



# **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](http://www.cnsc.ro)

**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 858 / C9 / 2253, 2412**

**Data: 26.05.2020**

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 42812/24.10.2019, depusă de ....., cu sediul în ....., ....., lider al asocierii ..... - ....., cu sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură în ....., reprezentată convențional de ....., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de ....., cu sediul în ....., b-dul Dinicu Golescu nr. 38, ....., în calitate de entitate contractantă, pentru atribuirea contractului de Execuție lucrări aferente obiectivului: „Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov - Simeria, componentă a Coridorului Rin - Dunăre, pentru circulația cu viteză maximă de 160 km/h, secțiunea Brașov - Sighișoara, Subsecțiunea 2. Apața – Cața”, cod-uri CPV 45234100-7 Lucrări de construcții de căi ferate (Rev. 2), 45213321-9 Lucrări de construcții de gări feroviare (Rev. 2), 45221000-2 Lucrări de construcții de poduri și tuneluri, puțuri și pasaje subterane (Rev. 2), 45234115-5 Lucrări de semnalizare feroviară (Rev. 2) și 45315300-1 Instalații de distribuție de energie electrică (Rev. 2), contestatoarea a solicitat:

1. anularea deciziei entității contractante, comunicată prin adresa nr. 11/1/872/14.10.2019, prin care a fost anunțată că există două oferte ce au fost declarate admisibile și clasate în fața ofertei sale, oferta sa fiind clasată pe locul al treilea în clasamentul intermediar, după finalizarea etapelor de analiză și verificare a documentelor DUAE, propunerilor tehnice și financiare;

2. anularea raportului procedurii, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acesta (proces-verbal de evaluare, decizii, adresele intermediare privind clasarea celorlalți doi ofertanți pe locul 1, respectiv 2, adrese privind comunicarea rezultatului procedurii etc.);

3. constatarea inadmisibilității ofertelor asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, clasate pe primele 2 locuri în clasamentul intermediar;

4. urmare a constatării inadmisibilității celor 2 oferte, atribuirea de către Consiliu a contractului către asocierea ....., întrucât calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

..... („.....”), cu sediul în ....., ....., ....., număr de înregistrare ....., operând în România prin sucursala sa ....., cu sediul în ....., b-dul Preciziei nr. 11, etaj 1 + parter, ....., număr de înregistrare la Registrul Comerțului J40/1631/06.02.2004, având CUI RO ....., în calitate de asociat și lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ..... SA și ..... SA („asocierea .....”):

- ..... SA („.....”), cu sediul în ....., ....., etaj 2, ....., înregistrată în Registrul Comerțului sub numărul ....., având codul unic de înregistrare .....,

- ..... SA („.....”), cu sediul în ....., ....., județul ....., având CUI RO ....., număr de ordine în Registrul Comerțului .....,

reprezentate convențional prin ....., cu sediul profesional în ....., ....., unde solicită comunicarea tuturor actelor, a formulat cererea de intervenție nr. ....../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ....../....., prin care a solicitat admiterea cererii de intervenție, cu consecința respingerii în principal, ca inadmisibilă/tardivă și, în subsidiar, ca nefondată a contestației ..... în ceea ce privește criticile îndreptate împotriva ofertei ....., precum și accesul la dosarul achiziției publice.

..... SA, lider al asocierii ....., Brașov – Sighișoara lot 2, cu sediul în ....., Barcelona, ....., cod de înregistrare în scopuri TVA ....., număr de înregistrare la Registrul Comerțului nr. ......., prin ....., cu sediul în str. Dr. Iacob Felix nr. 87, Felix Office Building, ....., București, având CUI ....., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ....., reprezentată convențional prin ....., cu sediul profesional în ....., Clădirea ....., ....., unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură, a formulat cererea de intervenție

nr. ....../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ....../11.11.2019, prin care a solicitat:

1. admiterea în principiu a cererii de intervenție;
2. admiterea excepției autorității de lucru judecat (provizorii) a sentinței Tribunalului ..... nr. 5242/24.07.2019, pronunțată în dosarul nr. 16042/3/2019, față de criticile invocate de contestatoarea .....
3. respingerea ca inadmisibil a capătului de cerere privind „atribuirea de către Consiliu a contractului către asocieria .....”;
4. admiterea pe fond a cererii de intervenție și respingerea contestației ca neîntemeiată/nefondată în ceea ce privește criticile referitoare la evaluarea ofertei asocierii .....

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 45802/11.11.2019, depusă de ....., lider al asocierii ..... – ....., în cadrul aceleiași proceduri de licitație deschisă, organizată de ....., contestatoarea a solicitat:

1. anularea deciziei entității contractante, comunicată prin adresa nr. 11/1/918/30.10.2019, prin care i-a fost comunicat rezultatul procedurii și desemnarea ofertantului asocieria ..... ca fiind câștigător;
2. anularea raportului procedurii, precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente sau conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acesta (proces-verbale de evaluare, decizii, adresele intermediare privind clasarea celorlalți doi ofertanți pe locul 1, respectiv 2, adrese privind comunicarea rezultatului procedurii etc.);
3. constatarea inadmisibilității ofertelor asocierii ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, clasate pe primele 2 locuri în clasamentul final;
4. urmare a constatării inadmisibilității celor 2 oferte, atribuirea de către Consiliu a contractului către asocieria ....., întrucât calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

..... („.....”), operând în România prin sucursala sa ....., în calitate de asociat și lider al asocierii formate din societățile ..... SA, ..... SA și ..... SA („asocieria .....”), reprezentate convențional prin ....., a formulat cererea de intervenție la dosarul 2412/2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47957/22.11.2019, prin care a solicitat admiterea cererii de intervenție, cu consecința respingerii contestației ..... în ceea ce privește criticile îndreptate împotriva ofertei ....., pe cale de excepție, ca inadmisibilă și/sau tardivă și pe fondul cauzei, ca neîntemeiată, precum și accesul la dosarul cauzei.

..... SA, lider al asocierii ....., Brașov – Sighișoara lot 2, prin ....., reprezentată convențional prin ....., a formulat cererea

de intervenție nr. 5942/22.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47995/25.11.2019, pentru dosarul nr. 2412/2019, prin care a solicitat:

1. admiterea în principiu a cererii de intervenție;
2. respingerea ca tardive a criticilor contestatoarei privind evaluarea propunerii tehnice a asocierii FCC;
3. admiterea excepției autorității de lucru judecat (provizorii) a sentinței Tribunalului ..... nr. 5242/24.07.2019, pronunțată în dosarul nr. 16042/3/2019, față de criticile invocate de contestatoarea .....;
4. respingerea ca inadmisibil a capătului de cerere privind „atribuirea de către Consiliu a contractului către asocierea .....”;
5. admiterea pe fond a cererii de intervenție și respingerea contestației ca neîntemeiată/nefondată în ceea ce privește criticile referitoare la evaluarea ofertei asocierii .....

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. 2253/2019 și 2412/2019, au fost conexe, pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

Prin Încheierile nr. 1739/C9/2253/..... și 2040/C9/2253, 2412/16.12.2019, Consiliul a suspendat soluționarea contestațiilor până la rămânerea definitivă a hotărârilor care vor fi pronunțate de către Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în dosarele nr. 5775/2/2019, 6070/2/2019, respectiv 16042/3/2019.

#### CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzelor de față conexe, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile formulate de ....., care fac obiectul dosarelor nr. 2253/2019 și 2412/2019, îndreptate împotriva deciziilor entității contractante comunicate prin adresele nr. 11/1/872/14.10.2019, respectiv nr. 11/1/918/30.10.2019, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În partea introductivă a contestației înregistrate la Consiliu sub nr. 42812/24.10.2019, contestatoarea a prezentat un scurt istoric asupra modului de desfășurare a procedurii de atribuire în cauză, indicând actele atacate și deciziile pronunțate de Consiliu, de Curtea de Apel ....., respectiv de Tribunalul .....

Referitor la neconformitatea ofertelor depuse de asocierea ..... și de asocierea ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, contestatoarea susține că acestea nu au respectat cerințele documentației de atribuire.

Având în vedere cerințele exprese prevăzute de documentația de atribuire, comisia de evaluare avea obligația respingerii ofertelor ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, întrucât acestea nu au respectat prevederile caietelor de sarcini, referitoare la metodologia de excavație a tunelurilor, atât în ceea ce privește tunelul Homorod cât și în ceea ce privește tunelul Ormenis.

Aferent fiecărui raport privind excavația mecanică a celor două tuneluri, entitatea contractantă a anexat două grafice de execuție pentru celor două lucrări de artă majore. Din analiza celor două grafice, anexate prezentei și parte a documentației de atribuire, rezultă o perioadă de execuție de 780 zile pentru Tunelul Ormenis și 625 zile pentru tunelul Homorod.

Prin raportare la celelalte lucrări care trebuie executate în cadrul contractului și al căror punct de start depinde de momentul finalizării excavării mecanice a celor două tuneluri, rezultă că, pentru încadrarea în durata de execuție de 48 de luni, prevăzută de II.1.5) din fișa de date a achiziției, ofertanții erau obligați să demonstreze disponibilitatea a 4 (patru) TMB astfel încât excavarea mecanică a celor două tuneluri (fiecare având câte două căi) să fie executată simultan.

Fără a se face dovada existenței resurselor necesare excavării simultane a celor două tuneluri, asocierile ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2:

- nu satisfac cerința obligatorie a entității contractante de execuție a contractului într-o perioadă de 48 de luni;
- nu au prezentat în cadrul ofertei tehnice un grafic de execuție a lucrării care să demonstreze încadrarea în durata de execuție de 48 luni de la data emiterii ordinului de începere a lucrărilor prin prezentarea succesiunii în care ofertantul intenționează a executa lucrările raportat la termenele anticipate de către entitatea contractantă pentru realizarea fiecărei etape, astfel încât să se poată deduce logic perioada de execuție din oferta și implicit eșalonarea plăților;
- nu îndeplinesc în mod vădit cerințele exprese prevăzute în caietele de sarcini, mai ales dacă are în vedere că, în considerarea atât a perioadelor necesare execuției efective cât și a legăturii de cauzalitate cu celelalte lucrări ce trebuie executate în cadrul contractului, activitatea de excavație a celor două tuneluri este esențială și substanțială în economia contractului. Nedemonstrarea capabilității de execuție a acestor lucrări în condițiile și termenele solicitate de către entitatea contractantă este, în realitate, echivalentă cu demonstrarea

faptului că asocierile nu dețin suficiente resurse pentru a dovedi că sunt capabile de îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

Obligativitatea îndeplinirii cerințelor caietelor de sarcini rezultă și din 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.

Astfel, contestatoarea consideră că entitatea contractantă avea obligația de a exclude oferta asocierilor ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, ca neconforme, raportându-se la modalitatea de întocmire a ofertelor tehnice.

În ceea ce privește oferta asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, petenta precizează că este neconformă, în conformitate cu prevederile art. 143 alin. (1) și art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016.

Astfel, urmare a pronunțării de către Curtea de Apel ..... a Deciziei Civile nr. 753/15.02.2019, comisia de evaluare a transmis acestui ofertant o adresă de clarificare prin care i-a solicitat acordul privind modificarea erorilor aritmetice și retransmiterea ofertei financiare în sensul dispus de către instanța de judecată.

Ca răspuns la solicitarea de clarificări, asocieria ....., Brașov — Sighișoara, lot 2 a retransmis oferta sa financiară în cuprinsul căreia a operat următoarele modificări:

- Au fost modificate un număr substanțial de 1104 articole din cele aproximativ 7000 ce compun oferta financiară, în condițiile în care i se solicitase corectarea operațiunilor de adunare în privința unui număr de 38 de articole;

- Modificările efectuate au vizat prețurile componentelor material, manoperă, utilaj și transport, în condițiile în care acestea fuseseră declarate cu autoritate de lucru judecat ca fiind „cele corecte, deoarece au fost introduse manual”;

- Deși au fost operate toate modificările prezentate anterior, valoarea totală a ofertei financiare a fost menționată ca fiind aceeași cu cea rezultată din calculul comisiei de evaluare.

