



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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent din 07.05.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24322/11.05.2021, formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin avocat ..., împotriva adresei nr. 22576/27.04.2021 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 22565/27.04.2021, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Execuție lucrări «Reconstruirea și reconfigurarea pasajului peste calea ferată și a nodurilor aferente (pe DN13A, km 129+201)»”, se solicită admiterea contestației, anularea adresei nr. 22576/27.04.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii nr. 22565/27.04.2021 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei ... S.R.L., precum și reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, cu consecința stabilirii caracterului neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale.

Prin adresa nr. 48/28.05.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27890/28.05.2021, ... S.R.L., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată convențional prin ..., cu adresa pentru comunicarea actelor de procedură în ..., a formulat cerere de intervenție în interesul autorității contractante, prin care solicită admiterea, în principiu, a acesteia, respingerea contestației ... S.R.L. ca fiind neîntemeiată în privința tuturor celor 4 motive din aceasta, admiterea pe fond a cererii de intervenție, precum și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

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

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... S.R.L. critică modalitatea de evaluare a ofertei ... S.R.L. declarată câștigătoare, ca fiind nelegală, apreciind că aceasta trebuia respinsă ca neconformă.

1. Situația de fapt

Contestatorul face un scurt istoric al desfășurării procedurii de atribuire, precizând că la data de 28.04.2021, a solicitat acces la dosarul achiziției publice, pe care l-a studiat la sediul autorității contractante în data de 29.04.2021.

Din analiza documentelor la care a avut acces, ... S.R.L. consideră că evaluarea realizată de autoritatea contractantă este nelegală, iar oferta depusă de ... S.R.L. ar fi trebuit să fie respinsă ca neconformă, având în vedere motivele de nelegalitate care subzistă în privința ofertei acestui operator economic.

Contestatorul arată că a depus o ofertă conformă și admisibilă și care ar fi trebuit să fie declarată câștigătoare, dar prin evaluarea nelegală efectuată de comisia de evaluare a ofertei depuse de ... S.R.L., care ar fi trebuit să fie exclusă din procedură sau respinsă ca neconformă, oferta sa s-a clasat pe locul 2.

2. Dezvoltarea motivelor contestației

2.1 ... S.R.L. se află în situația de excludere din procedură prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În DUAЕ depus de ofertantul ... S.R.L., acesta a declarat în cadrul secțiunii privind motivele de excludere din procedură, respectiv a dezvoltat la „Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave”, existența Documentului constatator nr. 12941/11.6.2019 emis de Județul ..., *„pentru motivul refuzare semnare contract subsecvent datorită neacceptării ajustării de preț materiale din cadrul Acordului Cadru nr. 23/17899/2017. Conform Sentința Civilă nr. 1552/2019 a Tribunalului ... și Decizia nr. 38/2020/22.01.2020 a Curții de Apel Târgu Mureș, se anulează punctul 9 din Documentul Constatator nr. 12941/11.06.2019 referitor la prejudiciul adus autorității Contractante, în consecință nu sunt prejudicii aduse autorității Contractante.”*

... S.R.L. declară în DUAЕ că a luat măsuri de autocorectare pe care le descrie astfel: *„... S.R.L. a luat măsuri pentru a exclude posibilitatea repetării unei asemenea situații, prin constituirea unui depozit bancar (...) deschis la banca OTP Bank Romania în cuantum de 200.000 ron, pentru acoperirea cheltuielilor suplimentare generate de majorări de prețuri la contractele încheiate în viitor.”*

Fără a solicita niciun fel de clarificări privind existența documentului constatator cu conținut negativ dezvoltat de ... S.R.L. prin DUAЕ, autoritatea contractantă a considerat așadar că în speță nu este incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) și (8) din Legea nr. 98/2016,

care este citat de contestator. Autoritatea Contractantă a considerat, în mod nepermis și nelegal, că din moment ce acest document a fost dezvăluit, cerința este îndeplinită, respectiv motivul de excludere nu există.

Contestatorul evocă practica consecventă a CNSC (Decizia publicată în B02018_7117) și a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal (decizia nr. 2199/14.04.2009) și a Curții de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal (deciziile nr. 2148/29.10.2012, nr. 5095/27.10.2015, nr. 586/05.02.2016, nr. 773/06.02.2012, nr. 4372/13.11.2013, nr. 11034/18.12.2013) și susține că autoritatea contractantă a nesocotit cauza obligatorie de excludere a operatorului economic din procedura de atribuire, deși i-a fost adusă la cunoștință prin chiar DUAE, și nici nu a solicitat clarificări privind motivul de excludere.

