) în etapa evaluării documentelor justificative DUAE, aspect consemnat în procesul verbal nr. 30826/30.12.2020 privind evaluarea documentelor suport DUAE.

Conform procesului-verbal nr. 30826/30.12.2020, autoritatea contractantă nu a realizat în fapt nicio evaluare, nicio analiză a documentelor prezentate de ..., ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. 29488/16.12.2020. Decizia autorității contractante de a nu exclude oferta Diferit s-a bazat pe interpretarea eronată a termenului de 3 ani prevăzut de art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Contrar susținerilor intervenientei ..., documentele depuse de ofertantul ... nu sunt suficiente în vederea demonstrării credibilității, raportat la tipul dovezilor enumerate de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Ofertantul Diferit a depus simple decizii interne privind nominalizarea unor persoane pentru „coordonarea efortului de aplicare și reglare” a programului de conformare cu regulile concurenței, un contract de asistență juridică cu o firmă de avocatură care i-a asistat pe parcursul investigației declanșate de Consiliul Concurenței, liste cu persoane care au participat la traininguri de conformare cu regulile de concurență și procese verbale de instruire etc., majoritatea documentelor fiind datate 2018, înainte de emiterea Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019. Toate aceste documente nu fac dovada unor măsuri concrete și adecvate privind „reabilitarea” operatorului economic după sancționarea sa de către Consiliul Concurenței, mai ales ținând cont de gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii sancționate de Consiliul Concurenței.

Dovezile privind „reabilitarea” operatorului economic ar trebui să se refere în principal la:

- Demonstrarea cooperării efective cu autoritatea de concurență în cadrul procedurii de investigație în cadrul politicii de clemență și/sau al procedurii de recunoaștere a faptei;
- Implementarea efectivă și eficientă a unui program de conformare cu legislația concurenței;
- Alte măsuri luate de operatorul economic.

În ce privește dovada cooperării efective cu autoritatea de concurență, aceasta se realizează prin;

- Politica de clemență - care presupune că operatorul economic a colaborat cu autoritatea continuu, total, prompt și real în cursul procedurii de investigație și a beneficiat de un regim sancționator mai favorabil, chiar de imunitate la amendă sau

- Procedura de recunoaștere a faptei - operatorul economic a recunoscut participarea la fapta anticoncurențială investigată de autoritatea de concurență și a beneficiat de reducerea amenzii până la 30%.

Din Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2020 nu rezultă că în privința operatorului economic ...s-ar fi aplicat vreuna din aceste proceduri în ce privește modalitatea de cooperare cu autoritatea.

Mai mult, se reține în Decizia Consiliului Concurenței (pag. 132-133) că Diferit a invocat colaborarea efectivă manifestată pe parcursul investigației, însă poziția Consiliului Concurenței a fost: „Colaborarea efectivă invocată de întreprinderi a vizat strict obligația legală de a răspunde solicitărilor autorității de concurență, neputând constitui o circumstanță atenuantă” (par. 597).

Prin urmare, susținerile intervenientei ... referitoare la colaborarea efectivă cu autoritatea de concurență și aplicarea unor circumstanțe atenuante nu sunt reale.

În ce privește Programul de conformare, nu e suficient ca operatorul economic să depună documente formale privind adoptarea unui program de conformare în timpul investigației Consiliului Concurenței, ci trebuie să demonstreze că Programul de conformare a fost efectiv implementat după

emiterea Deciziei Consiliului Concurenței și a fost eficient, să dovedească că a luat măsuri suficiente să prevină săvârșirea faptelor pentru care a fost sancționat.

De asemenea, autoritatea contractantă trebuie să verifice cu maximă rigurozitate 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 sancționat de autoritatea de concurență, 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 fapte similare celor pentru care a fost sancționat operatorul economic.

De asemenea, contestatoarea reiterează faptul că oferta SC ... este neconformă.

Acest aspect de neconformitate al ofertei ... a fost constatat de experții tehnici cooptați, prin Raportul cu privire la evaluarea tehnică nr. 10705/14.05.2020, în care au reținut că oferta tehnică a ... este neconformă, acesta indicând în răspunsurile de clarificări pagini din oferta tehnică unde nu se regăsesc descrise riscurile minime cerute în caietul de sarcini. Argumentele intervenientei ... cu referire la aceleași

răspunsuri la solicitările de clarificare care au fost analizate de expert nu pot fi primite.

De asemenea, ofertantul nu a descris în propunerea tehnică metodologia de realizare a POE.

Argumentul autorității contractante privind existența avizelor conforme necondiționate emise de către ANAP privind reevaluarea făcută nu poate fi primit, de vreme ce și prima evaluare a ofertelor făcută de autoritate a beneficiat de asemenea de avize conforme necondiționate ale ANAP și totuși decizia autorității și primul raport al procedurii (prin care Strabag a fost desemnat câștigător) au fost infirmate de instanța de judecată.

Prin urmare, decizia autorității contractante de a nu respinge oferta Diferit ca neconformă este nelegală, în condițiile în care oferta ...nu respectă cerințele documentației de atribuire și este, prin urmare, neconformă, potrivit dispozițiilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, evaluarea realizată de autoritatea contractantă a încălcat în mod grav principiile tratamentului egal și nediscriminării, consacrate de art. 2 din Legea nr. 98/2016, prin faptul că în mod constant a favorizat ofertantul ...prin solicitări de clarificări repetate, creându-i acestuia un avantaj nelegal în raport cu ceilalți ofertanți și prin faptul că a ignorat cu bună știință și cu încălcarea flagrantă a legii neconformitățile evidente ale ofertei acestuia, neconformități constatate și de experții tehnici cooptați, în timp ce în privința ofertei ..., autoritatea nu a făcut minime diligențe să îi solicite o clarificare privind documentația reevaluată.

Prin adresa nr. 237/09.02.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 6642/10.02.2021, SC ... SRL formulează note de răspuns la punctul de vedere al autorității contractante și cererea de intervenție și concluziile depuse de către SC ... SRL.

Contestatoarea menționează că în conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și (2) din HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice:

„(2) Proiectul tehnic de execuție conține părți scrise și părți desenate, necesare pentru execuția obiectivului de investiții.

(3) Părțile scrise cuprind date generale privind investiția, descrierea generală a lucrărilor, memorii tehnice pe specialități, caiete de sarcini, liste cu cantitățile de lucrări, graficul general de realizare a investiției”.

Tot astfel, potrivit Anexei nr. 10 - PROIECT TEHNIC DE EXECUȚIE - conținut-cadru la același act normativ, lit. A, pct. IV:

„IV. Caiete de sarcini

Caietele de sarcini sunt părți integrante ale proiectului tehnic de execuție, care reglementează nivelul de performanță a lucrărilor, precum și cerințele; condițiile tehnice și tehnologice, condițiile de calitate pentru produsele care urmează a fi încorporate în lucrare, testele, inclusiv cele tehnologice; încercările; nivelurile de toleranțe și altele de aceeași natură, care să garanteze îndeplinirea exigențelor de calitate și performanță solicitate.

Caietele de sarcini se elaborează de către proiectanți, care prestează, în condițiile legii, servicii de proiectare în domeniul construcțiilor și instalațiilor pentru construcții, pe specialități, prin dezvoltarea elementelor tehnice cuprinse în planșe, și nu trebuie să fie restrictive. Caietele de sarcini, împreună cu planșele, trebuie să fie concepute astfel încât, pe baza lor, să se poată determina cantitățile de lucrări, costurile lucrărilor și utilajelor; forța de muncă și dotarea necesară execuției lucrărilor”.

Mai mult, în cuprinsul aceleiași anexe, la lit. A, pct. V, legiuitorul a reglementat situația listelor de cantități, astfel:

„V. Liste cu cantități de lucrări

Acest capitol va cuprinde toate elementele necesare cuantificării valorice a lucrărilor și conține:

- a) centralizatorul cheltuielilor, pe obiectiv (formularul F1);*
- b) centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte (formularul F2);*
- c) listele cu cantitățile de lucrări, pe categorii de lucrări (formularul F3);*
- d) listele cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări (formularul F4);*
- e) fișele tehnice ale utilajelor și echipamentelor tehnologice, inclusiv dotări (formularul F5);*
- f) listele cu cantități de lucrări pentru construcții provizorii OS (organizare de șantier) (Se poate utiliza formularul F3.).*

NOTA: Formularele F1-F5, completate cu prețuri unitare și valori, devin formulare pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situațiilor de lucrări executate; în vederea decontării”.

Așadar, contrar susținerilor autorității contractante, fiind în prezența unui contract având ca obiect proiectare și execuție, unde nu este întocmit un proiect tehnic, contrar celor susținute de autoritatea contractantă corect contestatoarea a arătat prin răspunsul la solicitările de clarificări și, ulterior, prin contestație, că listele de cantități, implicit extrasele C6-C9, sunt documente de lucru proprii, de evaluare, iar nu finale.

De altfel, argumentele contestatoarei sunt confirmate inclusiv prin modelul de contract publicat de autoritate în SEAP, unde la art. 20.4 se prevăd următoarele:

„(...) se consideră că Antreprenorul și-a stabilit prețurile în baza propriilor calcule, operațiuni și estimări”.

Nici argumentele autorității privitoare la cheltuielile cu stația de sortare/concasare nu pot fi primite la soluționarea cauzei, aceasta îndepărtându-se nepermis de conținutul solicitării de clarificări prin care i s-au cerut înregistrări contabile din care să rezulte efectiv producția anuală pe fiecare sort, respectiv pe fiecare tip de mixtură luat în analiză.