Asocieria a înțeles să procedeze la modificarea substanțială a ofertei financiare prin alterarea prețurilor unitare pentru un număr de 1104 articole, acuzând:

- fie existența unor „greșeli produse automat din cauza programului Excel folosit”;

- fie copierea greșită a cifrei miilor la unul dintre articole.

Dincolo de considerentele fără relevanță referitoare la o presupusă valoare însumată a tuturor acestor „deviații”, rămân fără răspuns întrebările referitoare la credibilitatea celor două afirmații ale ofertantului de vreme ce: Curtea de Apel a reținut cu autoritate de lucru judecat că prețurile prezentate pentru fiecare componentă (material, manoperă, utilaj și transport) sunt cele corecte, deoarece

au fost introduse manual, astfel încât, contestatoarea nu înțelege care a fost rolul programului Excel folosit. Inutile ar fi și explicațiile referitoare la „complexitatea listei de cantități” având în vedere că ceea ce trebuia să facă ofertantul ca răspuns la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare era să refacă calculul de însumare a prețurilor pe componente (material, manoperă, utilaj și transport) doar pentru 38 de articole.

Totodată, contestatoarea nu înțelege de ce a fost nevoie de „transcrierea” articolului Furnizarea și instalarea sistemului tehnic central local pentru detectarea incendiilor (articol 01TN12006212) de vreme ce, potrivit atât Deciziei Consiliului nr. 3048/C9/3367/05.12.2018, cât și Deciziei civile nr. 753/15.02.2019 - pag. 27- 28, acest articol nu face parte dintre cele pentru care a fost admisă solicitarea de corectare a erorilor aritmetice.

Potrivit prevederilor art. 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016 „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

Corectarea erorilor aritmetice în cadrul unei proceduri de achiziție publică, nu poate avea loc decât la solicitarea comisiei de evaluare, legiuitorul având în vedere doar situația în care comisia de evaluare constată existența/necesitatea corectării erorilor aritmetice, având dreptul de a solicita ofertantului să opereze aceste corecții în consecință.

În același sens a concluzionat și ANAP în speța nr. 390 care a avut ca obiect «Consiliere metodologică cu privire la interpretarea noțiunii și modul de calcul pentru „abatere tehnică minoră”: „autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are responsabilitatea de analiza în cunoștință de cauză (având în vedere că dispune de toate informațiile/documentele achiziției) încadrarea situațiilor apărute în categoria abaterilor tehnice minore, iar în acest sens, subliniem că modificările efectuate de ofertant ca urmare a solicitărilor de clarificări, prin adăugarea, respectiv eliminarea unor articole/cantități, cu modificarea prețurilor unitare (valorii financiare) pot conduce la modificări substanțiale ale ofertei depuse inițial, în sensul în care aceasta poate fi considerată o nouă ofertă, prin crearea unui avantaj evident în favoarea ofertantului respectiv».

De altfel, ofertantul nu a susținut niciun moment că modificările sunt ori ar putea fi rezultatul unor operațiuni aritmetice, aceasta calificând modificarea unui procent de peste 10% din oferta sa financiară ca „greșeli”.

Referitor la susținerile privind pretinsa valoare „ridicolă” a „micilor deviații produse”, petenta subliniază că, din chiar modalitatea în care înțelege să se exprime ofertantul, rezultă că „erorile” semnalate de entitatea contractantă nu sunt toate minore, „de ordinul

banilor” și, oricum, și dacă aceasta ar fi fost situația, nu are relevanță cuantumul valoric al diferențelor semnalate, câtă vreme acestea nu erau permise.

Astfel cum a statuat și Curtea de Apel ..... în Decizia Civilă nr. 753/2019, dispozițiile referitoare la corectarea erorilor aritmetice nu se referă la existența vreunui prag valoric și nu condiționează aplicarea dispozițiilor art. 140 alin. (9) de modificarea clasamentului ofertanților.

Un al doilea motiv care impunea excluderea ofertei acestei asocieri are în vedere lipsa răspunsului solicitat prin solicitarea de clarificare.

Astfel, la solicitarea comisiei de evaluare de a clarifica prețurile unitare ale articolelor identificate ca având același cod, descriere și unitate de măsură, intimata a răspuns: „nu există în oferta depusă articole cu același cod de articol, denumire, unitate de măsură și descriere care să aibă prețuri unitare diferite”.

În condițiile în care comisia de evaluare a solicitat clarificări în privința unor prețuri unitare, răspunsul intimatului echivalează cu refuzul de a prezenta justificările solicitate, fiind pe deplin aplicabile în acest sens dispozițiile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016.

Considerând admisibilă oferta a doi participanți la procedura de atribuire care au încălcat în mod substanțial cerințele documentației de atribuire, entitatea contractantă a încălcat în mod grav și iremediabil principiile care stau la baza sistemului de achiziții publice, încălcări care nu poate fi remediată decât prin sancționarea acestei încălcări, respectiv admiterea prezentei contestații cu consecința declarării ca neconforme a ofertelor asocierii ..... și asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2.

În aceste condiții, contestatoarea a invocat prevederile art. 2 alin (2) din Legea nr. 99/2016 și jurisprudența CJUE, susținând, totodată că se consideră direct prejudiciată de conduita entității contractante.

Înțelegând să declare admisibile ofertele a doi competitor direcți care au omis îndeplinirea tuturor cerințelor caietelor de sarcini și ca atare au fost în măsură să propună un preț al contractului mai mic, entitatea contractantă a pus-o într-o poziție de inferioritate.

Entitatea contractantă avea obligația de a verifica măsura în care ofertele financiare declarate „în grabă” admisibile reflectă toate cerințele prevăzute în documentația de atribuire.

O diligență sporită din partea entității contractante ar fi fost de dorit mai ales în ceea ce privește oferta financiară a asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, ofertă declarată admisibilă în ciuda împrejurării că însăși entitatea contractantă constatare încălcarea normelor privind achizițiile publice și o respinsese în consecință. Deși, Tribunalul ..... a apreciat că modificarea substanțială a ofertei financiare de către acest ofertant poate fi încadrată în categoria

erorilor aritmetice, în prezent nu a fost pronunțată o hotărâre definitivă în acest sens, pe rolul Curții de Apel ..... aflându-se recursul împotriva Hotărârii Tribunalului ..... în cadrul dosarului nr. 16042/3/2019 cu termen de judecată în data de 01.11.2019. În cadrul acestui dosar, însăși entitatea contractantă are calitatea de recurentă.

Cu toate acestea, entitatea contractantă a ales să declare admisibilă oferta acestei asocieri, susținând în același timp în documentele înaintate Curții de Apel ..... că se impune schimbarea Hotărârii Tribunalului ..... în sensul admiterii recursului și respingerii contestației asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, cu consecința consolidării deciziei de excludere a ofertei acestui ofertant.

Având în vedere inadmisibilitatea ofertelor asocierii ..... și asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, Consiliul poate atribui contractul asocierii ....., care a depus singura ofertă admisibilă rămasă în procedură.

Întrucât oferta asocierilor ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, sunt inadmisibile, contestatoarea consideră că sunt îndeplinite și condițiile tezei finale a art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, pentru atribuirea în mod direct de către Consiliu a contractului de achiziție publică sectorială către asociera sa, mai ales că achizitoarea a declarat în două rânduri admisibilă oferta asocierii al cărei lider este, respectiv .....

Atribuirea directă a contractului de către Consiliu este justificată inclusiv prin perspectiva principiului bunei administrări a fondurilor publice. O nouă reevaluare a ofertelor ar conduce la prelungirea cu cel puțin 6 luni procedura de atribuire, ce ar cauza cheltuieli adiționale din bugetul entității contractante și chiar riscul pierderii finanțării europene a proiectului.

În concluzie, solicită atribuirea de către Consiliu a contractului către asociera ALSIM ALARKO, întrucât calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat entității contractante, prin adresa nr. 43122/2253/C9/25.10.2019, în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea documentelor emise ulterior deciziei Consiliului nr. 831/C9/751, 861/27.05.2019, ofertele depuse de asociera ..... și, Brașov — Sighișoara, lot 2, precum și punctul de vedere cu privire la contestație.

Prin adresa nr. 11/1/926/04.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 44495/04.11.2019, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de ....., iar documentele solicitate au fost înregistrate cu nr. 44501/04.11.2019 și completate cu adresa înregistrată sub nr. 45279/07.11.2019.

Față de contestația ..... înregistrată la Consiliu sub nr. 42812/24.10.2019, entitatea contractantă a adus următoarele precizări:

În urma emiterii Deciziei Civile nr. 375/21.06.2019 pronunțate de Curtea de Apel ....., comisia de evaluare a pus în aplicare cele dispuse de instanță, respectiv reevaluarea ofertelor, astfel, în data de 14.10.2019 au fost finalizate etapele de evaluare a propunerilor tehnice și financiare, în conformitate cu prevederile art. 72 alin. (3) din HG nr. 394/2016, fiind transmise comunicări tuturor ofertanților cu privire la finalizarea acestor etape.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de anulare a raportului procedurii, consideră că nu se impune o astfel de măsură din următoarele considerente:

- raportul procedurii emis de comisia de evaluare reflectă punerea în aplicare a Deciziei Civile nr. 375/21.06.2019 pronunțate de Curtea de Apel ..... și a Hotărârii Tribunalului ..... nr. 5242/24.07.2019;
- așa cum se regăsește consemnat în înscrisurile comisiei de evaluare, inclusiv în raportul procedurii, o eventuală constatare a inadmisibilității ofertei depuse de asocierea ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, nu modifică rezultatul final al procedurii, menținându-și punctul de vedere formulat în Recursul împotriva Sentinței Civile nr. 5242/24.07.2019.

În situația în care Curtea de Apel ..... decide anularea Sentinței Civile nr. 5242/24.07.2019 sau o modifică având ca rezultat final menținerea deciziei entității contractante cu privire la inadmisibilitatea ofertei asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, raportul procedurii ar fi anulat doar în partea referitoare la oferta acestei asocieri, rezultatul privind ofertantul desemnat câștigător al procedurii rămânând același.

În ceea ce privește criticile contestatoarei cu privire la admisibilitatea celor două oferte clasate pe locul I și locul II, entitatea contractantă a învederat că, prin comisia de evaluare, nu a făcut decât să pună în aplicare cele două decizii ale instanțelor, menționate mai sus, care sunt executorii.

Comisia de evaluare susține afirmațiile contestatoarei cu privire la inadmisibilitatea ofertei asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, inadmisibilitate ce poate fi confirmată prin soluționarea recursului înaintat de ..... la Curtea de Apel ....., ce face obiectul dosarului nr. 16042/3/2019.

În ceea ce privește aspectele semnalate de contestatoare cu privire la situația operatorului economic ..... privind sancțiunea aplicată acestuia de către Consiliul Concurenței din ....., conform celor declarate în DUAE de ofertant, entitatea contractantă precizează că, așa cum a fost consemnat în procesul - verbal de analiză nr. 29, comisia de evaluare a luat la cunoștință, după emiterea celui de-al doilea raport al procedurii, respectiv în data de 16.05.2019, de

documentul „Impactul Deciziei Comisiei de Concurență a Greciei de sancționare a firmei ..... SA (.....) pentru politică tip cartel în cadrul unor licitații inclusiv pentru proiecte finanțate de UE” elaborat de către ..... la data de 17.04.2019, înregistrat la entitatea contractantă sub nr. 11/424/15.05.2019.

Față de cele prezentate mai sus, comisia de evaluare a hotărât să solicite clarificări asocierii ..... formată din ..... SA - SC ..... SA, în conformitate cu prevederile art. 133 alin. (2) lit. b) și k) din HG nr. 394/2016, respectiv art. 205 din Legea nr. 99/2016, răspunsul acestuia constituindu-se anexă la procesul-verbal de analiza nr. 30.