În continuare, contestatorul citează prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016 și arată că, în speță, ... S.R.L. a menționat, conform propriei aprecieri, că ar fi adoptat măsuri de autocorectare în sensul deschiderii unui cont de depozit bancar în care a fost consemnată suma de 200.000 lei, în vederea acoperirii cheltuielilor suplimentare generate de majorări de prețuri la contractele încheiate în viitor.

Cu toate acestea, nu operatorul economic este cel îndreptățit să evalueze măsurile de autocorectare adoptate sau sustenabilitatea acestora prin raportare la motivul de excludere. Dimpotrivă, în sensul dispozițiilor art. 171 mai sus citate, numai autoritatea contractantă avea dreptul (dar nu și obligația) să aprecieze și să evalueze măsurile adoptate de operatorul economic în scopul demonstrării credibilității sale, solicitând dovezi concrete în acest sens.

Dar autoritatea contractantă s-a mărginit la a accepta informațiile transmise de ... S.R.L., fără a realiza o minimă evaluare solicitând eventuale clarificări.

Astfel, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit mai întâi să observe că în cuprinsul Documentului Constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Consiliul Județean ... în legătură cu Acordul cadru nr. 23/17899/02.08.2017 „Întreținere curentă și periodică - plombări și covoare bituminoase - pe drumurile județene - Județul ..., pentru perioada 2017-2020, pentru Lot nr. 1”, se menționează că ... S.R.L. a refuzat semnarea contractului subsecvent, iar motivul refuzului a fost că operatorul economic a solicitat ajustarea prețului materialelor care nu erau prevăzute în Acordul cadru anterior menționat, ajustare care nu ar fi fost legală deoarece în Acordul cadru s-a prevăzut că prețul este ferm și nu se ajustează. Prin urmare, a fost reziliat Acordul cadru nr. 23/17899/02.08.2017, stabilindu-se totodată că prejudiciul adus autorității contractante a fost în cuantum de 591.421,23 lei cu TVA, respectiv valoarea contractului subsecvent pe care contractantul a refuzat să îl semneze.

Operatorul economic ... SRL a contestat documentul constatator, iar prin Hotărârea nr. 1552/04.11.2019 pronunțată de Tribunalul ... în dosarul nr. 1139/96/2019, s-a reținut astfel: „*Tip soluție: Admite în parte cererea.*”

Soluția pe scurt: Respinge excepția lipsei calității procesuale pasive a pârâtului Consiliul Județean ..., ca neîntemeiată. Admite în parte cererea de chemare în judecată formulată de reclamanta S.C. ... S.R.L., în

contradictoriu cu pârâții UAT Județul ... și Consiliul Județean ..., și în consecință, Anulează punctul 9 din documentul constatator nr. 12941 din 11.06.2019, referitor la prejudiciul adus autorității contractante, urmând a respinge celelalte petite ca neîntemeiate. Obligă pârâtul UAT Județul ... la plata sumei de 2.307,50 lei cu titlu de cheltuieli de judecată. Cu drept de recurs în 10 zile de la comunicare, care se depune la Tribunalul ..., sub sancțiunea nulității.”

Așadar, prin decizia instanței Tribunalului ..., s-a anulat mențiunea din documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 referitoare la prejudiciul adus autorității contractante.

Ulterior, prin Hotărârea nr. 38/22.01.2020 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș, s-a respins recursul declarat de ... S.R.L., reținându-se astfel: *„Respinge ca nefondate recursurile declarate de reclamanta ... S.R.L. (cu sed.) și de pârâții JUDEȚUL ... și CONSILIUL JUDEȚEAN ... (ambii cu sed.) împotriva Sentinței nr. 1552/4.11.2019 pronunțate de Tribunalul ..., în dosarul nr. 1139/96/2019. Definitivă.”*

Prin urmare, decizia pronunțată de instanța de fond a fost menținută, astfel încât Documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Consiliul Județean ... a rămas valabil emis, cu excepția punctului 9 referitor la prejudiciul constatat de beneficiar.