Astfel, contrar susținerilor autorității prin adresa nr. 23.995/19.10.2020 comisia de evaluare nu i-a solicitat contestatoarei să

depună înscrisuri contabile privitoare la cheltuielile cu stația de sortare/concasare aferente producției de sorturi și mixturi asfaltice.

Pe de altă parte, contrar argumentelor autorității din punctul de vedere, contestatoarea afirmă că poate susține cheltuielile cu stația de sortare/concasare, în condițiile în care, pe lângă cheltuielile directe de producție, în cadrul listei de cantități se aplică procentul de cheltuieli indirecte, conform INDICATIV P 91/1-02 - Anexa 6 (atât pentru mixturi, cât și pentru produse de carieră), fiind acoperite toate costurile necesare producției.

Contrar celor afirmate de autoritatea contractantă prin punctul sau de vedere în ceea ce privește cheltuielile cu exploatarea și întreținerea stației de sortare/concasare, în cauză nu poate fi pusă în discuție periclitarea ducerii la bun sfârșit a contractului, în condițiile în care, autoritatea contractantă are cunoștință despre faptul că prețurile oferite în prezenta procedură pentru materiale sunt egale sau mai mari decât cele recent folosite în contractele semnate cu aceeași autoritate contractantă, astfel încât societatea poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Nefondate sunt inclusiv susținerile privitoare la conținutul de bitum, dat fiind faptul că ...a depus în susținerea conținutului optim de bitum de 5,5% o serie de documente edificatoare, respectiv documentul intitulat Anexa 1, pag.2 Rețeta M 003 Mixtură asfaltică conținând rezultatele încercărilor preliminare, înscris eliberat de Laboratorul de analize și încercări în construcții GR. II, întocmit cu persoane cu competențe în domeniu și verificat de șeful de laborator, iar, mai mult, în susținerea informațiilor din respectivul înscris au fost depuse o serie de acte care certifică respectarea conținutului de bitum pe care în mod eronat comisia de evaluare nu le-a avut în vedere la analiza ofertei ... respectiv:

- Anexa 1, pag. 3 Rețeta M 003 Mixtura asfaltică - prin care a demonstrat densitatea scheletului mineral;
- determinări pe agregate - Raport de încercare nr. 86/26.02.2020;
- Declarația de performanță nr. 2538-3.CPR pentru filer de calcar;
- Declarație de performanță nr. 01-GA-12620-2017 pentru sort 0/4

Pentru a solicita respingerea contestației, autoritatea contractantă invocă raportul depus de expertul cooptat, iar anexat punctului de vedere este prezentată opinia emisă de „expertul cooptat” ... SRL, semnată ... a cărui titulatură sau funcție este necunoscută.

Potrivit Certificatului constatator nr. 56395/22.01.2021 emis de ONRC, ... SRL a fost înființată în 2015, are ca obiect principal de activitate 7022 - Activități de consultanță pentru afaceri și management și are 0 (zero) angajați.

Drept urmare, cel mai probabil singurul „expert” al societății este administratorul acesteia, dl. ..., probabil unul și același cu semnatarul opiniei anexate punctului de vedere al autorității. Dar din CV-ul d-lui ...

reiese că acesta nu are experiență în domeniul construcțiilor de drumuri, ci doar în IT și într-o mulțime de alte domenii, mai puțin construcția de drumuri.

Prin modalitatea de evaluare a ofertei Asocierii ... autoritatea contractantă a încălcat flagrant principiul tratamentului egal, în condițiile în care, potrivit informațiilor de la pag. 26 (pag. 416 de la dosarul achiziției) din procesul-verbal nr. 28533 din 08.12.2020 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, rezultă următoarele informații referitoare la evaluarea propunerii financiare depuse de ...:

„comisia de evaluare analizează elementele cu impact asupra prețului ofertei din listele de cantități, dat fiind că nu se poate face verificarea cantităților din lista prezentată, contractul este de tip proiectare-execuție, listele din DALI au caracter orientativ”

Or, în cazul asocierii SYLC, comisia de evaluare a făcut o analiză asupra cantităților din lista prezentată atunci când a decis respingerea ofertei pentru răspuns neconcludent, dar nu a procedat în același sens și în ceea ce privește oferta desemnată câștigătoare.

Mai mult, făcând referire la prețurile ofertate ... pentru mixturi asfaltice și pentru utilaje, comisia de evaluare concluzionează următoarele:

„(...) aceste costuri reprezintă o medie a prețurilor practicate pe piața construcțiilor, fără indicii de a fi sub nivelul practicat în realitate și consideră că nu se impune solicitarea de clarificări suplimentare legate de utilajele folosite și consumurile lor”.

Or, nu aceeași a fost atitudinea comisiei de evaluare atunci când a fost analizată propunerea financiară a asocierii ..., fiind evidentă încălcarea principiului tratamentului egal, dat fiind ca:

- Nu există documente/înscrișuri prin care comisia de evaluare să facă dovada că prețurile ofertate de ... sunt „o medie a prețurilor practicate pe piața construcțiilor”, iar cele ale ... ar fi sub nivelul practicat în realitate, prețurile din prezenta procedură sunt cele utilizate frecvent în relația cu aceeași autoritate, sens în care nu se poate reține că ar fi sub nivelul practicat în realitate pe piața construcțiilor;

- Comisia de evaluare nu argumentează cum a ajuns la concluzia că unele prețuri reprezintă o medie a prețurilor practicate pe piața construcțiilor, iar altele ar fi sub acest nivel;

- Comisia de evaluare nu a aplicat aceeași unitate de evaluare în privința ..., în condițiile în care, spre deosebire de ofertantul desemnat câștigător, asocierii ... i s-au solicitat o serie de justificări ale prețurilor din ofertă, deși autoritatea nu a putut demonstra că ar fi sub media prețurilor practicate pe piața construcțiilor.

Contrar celor invocate de ... prin cererea de intervenție și concluziile scrise, obiectul prezentei cauze nu este reprezentat de solicitările de clarificări transmise de comisia de evaluare, la care, asocierea ... a răspuns concludent, ci adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

De altfel, autoritatea contractantă nu a dispus respingerea ofertei motivat că asocierea ... nu a prezentat analiza solicitată la nivelul anului 2019, situație în care argumentele ... nu sunt fondate.

Contrar celor invocate de către ... prin concluziile scrise, în cadrul procedurii de atribuire contestatoarea susține că a prezentat comisiei de evaluare inclusiv justificările solicitate prin raportare la anul financiar 2019, împreună cu documentele suport, iar doar în adresa de răspuns a făcut referire la irelevanța respectivelor analize prin raportare la cantitatea de materiale aferentă viitorului contract de achiziție publică.

Nici argumentele privitoare la consumul de bitum nu pot fi primite societatea intervenientă, făcând confuzie în ceea ce privește oferta asocierii ...

Aceasta deoarece, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, asocierea ...a justificat dozajul de 5,5% care respectă normativul AND 605, iar nu pe cel de 5,3% cum susține eronat Elocvente în acest sens sunt cele aduse la cunoștință comisiei de evaluare prin adresa nr. 1714 din data de 09.10.2020, respectiv:

„Având în vedere că agregatele folosite de la cariera Batuta II au masa volumică medie mai mare de 2650 kg/mc, pentru stabilirea dozajului optim de bitum a fost aplicat coeficientul de corecție conform AND 605, rezultând un procent de bitum de 5.5%.”

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 7232/12.02.2021, SC ... SRL formulează note scrise, în care menționează următoarele:

1.i. Cu privire la contestația formulată de ... SRL, contrar susținerilor acesteia, prin Decizia Curții de Apel Timișoara s-a stabilit nu doar insuficiența documentelor depuse pentru nominalizarea terțului susținător ...SRL ci și caracterul neconcludent al răspunsurilor formulate ...SRL la solicitările de clarificări, fapt care atrage caracterul inacceptabil al ofertei în condițiile art. 134 alin.(5) din Normele metodologice.

Mai mult, la pagina 66 din decizie, instanța statuează în mod expres în sensul că oferta depusă de ... SRL apare ca fiind inacceptabilă acesta fiind motivul pentru care instanța nu a mai analizat restul criticilor formulate de SC ... SRL prin contestație și prin plângere.

Prin urmare în ceea ce privește criticile formulate față de oferta depusă de SRL, ... SRL nu mai justifică un interes în sensul art. 3 din Legea nr. 101/2016 întrucât oferta sa este una inacceptabilă, aspect tranșat în mod definitiv prin hotărâre judecătorească care se bucură de autoritate de lucru judecat.

ii. Cu privire la inadmisibilitatea criticilor formulate față de oferta SC ...SRL prin raportare la considerentele Deciziei ICCJ nr. 66/2018, intervenienta reiterează faptul că prin Decizia nr. 1176/2020 a Curții de Apel Timișoara primul rezultat al procedurii a fost anulat exclusiv în ceea ce privește admisibilitatea ofertei depuse de ... SRL, deciziile adoptate cu privire la celelalte oferte fiind menținute (prin neatacare).

Împrejurarea că autoritatea contractantă a înțeles să își reia concluziile expuse în raportul procedurii întocmit inițial în cuprinsul actelor emise în reevaluare este lipsită de consecințe juridice câtă vreme

actele emise cu ocazia primei evaluări nu au fost desființate și au intrat în circuitul civil.

iii. Cu privire la pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 față de oferta SC ...SRL, aceasta din urmă afirmă că incidența acestui motiv de excludere presupune ca premisă, intenția operatorului economic de a ascunde autorității contractante o împrejurare de natură să atragă incidența unui motiv de excludere.