Din analiza răspunsului, comisia de evaluare a constatat că ofertantul asocierea ..... a clarificat cele semnalate de către BEI și solicitate de către comisia de evaluare și, ținând cont de faptul că împotriva acestuia nu a fost emisă o hotărâre definitivă și nu au fost aplicate sancțiuni cu privire la interdicția de a participa la proceduri de achiziții publice, comisia de evaluare a constatat că nu sunt întrunite condițiile constatării inadmisibilității ofertei asocierii .....

Mai mult, liderul socierii, .....SA conform celor declarate în DUAЕ, deși nu se află sub incidența prevederilor art. 180 din Legea 99/2016, conform celor declarate în DUAЕ, a luat măsuri de instruire a membrilor CA privind participarea la seminarii de instruire în legătură cu dreptul liberei concurenței, depunând inclusiv declarații de confirmare în acest sens.

Față de criticile contestatoarei, referitoare la dovada existenței resurselor necesare excavării simultane a celor două tuneluri, entitatea contractă consideră că sunt simple supoziții, aceasta neavând acces la propunerile tehnice prezentate de asocierea ..... și asocierea ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, mai mult modul de evaluare a celor două oferte au făcut obiectul altor contestații, deciziile emise nefiind în sensul inadmisibilității ofertelor acestora.

Evaluarea propunerilor tehnice a tuturor ofertanților participanți este consemnată în înscrisurile comisiei de evaluare cu mențiunea că toate propunerile tehnice au fost declarate de ofertanți ca fiind confidențiale.

Referitor la criticile cu privire la graficul de execuție, așa cum se poate observa din documentația de atribuire, entitatea contractantă nu a publicat un model strict pentru graficul de execuție al lucrărilor, rolul acestuia fiind orientativ așa cum reiese și din răspunsul formulat la solicitările de clarificări publicat înainte de deschiderea ofertelor (clarificare ....., referința 17 și solicitare 17, pe care le redă).

Referitor la afirmația contestatoarei: „(...) Antreprenorul va respecta toate prevederile din Documentația de atribuire și Oferta Tehnico - Economică a Antreprenorului (...)”, entitatea contractantă

susține că recunoaște chiar ea, că în executarea contractului există obligația pentru antreprenor să respecte în totalitate proiectul de execuție și documentația de atribuire.

Având în vedere ca la acest moment, comisia de evaluare a pus în aplicare Decizia Civilă nr. 375/21.06.2019, emitând un nou raport al procedurii și de asemenea faptul că pe rolul Curții de Apel ..... sunt înregistrate două dosare (5775/2/2019 și 6070/2/2019), având ca obiect contestații împotriva acestei decizii, ..... solicită Consiliului să decidă în consecință.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. .... / ....., ..... („AKTOR”) a depus cererea de intervenție, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Intervenienta precizează că ..... critică oferta ....., solicitând: (a) excluderea, sub pretextul aplicării dispozițiilor art. 180 alin. 1 lit. c) și h) din Legea nr. 99/2016, urmare a unor pretense abateri profesionale nedecarate în DUAE; și (b) respingerea, sub pretextul unor neconformități tehnice complet neprobate și tardiv invocate.

Succint, față de actuala etapă a procedurii de atribuire, intervenienta susține că prezintă relevanță următoarele etape deja parcurse:

- 31.10.2018 - oferta ..... era integral evaluată, declarată admisibilă și conformă, ofertantul fiind invitat să parcurgă etapa de verificare a documentelor suport DUAE;

- 23.01.2019 - oferta ..... a fost respinsă sub singurul pretext că nu îndeplinește cerința de calificare prevăzută în fișa de date a achiziției la III.2.3.a) Calificări profesionale ale operatorului economic. Asocierea ..... a fost declarată câștigătoare, în pofida prețului superior oferit (27 de milioane Euro în plus). Niciun alt viciu al ofertei ..... nu a fost identificat cu prilejul evaluării integral parcurse în această etapă;

- 21.06.2019 - Curtea de Apel ..... confirmă faptul că oferta ..... trebuie reevaluată, singurul motiv de respingere identificat de către entitatea contractantă fiind găsit contrar normelor comunitare și înlăturat prin hotărâre judecătorească definitivă;

- 14.10.2019 - asocierea ..... este informată cu privire la caracterul admisibil și conform al ofertei sale, poziția primă în clasament și necesitatea de a depune documentele suport DUAE actualizate;

- 24.10.2019 - asocierea ..... contestă modalitatea de evaluare a propunerilor tehnice și financiare ale asocierii ....., solicitând atât respingerea cât și excluderea;

- 31.10.2019 - asocierea ..... este desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire; la aceeași dată se publică în SEAP și raportul procedurii de atribuire care confirmă că, față de stadiul etapelor anterior parcurse și dispozițiile deciziei Curții de Apel ....., comisia și-a menținut rezultatele analizei sale întreprinse cu un an înainte.

Relevante, față de cronologia anterior prezentată, sunt următoarele concluzii:

- Evaluarea integrală a ofertei ..... a fost finalizată încă din luna octombrie 2018; niciun alt participant la procedura de atribuire nu a contestat modalitatea de evaluare a ofertei ....., aceasta devenind așadar definitivă.

- Singurul viciu al ofertei ..... a constat în pretinsa nerespectare a unei cerințe de calificare; acest unic aspect de natură a fi condus la respingerea ofertei a fost invalidat prin decizia definitivă a Curții de Apel.

- Niciun demers de reverificare a ofertei ..... nu a mai fost întreprins cu prilejul reevaluării; limitele trasate de către Curtea de Apel ..... impuneau acest lucru, situație față de care comisia de evaluare nu a mai procedat la o reevaluare a ofertelor.

- Contestarea propunerii tehnice și, respectiv, invocarea cazului de excludere se manifestă la un an de la momentul la care ALSIM ALARKO a cunoscut modalitatea de evaluare a ofertei .....; ..... trebuia să conteste modalitatea de evaluare a ofertei atunci când aceasta a fost realizată în măsura în care aprecia că oferta încalcă dispozițiile legale.

Referitor la inadmisibilitatea/tardivitatea criticilor ....., intervenienta precizează că, toate aspectele vizate prin contestație au fost analizate în prima evaluare și nu au fost contestate; reevaluarea lor (spre care tinde, de fapt, contestația ..... ) ar fi, așadar, nelegală. Raportul procedurii de atribuire (referitor la evaluarea ofertei ..... ) în care comisia de evaluare a analizat și, respectiv, confirmat îndeplinirea, de către asocierea ....., a tuturor aspectelor vizate de criticile ..... din prezenta contestație este definitiv. Revenirea la cercetarea unor aspecte care au fost evaluate în cadrul primei evaluări și acceptate ca atare de către CFR SA și ceilalți participanți ar reprezenta, de altfel, o încălcare a caracterului definitiv al acestora, fiind contrară principiului securității circuitului civil (aspect confirmat prin dispozițiile art. 1 alin. (6) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ).

În subsidiar, intervenienta a prezentat argumentate privind lipsa de temeinicie a criticilor ..... Pentru analiza detaliată și documentată a ..... față de situația ....., entitatea contractantă i-a solicitat clarificări prin adresa nr.

9/08.10.2019 (Clarificarea nr. 9), la care i-a și răspuns. Față de volumul semnificativ al acestui document (care, împreună cu anexele sale, însumează 808 pagini), solicită Consiliului să observe, exclusiv sinteza argumentelor sale formulate în combaterea criticilor ..... (detaliată și documentată în cadrul răspunsului la Clarificarea nr. 9), în Anexa nr. 12 regăsindu-se dezvoltarea acestor argumente.

În concluzie, având în vedere că: (i) Decizia nr. 642/2017 a Consiliului Concurenței din ..... a fost emisă ca urmare a procedurii simplificate de soluționare, (ii) ..... și-a recunoscut răspunderea prin cooperarea activă cu Consiliul Concurenței din ..... și a achitat integral amenda stabilită, fiind protejat de orice fel de sancțiuni administrative, inclusiv descalificarea de la licitațiile publice. Împotriva AKTOR nu a fost pronunțată vreo hotărâre judecătorească prin care să se aplice sancțiunea excluderii de la licitații publice. În plus, chiar și dacă în mod nelegal ar fi ignorate toate aceste argumente, a demonstrat în mod corespunzător credibilitatea sa prin măsurile corective aplicate, astfel că în temeiul art. 184 alin. (1)-(3) din Legea nr. 99/2016, intervenienta consideră că nu poate fi exclusă de la procedura de atribuire.

Totodată, ..... intervenienta ..... susține că asocierea ..... a depus o ofertă conformă, criticile contestatoarei fiind complet nemotivate și neprobate.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. .... /11.11.2019, ....., Brașov — Sighișoara, lot 2 a depus cererea de intervenție, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Sușinerile contestatoarei privind pretinsa neconformitate a ofertei asocierii ..... sub aspectul respectării cerințelor documentației de atribuire reprezintă critici privind evaluarea propunerii tehnice, nu a celei financiare la care se referă actul contestat de asocierea .....

Aceste critici ale asocierii ..... sunt nedovedite și nefondate, contestatoarea mulțumindu-se să facă simple declarații/alegații, fără a prezenta nicio dovadă în susținerea lor.

Criticile contestatoarei privind evaluarea financiară a ofertei ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, se referă la un ciclu anterior de evaluare, încălcând autoritatea de lucru judecat provizorie a sentinței Tribunalului .....

Aceste critici pot fi promovate numai prin intermediul căii de atac împotriva sentinței Tribunalului ....., fiind inadmisibile pe calea acestei contestații care ar putea să vizeze doar reevaluarea realizată de entitatea contractantă prin raportare la sentința Tribunalului .....

Contestatoarea a formulat, de altfel, recurs împotriva sentinței Tribunalului ....., promovând aceleași critici ca cele pe care le

invocă în această contestație, o asemenea dublare a procedurilor judiciare nefiind posibilă.

Capătul de cerere privind atribuirea de către Consiliu a contractului către asocieria ..... este inadmisibil, contestatoarea cerându-i Consiliului să se substituie comisiei de evaluare.

Toate susținerile contestatoarei cu privire la preținsele nereguli din evaluarea ofertei asocierii FCC sunt nedovedite și nefondate, sens în care prezintă argumente.

Împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 11/1/918/30.10.2019, ....., în calitate de lider al asocierii ..... – ....., a depus contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 45802/11.11.2019, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea menționează că entitatea contractantă i-a comunicat adresa nr. 11/1/918/30.10.2019, primită pe 31.10.2019 și prin care era încunoștiințată despre declararea ofertei asocierii ..... ca fiind cea câștigătoare, oferta sa fiind clasată pe locul al III -lea ca urmare a finalizării procedurii de atribuire.

Cu titlu prealabil, solicită accesul la dosarul achiziției, respectiv la documentul DUAE și a documentelor suport ale ofertantului declarat câștigător, asocieria .....

Motivele preliminare ale contestației sunt următoarele:

I. Operatorul economic ..... („.....”), lider al asocierii ..... se încadrează în cazurile de excludere din procedură prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 99/2016 întrucât a fost sancționat de Consiliul Concurenței din ..... pentru participarea la un cartel în vederea trucării licitațiilor publice de infrastructură.

Prin Decizia nr. 628/2016, Consiliul Concurenței din ..... a aplicat amenzi în cuantum total de 80,7 mil. EUR. Având în vedere participarea sa individuală la încălcarea regulilor de concurență, ..... a fost sancționat cu cea mai mare amendă primită de membrii cartelului, respectiv 38.495.453 EUR (47% din cuantumul total al amenzilor aplicate de Consiliu).