În continuare, contestatorul citează prevederile art. 144 și art. 166 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 și menționează că, independent de lipsa unui prejudiciu adus autorității contractante/beneficiarului în cadrul acordului-cadru nr. 23/17899/02.08.2017 încheiat între ... S.R.L. și Jud. ..., este oricum incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Gravitatea încălcării obligațiilor care îi reveneau în temeiul acordului-cadru, respectiv obligația de a încheia un contract subsecvent atribuit ulterior în baza acestuia, constă, în speță, în chiar refuzul ... S.R.L. de a încheia acel contract subsecvent, existența unui prejudiciu sau nu nefiind relevantă, astfel cum s-a reținut în practica CNSC (Decizia publicată în B02018_6166).

Chiar dacă operatorul economic a menționat în DUAЕ din prezenta procedură de atribuire că a adoptat măsuri de autocorectare, acestea nu pot fi considerate în niciun caz suficiente sau relevante pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivul de excludere.

Din moment ce motivul pentru care a fost emis documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 a constat în rezilierea unui acord-cadru pentru refuzul nejustificat de a semna un contract subsecvent, sub motivația că nu este permisă ajustarea prețurilor la materiale, deși o astfel de ajustare nu era permisă conform contractului, este evident că operatorul economic nu ar fi putut să furnizeze absolut nicio dovadă care să arate că a luat măsuri pentru a-și demonstra credibilitatea.

Deschiderea unui cont de depozit bancar nu poate fi în niciun caz considerată o dovadă suficientă sau relevantă pentru a înlătura incidența motivului de excludere. Gravitatea refuzului de semnare a unui contract subsecvent pentru că beneficiarul nu a fost de acord (în mod legal și fundamentat contractual) cu ajustarea prețurilor din acordul-cadru nu poate fi în niciun caz diminuată de simplul fapt că operatorul economic în cauză a

deschis un depozit bancar din care ar putea acoperi cheltuielile suplimentare generate de majorări de prețuri la contractele încheiate în viitor.

Totodată, contestatorul susține că, din modul de completare a DUAЕ, se impune a fi observat că ... S.R.L. a considerat incident un alt motiv de excludere, respectiv cel prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 - abatere profesională gravă, care pune în discuție integritatea operatorului economic. Or, motivul de excludere care ar fi trebuit să fie declarat de ... S.R.L. este cel prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g), corespunzător secțiunii din DUAЕ „*încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile*”.

Astfel, în ceea ce privește ... S.R.L., refuzul semnării unui contract subsecvent nu poate fi considerat o abatere profesională în condițiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care este citat.

Prin urmare, în privința ... S.R.L. este incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar evaluarea întreprinsă de autoritatea contractantă sub acest aspect a fost deficitară, contravenind prevederilor legale în vigoare și se citează prevederile art. 207 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul concluzionează că, în condițiile în care este incident un motiv de excludere, oferta ... S.R.L. a fost în mod nelegal considerată admisibilă și ulterior declarată câștigătoare.

2.2 Oferta depusă de ofertantul declarat câștigător este neconformă, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, întrucât acesta nu poate realiza în mod legal părți din obiectul contractului

Conform Avizului CFR nr. 6/5/1924/03.12.2018 din documentația de atribuire: „*În concluzie, lucrările se vor desfășura față de axul liniei ferate 316 Brașov-Deda- Războieni, astfel:*

- *Parțial în zona cadastrală CFR;*
- *Parțial în zona de siguranță a CFR (a cărei limită este la 20,00 m distanță de axul liniei ferate);*
- *în zona de protecție CFR (a cărei limită este la 100,00 m distanță de axul liniei ferate).”*

Lucrările sunt avizate favorabil sub condiția, *inter alia*, că respectivul constructor care va efectua lucrarea să fie autorizat AFER pentru lucrări de construcții în zona căii ferate. Așadar, condiția impusă de Avizul CFR este ca executantul lucrărilor să fie autorizat AFER.

Cu toate acestea, executantul lucrărilor, respectiv ofertantul declarat câștigător ... S.R.L. nu deține autorizația AFER pentru lucrări de construcții în zona căii ferate.

Contestatorul susține că, în oferta sa, ... S.R.L. a inclus autorizațiile AFER (Acorduri Tehnice Feroviare) deținute de subcontractantul ... S.A. Cu toate acestea, acordul de subcontractare încheiat CU ... S.A. are ca obiect general - lucrări de proiectare și construcții în zona căii ferate, procentul de subcontractare fiind de 9,89%.