În speță, la momentul depunerii DUAЕ în prezenta procedură intenția SC ... SRL nu a fost nicidecum aceea de a ascunde autorității contractante existența Deciziei nr. 48/2019.

Bifarea "NU" în cuprinsul DUAЕ a fost rezultatul exprimării opiniei la momentul depunerii ofertei cu privire la incidența motivului de excludere, intervenienta neconsiderând la acel moment că existența deciziei emise de Consiliul Concurenței este susceptibilă să atragă o sancțiune în ceea ce privește admisibilitatea ofertei.

iv. Cu privire la pretinsa incidență a motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) față de oferta SC ... SRL, aceasta din urmă reiterează că potrivit deciziei nr. 48/2019, Consiliul Concurenței nu a dispus măsura interdicției de participare a societății SC ... SRL la proceduri de achiziție publică/acorduri-cadru și că măsurile implementate au fost considerate de către Consiliul Concurenței ca fiind măsuri de îndreptare a comportamentului anticoncurențial, contribuind la atenuarea sancțiunii aplicate.

v. Cu privire la criticile privind propunerea tehnică,

În ceea ce privește chestiunea riscurilor și a măsurilor de eliminare a acestora, intervenienta precizează că acest aspect a fost tratat atât în propunerea tehnică cât și în cadrul a două răspunsuri la clarificări, redactate pe larg în cererea de intervenție. Prin urmare, sub acest aspect susținerile contestatoarei se dovedesc nefondate.

Similar, în ceea ce privește cerințele cu privire la POE acestea au fost explicitate în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2840/12.05.2020 referitor la descrierea Proiectului pentru Organizarea execuției pe care autoritatea contractantă l-a apreciat drept concludent și față de care contestatoarea nu înțelege să aducă niciun argument substanțial.

2. Cu privire la contestația formulată de ... SRL,

i. Cu privire la susținerea conform căreia costurile cu stația de sortare/concasare ar putea fi acoperite și din cheltuielile indirecte, intervenienta arată că aceasta nu poate fi primită întrucât procentul de cheltuieli indirecte rezultat din listele de cantități este diferit de procentul de cheltuieli indirecte ce se aplică producerii agregatelor din moment ce acestea au fost prinse ca procurare în oferta de bază, sunt cheltuieli indirecte aferente procesului de fabricare al produselor rezultate de la stațiile de sortare/concasare.

ii. Cu privire la susținerea conform căreia listele de cantități cu extrasele de utilaje pot fi modificate după finalizarea etapei de proiectare, intervenienta arată că în această fază s-ar putea modifica

consumul de carburant/puterea fiecărui utilaj în parte și implicit prin aceasta, tariful utilajului. Or în speță, autoritatea contractantă a identificat neconcordanțe majore în privința caracteristicilor tehnice ale utilajelor prezentate de către contestatoare, inclusiv în ceea ce privește nejustificarea tarifului orar, a consumului de carburant etc

iii. În ceea ce privește conținutul de bitum, intervenienta reiterează faptul că excluderea ofertei ... a survenit ca urmare a nedepunerii Buletinului de analiză, cu nr, dată și semnătură de certificare a conformității (document cerut în mod expres prin solicitarea de clarificări).

Cât privește conținutul optim de bitum, acesta nu poate fi modificat decât cu acordul proiectantului și al beneficiarului, împrejurare care din nou nu a fost dovedită.

iv. În ceea ce privește susținerile contestatoarei privind pretinsa încălcare a principiului egalității de tratament, intervenienta reiterează faptul că autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la propunerea financiară în temeiul art. 210 din Legea nr. 98/2016, justificările transmise fiind apreciate drept lămuritoare.

Prin adresa nr. 267/15.02.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 7388/15.02.2021, SC ... SRL formulează note scrise în care menționează că autoritatea contractantă și-a creat o obișnuință din a crea situații artificiale de respingere a unei oferte, prin purtarea unei corespondențe cu ofertanții care să nu fie determinată, în mod legal, de nevoia reală de lămurire ori justificare a ofertei.

Astfel, într-o procedură similară în care autoritatea contractantă a respins oferta ..., dar și a altor ofertanți pentru aceleași motive întemeitate pe presupuse răspunsuri neconcludente la multiple solicitări de clarificări privitoare la justificarea prețului ofertei, Consiliul a admis toate contestațiile formulate în cauză, prin decizia nr. 1920/C8/2009, 2010, 2011, 2015, 2023, 2024, 2025 din 20.10.2020, definitivă prin neexercitarea dreptului de a formula plângere. În cuprinsul acesteia fiind reținute următoarele considerente cu aplicabilitate directă la soluționarea contestației care face obiectul raportului juridic dedus judecății:

Aceeași este situația și în cauza dedusă judecății în care, deși prin caietul de sarcini nu s-a cerut decât prezentarea modalității de acces la utilajele necesare pentru execuția lucrărilor, autoritatea contractantă a creat situații artificiale de respingere a ofertei ..., deși nu a justificat necesitatea unei astfel de lămuriri a ofertei, prin prisma conținutului documentației de atribuire ori prin nevoia de asigurare a realizării contractului la nivel calitativ și cantitativ urmărit.

Tot astfel, referitor la prețul mixturilor, autoritatea contractantă nu arată în ce măsură prețul inclus de ... determină incertitudini cu privire la realizarea contractului la nivel calitativ și cantitativ urmărit prin documentația de atribuire, respectiv în ce măsură aceste costuri ar fi sub media prețurilor practicate pe piața construcțiilor, astfel încât să existe indicii de a fi sub nivelul practicat în realitate, în condițiile în care, ... a utilizat sau utilizează în prezent cu aceeași autoritate contractantă

prețuri similare sau mai mare decât cele din prezenta procedură de atribuire.

Drept urmare, în ceea ce privește cheltuielile cu exploatarea și întreținerea stației de sortare/concasare, în condițiile în care, autoritatea contractantă are cunoștință despre faptul că prețurile ofertate în prezenta procedură pentru materiale sunt egale sau mai mari decât cele recent folosite în contractele semnate cu aceeași autoritate contractante, astfel încât ...poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, este evident că respingerea ofertei ... a fost determinată de aspecte artificiale, contrare legislației în materia achizițiilor publice.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online privind atribuirea contractului având ca obiect „Proiectare și execuție: «Modernizare DJ 572 km 102+500-128+519 Limită jud. Timiș - Lipova»”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 44.167.262,18 lei.

În cadrul procedurii de atribuire, potrivit raportului procedurii nr. 17.410/31.07.2020, au fost depuse 6 oferte, în urma evaluării lor, oferta contestatoarei SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă, cea a contestatoarei SC ...SRL s-a clasat pe locul al doilea, câștigătoare fiind oferta de ... SRL.

Împotriva acestui rezultat, au formulat contestații SC ... SRL și SC ... SRL, după depunerea acestora, SC ... SRL depunând două cereri de intervenție, solicitând respingerea contestațiilor.

Contestațiile respective au fost soluționate prin decizia Consiliului nr. ..., în care s-au dispus următoarele: „În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei contestatoarei.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de de către SC ...SRL, în contradictoriu cu și va dispune anularea raportului procedurii și reevaluarea ofertei ... SRL, în ceea ce îl privește pe terțul susținător SRL, astfel cum rezultă din motivare, într-un termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, restul criticilor formulate de contestatoare”.

Împotriva acestei decizii, a fost formulată plângere de SC ... SRL, iar prin Decizia Curții de apel Timișoara nr. 1176/2020 s-au dispus următoarele: “Admite plângerea formulată de petenta SC ... SRL împotriva Deciziei nr...., dată de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, în contradictoriu cu intimații ..., SC ... SRL și SC ... SRL. Modifică în parte decizia CNSC nr. ..., în sensul că admite contestația formulată de SC ...SRL. Anulează decizia autorității contractante ... prin

care oferta SC ...SRL a fost declarată admisibilă, conformă și câștigătoare a procedurii de atribuire și, totodată, raportul procedurii de atribuire nr. 17410/ 31.07.2020, în ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL și a actelor subsecvente deciziei. Dispune reevaluarea ofertei depuse de intimata SC ... SRL, în conformitate cu considerentele instanței de judecată din prezenta hotărâre”.

În urma acestei decizii, autoritatea contractantă a emis un nou raport al procedurii având nr. 181/05.01.2021, potrivit căruia în procedură a rămas o singură ofertă admisibilă, respectiv cea depusă de SC ..SRL, care a fost declarată câștigătoare a procedurii, ofertele celor două contestatoare fiind respinse ca inacceptabile.

Împotriva acestui rezultat, au formulat contestații SC ... SRL și SC ... SRL, după depunerea acestora, SC ... SRL depunând două cereri de intervenție, solicitând respingerea contestațiilor.

După depunerea contestațiilor, contestatoarele au depus dovada constituirii cauțiunilor, după cum urmează:

- SC ... SRL a depus cauțiunea în valoare de 880.000 lei prin recipisa de consemnare nr. 206770584/1/15.01.2021, emisă de CEC Bank, Sucursala ARAD;

- SC are nr. 1/18.01.2021, emisă de Raiffeisen Bank, Sucursala 13 Septembrie.

Cauțiunile constituite se vor restitui contestatoarelor, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitivă a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

În ceea ce privește cererile de intervenție formulate de SC ... SRL, având în vedere că respectiva societate este declarată câștigătoare a procedurii, fiind interesată în menținerea actelor autorității contractante în forma emisă, Consiliul reține că aceasta are interes în prezenta cauză. Drept urmare, în temeiul art. 63 și 64 din codul de procedură civilă, Consiliul va admite în principiu cererile de intervenție formulată de SC ... SRL, ca intervenție în favoarea autorității contractante.