II. Entitatea contractantă cunoștea situația operatorului economic ..... SA, fiindu-i adusă la cunoștință de către asocieria Brasig, în cadrul procedurii de atribuire privind Subsecțiunile 1 și 3 ale aceluiași proiect, prin adresa nr. 88/01.04.2019.

În legătură cu acest aspect, în cuprinsul procesului-verbal de evaluare nr. 29, comisia de evaluare a declarat că a luat la cunoștință despre încadrarea în situația de excludere a acestui ofertant în data de 14.05.2019 prin intermediul unei adrese interne.

În realitate, în data de 14.05.2019, comisia de evaluare a luat la cunoștință despre un document întocmit de Banca Europeană de

Investiții, în calitatea acestei instituții de consultant al entității contractante în baza unui contract de asistență tehnică. În mod necesar, pentru a oferi lămuririle prezentate în cadrul acestui document, consultantului i s-a cerut o opinie în legătură cu această situație, ceea ce presupune că entitatea contractantă era în deplină cunoștință de cauză cu mult înainte de data declarată în cuprinsul procesului-verbal de evaluare amintit.

Mai mult decât atât, atunci când a adresat clarificări ofertantului în legătură cu acest aspect, comisia de evaluare, s-a referit la situația prevăzută art. 180 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016.

Comportamentul anticoncurențial al operatorului economic, derulat pe o perioadă semnificativă de timp, în conivență cu o serie de alți operatori economici, comportament dovedit de către Consiliul Concurenței din ..... și sancționat cu o amendă de aproximativ 40.000.000 Euro, constituie, potrivit dispozițiilor art. 180 alin. (1) lit. c), o abatere profesională gravă.

Ascunderea informațiilor în cuprinsul DUAЕ în legătură cu decizia Consiliului Concurenței din ....., care a sancționat operatorul economic ..... doar cu câteva luni înaintea depunerii ofertelor în prezenta procedură de achiziție publică, reprezintă o situație clară și fără echivoc de ascundere a unor informații esențiale de o gravitate substanțială, care obligau entitatea contractantă la aplicarea prevederilor art. 180 alin. 1 lit. h).

Astfel, entitatea contractantă, constatând incidența vreunuia dintre cazurile de excludere prevăzute de Legea nr. 99/2016 avea obligația excluderii operatorului economic.

Raportat la motivul existent în legătură cu operatorul economic ....., comisia de evaluare avea obligația de a constata că, prin participarea la un cartel constituit în vederea trucării licitațiilor publice de infrastructură, ..... a comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea.

În legătură cu această primă condiție cerută de textul de lege, deosebit de relevantă este decizia nr. 738/2018 a Curții Constituționale a României referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, din care redă.

Astfel cum rezultă și din răspunsul furnizat comisiei de evaluare de către Consiliul Concurenței din .....:

- operatorul economic .....SA și-a recunoscut implicarea în practicile anticoncurențiale constatate;

- operatorul economic ..... SA a acceptat cuantumul maxim al amenzii aplicat de către Consiliul Concurenței din .....

- operatorul economic ..... SA, în considerarea celor anterioare, a renunțat la dreptul de a contesta decizia Consiliului Concurenței

din ....., aceasta consacrandu-și caracterul definitiv al constatărilor și sancțiunilor aplicate;

-operatorul economic ..... SA a plătit amenda stabilită pentru sancționarea comportamentului său anticoncurențial.

În concluzie, entitatea contractantă cunoștea că decizia Consiliului Concurenței din ..... este definitivă, fiind recunoscută de către operatorul economic .....

Având în vedere aspectele menționate anterior, entitatea contractantă avea obligația de a exclude din procedura de atribuire asocierea ....., conform art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, aspect clarificat, de asemenea, prin decizia Curții Constituționale nr. 738/2018.

Constatând incidența motivului de excludere prevăzut de art. 180 lit. c) și h) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă avea obligația de a face aplicarea dispozițiilor art. 184 alin. (5) din același act normativ, având în vedere și dezlegarea obligatorie a CJUE din Cauza Vossloh.

III. Un alt aspect contestat de către ..... îl constituie faptul că ofertele asocierilor ..... și al ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, sunt neconforme, întrucât nu respectă cerințele documentației de atribuire.

Având în vedere cerințele exprese prevăzute de documentația de atribuire, comisia de evaluare avea obligația respingerii ofertelor ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, întrucât acestea nu au respectat prevederile caietelor de sarcini referitoare la metodologia de excavație a tunelurilor, atât în ceea ce privește tunelul Homorod, cât și în ceea ce privește tunelul Ormenis.

Mai mult, fără a se face dovada existenței resurselor necesare excavării simultane a celor două tuneluri, asocierile ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2:

-nu satisfac cerința obligatorie a entității contractante de execuție a contractului în durata de execuție de 48 de luni;

-nu au prezentat în cadrul ofertei tehnice un Grafic de execuție a lucrării care să demonstreze încadrarea în durata de execuție de 48 luni de la data emiterii ordinului de începere a lucrărilor prin prezentarea succesiunii în care ofertantul intenționează a executa lucrările raportat la termenele anticipate de către entitatea contractantă pentru realizarea fiecărei etape, astfel încât să se poată deduce logic perioada de execuție din ofertă și implicit eşalonarea plăților;

-nu îndeplinesc în mod vădit cerințele exprese prevăzute în caietele de sarcini, mai ales dacă se are în vedere că, în considerarea atât a perioadelor necesare execuției efective, cât și a legăturii de cauzalitate cu celelalte lucrări ce trebuie executate în cadrul contractului, activitatea de excavație a celor două tuneluri este esențială și substanțială în economia contractului. Nedemonstrarea

capabilității de execuție a acestor lucrări în condițiile și termenele solicitate de către entitatea contractantă este, în realitate echivalentă cu demonstrarea faptului că asocierile nu dețin suficiente resurse pentru a dovedi că sunt capabile de îndeplinirea corespunzătoare a contractului.

IV. Contestatoarea susține că oferta asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, este neconformă, având în vedere prevederile art. 143 alin. (1) din HG nr. 394/2016 raportat la art. 140 alin. (5) din același act normativ.

Astfel, urmare a pronunțării de către Curtea de Apel ..... a Deciziei civile nr. 753/15.02.2019, comisia de evaluare a transmis acestui ofertant o adresă de clarificare prin care i-a solicitat acordul privind modificarea erorilor aritmetice și retransmiterea ofertei financiare în sensul dispus de către instanța de judecată.

Ca răspuns la solicitarea de clarificări, asocieria ..... Brașov — Sighișoara, lot 2 a retransmis oferta financiară în cuprinsul căreia a operat următoarele modificări:

- au fost modificate un număr substanțial de 1104 articole din cele aproximativ 7000 ce compun oferta financiară, în condițiile în care i se solicitase corectarea operațiunilor de adunare în privința unui număr de 38 de articole;

- modificările efectuate au vizat prețurile componentelor material, manoperă, utilaj și transport, în condițiile în care acestea fuseseră declarate cu autoritate de lucru judecat ca fiind „cele corecte, deoarece au fost introduse manual”;

- deși au fost operate toate modificările prezentate anterior, valoarea totală a ofertei financiare a fost menționată ca fiind aceeași cu cea rezultată din calculul comisiei de evaluare.

Un al doilea motiv care impunea excluderea ofertei acestei asocieri, contestatoarea susține că privește lipsa răspunsului solicitat prin adresa de clarificare.

Astfel, la solicitarea comisiei de evaluare de a clarifica prețurile unitare ale articolelor identificate ca având același cod, descriere și unitate de măsură, intimata a răspuns: „nu există în oferta depusă articole cu același cod de articol, denumire, unitate de măsură și descriere care să aibă prețuri unitare diferite”.

În condițiile în care comisia de evaluare a solicitat clarificări în privința unor prețuri unitare, răspunsul intimatei echivalează cu refuzul de a prezenta justificările solicitate, fiind pe deplin aplicabile în acest sens dispozițiile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016.

Față de cele prezentate mai sus, contestatoarea precizează că decizia entității contractante de a declara admisibile ofertele a doi participanți la procedura de atribuire care au încălcat în mod substanțial cerințele documentației de atribuire, chiar entitatea a încălcat în mod grav și iremediabil principiile care stau la baza

sistemului de achiziții publice, încălcare care nu poate fi remediată decât prin sancționarea acestei încălcări, respectiv admiterea prezentei contestații cu consecința declarării ca neconforme a ofertelor asocierii ..... și asocierii ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, și declararea ofertei sale ca fiind câștigătoare, fiind singura ofertă admisibilă.

Prin adresa nr. 46050/2412/C9/12.11.2019, Consiliul a solicitat entității contractante, ....., punctul de vedere la contestația înregistrată sub nr. 45802/11.11.2019 depusă de către .....

Prin punctul de vedere nr. 11/1/976/18.11.2019, înregistrat la Consiliu cu nr. 47048/18.11.2019, ..... a solicitat respingerea cererilor contestatoarei având în vedere că raportul procedurii emis de comisia de evaluare reflectă punerea în aplicare a Deciziei civile nr. 375/21.06.2019 pronunțate de Curtea de Apel ..... și a Hotărârii Tribunalului ..... nr. 5242/24.07.2019.

Totodată, datorită faptului că ..... reiterează aspecte din prima contestație, entitatea contractantă precizează că își menține punctul de vedere nr. 11/1/926/04.11.2019, transmis în cadrul dosarului nr. 2253/2019.

În ceea ce privește incidența prevederilor art. 180 din Legea nr. 99/2016 referitor la oferta depusă de asocieria ....., entitatea contractantă precizează că a clarificat cele reclamate de contestatoare, în procesul-verbal de analiză nr. 30 (nr. 11/1/869/14.10.2019), regăsindu-se analiza aspectelor semnalate de BEI și clarificate de asocieria ..... cu privire la liderul asocierii, ..... Procesul-verbal nr. 30 a fost avizat de observatorii desemnați de Ministerul de Finanțe – ANAP, cu mențiunea „fără observații”.

Prin adresa nr. 5900/20.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47587/21.11.2019, ..... SA a transmis concluzii scrise, precizând că susținerile contestatoarei față de neconformitatea ofertei sale sunt tardive, neîntemeiate și nefondate.

Prin adresa nr. 11/1/992/22.11.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 47903/22.11.2019, ..... a transmis completare la dosarul achiziției în ceea ce privește prelungirea garanțiilor de participare până la data de 21.03.2020.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 47957/22.11.2019, ..... („.....”) a depus cererea de intervenție pentru dosarul 2412/2019, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Cu privire la excepția inadmisibilității/tardivității formulării criticilor, intervenienta precizează următoarele:

-oferta ..... nu poate fi supusă analizei în raport de exact aceleași critici în două cauze diferite;

-..... nu mai are posibilitatea de a contesta evaluarea tehnică și financiară a ofertei ..... în etapa de verificare a documentelor suport DUAЕ;

-asocierea ..... nu poate critica aceleași aspecte de două ori fără a delimita în timp termenul la care a luat la cunoștință de respectivele presupuse neregularități;

-formularea repetată a aceluiași critici reprezintă un abuz al asocierii .....

Referitor la respingerea contestației în raport de lipsa motivării impuse de art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, intervenienta susține că asocierea ..... a formulat o contestație fundamentată pe simple supoziții neprobate.

Totodată, precizează că entitatea contractantă, în mod corect, a refuzat accesul asocierii ..... la documentele ..... declarate ca fiind confidențiale, intervenienta justificându-și confidențialitatea acestor documente.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 47995/25.11.2019, ..... SA a formulat cerere de intervenție pentru dosarul 2412/2019, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Intervenienta prezintă situația de fapt a procedurii, precizând că alegațiile contestatoarei privind pretinsa neconformitate a ofertei asocierii .... sub aspectul respectării cerințelor documentației de atribuire sunt tardive, nedovedite și nefondate, mai ales că rezultatul parțial al evaluării tehnice a fost comunicat de ..... tuturor ofertanților, încă din cursul anului 2018. Evaluarea tehnică a ofertei asocierii ..... nu a fost pusă niciodată în discuție.