Pe de altă parte, întreaga experiență similară relevantă pentru obiectul contractului propus spre atribuire este deținută și susținută de terțul susținător ... S.R.L. care, conform verificărilor sale, susține contestatorul, deține și autorizație AFER pentru execuție lucrări în zona căii ferate.

În raport cu cele de mai sus, se desprind trei concluzii principale, care demonstrează maniera superficială în care s-a realizat evaluarea conformității ofertei ... S.R.L.:

- nu deține niciun fel de experiență similară în ceea ce privește execuția lucrărilor care fac obiectul contractului;

- nu deține autorizația AFER necesară execuției lucrărilor de construcții în zona căii ferate, deși marea majoritate a lucrărilor care fac obiectul contractului se execută în zona de siguranță și de protecție a căii ferate;

- lucrările subcontractate către ... S.A. acoperă doar parțial și într-o proporție foarte mică obiectul contractului, pentru toate celelalte lucrări din obiectul contractului (cu excepția celor subcontractate și către ... S.R.L. și ... S.R.L.) ... S.R.L. nedeținând nici experiență similară în execuție și nici autorizația AFER necesară,

iar autoritatea contractantă nu a solicitat niciun fel de clarificări pe aceste aspecte.

Trebuie avut în vedere faptul că în condițiile în care un ofertant recurge la experiența similară a unui terț susținător care deține experiența similară lucrărilor care fac obiectul contractului, precum și autorizația necesară execuției lucrărilor (în speță Acordul Tehnic Feroviar), acel operator economic terț susținător ar fi trebuit să fie declarat subcontractant sau cooptat ca asociat. Acel operator economic (... S.R.L.) ar fi singurul care poate executa majoritatea lucrărilor care fac obiectul contractului, prin urmare ar trebui să execute efectiv lucrările pentru care oferă experiența similară.

Așadar, în virtutea art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, terțul susținător devine un real subcontractant care va fi ținut să execute lucrările pentru care a demonstrat că deține experiența similară. În acest sens s-a pronunțat Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C 324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd Oczyszczania Miasta, din care se citează pct. 49.

Cu toate acestea, în ceea ce privește oferta declarată câștigătoare, terțul susținător ... S.R.L. nu a fost declarat și subcontractant, în aprecierea contestatorului.

În acest context, trebuie avut în vedere că prevederile legale recunosc posibilitatea ca subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul se bazează pentru demonstrarea anumitor criterii de calificare și selecție să fie considerați și terți susținători și se citează art. 48 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016. Această posibilitate nu funcționează însă și în sens invers în absența unor prevederi legale exprese.

Ar trebui astfel ca terțul susținător propus de ... S.R.L. să fi demonstrat, prin angajamentul ferm, modul efectiv în care va materializa susținerea acordată, respectiv resursele umane, materiale și tehnice pe care ... S.R.L. le va pune la dispoziția ofertantului în vederea executării efective a contractului. Din analiza documentelor din dosarul achiziției publice, rezultă cu claritate că terțul susținător ... S.R.L. nu a prezentat niciun document din care să rezulte concret modul prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere în conformitate cu solicitarea din fișa de date.

Chiar în fișa de date a achiziției (secțiunea IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei) s-a solicitat ca ofertanții să depună angajamentul terțului

susținător (angajament necondiționat) cu privire la susținerea tehnică și profesională a ofertantului în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională și anexele acestuia, constând în documentele transmise operatorului economic Ofertant de către terțul/terții susținător/susținători din care rezultă modul efectiv în care aceștia din urmă asigură îndeplinirea angajamentului de susținere.

Contestatorul face precizarea că, prin excepția listei lucrărilor care demonstrează experiența similară, terțul susținător ... S.R.L. nu a prezentat niciun alt document sau informație privind modul efectiv de îndeplinire a angajamentului ferm de susținere a capacității tehnice. Susținerea terțului prin angajamentul ferm față de ... S.R.L. trebuia să indice resursele care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului - utilaje, echipamente, personal, odată cu angajamentul ferm prezentat trebuind să fie prezentate documentele relevante din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

În continuare, contestatorul evocă practica CNSC (Deciziile nr. 2611/C5/2822/03.09.2018, nr. 1908/C10/1928/30.10.2019 și nr. 1824/C1/1791, 1800, 1814/17.10.2019) și jurisprudența Curții Europene de Justiție (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Swm Costruzioni 2 și Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33; Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C: 1999:593, punctul 29; Hotărârea din 7 aprilie 2016, Partner Apleski Dariusz împotriva Zarzad Oczyszczania Miasta).