Pe fondul contestației formulate de SC ... SRL, Consiliul reține că această societate a fost respinsă ca inacceptabilă, pentru următoarele motive menționate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii:

- prin răspunsurile la solicitarea de clarificări nu a justificat în mod concludent cheltuielile cu stația de sortare/concasare;

- nu a justificat cheltuielile diverse cu stația de sortare/concasare;

- referitor la conținutul de bitum pentru bixtura BA 16, din înscrisurile depuse comisia nu a identificat că se respectă un conținut de bitum de minim 5,5%, aspect care ar fi contrar AND 605;

- pentru anumite consumuri din extrasul de utilaje nu a răspuns concludent la solicitarea de justificare a acestora.

Consiliul reține că aceste motive nu au fost analizate în decizia anterioară, toate motivele identificate de autoritate referindu-se la justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut.

Verificând documentele întocmite de autoritatea contractantă pentru evaluarea respectivei oferte și răspunsurile la clarificări transmise de ofertant, documente aflate la paginile 191-441 și 102-113 din cadrul volumului 2 al dosarului achiziției publice pus la dispoziție de autoritatea contractantă, Consiliul reține că solicitările de clarificări și modalitatea de interpretare a răspunsurilor exced scopului urmărit de legiuitor.

Consiliul reține relevanța în cauză a următoarelor dispoziții legale:

- Art. 210 din Legea nr. 98/2016: „(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la [alin. \(1\)](#) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 [alin. \(1\)](#);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la [art. 218](#);

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la [alin. \(2\)](#).

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 [alin. \(1\)](#)”.

- Art. 136 din HG nr. 395/2016 - (1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 [alin. \(2\)](#) din Lege, precum și, după caz, **documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele**

utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă”.

Consiliul reține că autoritatea contractantă a insistat în evaluarea propunerii financiare a SC ... SRL, adresând solicitări referitoare la costurile de producție ale pietrei concasate, în condițiile în care ofertanta respectivă deține propria carieră și stație de sortare/concasare. Astfel, comparând costurile contabile din 2019 și 2020, aceasta a concluzionat că ofertanta a prezentat date diferite, nejustificând costul pietrei sparte. Consiliul mai reține că dispozițiile legale citate stabilesc că autoritatea trebuie să ia în considerare justificările, respingând oferta doar dacă explicațiile furnizate nu justifică aceste costuri, acestea fiind mult mai mici față de cele existente pe piață.

Consiliul mai reține că scopul prevederilor citate este acela de a proteja autoritatea contractată de riscul eșuării contractului, ca urmare a imposibilității susținerii prețului ofertat, a introducerii în lucrare a unor materiale de calitate îndoielnică, dar și pentru promovarea concurenței între operatorii economici, astfel încât prețul să nu fie unul de dumping.

În ceea ce privește prețul pietrei sparte, Consiliul reține că SC ... SRL deține permis de exploatare minieră, a depus dovezi privind costurile cu redevența minieră, fiind în cadrul acestui contract, propriul furnizor de piatră spartă. Deținerea propriei cariere și a stației de sortare/concasare nu este, în niciun caz, un dezavantaj pentru autoritatea contractantă, după cum nu poate constitui nici un element care să conducă la respingerea ofertei. Totodată, operatorul este cel care apreciază care este prețul cu care își introduce în ofertă propria producție, iar a respinge un ofertant fără a se reține că prețul este unul subevaluat, ci doar că ar exista anumite inadvertențe între anumite „constante” care au valori diferite, respectiv că ofertantul a invocat productivități diferite și prezentat două tabele, nu respectă dispozițiile legale citate. Astfel, autoritatea concluzionează că „Pentru a avea o analiză pertinentă a cheltuielilor cu stația de sortare/concasare, se solicită prin clarificare refacerea analizei prezentate, astfel: se vor utiliza date provenind din anul financiar încheiat, 2019, pentru completarea coloanelor 3 și 5 ale tabelului respectiv”, aspect ce nu poate fi justificat nici în fapt, nici în drept. Dacă ofertantul ar fi venit cu aceeași ofertă din partea unui terț, aceasta ar fi fost considerată relevantă, dar dacă prezintă documente de la propria sa stație, oferta nu mai este considerată relevantă. Consiliul reține că, dimpotrivă, deținerea unei cariere și a unei stații de sortare/concasare reprezintă un avantaj suplimentar al ofertantului, și nu un element care să atragă neconformitatea ofertei.

În cauză, ofertantul și-a introdus prețuri sustenabile, ori autoritatea nu a dovedit, în niciun fel, că acestea ar fi subevaluate. Dimpotrivă,

ofertantul demonstrează că prețurile pentru sorturile de piatră spartă 15-25mm și 40-63mm sunt de 30 lei/mc, egale sau mai mari ca cele recent folosite în contracte cu aceeași autoritate contractantă, situația menținându-se și la alte produse, depunând înscrisuri în acest sens.

Nicăieri în legislația achizițiilor sau în cea financiar-contabilă nu există vreo dispoziție care să interzică antreprenorilor care dispun și de capacități de producție să își introducă în ofertă prețuri mai bune pentru propriile produse, ci dimpotrivă, foarte mulți operatori înțeleg să își dezvolte astfel de capacități, pentru a-și asigura accesul mai facil la resurse și a fi competitivi. Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă trebuie să reevalueze răspunsul operatorului, ținând seama și de **Hotărârea CJUE din 10 septembrie 2020 (C-367/19 Tax-Fin-Lex, ECLI:EU:C:2020:685)**: *„Articolul 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul delegat (UE) 2017/2365 al Comisiei din 18 decembrie 2017, trebuie interpretat în sensul că acesta nu constituie un temei juridic pentru respingerea ofertei unui ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice doar pentru motivul că prețul propus în ofertă este de 0 euro”.*

Consiliul mai reține ca fiind relevantă și susținerea contestatoarei potrivit căreia formarea prețurilor la aceste materiale nu s-a făcut ținând cont de condițiile de cost din anul 2019, deoarece condițiile din piață la data depunerii ofertei s-au schimbat considerabil față de 2019, iar costurile înregistrate în anul 2019 nu au relevanță asupra costurilor din viitor. Aceasta deoarece, în anul 2019 societatea nu a produs nicio tonă de mixtură asfaltică AB22,4 deoarece nu a avut proiecte sau cerere pentru acest tip de mixtură.

În ceea ce privește introducerea cheltuielilor „diverse” pe stația de sortare/concasare, Consiliul reține, de asemenea, că existând identitate între furnizorul de piatră spartă și ofertant, acesta nu trebuie să justifice cheltuieli de orice fel pentru stația respectivă. Politica comercială a ofertantului nu trebuie să fie în sensul în care să obțină profit și din vânzarea pietrei sie însuși, și din lucrarea pe care ar putea să o câștige, fiind o chestiune de organizare internă modul în care urmărește obținerea și distribuirea chetuielilor și a profitului. Din acest motiv, Consiliul reține că deținerea carierei și a stației de sortare/concasare reprezintă un avantaj competițional corect, care nu dă dreptul autorității contractante la excluderea ofertantului.

În ceea ce privește consumul anumitor utilaje, Consiliu reține, de asemenea, că evaluarea realizată de autoritatea contractantă excede dispozițiilor legale în materie. Astfel, autoritatea contratantă a reținut următoarele: *„Pentru anumite consumuri din extrasul de utilaje, se constată deficiențe/răspunsuri incomplete pentru următoarele poziții:*

- Autogreder până la 175 cp (2 poziții) - fișa prezentată nu indică puterea utilajului; având în vedere că în extrasul de utilaje sunt indicate

2 tipuri de autogreder, se solicită depunerea de fișe de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile utilajelor; Ofertantul a depus factura de achiziție a utilajului, o poză a datelor de identificare a utilajului și specificațiile utilajului. Din specificațiile utilajului rezultă următoarele:

- greutatea utilajului de 15.800 kg (pag. 39 din răspuns nr. 1787/21.10.2020) vis - a - vis de răspunsul ofertantului nr. 1714/09.10.2020, pag. 56, din care rezultă o greutate de 15.600 kg;
- puterea motorului: 112kw = 150 CP - se încadrează sub 175 CP;
- din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.

"Autogudronator 3500-3600 l - fișa prezentată este pentru un utilaj cu capacitatea de 8000 l", se solicită depunerea fișei de utilaj cu capacitatea de 3500-3600 l, conform extrasului de utilaje.

Ofertantul confirmă că deține un autogudronator / utilaj de 8.000 l, cu un consum de combustibil de 8 l/h. Dacă se ia în considerare un consum minim de 12 l/h la un autocamion/autopropulsor, echivalent se ajunge la un consum minim de 20 l/h/utilaj autogudronator. Preț combustibil indicat de către ofertant este de 4,63 lei/l. Așadar, doar consumul pentru 1 oră de funcționare este echivalent valoric cu 92,6 lei/oră (20 l x 4,63 lei). Tariful orar prezentat de ofertant în propunerea financiară - C8 este doar de 72,00 lei/ora de funcționare.