Totodată, intervenienta a solicitat admiterea excepției autorității de lucru judecat a Sentinței Tribunalului ..... nr. 5242/24.07.2019, pronunțată în dosarul nr. 16042/3/2019, față de criticile contestatoarei legate de neconformitatea ofertei asocierii ....., raportat la prevederile art. 143 alin. (1) și 140 alin. (5) din HG nr. 394/2016 (propunerea financiară).

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 48124/25.11.2019, ..... a transmis Răspuns prin care solicită respingerea excepțiilor și susținerilor din cadrul cererilor de intervenție, precum și constatarea inadmisibilității celor două oferte criticate, inclusiv atribuirea către asocierea ..... a contractului de achiziție publică.

Prin adresa nr. 86/06.12.2019, înregistrată la Consiliu cu nr. 50336/06.12.2019, asocierea ..... SA, ..... SA și ..... SA a transmis Note scrise ce conțin o expunere pe larg a argumentelor sale privind neîncadrarea ....., .....în situația de excludere prevăzută de

art. 180 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 99/2016, sens în care au fost prezentate argumente.

În data de 20.05.2020, prin e-mail, înregistrate la Consiliu cu nr. 19700/20.05.2020, ..... intervenienta ..... asocierea "....." a depus note scrise, aducând argumente în susținerea admisibilității ofertei sale.

Cu adresa nr. 1.D2/188/21.05.2020, înregistrate la Consiliu cu nr. 19907/21.05.2020, entitatea contractantă a transmis în completarea celor deja depuse, documente necesare soluționării cauzei.

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

..... a inițiat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului având ca obiect *Execuție lucrări aferente obiectivului: „Reabilitarea liniei de cale ferată Brașov - Simeria, componentă a Coridorului Rin - Dunăre, pentru circulația cu viteză maximă de 160 km/h, secțiunea Brașov - Sighișoara, Subsecțiunea 2. Apața – Cața”,* cod-uri CPV 45234100-7 *Lucrări de construcții de căi ferate* (Rev. 2), 45213321-9 *Lucrări de construcții de gări feroviare* (Rev. 2), 45221000-2 *Lucrări de construcții de poduri și tuneluri, puțuri și pasaje subterane* (Rev. 2), 45234115-5 *Lucrări de semnalizare feroviară* (Rev. 2) și 45315300-1 *Instalații de distribuție de energie electrică* (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 179350/29.09.2017.

Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări care urmează a se atribui este de 2.867.944.000 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este "prețul cel mai scăzut", iar termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost inițial 15.11.2017, ora 16:00, acesta fiind modificat prin anunțul de tip erată nr. 124560/04.04.2018 pentru data 24.04.2018, ora 16:00.

În cadrul aceleiași proceduri, au depus contestații STRABAG AG, care a fost admisă de Consiliu prin decizia nr. 3048/C6/3834/17.11.2017, ....., care a fost respinsă, ca nefondată, prin decizia nr. 2925/C9/3195/15.11.2018 și asocierea ....., prin ..... SA, care a fost respinsă, ca nefondată, prin decizia Consiliului nr. 3048/C9/3367/05.12.2018.

Deciziile nr. 2925/C9/3195/15.11.2018 și 3048/C9/3367/05.12.2018 au fost atacate cu plângere de asocierile ....., respectiv ..... SA care au făcut obiectul dosarelor nr. 8537/2/2018, respectiv 8931/2/2018.

Plângerea formulată de asocierea ..... a fost respinsă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin hotărârea nr. 1228/11.03.2019.

Plângerea formulată de asocierea ..... a fost admisă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal prin hotărârea nr. 753/15.02.2019.

Totodată, au depus contestații împotriva comunicării rezultatului procedurii ....., ROMÂNIA, lider al asocierii ....., precum și asocierea ..... în calitate de lider al asocierii PIZZAROTTI, contestații care au fost respinse prin decizia Consiliului nr. 459/C9/141, 156/26.03.2019.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de ....., care a făcut obiectul dosarului nr. 2212/2/2019, fiind respinsă ca nefondată de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, prin hotărârea nr. 150/22.05.2019. Împotriva acestei hotărâri a fost depusă cerere de revizuire, astfel că a fost admisă plângerea prin hotărârea nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal. Cererea de revizuire formulată de ..... a fost respinsă prin hotărârea nr. 1231/29.11.2019 (dosar nr. 6070/2/2019). ..... a formulat contestație în anulare, asupra căreia Curtea de Apel ..... a emis hotărârea nr. 1229/29.11.2019 (dosar nr. 5775/2/2019), prin care a luat act de renunțare la judecata contestației în anulare.

Până la soluționarea dosarelor nr. 6070/2/2019 și 5775/2/2019, Consiliul a suspendat soluționarea contestațiilor în analiză prin Încheierea nr. 1739/C9/2253/.....

Ulterior punerii în aplicare a deciziei nr. 753/15.02.2019, emisă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, entitatea contractantă a transmis asocierea ....., adresa de clarificare nr. 11/1/359/18.04.2019, al cărei pct. 2 a fost contestat. Contestația care a fost respinsă, ca nefondată, prin decizia nr. 831/C9/751, 861/27.05.2019.

Decizia Consiliului a fost atacată cu plângere de ....., care a făcut obiectul dosarului nr. 3366/2/2019, fiind respinsă ca nefondată de Curtea de Apel ....., prin hotărârea nr. 380/27.06.2019.

Totodată, asocierea ..... a formulat acțiune împotriva respingerii ofertei sale la Tribunalul ....., care a făcut obiectul dosarului nr. 16042/3/2019, acțiune admisă, în parte, prin hotărârea nr. 5242/24.07.2019. Împotriva acestei hotărâri a formulat recurs asocierea ..... acesta fiind respins prin hotărârea nr. 388/13.05.2020.

Până la soluționarea dosarului nr. 16042/3/2019, Consiliul a suspendat soluționarea contestațiilor în analiză prin Încheierea nr. 2040/C9/2253, 2412/16.12.2019.

Ulterior punerii în aplicare a hotărârii nr. 375/21.06.2019, prin care Curtea de Apel de ..... a dispus reevaluarea ofertelor, entitatea contractantă a comunicat asocierii ....., adresa nr. 11/1/872/14.10.2019, cu clasamentul ofertelor admisibile și adresa nr. 11/1/918/30.10.2019, cu rezultatul procedurii, respectiv oferta declarată câștigătoare, oferta sa fiind clasată pe locul 3, documente atacate prin contestațiile aflate în analiză.

Contestatoarea ....., a constituit două cauțiuni în sumă de 220.000,00 lei fiecare, conform art. 611 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, fiind depuse la dosar recipisele de consemnare nr. 205822868/1 și 205863198/1, eliberate de ....., Sucursala ....., la data de 22.10.2019, respectiv .....

În ceea ce privește cererile de intervenție depuse de asocieria ....., văzând că acestea are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, oferta sa fiind declarată câștigătoare, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 11/1/911/30.10.2019, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul le încuviințează în principiu ca cereri de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Cât privește cererile de intervenție formulate de ..... SA, lider al asocierii ....., Brașov – Sighișoara lot 2, prin ....., Consiliul constată că acestea nu sprijină apărarea niciuneia din părți, nefiind în interesul entității contractante, respectiv acela de a fi păstrată decizia de declarare câștigătoare a ofertei prezentate de asocieria ....., și nici în interesul contestatoarei, asocieria ....., în mod evident, interesul acestora fiind de eliminare din competiție a ofertei asocierii ..... Așadar, cererea formulată de ..... SA, lider al asocierii ....., Brașov – Sighișoara lot 2, prin ..... nu poate fi considerată cerere de intervenție principală/accesorie în interesul vreuneia din părți. Într-adevăr, ..... SA, lider al asocierii ....., Brașov – Sighișoara lot 2, prin ..... sprijină poziția contestatoarei asocieria ....., dar doar parțial, în referire la declararea incorectă a ofertei câștigătoare.

De asemenea, nu se poate considera că ..... SA, lider al asocierii ....., Brașov – Sighișoara lot 2, prin ..... sprijină poziția contestatoarei asocieria ....., sub aspectul deciziei de anulare a desemnării ofertei câștigătoare, câtă vreme interesul acestor societăți este contrar, acestea urmărind să devină câștigătoare ale procedurii, or o eventuală susținere a contestatoarei nu poate fi parțială.

Astfel fiind, Consiliul va respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de ..... SA, lider al asocierii ....., Brașov – Sighișoara lot 2, prin .....

În ceea ce privește excepția tardivității invocată de asocieria ..... în referire la criticile formulate de ..... împotriva ofertei depuse, se constată a fi nefondată, în condițiile în care criticile sunt formulate cu respectarea termenului de 10 zile de contestare, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, valoarea procedurii fiind mai mare decât pragul prevăzut de art. 12 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 (25.013.925 lei).

Atât față de adresa nr. 11/1/872/14.10.2019, cât și față de adresa nr. 11/1/918/30.10.2019 (documente atacate prin contestațiile în analiză), contestațiile au fost depuse cu respectarea celor 10 zile legal prevăzute.

Faptul că evaluarea ofertei depuse de asocierea ..... a fost finalizată încă din data de 31.10.2018, nu poate fi considerat argument pentru a considera criticile analizate tardive, câtă vreme oferta nu a fost declarată câștigătoare la acel moment.

Prin adresa nr. 11/1/59/23.01.2019, oferta asocierii ..... a fost respinsă ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea unei cerințe de calificare - Acordul Tehnic Feroviar pentru sudarea aluminotermică, electrică și realizarea căii fără joante, cu înglobarea aparatelor de cale ferată aferente categoriei de Lucrări SUPRASTRUCTURĂ, motiv pentru care ofertanta a formulat contestație care a fost respinsă de Consiliu prin decizia nr. 459/C9/141, 156/26.03.2019. Rezultatul a fost invalidat de Curtea de Apel ..... prin hotărârea nr. 375/21.06.2019, fiind dispusă reevaluarea acestei oferte.

După cum a indicat și intervenienta, oferta .....a fost desemnată câștigătoare a procedurii în data de 31.10.2019, or, față de acest moment, contestația ..... este depusă cu respectarea termenului de 10 zile legal prevăzut.

Cât privește excepția tardivității invocată de asocierea FCC în referire la criticile formulate de ..... împotriva ofertei depuse, se constată a fi nefondată, în condițiile în care criticile sunt formulate cu respectarea termenului de 10 zile de contestare, potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, valoarea procedurii fiind mai mare decât pragul prevăzut de art. 12 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 (25.013.925 lei).

Atât față de adresa nr. 11/1/872/14.10.2019, cât și față de adresa nr. 11/1/918/30.10.2019 (documente atacate prin contestațiile în analiză), contestațiile au fost depuse cu respectarea celor 10 zile legal prevăzute.

Faptul că evaluarea ofertei depuse de asocierea ..... a fost finalizată încă din anul 2018, nu înseamnă că autoarea contestației nu avea dreptul de a formula contestațiile în analiză, câtă vreme, la momentul depunerii contestațiilor în analiză, dovedește un interes, de a deveni ofertantă câștigătoare, având ofertă admisibilă, clasată pe locul 3 în clasamentul ofertelor admisibile.

După respingerea excepțiilor invocate de interveniente, trecând la soluționarea criticilor formulate de ....., constatând că acestea privesc deopotrivă declararea admisibile a ofertelor depuse de asocierile ..... și ....., inclusiv declararea

câștigătoare a ofertei depuse de asocierea ....., Consiliul le va analiza împreună.