Considerând cele de mai sus, ... S.R.L. concluzionează că oferta ... S.R.L. este neconformă.

2.3 Ofertantul declarat câștigător a oferat un preț neobișnuit de scăzut, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini

În cadrul factorilor de evaluare, conform fișei de date a achiziției, a fost punctat termenul de garanție oferat (3,50%, punctaj maxim factor: 3,50). Conform algoritmului de calcul, punctajul se acordă astfel: sub 5 ani nu se punctează, iar pentru fiecare an în plus față de 5 ani se acordă 0,5 puncte. Termenul maxim punctat - 12 ani, pentru un termen mai mare sau egal cu 12 ani se alocuau 3,50 puncte.

Ofertantul declarat câștigător a oferat un termen de garanție de 10 ani (din cei 12 ani maxim posibili). Valoarea mult mai scăzută a ofertei declarate câștigătoare (26.031.495,54 lei), prin comparație cu valoarea ofertei sa, susține contestatorul (27.748.945,41 lei), este determinată în mod evident de includerea unor costuri nereale pentru perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani oferată de ... S.R.L.

În condițiile ofertării unei perioade de garanție de 10 ani, ... S.R.L. trebuia să ia în calcul cheltuieli suplimentare pentru reparația și/sau refacerea și/sau înlocuirea parțială și/sau totală a următoarelor lucrări:

- rosturi de dilatație și aparate de reazem (furnizorii unor astfel de produse nu oferă garanție pentru o asemenea perioadă și durată de viață a acestora, este redusă din cauza gradului de uzură ridicat datorat traficului - inclusiv cel de mare tonaj - pasajul fiind parte din DN 13A care face legătura între Odorheiul Secuiesc și ..., unde se conectează cu E 578 (Sărățel - Reghin - Toplița - Gheorgheni - ... - Sfântu Gheorghe - Chichiș);

- reparațiile necesare ale stratului de uzură pe perioada celor 10 ani;

-marcajul termoplastic prevăzut în proiect (pag. 37 din Proiectul Tehnic) are în general o garanție de 2 ani dată de producătorul vopselei, motiv pentru care, în perioada de garanție, acesta trebuie refăcut ori de câte ori se constată că nu mai îndeplinește cerințele (fiind un element de siguranța circulației).

Pentru a detalia cele de mai sus, contestatorul arată că a oferat o perioadă de garanție de 60 de luni (5 ani) pentru lucrarea în ansamblul său, dar și pentru materialele, produsele și echipamentele ce urmează a fi puse în operă. Astfel, în cele 60 de luni de garanție a lucrărilor, ... S.R.L. își asumă, conform prevederilor Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare, precum și conform prevederilor Contractului și ale documentației de atribuire:

- utilizarea în execuția lucrărilor numai a unor produse, materiale și echipamente certificate / agrementate care îndeplinesc cerințele din proiect;

- asigurarea unui nivel calitativ ridicat al execuției lucrărilor pentru a reduce la maxim posibilitatea apariției deficiențelor / defectelor pe perioada de garanție a lucrărilor;

- remedierea / repararea, pe cheltuială proprie, a defectelor calitative apărute din vina antreprenorului;

- înlocuirea, pe cheltuială proprie, a echipamentelor, dotărilor, produselor, materialelor care nu mai funcționează / corespund / îndeplinesc cerințele calitative impuse prin proiectul tehnic.

Totodată, în perioada de garanție a lucrărilor, se vor inspecta periodic lucrările în vederea identificării posibilelor defecte / deficiențe și se vor lua măsurile necesare remedierii acestora, în acest sens se aplică un program de supraveghere a lucrărilor în perioada de garanție și un plan cu măsurile de prevenție, intervenție și resursele alocate pentru remedierea acestora.