- Compactor static autopropulsat cu rulouri (valțuri), 8-14,14 tf și Compactor static autopropulsat pe pneuri 10,1-16 tf - fișa prezentată pentru cilindru compactor nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;

Ofertantul a depus factura de achiziție pentru utilajul Bomag BW 216 DHC-3 (Compactor static autopropulsat cu rulouri 8-14,14 tf) și o fișă a aceluiași utilaj iar pentru Compactor static autopropulsat pe pneuri 10,1-16 tf, o fișă tehnică producător HAMM. Din verificarea documentelor, comisia de evaluare concluzionează următoarele:

- Compactor static autopropulsat cu rulouri (valțuri), r 8-14,14 tf;
- În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 57 este prezentat utilajul HAMM DV 90i - greutate utilaj 8.600 kg;
- În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 49 este prezentat utilajul HAMM DV+ 90i VO-S - greutate utilaj 9.350 kg - 12.180 kg; Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
- Compactor static autopropulsat cu rulouri (valțuri), 10,1 -16 tf:
- În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 58 este prezentat utilajul BOMAG BW216DH - greutate utilaj 15.630 kg;
- În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 45 este prezentat utilajul BOMAG din seria BW216DH ca fiind BW216DH-4 - greutate utilaj 16.600 kg;
- Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.

- Încărcător frontal pe pneuri cupă până la 2,6-3,9 – fișa prezentată este pentru un încărcător cu cupa de max 3,5 mc, utilajul din extrasul de utilaje este pentru 2,6-3,9 mc - clarificați
 - În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 59 este prezentat utilajul JCB 457ZX - greutate utilaj 21.645 kg și cupă de 3,5 mc;
 - În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 51 este prezentat utilajul JCB 457ZX în toate variantele constructive și de dotare cu accesorii (cupă încărcător) cu greutate cuprinsă între 19.621 kg și 20.177 kg. Accesorii cupă încărcător este prezentat cu variante cuprinse între 3,1 mc și 3,5 mc;
 - Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
 - Repartizator finisor mixturi asfaltice motor termic fără palpator 92 cp - fișa prezentată nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile; având în vedere anul de fabricație declarat, 2017, justificați generația de utilaj, în 2017 Voegel produce utilaje de generația 3 nu 1.
 - În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 60 este prezentat utilajul VOEGELE 1603-1 - putere 92CP (identic cu C8 - ofertă financiară);
 - În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 56 este prezentat utilajul VOEGELE 1603-3i, putere cuprinsă între 106kw și 116kw, respectiv 142CP și 155CP;
 - Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
 - Tractor pe pneuri- 65 cp- fișa prezentată nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;
 - În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 61 este prezentat utilajul TRACTOR DEUTZ FAHR 6150 AGROTON - putere nespecificată, greutate 6.560 kg;
 - În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 61 sunt prezentate utilaje TRACTOR DEUTZ FAHR alte modele decât cel specificat, cu putere cuprinsă între 149 CP și 201 CP;
 - Din specificațiile utilajului nu rezultă consumul utilajului.
 - Vibrator de interior pentru beton, acționat electric, 0,9-1,5 kW- fișa prezentată nu indică puterea utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;
- Ofertantul nu prezintă o fișă tehnică de la producătorul utilajului, cu caracteristicile tehnice, se regăsește în răspunsul ofertantului doar o factură de achiziție utilaje printre care se regăsește și un vibrator beton 1,5 KWA și vibrator beton 4 CP.
- Freza reciclator 2100 DCR - fișa prezentată nu indică caracteristicile utilajului; se solicită depunerea fișei de utilaj de

la producătorul echipamentului, din care să rezulte caracteristicile;

În fișa tehnică proprie a ofertantului prin răspunsul nr. 1714/09.10.2020, pag. 63 este prezentat utilajul WIRTGEN RACO 350, greutate 22.000 kg și un consum de combustibil de 18 l/h;

În fișa tehnică producător prin răspunsul ofertantului nr. 1787/21.10.2020, pag. 67 este prezentat utilajul WIRTGEN RACO 350, greutate 21.350 kg și un consum de combustibil cuprins între 48 l/h (la 2/3 din capacitate) și 78 l/h (la 1/1 din capacitate);

La utilizarea la capacitate normală (1/1) a frezei reciclator, doar valoarea consumului de combustibil/oră, depășește cu mult tariful orar prezentat în propunerea financiară a ofertantului.

Comisia de evaluare consideră răspunsul ofertantului, în ceea ce privește utilajele ca fiind neconcludent”.

În ceea ce privește subevaluarea costurilor cu utilajele, Consiliul reține că ofertantul a transmis justificări la solicitarea comisiei de evaluare, însă aceasta nu le-a luat în considerare. Astfel, modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat răspunsurile contestatoarei se bazează pe supoziții, și nu pe date certe. Astfel, nicăieri nu se menționează în documentele întocmite de autoritatea contractantă cât ar reprezenta respectiva subevaluare, comparativ cu datele prezentate în alte oferte, cu prețurile existente pe piață. De asemenea, prezentând documente pentru utilaje mai mari, înseamnă că acestea au și o productivitate mai mare.

Din datele prezentate rezultă faptul că operatorul a prezentat răspunsuri pertinente privind introducerea costurilor respective, dar nu a depus toate documentele solicitate de autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări, respectiv fișe tehnice pentru toate utilajele folosite în lucrare, cel mai probabil și din motive obiective, fiind posibil să nu le dețină, din moment ce unele dintre ele sunt cumparate second-hand. Nicăieri, însă, nu există în legislația de orice fel vreo obligație pentru operatorii economici să dețină fișele de consum. Ceea ce este, însă, cert, este faptul că ne aflăm în prezența unui contract de proiectare și execuție, în documentație fiind introdus un deviz general, ofertanții apreciindu-și necesarul de utilaje, materiale și manoperă în funcție de normele de consum, soluțiile tehnice propune, tehnologia proprie, dimensiunile drumului. Deci, aceștia trebuie să își calculeze volumele de lucrări și să își aprecieze singuri consumurile, în funcție de tehnologia proprie. Astfel, documentația de atribuire nu conține liste de cantități, acestea definitivându-se după întocmirea detaliilor de execuție.

Cu toate acestea, operatorii trebuie să își întocmească ofertele, în calitatea lor de profesioniști, cât mai exact posibil, ulterior semnării, contractul neputându-se modifica, decât în condițiile exprese și limitative ale legii, mai cu seamă că există și un capitol important de cheltuieli diverse și neprevăzute.

În ceea ce privește, însă, aprecierea unei oferte ca având un preț aparent neobișnuit de scăzut, legislația anterioară și practica au stabilit că această apreciere se realizează prin comparație cu valoarea estimată,

dar și cu alte oferte aflate în competiție, iar actuala legislație, că prețurile se apreciază prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri.

Consiliul consideră relevante considerentele reținute de CJUE în cauza C367/19, menționată mai sus, respectiv „*32 Astfel, de la alineatul (1) al acestui articol (n.n- articolul 69 din Directiva 2014/24) reiese că, în cazul în care o ofertă pare anormal de scăzută, autoritățile contractante solicită ofertantului să explice prețul sau costurile propuse în ofertă, aceste explicații putând, printre altele, să privească elementele prevăzute la alineatul (2) al articolului menționat. Explicațiile respective contribuie astfel la evaluarea fiabilității ofertei și ar permite să se demonstreze că, deși ofertantul propune un preț de 0 euro, oferta în cauză nu va afecta executarea corectă a contractului.*

33 Astfel, în conformitate cu alineatul (3) al aceluiași articol, autoritatea contractantă trebuie să evalueze informațiile furnizate consultând ofertantul și nu poate respinge o asemenea ofertă decât dacă elementele de probă furnizate nu explică în mod satisfăcător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.

34 Evaluarea acestor informații trebuie, în plus, să fie efectuată cu respectarea principiilor egalității și nediscriminării între ofertanți, precum și ale transparenței și proporționalității, care se impun autorității contractante în conformitate cu articolul 18 alineatul (1) din Directiva 2014/24.

35 Prin urmare, argumentul unui ofertant care a depus o ofertă la prețul de 0 euro potrivit căruia prețul propus în oferta sa se explică prin faptul că urmărește să obțină accesul la o nouă piață sau la referințe dacă această ofertă este acceptată trebuie apreciat în contextul unei eventuale aplicări a articolului 69 din Directiva 2014/24.

36 Având în vedere ansamblul considerațiilor care precedă, trebuie să se răspundă la întrebările adresate că articolul 2 alineatul (1) punctul 5 din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că acesta nu constituie un temei juridic pentru respingerea ofertei unui ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice doar pentru motivul că prețul propus în ofertă este de 0 euro”.

Prin urmare, având în vedere considerentele reținute judicios de Curtea de Justiție Europeană, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere că un operator care dispune de resurse, are posibilitatea scăderii unor prețuri unitare, pentru a câștiga contractul, atât timp cât dovedește că îl poate executa în condițiile de calitate solicitate. De asemenea, că o serie de utilaje neperformante au un consum mare, nu înseamnă că acesta trebuie susținut de beneficiarul lucrării publice, ci autoritatea trebuie să verifice dacă prețurile introduse în ofertă sunt comparabile cu cele existente pe piață.

În ceea ce privește oferta contestatoarei, comparativ cu oferta câștigătoare, Consiliul reține că în procesul-verbal de evaluare nr. 28533/08.12.2020, autoritatea contractantă a prezentat defalcăt

cheltuielile participanților la procedură, comparativ cu cheltuielile estimate de aceasta în Devizul general, parte a DALI. Astfel, s-a stabilit pentru fiecare ofertă în parte, care este procentul ofertat față de valoarea fiecărui capitol de lucrări în parte.