În ceea ce privește criticile contestatoarei formulate împotriva ofertei depuse de asocierea ....., sub aspectul faptului că operatorul economic ..... („.....”), lider al asocierii ..... s-ar încadra în cazurile de excludere din procedură prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 99/2016 întrucât a fost sancționat de Consiliul Concurenței din ....., este de reținut că, în privința acestui aspect, s-a pronunțat Curtea de Apel ..... prin Decizia civilă nr. 149/06.02.2020 (dosar 6008/2019), pentru o altă procedură organizată de aceeași entitate contractantă. Astfel, din cuprinsul deciziei amintite sunt reținute următoarele: «În fapt, prin Decizia nr. 642/09.03.2017 a Consiliului Concurenței din ....., ofertantul asociat ..... - ..... (denumită în continuare „.....”) și alte 14 companii au fost sancționate pentru participarea la înțelegeri secrete/de coluziune privind licitațiile pentru lucrări publice de infrastructură, cu amenzi în cuantum total de 80,7 milioane EUR. Având în vedere participarea sa individuală la încălcarea regulilor de concurență, ..... a fost sancționat cu cea mai mare amendă primită de membrii cartelului, respectiv 38.495.453 EUR.

Prin Adresa nr. 88 din 01.04.2019, ----- a informat CFR cu privire la comunicatul de presă emis de către Consiliul Concurenței din .....

**La solicitarea autorității contractante, Consiliul Concurenței din România a răspuns prin Adresa nr. 4714 din 03.05.2019, înregistrată la CFR cu nr. 1/1852/06.05.2019, astfel: „entitățile contractante sunt cele care hotărăsc cu privire la excluderea din cadrul unei proceduri de atribuire a operatorului economic care a fost anterior implicat în fapte anticoncurențiale și evaluează în ce măsură dovezile prezentate de operatorul economic respectiv sunt suficiente pentru a demonstra că acesta prezintă în continuare credibilitate/fiabilitate pentru a nu fi exclus din respectiva procedură de achiziție”.**

Prin Procesul-verbal nr. 8 de reevaluare a ofertelor cu nr. de înregistrare 11/1/430/14.05.2019, autoritatea contractantă a decis că AKTOR nu se încadrează în cazurile de excludere, fiind incidentă excepția prevăzută de art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016 Potrivit acestui text legal, situația de excludere nu este aplicabilă dacă, în ipoteza în care nu s-a aplicat măsura interzicerii participării la proceduri de atribuire printr-o decizie a unei instanțe, a trecut o perioadă de 3 ani de la data producerii evenimentului relevant pentru excludere.

**În acest sens, CFR a considerat că „abaterea operatorului economic .....) s-a produs în perioada 2005-2012 fapt care coroborat cu cele susținute de Consiliul Concurenței român are ca efect epuizarea perioadei de 3 ani în care acesta ar fi putut fi exclus din procedurile de achiziție publică”.**

Ulterior, în urma transmiterii de către entitatea contractantă a Raportului procedurii de atribuire din data de 14.05.2019 către ANAP, prin Adresa nr. 6695 din 20.05.2019, ..... a remis raportul către ..... cu observații, stabilind că autoritatea contractantă „[...] nu a verificat dacă acest operator economic se încadrează la motivele de excludere prevăzute la art. 180 alin. 1 lit. d) din Legea 99/2016 [...], comisia de evaluare avea obligația de a clarifica aspectele legate de investigația și decizia ....., și să solicite clarificări operatorului economic.....), cât și .....”.

În urma retransmiterii raportului procedurii, pentru a se conforma celor indicate de ..... a solicitat clarificări atât de la asocierea ....., cât și de la Consiliul Concurenței din .....

Prin Procesul-verbal nr. 10 de reevaluare a ofertelor, cu nr. de înregistrare 11/1/550/04.06.2019, și ulterior, prin Procesul-verbal nr. 11 de reevaluare a ofertelor cu nr. de înregistrare 11/1/580/13.06.2019, ..... a stabilit că ..... ar fi furnizat dovezi care au demonstrat credibilitatea sa prin raportare la motivul de excludere.

Curtea arată că, potrivit art. 180 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 „entitatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/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 entitatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești, a unei autorități administrative sau a unei organizații internaționale;

[...]

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității 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. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 prevede că noțiunea de abatere profesională gravă reprezintă „orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă”.

În cauză, ofertantul asociat .....a fost sancționat prin Decizia nr. 642/2017 a Consiliului Concurenței din ....., întrucât a participat la înțelegeri anticoncurențiale, astfel:

(i) în perioada 1981-2002 - repartizarea licitațiilor prin stabilirea în avans a câștigătorului licitațiilor, depunerea de oferte de acoperire etc.;

(ii) în perioada 2005-2012 - manipularea licitațiilor pentru lucrări publice prin stabilirea în avans a câștigătorului, depunerea de oferte de acoperire/ajutătoare retrase ulterior, retragerea câștigătorului în favoarea minatorului clasat.

**Din conținutul art. 167 alin. (1) lit. c) și al art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, Curtea reține că, indiferent de înțelesul dat de lege, abaterea profesională gravă trebuie stabilită în mod definitiv de o instanță de judecată sau de o autoritate administrativă competentă în domeniul respectiv.**

Într-adevăr, astfel cum susțin contestatoarele, în speță nu este incident cazul de excludere prevăzut la art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, respectiv „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/acord- cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 177 și 180 nu sunt aplicabile: [...] b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 180 a trecut o perioadă de 3 ani de la data la care s-a produs situația, fapta sau evenimentul relevant.”

Textul legal anterior menționat transpune articolul 57 alineatul (7) teza finală din Directiva nr. 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE. Potrivit acestor dispoziții UE, „[î]n 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 hotărârea definitivă, în cazurile menționate la alineatul (1), și trei ani de la data evenimentului relevant, în cazurile prevăzute la alineatul (4)”.

Alineatul (4) al articolului 57 din directivă, prevede următoarele:

„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;

[....]

(h) în cazul în care operatorul economic s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție, nu a divulgat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate în conformitate cu articolul 59; [...].”

Or, cu privire la interpretarea noțiunii „eveniment relevant” inserată atât în art. 184 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 99/2016, cât și în articolul 57 alineatul (7) teza finală din Directiva nr. 2014/24/UE, Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat prin Hotărârea Curții din 24 octombrie 2018, ..... , C-124/17, EU:C:2018:855.

Astfel, la punctele 37-..... din această hotărâre, se stabilește:

„37. Deși alineatul (7) al articolului 57 din Directiva 2014/24 nu aduce mai multe precizări cu privire la natura „evenimentului relevant” și în special la momentul la care acesta se produce, trebuie să se arate că această dispoziție prevede, pentru motivele de excludere obligatorii menționate la alineatul (1) al acestui articol și în cazul în care perioada de excludere nu a fost stabilită prin hotărâre definitivă, că perioada de cinci ani trebuie calculată de la data condamnării pronunțate prin hotărârea definitivă, fără a ține seama de data la care s-au produs faptele care au dat naștere acestei condamnări. Astfel, pentru aceste cauze de excludere, această durată se calculează începând cu o dată care intervine, în anumite cazuri, mult după săvârșirea faptelor materiale constitutive ale încălcării.

**38. În speță, comportamentul care intră sub incidența motivului de excludere relevant a fost sancționat printr-o decizie a autorității competente, pronunțată în cadrul unei proceduri reglementate de dreptul Uniunii sau de dreptul național și prin care se urmărește constatarea unui comportament ilicit în raport cu o normă de drept. În această situație, din motive de coerență cu calculul termenului prevăzut pentru cauzele de excludere obligatorii, dar și de previzibilitate și de securitate juridică, este necesar să se considere că durată de trei ani prevăzută la articolul 57 alineatul (7) din Directiva 2014/24 se calculează de la data acestei decizii.**

..... Această soluție pare cu atât mai justificată cu cât, astfel cum a subliniat avocatul general la punctele 83-85 din concluzii, existența unor comportamente care restrâng concurența nu poate fi considerată dovedită decât după adoptarea unei astfel de decizii, care califică din punct de vedere juridic faptele materiale în acest sens.”

Nu sunt întemeiate afirmațiile intimatei ..... în sensul că statuările CJUE nu ar fi aplicabile motivului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, ci doar cazului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 99/2016.

De altfel, articolul 57 alineatul (7) din directivă prevede că, “[î]n 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 hotărârea definitivă, în cazurile menționate la alineatul (1), și trei ani de la data evenimentului relevant, în cazurile prevăzute la alineatul (4).” Așadar, trimiterea se face la toate cazurile prevăzute la alineatul (4), fără a distinge, iar interpretarea este valabilă pentru fiecare dintre acestea.

**Așadar, principiul supremației dreptului UE și cel al interpretării conforme în lumina directivei impun ca interpretarea normei naționale să fie realizată în acord cu statuările CJUE din cauza ....., anterior menționată.**

**Curtea mai arată că, în contestație se invocă incidența motivului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. h), asocierea ..... ar fi furnizat informații false în DUAЕ, din moment ce nu a declarat sancțiunea aplicată de Consiliul Concurenței din ..... pentru participarea la cartel în vederea trucării licitațiilor publice de infrastructură, obligație pe care ..... o avea indiferent de data săvârșirii faptei în discuție care a determinat aplicarea amenzii.**

Curtea constată că, într-adevăr, la data completării DUAЕ, 18.08.2017, fusese pronunțată Decizia nr. 642/09.03.2017 a Consiliului Concurenței din ..... Faptul că interpretarea CJUE din cauza Vossloh nu era încă publicată (hotărârea fiind pronunțată la 24 octombrie 2018), precum și faptul că ofertantul asociat a apreciat că nu îi este aplicabil motivul de excludere, având în vedere că articolul 44 alineatul (3) din Legea elenă nr. 3989/2011 reconfirmat prin art. 235 din Legea elenă nr. 4635/2019 prevede că, în împrejurări precum cele din cauză, participantul este exonerat de orice sancțiuni administrative, nu sunt de natură să atragă neaplicarea motivului de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. h) din lege. Îi revenea autorității contractante dreptul și obligația de a analiza incidența acestui caz de excludere, după o informare corectă și completă realizată de ofertant.

**Totuși, cu privire la ambele motive de excludere anterior menționate, prevăzute la art. 180 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 99/2016, Curtea constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 184 alin. (I)-(3) din lege.**

Astfel, conform acestor prevederi legale:

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 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 entitatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, entitatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 177, 178 și 180 le poate furniza entității 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”.

În această privință, Hotărârea CJUE din cauza Vossloh, anterior citată, statuează totodată:

„31. În plus, trebuie să se arate că, în principiu, transmiterea către autoritatea contractantă a deciziei prin care se constată încălcarea normelor de concurență săvârșită de ofertant, dar prin care acestuia i se aplică o normă de clemență pentru motivul că a cooperat cu autoritatea de concurență, ar trebui să fie suficientă pentru a dovedi autorității contractante că operatorul economic respectiv a clarificat complet faptele și împrejurările, cooperând cu această autoritate, aspect care trebuie însă verificat de instanța de trimitere.

32. Pe de altă parte, în măsura în care autoritatea contractantă poate de asemenea să solicite operatorului economic să furnizeze dovezi pentru măsurile pe care le-a adoptat și care sunt de natură să împiedice repetarea încălcărilor constatate, trebuie să se arate că autoritatea contractantă poate impune ca operatorul economic respectiv să furnizeze elemente de natură factuală care să permită să se demonstreze că măsurile de care se prevalează sunt în mod efectiv adecvate pentru a evita repetarea comportamentului imputat, ținând seama de împrejurările specifice în care au fost săvârșite respectivele încălcări. Împrejurarea că elementele de probă care trebuie furnizate în această privință de operatorul economic au fost deja solicitate de autoritatea de concurență în cursul investigației sale nu justifică, în sine, ca acesta din urmă să fie scutit de obligația de a furniza autorității contractante respectivele elemente, cu excepția cazului în care faptele sau împrejurările pentru care se solicită astfel dovada rezultă deja suficient de clar din alte documente furnizate de operatorul economic și în special din decizia prin care se constată încălcarea normelor de concurență.