Din oferta contestatoarei rezultă că **pentru cap. 4.1.1-Lucrări rutiere, capitol în care se utilizează utilajele a căror valoare se consideră subevaluată**, s-a prevăzut o sumă de 30.083.123,66 lei, respectiv **81,32%** față de valoarea din DALI, această sumă fiind compusă din 4.1.1.a)-Terasamente, unde ofertanta contestatoare a ofertat **161,79% față de DALI** și 4.1.1.b)-Structura Rutieră, unde ofertanta contestatoare a ofertat **78,71% față de DALI**.

Față de această ofertă, ofertanta câștigătoare a ofertat pentru cap. 4.1.1-Lucrări rutiere, o sumă de 33.273.702,97 lei, respectiv **89,95%** față de valoarea din DALI, această sumă fiind compusă din 4.1.1.a)-Terasamente, unde ofertanta contestatoare a ofertat 84,18% față de DALI și 4.1.1.b)-Structura Rutieră, unde ofertanta contestatoare a ofertat 89,94% față de DALI.

Astfel, la acest capitol, **între cei doi ofertanți se observă o diferență rezonabilă, de 8,63%**, neputându-se reține subevaluarea respectivelor capitole, în care se folosesc utilajele despre care autoritatea susține că ar fi fost subevaluate. Diferențe mari între cei doi ofertanți se regăsesc la Proiectare, amenajarea terenului, Organizare de șantier, Dispozitive de scurgere și Podețe, unde ofertantul câștigător a depășit foarte mult valoarea din DALI (168,65%-Dispozitive de scurgere și 209,3 – Podețe), comparativ cu ofertantul contestator (87,86% -Dispozitive de scurgere și- 104,75% -Podețe). Prin urmare, valorile din DALI nu pot fi considerate absolute, legiuitorul stabilind în noua legislație altă metodă de comparație, respectiv „în situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, **prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri**, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire”.

Deci, la capitolele pentru care se solicită clarificări referitoare la justificarea prețului, prețurile celor două oferte sunt comparabile, nefiind justificată lămurirea acelor elemente de preț.

Pe de altă parte, Consiliul reține că nici autoritatea contractantă nu a reușit să dovedească faptul că acele elemente de preț, respectiv cele cuprinse în Lucrări rutiere, ar fi de natură să împiedice îndeplinirea contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, nefiind niciun argument în acest sens.

Schimbarea legislației din 2016 a schimbat întrutotul maniera de interpretare a ofertelor aparent neobișnuit de scăzute, legiuitorul stabilind că aceasta se apreciază doar în considerentul lipsei de calitate ce ar decurge din prețul neobișnuit de scăzut, și nu prin raportare la cifre absolute, la valoarea estimată a procedurii, în acest sens fiind și

Hotărârea CJUE din 10 septembrie 2020 (C-367/19 Tax-Fin-Lex), citată mai sus.

Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă a realizat evaluarea ofertei contestatoarei în baza vechii legislații și a practicii aferente acesteia, și nu prin raportare la dispozițiile legale în vigoare la acest moment, aplicabile prezentei proceduri.

În ceea ce privește procentul de bitum din BA 16, Consiliul reține că Asocieria ... a declarat în ofertă conținutul de bitum de 5,5%. Autoritatea a reținut că oferta Asocierii ... este inacceptabilă și neconformă, deoarece nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări privitoare la conținutul de bitum pentru mixtura BA16.

În legătură cu acest aspect, Consiliul reține că autoritatea contractantă a solicitat ofertantului clarificări după cum urmează:

-prin adresa nr. 22.905/07.10.2020, comisia de evaluare i-a transmis următoarea solicitare: *„Conținutul de bitum pt mixtura BA 16 este sub procentul minim prevăzut în normativul AND 605/2018. Astfel, în analiza de preț apare cu 55kg/ton bitum **care înseamnă 5,50%** bitum în masa asfaltului, iar în AND 605 art. 47- Tabel 16, **pe coloana conținut de liant minim mixtură pt BA 16 este prevăzut 5,7%**. Vă rugăm clarificați”.*

-contestatoarea a transmis adresa nr. 1714 din data de 09.10.2020, precum și o serie de înscrisuri în susținere, în care a arătat următoarele:

„Având în vedere că agregatele folosite de la cariera Batuta II au masa volumică medie mai mare de 2650 kg/m³, pentru stabilirea dozajului optim de bitum a fost aplicat coeficientul de corecție conform AND 605, rezultând un procent de bitum de 5.5%. Vă anexăm Anexa 1 a rețetei cu privire la calculul dozajului optim de bitum (pag. 4).”

Contestatoarea a transmis și un Buletin de analiză, prin adresa nr. 1787 din 21.10.2020, Anexa 1, pag. 2 la rețeta BA16 completată cu explicația privind dozajul optim de bitum, calculul teoretic al densității scheletului mineral care a fost efectuat, de unde rezultă valoarea „d” de 2855 kg/cm (pag. 21-28 din răspuns), precum și modalitatea de calcul a densității.

Verificând Normativul AND 605/2018, invocat de ambele părți, Consiliul reține că la art. 48 stabilește următoarele: **„(1) Valorile minime pentru conținutul de liant prezentate în tabelul 16 au în vedere o masă volumică medie a agregatelor de 2.650 kg/m³.**

(2) Pentru alte valori ale masei volumice a agregatelor, limitele conținutului de bitum se calculează prin corecția cu un coeficient $a = 2.650/d$, unde d este masa volumică reală (declarată de producător și verificată de laboratorul antreprenorului) a agregatelor, inclusiv filerul (media ponderată conform fracțiunilor utilizate la compoziție), în kg/m³, și se determină conform SR EN 1097-6”

Din [Tabelul 16 - Conținutul optim de liant](#), pentru BA 16, pe coloana Conținut de liant min. % în mixtură, se menționează 5,7%.

Consiliul reține că în conținutul rețetei de mixtură asfaltică depusă de contestatoare, în urma rezultatelor încercărilor preliminare în cadrul Laboratorului de grad II, Autorizația nr. 3414/31.10.2018, aflată la pag. 203 din volumul 2 al documentației de atribuire, se menționează următoarele: „Art. 48 din AND605/2016 **prevede corecția conținutului minim de bitum în BA16 de 5,7% cu densitatea agregatului mineral $a=2.650/d$, unde $d=2.855$ pentru Batuta II, rezultă $a=0,93$, conținut minim de bitum 5,3. Din caracteristici de cilindri Marshal, rezultă conținutul optim de bitum de 5,5.**

Consiliul mai reține că în dosar se regăsește și analiza de laborator pentru determinarea masei volumice reale, aspecte care concordă cu cele declarate de contestatoare. Astfel, conținutul de bitum nu este unul fix, ci se determină în funcție de densitatea agregatului mineral, declarată de producător și verificată de laboratorul antreprenorului.

Astfel, explicațiile furnizate de contestatoare sunt în concordanță cu Normativul AND 605/2018, invocat de ambele părți, neputându-se reține neconformitatea ofertei pe acest motiv.

Prin urmare, Consiliul reține necesitatea reevaluării ofertei contestatoarei, respectiv solicitarea de clarificări referitoare la suficiența prețului, prin raportare la prevederile legale incidente aferente prezentei proceduri.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și va dispune reevaluarea acestei oferte, în concordanță cu cele invocate în motivare.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de ... SRL, Consiliul o va respinge ca nefondată, având în vedere caracterul fondat al susținerilor contestatoarei.

În ceea ce privește contestația formulată de ... SRL, Consiliul constată că intervenienta SC ...SRL invocă mai multe excepții.

Astfel, în ceea ce privește respingerea propriei oferte, intervenienta invocă lipsa de interes în susținerea criticilor formulate față de admisibilitatea ofertei SC ...SRL.

Astfel, intervenienta arată că în conformitate cu dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, calea de atac a contestației poate fi exercitată de către orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante, or, chiar dacă formalmente decizia de respingere a ofertei contestatoarei a fost emisă abia acum, ea putând face în mod abstract obiectul contestației (din această perspectivă contestația este admisibilă), dat fiind faptul că motivul de respingere al ofertei contestatoarei a fost tranșat pe cale judiciară cu autoritate de lucru judecat, este evident că STRABAG SRL nu mai poate fi considerat ofertant interesat în prezenta procedură de atribuire.

De asemenea, invocă inadmisibilitatea criticilor formulate față de oferta SC ...SRL prin raportare la considerentele Deciziei ICCJ nr. 66/2018, în condițiile în care oferta sa a fost declarată admisibilă cu

oazia evaluării inițiale realizate în procedură prin raportul procedurii nr. 17410/31.07.2020.

Analizând excepțiile invocate, prin prisma deciziei anterioare a Consiliului și a Curții de Apel Timișoara, Consiliul reține că evaluarea dispusă de instanță privește exclusiv admisibilitatea ofertei ...SRL, în ceea ce privește terțul susținător Rionvil.

În etapa reevaluării, autoritatea contractantă nu a reevaluat propunerea tehnică a ofertantului SC ... SRL, ci doar documentele de calificare ale acestuia, având în vedere că în această etapă, s-a clasat pe locul 1.

Este clar că Strabag nu a avut interes să conteste rezultatul inițial al procedurii (stabilit prin primul raport la procedurii nr. 17410/31.07.2020), dat fiind că a fost desemnat ofertant câștigător, câștigătoarea unei proceduri neavând interes în atacarea actelor prin care a fost declarată câștigătoare și contestarea admisibilității unor oferte clasate în urma sa în clasament.

Cu toate că decizia ICCJ nr. 66/2018 nu are în vedere o speță similară, considerentele acesteia sunt aplicabile, în parte, și speței de față. Astfel, în măsura în care conformitatea propunerii tehnice a SC ... SRL a fost stabilită încă din 31.07.2020, iar etapa finalizată prin raportul procedurii nr. 181/05.01.2021 nu a privit și conformitatea acestei propuneri, ci doar admisibilitatea ofertei prin prisma dovedirii îndeplinirii cerințelor de calificare, atunci obiectul analizei Consiliului nu îl poate constitui ceea ce s-a stabilit prin raportul procedurii anterior, ci doar modalitatea în care s-au pus în practică cele două decizii.

Contrar susținerilor contestatoarei SC ...SRL, reevaluarea propunerii tehnice a SC ...SRL nu a fost reluată, fiind evaluate doar documentele de calificare, restul informațiilor fiind preluate din vechiul raport, anularea acestuia privind doar limitele stabilite de Consiliu și Curtea de apel, prin deciziile anterioare.

Prin urmare, analiza Consiliului, în ceea ce privește oferta SC ...SRL, va avea în vedere doar verificarea documentelor suport DUAЕ, nu și conformitatea propunerii tehnice. Sub acest aspect, SC ...SRL are interes, Consiliul reținând relevanța în speță a **Cauzei CJUE C-100/12 Fastweb**, în considerentele căreia se rețin următoarele: „Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că, dacă, în cadrul unei proceduri privind o cale de atac, adjudecatarul, care a obținut contractul și a formulat o cale de atac incidentă, ridică o excepție de inadmisibilitate întemeiată pe lipsa calității procesuale active a ofertantului care a formulat această cale de atac pentru motivul că oferta pe care acesta din urmă o prezentase ar fi trebuit să fie înlăturată de autoritatea

contractantă din cauza neconformității sale cu specificațiile tehnice definite de autoritatea contractantă în caietul de sarcini, dispoziția menționată se opune ca această cale de atac să fie declarată inadmisibilă în urma examinării prealabile a excepției de inadmisibilitate menționate fără o pronunțare cu privire la conformitatea cu respectivele specificații tehnice atât a ofertei adjudecatarului, care a obținut contractul, cât și a celei a ofertantului care a formulat calea de atac principală”.

Astfel, Curtea a reținut că acțiunea incidentă a adjudecatarului nu poate conduce la respingerea căii de atac a unui ofertant în ipoteza în care legalitatea ofertei fiecăruia dintre operatori este pusă în discuție în cadrul aceleiași proceduri **și pentru motive de aceeași natură**. Într-o asemenea situație, fiecare dintre concurenți poate invoca un interes legitim care să însemne excluderea ofertei celorlalți, aspect ce poate să conducă la constatarea imposibilității pentru autoritatea contractantă de a efectua selecția unei oferte în condiții de legalitate.

Cum motivele invocate de contestatoare sunt de aceeași natură cu cele pentru care a fost respinsă oferta sa (vizează respectarea cerințelor de calificare), iar intervenienta recunoaște *expressis verbis*, sub aspect formal, admisibilitatea contestației Strabag în ceea ce privește respingerea propriei oferte, rezultă că aceasta are interes în contestarea modalității de evaluare a ofertei câștigătoare în ceea ce privește îndeplinirea cerințelor de calificare.

În ceea ce privește respingerea propriei oferte, contestatoarea consideră că decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, este nelegală și netemeinică întrucât a fost emisă în urma unei reevaluări formale și superficiale, invocând în susținerea acțiunii sale dispozițiile art. 2 alin. (2), art. 209 alin. (1), art. 132 alin. (1), art. 134 alin. (1) și (5) din HG nr. 395/2016, în condițiile în care prin Decizia civilă nr. 1176/16.11.2020 emisă de Curtea de Apel Timișoara, autoritatea contractantă avea obligația legală de a solicita contestatoarei clarificarea aspectelor referitoare la angajamentul de susținere al ...și de a clarifica îndeplinirea sau neîndeplinirea cerinței de calificare referitoare la experiența similară, înainte de a emite decizia de respingere a ofertei.

Consiliul reține că în considerentele deciziei nr. 1176/16.11.2020 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, se rețin următoarele: *„Ofertantul situat pe locul doi în cadrul procedurii de atribuire, ... S.R.L. a contestat rezultatul procedurii de atribuire și, implicit, oferta ... SRL, susținând că aceasta nu îndeplinea cerințele de calificare, de vreme ce terțul susținător ...SRL nu a fost desemnat ca și subcontractant, la rândul său, sens în care au fost invocate dispozițiile art. 182 alin. 2 din Lg. nr. 98/2016.*

Potrivit art. 182 alin. 2 din Lg. nr. 98/2016: „In 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.”

Consiliul a interpretat acest text legal concordant cu art. 63 și 58 din Directiva nr. 2014/24/UE a Parlamentului European, concluzionând, în mod judicios în opinia Curții care-și însușește în tot raționamentul expus în cuprinsul deciziei contestate, că nici legislația română și nici cea europeană nu impun terțului susținător atribuirea calității de subcontractant, **instituirea numai obligația prezentării unui angajament ferm din partea unor entități-terți susținători atunci când ofertanții la o procedură de achiziție, operatorii economici altfel spus, arată că înțeleg să se bazeze pe capacitățile altor operatori economici, angajament prin care terții susținători să confirme faptul că vor pune la dispoziția ofertantului resursele necesare îndeplinirii lucrărilor.**

Așa stând lucrurile, nu poate fi primită afirmația petentei în sensul obligativității atribuirii calității de subcontractant terțului susținător, însă în același timp, Curtea observă că art. 182 alin. 3 și 4 din Lg. nr. 98/2016 prevăd imperativ că: „(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.”**

Or, interpretarea textelor de lege enunțate este în sensul prezentării de către ofertantul la o procedură de achiziție publică a unui angajament de susținere din partea terțului susținător, atunci când indică un astfel de terț în demonstrarea situației sale economice și financiare și/ori a capacității tehnice și/sau profesionale și, totodată, a documentelor emanând de la terțul susținător care să precizeze maniera efectivă, concretă prin care terțul susținător să asigure aducerea la îndeplinire a propriului angajament, înscrisuri ce reprezintă anexe la angajament.

Depunerea acestor înscrisuri pretinse de lege se circumscrie unei obligații legale incumbând ofertantului la procedura de achiziție publică, or în speță, Curtea remarcă faptul că, abstracție chiar de angajamentul terțului susținător ... S.R.L., **ofertantul ... S.R.L. avea îndatorirea de a depune documentele care să probeze modul efectiv de implicare a terțului susținător în aducerea la îndeplinire a propriului angajament, îndatorire ce nu rezultă a fi fost îndeplinită de ofertantul declarat câștigător.**

În acest sens, este de precizat că în dosarul de achiziție anexat, în vol.11, există o solicitare de clarificări din parte autorității contractante din data de 13.04.2020, prin care se solicită ofertantului ...S.R.L. să clarifice „faptul că pentru terțul ... nu s-au prezentat documentele din care rezultă modul efectiv prin care acesta asigură îndeplinirea angajamentului de susținere conform prevederilor art.182 alin.3 și 4 din Legea nr.98/2016”.

Analizând răspunsul ofertantului, Curtea constată că ofertantul Strabag SRL a arătat, privitor la modul efectiv în care ...S.R.L. asigură îndeplinirea angajamentului de susținere, că solicită luarea în considerare a documentelor depuse în procedura de atribuire și a menționat detalii cu privire la experiența similară a ... S.R.L. în domeniul proiectării, enumerând o multitudine de contracte de proiectare în care terțul ...S.R.L. a fost implicat, cu privire la resursele de personal ale terțului susținător, arătând că deține un număr mediu de 8 angajați specializați în proiectare și care pot fi alocați executării contractului, că deține infrastructura și echipamentele IT necesare desfășurării în condiții optime a activității sale, că poate aloca oricând resursele financiare necesare desfășurării contractului și a atașat, ca documente ce probează susținerea acordată un contract încheiat între ...S.R.L. și UAT Oraș Călimănești nr. ____/18.06.2019, procesul verbal nr. 301/03.07.2019 și Recomandarea nr. ____/31.10.2019 din partea Primăriei Orașului Călimănești.

Or, afirmațiile/explicațiile ofertantului ...SRL din răspunsul la clarificări vizavi de modul de implicare efectivă a terțului susținător ...SRL nu satisfac cerințele art. 182 alin.4 din Lg. nr.98/2016, nefiind documente ce emană de la terțul susținător în detalierea angajamentului de susținere, iar cele trei documente depuse de ofertant ca emise de terțul susținător vizând alt contract de achiziție publică derulat în anul 2019 cu o altă unitate administrativ-teritorială, nu au aptitudinea de a fi caracterizate drept înscrisuri care să ateste modul efectiv în care terțul susținător asigură îndeplinirea angajamentului de susținere a ofertantului ... SRL în realizarea contractului de achiziție publică cu care se va finaliza procedura de atribuire „Proiectare și execuție: Modernizare DJ 572 k, 102+500+128+519 Limită jud. Timiș-Lipova”, organizată de

Așa stând lucrurile, nu se poate reține că ofertantul ... S.R.L. a răspuns la clarificările solicitate astfel încât să satisfacă exigențele instituite de art.182 alin.4 din Lg. nr. 98/2016, sens în care, potrivit art. 134 din HG nr. 395/2016, după care: „(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”, **oferta sa se privea a fi inacceptabilă”.**

Față de considerentele deciziei, Consiliul reține că nu se impunea solicitarea unor noi clarificări, așa cum eronat susține contestatoarea, ci autoritatea trebuia să constate caracterul inacceptabil al ofertei, ca urmare a neconcludenței răspunsului la solicitarea de clarificări, pasajul din decizia Curții fiind categoric în acest sens.