[...]

**40. Pe de altă parte, astfel cum a subliniat Comisia, operatorul economic interesat își menține, în această perioadă, posibilitatea de a adopta măsurile prevăzute la articolul 57 alineatul (6) din Directiva 2014/24 în scopul de a-și demonstra fiabilitatea, chiar dacă dorește totuși să participe la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice”.**

Totodată, în privința sferei de aplicare a articolului 57 alineatul (4) din directivă și marjei de apreciere a autorității contractante, CJUE a arătat, în cauza Hotărârea din 3 octombrie 2019, Delta, Cauza C-267/18, EU:C:2019:826:

„25. Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, 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 achiziție publică (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctul 34).

26. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27. Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării

cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

[...]

29. Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.

[...]

37. În sfârșit, în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante”.

**Or, astfel cum a apreciat și autoritatea contractantă, ..... a dovedit fiabilitatea prin dovezile prezentate în Răspunsul la Solicitarea de Clarificări nr. 12 cu privire la suficiența măsurilor luate prin raportare la motivul potențial de excludere, măsuri care se încadrează pe deplin celor exemplificate de art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016.**

Mai precis, trebuie să se arate că AKTOR:

- **a achitat în integralitate amenda stabilită - a se vedea adeverința privind inexistența obligațiilor emise de autoritatea independentă pentru Venituri Publice din ..... nr. 41498/26.07.2019, depusă la dosarul cauzei, fila 63 din dosarul IV al Curții de Apel .....;**
- **și-a asumat obligația de plată a oricăror despăgubiri pentru eventualele prejudicii cauzate, astfel cum rezultă din decizia Consiliului Concurenței din .....- fila 79 și următoarele din volumul al IV-lea al Curții de Apel .....;**
- **a clarificat faptele și circumstanțele în mod complet prin cooperarea activă cu organele de cercetare, astfel cum rezultă din decizia Consiliului Concurenței din .....- fila 79 și următoarele din volumul al IV-lea al Curții de Apel .....;**
- **a luat măsuri organizatorice, tehnice și de personal specifice pentru a evita apariția unor situații similare în viitor.**

Curtea constată că nu se impune trimiterea dosarului la autoritatea contractantă pentru analiza incidenței acestui caz de excludere pe motiv că dovezile privitoare la

luarea măsurilor organizatorice, tehnice și de personal specifice pentru a evita apariția unor situații similare în viitor nu se regăsesc fizic la dosarul cauzei, din moment ce luarea acestor măsuri nu a fost criticată de ofertanții contestatori. Aceștia au susținut exclusiv insuficiența mijloacelor în sine pentru dovedirea fiabilității, iar nu inexistența lor. Pe de o parte, Curtea constată că aceste măsuri nu dovedesc per se credibilitatea ofertantului asociat, ci în coroborare cu celelalte acțiuni ale acestuia conturează o anumită conduită acceptabilă din perspectiva dovedirii capacității sale de a duce la bun-sfârșit contractul ce urmează a fi încheiat în cauză. Pe de altă parte, la aceste măsuri se face referire în dosar, prin acte ale mai multor autorități publice elene, e.g. procesul-verbal nr. 7/12.06.2019 al Direcției Generale pentru Achiziție Publică din cadrul Ministerului Economiei și Dezvoltării (filele 70 și 71 din volumul al IV-lea al Curții de Apel .....), decizia Direcției Infrastructuri Rutiere din cadrul Ministerului elen al transporturilor din 25/09/2019.

Mai mult, relevantă în această privință este concluzia autorității contractante, care prin procesul verbal nr. 10 de reevaluare a ofertelor din 04.06.2019 (fila 196 și 197, volumul XII al Tribunalului .....), apreciază că ..... „a adoptat măsuri concrete la nivel tehnic organizațional și în materie de personal, prin schimbarea conducerii societății, adoptarea unei noi organigrame, crearea unor structuri de audit și implementarea unor măsuri de autoinstruire a personalului, inclusiv în privința integrității”. Curtea observă că, deși s-a constatat în mod greșit de către autoritatea contractantă faptul că nu există în privința ofertantului asociat motivul de excludere prevăzut la art. 180 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, aceasta a analizat și fiabilitatea ofertantului în mod detaliat. În acest sens, a conchis că măsurile adoptate sunt conforme prevederilor art. 184 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, că dovezile prezentate sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității operatorului economic, sub rezerva răspunsului comunicat ulterior de către Consiliul Concurenței din ..... și care a fost favorabil.

Analizei realizate de autoritatea contractantă trebuie să i se confere o anumită greutate din moment ce fiabilitatea ofertantului reprezintă o garanție pentru executarea în bune condiții a viitorului contract de achiziții publice. De altfel, pentru satisfacerea nevoilor acestei autorități a fost inițiată procedura de achiziție. Or, autoritatea se află în poziție privilegiată pentru a pune în balanță propriile interese și adecvarea măsurilor corective la care a recurs ofertantul în scopul de a aprecia dacă ofertantul poate executa obligațiile care îi vor fi impuse prin contractul ulterior. Desigur, această analiză trebuie să fie realizată în acord cu principiile care guvernează procedura achizițiilor publice, iar în cauză nu se remarcă o încălcare a acestor reguli fundamentale.

**Un argument suplimentar pentru lipsa necesității de a trimite dosarul autorității pentru reevaluarea ofertelor din această perspectivă este acela că motivele de excludere privesc persoana ofertantului, iar nu oferta depusă de acesta. Evaluarea ofertelor se realizează din perspectiva îndeplinirii cerințelor de calificare și de selecție, iar acest proces a fost finalizat în cauză, ofertele fiind în mod definitiv evaluate.**

**Având în vedere ansamblul considerațiilor anterior prezentate, Curtea conchide că nu se impune aplicarea motivelor de excludere prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. c) și h) din Legea nr. 99/2016, în privința acestora fiind îndeplinite condițiile prevăzute de art. 184 alin. (1)-(3) din lege».**

Având în vedere cele reținute, se constată că aspectul criticat asupra ofertei depuse de asocierea ....., legat de sancțiunea aplicată societății ..... de Consiliul Concurenței din ..... prin Decizia nr. 642/09.03.017, a fost deja analizat prin decizia din care a fost redat mai sus (Decizia civilă nr. 149/06.02.2020

emisă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal), existând autoritate de lucru judecat, Consiliul nemaiputând efectua o nouă analiză asupra aceluiași aspecte.

Prin urmare, existând autoritate de lucru judecat asupra aspectului criticat, legat de completarea DUAЕ de către ....., Consiliul consideră că în mod corect oferta asocierii ..... a fost declarată admisibilă din acest punct de vedere, criticile contestatoarei urmând a fi respinse.

Cât privește critica contestatoarei formulată împotriva ofertei prezentate de asocieria ....., sub aspectul respingerii acesteia potrivit prevederilor art. 140 alin. (5) și art. 143 alin. (1) din Norma metodologică aprobată prin HG nr. 394/2016, datorită presupuselor modificări efectuate la nivelul propunerii financiare, se reține, ca prim aspect, că ulterior emiterii de către Consiliu a deciziei nr. 3048/C9/3367/05.12.2018, fiind formulată plângere, aceasta a fost casată de Curtea de Apel ..... prin Decizia civilă nr. 753/15.02.2019.

Totodată, în condițiile în care oferta asocierii ..... a fost reevaluată din punct de vedere al propunerii financiare, urmare solicitării de clarificări, aceasta fiind criticată, Consiliu a emis decizia nr. 831/C9/751,861/27.05.2019, prin care a respins contestația, iar decizia a fost menținută de Curtea de Apel .....

Ulterior, oferta asocierii ..... fiind din nou respinsă, ofertanta a contestat acest rezultat la Tribunalul ....., acțiunea fiind admisă, în parte, prin Sentința civilă nr. 5242/27.07.2019.

Din cuprinsul sentinței civile mai sus amintite, s-au reținut următoarele: "... Prin Decizia civilă nr. 753/15.02.2019 a Curții de Apel ....., pronunțată în dosarul nr. 8931/2/2018, a fost admisă contestația reclamantei împotriva deciziei CNSC, dispunându-se anularea adresei nr. 11/1/1761/31.10.2018 și a actelor subsecvente, precum și obligarea entității contractante să reevalueze propunerea financiară a acesteia, în ceea ce privește motivele de respingere contestate.

În considerentele acesteia s-a reținut că **prin răspunsul la clarificări reclamanta a arătat că prețurile prezentate pentru fiecare componenta (material, manoperă, utilaj și transport) sunt cele corecte deoarece au fost introduse manual, erorile existând doar în ceea ce privește prețul unitar al categoriei de lucrări care a fost calculat automat de programul Excel**. Prin urmare, reclamanta nu și-a modificat oferta financiară în ceea ce privește indicarea prețurilor unitare ale componentelor, ci doar a fost de acord cu îndreptarea erorilor de calcul a prețului unitar al respectivelor categorii de lucrări cu luarea în considerare a prețurilor unitare ale componentelor precizate în oferta financiară.

Astfel, **curtea a reținut că a fost vorba doar de erori aritmetice cu privire la prețul unitar pe categorie de lucrări determinate de însumarea eronată a prețurilor unitare ale componentelor categoriei de lucrări, acestea din urmă fiind menționate corect în oferta financiară a reclamantei.**

De asemenea, s-a reținut în raport de prevederile art. 140 alin. 5 și 9 din HG nr. 394/2016 că este permisă corectarea erorilor aritmetice atunci când acestea pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. achizițiilor publice. Rezultă din acest text de lege că elementele propunerii financiare se corectează prin refacerea calculelor, iar în urma refacerii acestor calcule, este posibilă modificarea prețului total al ofertei. Prin urmare, nu este condiționată posibilitatea îndreptării erorilor aritmetice de modificarea prețului ofertei sau a vreuneia din componentele acesteia și nici de influențele acestor modificări asupra rezultatului procedurii.

Ulterior, pârâta a reluat evaluarea propunerii financiare și a transmis solicitarea de clarificări nr. 11/1/359/18.04.2019 prin intermediul căreia a solicitat transmiterea propunerii financiare corectate, precum și clarificarea prețurilor prezentate în ofertă pentru o serie de articole, față de răspunsul la clarificarea nr. 134 (r6) pct. 5.

Contestația reclamantei împotriva legalității acestei solicitări de clarificări a fost respinsă definitiv prin Decizia CNSC nr. 881/27.05.2019, menținută prin Decizia nr. 753/27.06.2019 a Curții de Apel ....., pronunțată în dosarul nr. 3366/2019.

Reclamanta a răspuns solicitărilor pârâtei, prin adresa nr. 089/06.05.2019, comunicând formularul de ofertă și listele de cantități refăcute după corecțiile aritmetice. **La întrebarea nr. 2 a învederat că nu există în oferta sa articole cu același cod, denumire, unitate de măsură și descriere, care să aibă prețuri unitare diferite, invocând totodată încălcarea principiului tratamentului egal,** în raport cu ceilalți doi ofertanți Asocierea ..... și Asocierea Alsim Alarko.

Prin adresa nr. 11/1/425/13.05.2019, pârâta a respins oferta reclamantei ca neconformă, potrivit art. 140 alin. 5 din HG nr. 394/2016, reținând că, prin transmiterea propunerii financiare corectată au fost modificate prețurile unitare, aferente componentelor material, manoperă, utilaj și transport, fiind constatate diferențe cu valori cuprinse între 0,01 lei și 2.000 lei.

De asemenea, oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 140 alin. 4 din HG nr. 394/2016, întrucât răspunsul prezentat la întrebarea nr. 2 este neconcludent.

Caracterul remediable al neconcordanțelor de la punctele IV și V din solicitarea de clarificări nr. 11/1/1673/16.10.2018 a fost reevaluat cu motivarea că viciile de formă din propunerile financiare nu pot fi corectate.