Drept urmare, având în vedere că autoritatea contractantă a aplicat întocmai decizia instanței, cu autoritate de lucru judecat, Consiliul va respinge, ca nefondate, criticile referitoare la respingerea ofertei depuse de Strabag.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la inacceptabilitatea ofertei SC ... SRL ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea arată că prin Decizia nr. 48/19.07.2019 (Anexa 3), Consiliul Concurenței a sancționat societatea ...SRL, alături de alte trei societăți, pentru încălcări grave ale regulilor de concurență, respectiv realizarea, cu ocazia participării la proceduri de achiziție publică, a unei practici concertate de tip cartel de împărțire a pieței, care au vizat trucarea licitațiilor la care a participat, faptă interzisă de prevederile art. 5 alin. (1) lit. c) din Legea concurenței nr. 21/1996, ...SRL fiind sancționată cu amendă în cuantum de 2.755.562 lei.

Contestatoarea susține că ofertantul ... SRL a declarat în DUAЕ că nu se află în nici una din situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv C. Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale (art. 167).

Aceasta consideră că deși Diferit nu a declarat sancțiunea dată de Consiliul Concurenței în DUAЕ, autoritatea contractantă în loc să excludă acest ofertant în temeiul art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 pentru că a furnizat informații false în DUAЕ, i-a cerut acestuia clarificări. În urma primirii răspunsului la clarificare, autoritatea contractantă a considerat că oferta ... nu se încadrează în situația de excludere de la art. 167 și că ar fi aplicabile prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține, contrar susținerilor contestatoarei, că în ceea ce privește incidența motivelor de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, în practica judiciară s-a cristalizat opinia conform căreia din un operator economic aflat în situațiile prevăzute la articolul respectiv poate să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, aceste dovezi referindu-se, printre altele, 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. În acest sens, se apreciază că autoritatea contractantă care va organiza procedura de atribuire, la care operatorul economic în discuție dorește să participe, **este singura în măsură să analizeze situația concretă, în baza documentelor depuse și a clarificărilor solicitate, dacă este cazul, și să decidă în consecință.**

În acest sens, sunt relevante argumentele reținute de Curtea de apel București în decizia nr. 352/2020, pag. 39-40, și decizia nr. 417/2020.

Art. 167. - (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:

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative;

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;

Art. 171. - (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.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (31) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta

transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(4) În cazul în care operatorului economic i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune, care produce efecte în România, prevederile alin. (1) - (3) nu sunt aplicabile pe toată perioada de excludere stabilită prin respectiva hotărâre.

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

-art. 57 alin. 4 lit. c) și alin. (5) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, care stipulează:

„(4) Autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situații:

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

(5) în orice moment în cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, f/e înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4).”

Consiliul reține că autoritatea contractantă a verificat incidența motivului de excludere în baza Deciziei Consiliului Concurenței, solicitând operatorului clarificări, iar acesta a prezentat comisiei de evaluare dovezi care demonstrează implementarea de măsuri la nivelul societății de natură să preîntâmpine repetarea în viitor a unei situații similare, iar autoritatea contractantă a apreciat că SC ... SRL și-a demonstrat credibilitatea și, pe cale de consecință, a apreciat oferta acesteia drept admisibilă.

Consiliul mai reține și relevanța Opiniei comune adoptată de Președinții ANAP și ai Consiliului Concurenței, cu privire la aplicabilitatea dispozițiilor art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016 la situația operatorilor economici care au fost sancționați prin decizii emise de Consiliul Concurenței:

„Prevederile art. 167 alin. (1) lit. e) din Legea achizițiilor publice (...)reglementează obligația autorității/ entității contractante de a

excluse din procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică (...) operatorul economic care a comis o abatere profesională gravă ce îi pune în discuție integritatea, noțiunea "abatere profesională gravă" incluzând și încălcarea regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Cu toate acestea, legiuitorul a instituit și posibilitatea reabilitării în sensul în care operatorul economie, care se află în una din situațiile de excludere de la procedura de atribuire, poate furniza autorității contractante dovezi prin care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere

În acest sens, având în vedere calitatea Consiliului Concurenței de autoritate care efectuează investigația în sensul prevederilor legale menționate mai sus, pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere de la procedura de atribuire, operatorul economie poate furniza autorității /entității contractante, în principiu, decizii emise de Consiliul Concurenței în ultimii 3 ani, prin care se constată aplicarea unui regim sancționator mai favorabil operatorului economic, respectiv ca urmare a aplicării politicii de clemență și/sau a procedurii de recunoaștere a faptei anticoncurențiale, instrumente aflate la dispoziția Consiliului Concurenței, care presupun cooperarea efectivă a operatorilor economiei cu autoritatea de concurență. De asemenea, **operatorul economic poate furniza și dovada implementării efective a unui program de conformare cu legislația din domeniul concurenței, fiind necesar ca acesta să fie elaborat conform Ghidului Consiliului Concurenței privind conformarea cu regulile de concurență și să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.**

În aplicarea acestor prevederi legale, prin solicitarea de clarificări nr. 29688/16.12.2020 comisia de evaluare i-a solicitat ofertantei câștigătoare următoarele:

Având în vedere că la data depunerii ofertei SC ... SA a completat în DUAЕ, la secțiunea "C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE", la subpunctul Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea Concurenței" - NU, iar Consiliul Concurenței a făcut publică "Lista Neagră", unde SC Diferit SA apare ca având dacizia nr. 48/2019 legată de acest aspect, în virtutea prevederilor art. 167 din Legea nr. 98/2016 cu modificările ulterioare: (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: d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că **operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurențe în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză**", vă solicităm clarificați. În sprijinul explicațiilor prezentate, se vor prezenta documente suport relevante.

Intervenienta a răspuns acestei solicitări, a prezentat pe larg măsurile adoptate la nivelul societății, în temeiul dispozițiilor citate mai sus, făcând trimitere la dovezile care susțin implementare acestora. Eficiența măsurilor implementate de SC ... SRL a fost recunoscută și de Consiliul Concurenței, care a acordat o circumstanță atenuantă acesteia pentru implementarea acestor măsuri.

Potrivit dispozițiilor legale incidente, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situațiile prevăzute la art. 164, 167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii. Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din fiecare speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

În acest sens, Consiliul reține relevanța în cauză și a practicii **CJUE C-41/18 Meca Srl**, unde Curtea decide că articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g) din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale în temeiul căreia introducerea unei acțiuni în justiție împotriva deciziei de reziliere a unui contract de achiziții publice luate de o autoritate contractantă ca urmare a unor deficiențe semnificative survenite în timpul executării sale împiedică autoritatea contractantă care lansează o nouă cerere de ofertă să facă vreo apreciere, în faza de selecție a ofertanților, cu privire la fiabilitatea operatorului vizat de această reziliere.

*"34 Astfel cum s-a arătat la punctul 28 din prezenta hotărâre, reiese din textul articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 că **legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante, și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziții publice.***

38. Astfel, puterea de apreciere pe care articolul 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24 o conferă autorității contractante este paralizată prin simplul fapt al introducerii de către un candidat sau un ofertant a unei acțiuni îndreptate împotriva rezilierii unui contract anterior de achiziții publice al cărui semnatar era, chiar dacă comportamentul său a părut suficient de deficient pentru a justifica această reziliere.

40. Astfel, această directivă inovează în special prin consacrarea, la articolul 57 alineatul (6), a mecanismului măsurilor corective (self-cleaning). Acest sistem, care se aplică operatorilor economici care nu au fost excluși printr-o hotărâre definitivă, urmărește să încurajeze un operator economic care se află într-una din situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din directiva respectivă, să furnizeze dovezi

pentru a atesta că măsurile luate sunt suficiente pentru a dovedi fiabilitatea sa, în ciuda existenței unei cauze de excludere facultative pertinente. Dacă aceste dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu trebuie să fie exclus din procedura de achiziții. În acest scop, operatorul economic trebuie să dovedească că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensație în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate prin infracțiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând activ cu autoritățile însărcinate cu investigația, și că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracțiuni sau abateri”.

În ceea ce privește omisiunea declarării în DUAЕ a deciziei Consiliului Concurenței, Consiliul reține argumentele formulate de intervenientă, bifarea greșită a mențiunilor „da” sau „nu” din cadrul DUAЕ neputând fi asimilate falsului în declarații. Această interpretare se impune cu atât mai mult cu cât autoritatea cunoștea existența deciziei respective, din alte documente DUAЕ ale ofertantei respective depuse în alte proceduri, ori bifarea greșită nu a împiedicat-o să verifice incidența acestui motiv de excludere și solicitarea clarificărilor aferente.

Prin urmare, văzând că a verificat incidența acestui motiv de excludere, iar ofertanta respectivă a depus justificări și explicații pertinente, văzând că practica europeană și națională sunt în sensul în care autoritatea contractantă este singura în măsură să aprecieze asupra incidenței acestor motive de excludere, Consiliul reține că sunt nefondate criticile contestatoarei pe acest aspect.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune reevaluarea acestei oferte, în concordanță cu cele invocate în motivare.

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, respinge ca nefondată cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...RL, în contradictoriu cu

În temeiul art. 67 din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, 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,**
.....

Redactată în 6 (șase) exemplare, conține 87 (optzeci și șapte) pagini.