În privința primului motiv de respingere, reclamanta a menționat că erorile produse la retransmiterea propunerii financiare au fost cauzate de copierea greșită a cifrei miilor la unul din articole (Furnizarea și instalarea sistemului tehnic central local pentru detectarea incendiilor – articol 01TN1200621213), ceea ce a condus la o deviație de 2000 de lei (în total 4000 lei deoarece articolul apare de două ori) și greșeli apărute preponderent la cea de-a doua zecimală a mai multor articole (de ordinul banilor), greșeli produse automat din cauza programului Excel folosit, cel mai probabil la rotunjirea la două zecimale a prețurilor ofertei, greșeli care însumate conduc la o deviație de 225 de lei. Reclamanta a mai precizat că nu a modificat prețul total al ofertei, acesta fiind cel indicat chiar de entitatea contractantă prin solicitarea de clarificare, respectiv 2.845.981.663,35 lei (fără TVA), suma de 4225 lei fiind o valoare ridicolă raportat la valoarea contractului și a ofertelor depuse, care nu ar putea în nici un caz să răstoarne ierarhia ofertelor.

**Avându-se în vedere valoarea totală constatată în plus, de doar 4.225 lei, instanța reține că prin retransmiterea ofertei financiare refăcute este evident că reclamanta nu a încercat să modifice prețurile unitare aferente componentelor materiale, manoperă, utilaj și transport, fiind justificate susținerile acesteia privitoare la strecurarea unor erori**

**aritmetice, cu ocazia rotunjirii la două zecimale, respectiv copierea greșită a cifrei miilor la unul din articole**, indicat din eroare de două ori. Aceste aspecte ar fi putut fi lămurile cu ușurință, la solicitarea autorității contractante, cu atât mai mult cu cât, obiectul acestei cereri de clarificare îl reprezintă refacerea ofertei financiare sub aspectul prețului unitare al categoriei de lucrări, cu luarea în considerare a prețurilor unitare ale componentelor precizate în oferta financiară inițială.

Astfel cum a susținut și reclamanta, invocând cauzele T-211/2002 Tideland Signal vs. Comisia, T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene și C-599/10, SAG ELV Slovensko, întrucât din termenii și circumstanțele cauzei probabilitatea ca ambiguitatea sau neclaritatea ofertei să aibă o explicație simplă era evidentă și exista posibilitatea a fi surmontată într-o manieră facilă, alegerea acestei măsuri era mult mai adecvală și proporțională în raport cu scopul urmărit.

**Referitor la împrejurarea că în oferta reclamantei se regăsesc articole cu același cod, denumire, unitate de măsură și descriere, care să aibă prețuri unitare diferite, fapt care a condus la respingerea acesteia ca inacceptabilă, din probatoriul administrat, tribunalul constată că pârâta a aplicat un tratament diferențiat participanților, acceptând conform raportului procedurii nr. 11/1/27/21.01.2019 propunerile financiare ale asocierilor ALSIM ALARKO și ....., care se aflau în aceeași situație ca și reclamanta.**

**Acestora nu le-au fost solicitate clarificări similare, cu toate că în ofertele acestora se regăsesc/este posibil să se regăsească articole cu denumire, unitate de măsură și descriere identice, dar cu prețuri unitare și coduri diferite. [...]**

Prin această manieră de analiză diferită a propunerilor financiare ale ofertanților, pârâta a încălcat principiul tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. 2 lit. b din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă fiind obligată să aplice același standard de exigență tuturor participanților, care se află în aceeași situație.

În cauza C-42/13 Cartiera dell'Ada SpA a CJUE s-a reținut că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formarea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formarea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză.

Referitor la clarificarea neconcordanțelor din oferta financiară, pct. IV și V din solicitarea de clarificare nr. 11/1/1673/16.10.2018, se constată că petenta, în raport de răspunsurile prezentate de reclamantă, din solicitarea de clarificări din 19.10.2018, a decis că sunt aplicabile prevederile art. 141 alin. (2) din HG nr. 204/2016.

Astfel, s-a reținut că aceste neconcordanțe sunt vicii de formă remediabile, însă nu se mai impune solicitarea acceptului în vederea corectării, în contextul în care oferta a fost respinsă.

Tribunalul reține că sub acest aspect, procesul verbal de analiză nr. 23/31.10.2018 și adresa nr. 11/1/31.10.2018 au statuat asupra conformității ofertei financiare a reclamantei în privința acestor neconcordanțe. Pct. IV și V din

solicitarea de clarificare nr. 11/1/1673/16.10.2018 nu au făcut obiectul deciziei CNSC nr. 3048/C9/3367/05.12.2018, respectiv Deciziei civile nr. 753/15.02.2019 a Curții de Apel ..... care s-au pronunțat numai în limitele investirii, cu privire la motivele contestate de respingere a ofertei reclamantei.

Întrucât punctele IV și V nu au reprezentat motive de respingere contestate, câtă vreme au făcut obiectul unei verificări anterioare, intrând în circuitul civil, nu mai puteau face obiectul reevaluării propunerii financiare, sens în care s-a pronunțat și ÎCCJ – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, prin Decizia nr. 66/01.10.2018.

Totodată, **potrivit prevederilor art. 141 din HG 394/2016, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia, prin vicii de formă înțelegându-se acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect** în raport de ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Ori, astfel cum a arătat și reclamanta prin răspunsul din 19.10.2018, neconcordanțele semnalate în codul și denumirea articolelor menționate la pct. IV, respectiv în ceea ce privește cantitatea articolelor de la pct. V, reprezintă simple erori materiale determinate de utilizarea unor versiuni mai vechi a listei de cantități ce au fost clarificate de autoritatea contractantă, a căror corectare nu este de natură să producă un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Pe de altă parte, solicitarea generală de anulare a tuturor deciziilor și actelor incidente anterioare adresei nr. 11/1/425/13.05.2019, nu este întemeiată, câtă vreme acestea nu au fost supuse în concret analizei de legalitate.

**Pe cale de consecință, instanța ... admite în parte acțiunea reclamantei, urmând a anula adresa nr. 11/1/425/13.05.2019, precum și actele incidente subsecvente respingerii ofertei reclamantei (inclusiv raportul procedurii din 25.05.2019), respectiv dispune obligarea pârâtei la reevaluarea propunerii financiare a reclamantei, cu respectarea principiilor proporționalității și tratamentului egal”.**

Având în vedere cele reținute prin Sentința civilă nr. 5242/24.07.2019, emisă de Tribunalul ....., implicit prin Decizia civilă nr. 753/15.02.2019, se constată că cele criticate de ..... prin contestațiile în analiză, cu privire la evaluarea propunerii financiare depuse de asocierea FCC, au fost analizate prin deciziile amintite.

Consiliul s-a pronunțat cu privire la evaluarea propunerii financiare a acestei oferte, prin decizia nr. 3048/C9/3367/05.12.2018, însă aceasta a fost casată prin decizia civilă nr. 753/15.02.2019. Mai mult, urmare a reevaluării ofertei asocierii ....., și solicitării unei noi clarificări asupra propunerii financiare, fiind menținută decizia de respingere a acestei oferte, ofertanta a depus plângere la Tribunalul ....., care a admis-o în parte, prin Sentința civilă nr. 5242/24.07.2019, din care s-a reținut în paginile de mai sus. Împotriva acestei sentințe a formulat recurs asocierea ....., acesta fiind respins prin hotărârea nr. 388/13.05.2020.

Constatându-se că aspectele criticate au fost deja analizate prin cele două decizii amintite, existând autoritate de lucru judecat, Consiliul nu mai poate efectua o nouă analiză asupra aceluiași aspecte.

Prin urmare, Consiliul admite excepția autorității de lucru judecat a sentinței Tribunalului ..... nr. 5242/24.07.2019, pronunțată în dosarul nr. 16042/3/2019, excepție invocată de asocieria ..... SA față de criticile formulate de ....., în legătură cu evaluarea propunerii financiare a ofertantei (împotriva sentinței Tribunalului ..... a formulat recurs asocieria ....., acesta fiind respins prin hotărârea nr. 388/13.05.2020 emisă de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal).

Potrivit prevederilor art. 430 Cod proc.civ. *Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată. (2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă. (3) Hotărârea judecătorească prin care se ia o măsură provizorie nu are autoritate de lucru judecat asupra fondului. (4) **Când hotărârea este supusă apelului sau recursului, autoritatea de lucru judecat este provizorie. (5) Hotărârea atacată cu contestația în anulare sau revizuire își păstrează autoritatea de lucru judecat până ce va fi înlocuită cu o altă hotărâre.***

Astfel că, existând autoritate a lucrului judecat, Consiliul respinge criticile contestatoarei îndreptate împotriva propunerii financiare depuse de asocieria .....

În referire la critica societății contestatoare privind pretinsa neîndeplinire de către ofertele asocierilor ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, a cerințelor caietelor de sarcini referitoare la metodologia de excavație a tunelurilor, atât în ceea ce privește tunelul Homorod, cât și în ceea ce privește tunelul Ormenis, se constată lipsa de temeinicie a acesteia.

Potrivit prevederilor art. 249 Cod procedură civilă *Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească*, însă societatea contestatoare nu a prezentat niciun argument care să conducă la verificarea acestui aspect, Consiliul neputând fi transformat în mandatar al contestatoarei.

Pentru aceleași motive este respinsă și susținerea contestatoarei în referire la faptul că, raportat la fiecare raport privind excavația mecanică a celor două tuneluri, inclusiv la cele două grafice de execuție anexate atât pentru Tunelul Ormenis, cât și pentru tunelul Homorod, asocierilor ..... și ....., Brașov — Sighișoara, lot 2, nu au demonstrat disponibilitatea a 4 (patru) TMB astfel încât excavarea mecanică a celor două tuneluri (fiecare având câte două căi) să se realizeze simultan.

Simpla precizare a cerințelor legate de execuția acestor tuneluri nu poate reprezenta un argument care să implice verificarea

modalității de realizare a acestora cu respectare a termenului total al lucrării, de 48 luni.

Referitor la critica contestatoarei privind numărul mare de articole modificate de asocierea ....., raportat la cele asupra cărora i s-a solicitat corectarea erorilor aritmetice (1104 articole modificate, față de 38 solicitate a se corecta), precum și cu privire la "transcrierea" articolului "Furnizarea și instalarea sistemului tehnic central local pentru detectarea incendențiilor" – 01TN12006212, Consiliul nu se va mai pronunța, constatând că, și în cazul în care ar trebui dispusă o măsură de remediere, rezultatul procedurii, respectiv declararea ofertei câștigătoare, depuse de asocierea ..... nu poate fi influențată/schimbată.

Vizavi de solicitarea contestatoarei de a i se atribui contractul, Consiliul o va respinge ca inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016 [*Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației*], având în vedere faptul că au fost respinse criticile îndreptate împotriva ofertelor clasate pe locurile 1 și 2, în clasamentul ofertelor admisibile, superioare celui pe care s-a clasat oferta sa (locul 3).

Criticile fiind considerate nefondate, Consiliul va respinge contestațiile formulate de asocierea ....., lider al asocierii ..... – ....., în contradictoriu cu .....

Pe cale de consecință, criticile contestatoarei fiind respinse, Consiliul va admite cererile de intervenție formulate de .....

Cererile de intervenție formulate de asocierea ..... se vor respinge ca inadmisibile.

Pentru aceste motive,  
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,  
**CONSILIUL DECIDE:**

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de asocierea ....., lider al asocierii ..... – ....., în contradictoriu cu .....

În conformitate cu art. 64 Cod procedura civilă, încuviințează în principiu cererile de intervenție formulate de ..... și le admite.

Cererile de intervenție formulate de asocierea FCC se resping ca inadmisibile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

**PREȘEDINTE,**

.....

**MEMBRU,**

**MEMBRU,**

Redactat practicaua deciziei

Redactată în 6 exemplare originale, conține 37 pagini.