Ținând cont de aspectele anterior evidențiate, ... S.R.L. consideră că termenul de garanție de 120 de luni oferat de către ... S.R.L. nu este însoțit / justificat și de un preț care să reflecte cheltuielile presupus a fi efectuate în perioada de garanție. În baza experienței sale acumulate de-a lungul celor 27 de ani de când execută lucrări de infrastructură rutieră în România, contestatorul arată că are certitudinea că prețul oferat de către ... S.R.L., prin garanția de 120 de luni, este absolut nerealist. Astfel, acesta artă că:

- dispozitivele de acoperire a rosturilor de dilatație au în general o durată de viață destul de lungă, dar nu este aceeași situație când este vorba de garanția acestora;

- marcajul termoplastic are o garanție dată de producător de 24 de luni, astfel în perioada de 120 de luni sunt foarte probabile necesare reparații multiple ale acestuia care generează costuri suplimentare destul de mari având în vedere costul materialului și al manoperei;

- stratul de uzură în perioada de 120 de luni de garanție trebuie să fie menținut în condiții optime de rulare, aceasta însemnând a se efectua lucrări de mentenanță a acestuia.

În considerarea celor mai sus menționate, contestatorul susține că ... S.R.L. a oferat un preț neobișnuit de scăzut și nu poate asigura îndeplinirea

contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin documentația de atribuire.

Mai mult, în cadrul evaluării propunerilor tehnice și financiare, ofertantului declarat câștigător nu i s-au solicitat niciun fel de clarificări (nici pentru a justifica tehnic și nici financiar) perioada de 10 ani de garanție oferită.

Autoritatea contractantă ar fi trebuit să aplice dispozițiile legale privind justificarea prețurilor neobișnuit de scăzute raportat la quantumul cheltuielilor considerate de ... S.R.L. pentru intervențiile din perioada de garanție. Prin urmare, comisia de evaluare și-a încălcat obligația de a analiza oferta depusă sub toate aspectele, astfel cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) din H.G. nr. 395/2016, care este citat.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precizând că autoritatea contractantă nu a solicitat niciun fel de clarificări privind prețul oferit de ... S.R.L., potrivit dispozițiilor art. 136 și art. 137 din H.G. nr. 395/2016, citate.

Dimpotrivă însă, autoritatea contractantă a solicitat clarificări contestatorului, în sensul demonstrării asigurării termenului de garanție asumat (60 luni calendaristice) pentru lucrările executate, prin folosirea materialelor, produselor, utilajelor și echipamentelor corespunzătoare cerințelor menționate.

În acest sens, contestatorul citează practica CNSC (Decizia publicată în Buletinul Oficial 2958/2017).

2.4 Oferta depusă de ofertantul declarat câștigător este neconformă, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini

Prin documentația de atribuire s-a solicitat nominalizarea personalului tehnic, propus pentru realizarea obiectului contractului, în cadrul acestui personal fiind solicitat și un șef șantier specialitate poduri.

În cadrul factorilor de evaluare a fost punctată experiența șefului de șantier, iar în cadrul caietului de sarcini, a fost solicitat acest personal ca cerință minimă.

Persoana propusă ca șef șantier trebuie să aibă studii superioare în domeniul construcției de poduri (operatorii economici participanți la procedură au obligația de a dispune de minim un șef șantier sau echivalent, cu studii superioare în domeniul construcțiilor de poduri).

În cadrul ofertei tehnice, ... S.R.L. a declarat ca șef șantier pe dl. ... care deține o specializare de maestru, fără a avea studii superioare în domeniul indicat. Persoana propusă pentru șef șantier deține doar o calificare, nefiind îndeplinită cerința minimă din documentație referitoare la studiile superioare. Mai mult decât atât, contractul individual de muncă încheiat cu dl. ... pentru funcția de șef șantier, apare ca fiind încheiat în data de 25.01.2021, cu începerea activității de la data de 28.01.2021, așadar cu o zi înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Ignorând cu desăvârșire această neconformitate a ofertei ... S.R.L., autoritatea contractantă nu a solicitat nicio clarificare, solicitând doar explicații privind experiența similară care, în cele din urmă, nici nu a fost punctată în cadrul factorilor de evaluare, astfel cum rezultă din Procesul-verbal de evaluare a propunerii tehnice nr. 9735/22.02.2021.

Cu toate acestea, absența îndeplinirii cerinței privind studiile superioare pe care ar fi trebuit să le fi efectuat persoana propusă pentru poziția de șef șantier, se impune a fi cel puțin clarificată de autoritatea contractantă, nefiind admisibil ca simpla ocupare a unei funcții de acest fel sau similare în cadrul unor proiecte anterioare să fie considerată acoperitoare pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței.

Or, ... S.R.L., ca ofertant, avea obligația ca, în raport de dispozițiile legale incidente în cauză să elaboreze oferta într-o manieră care să permită verificarea acesteia, prin prisma dispozițiilor art. 133 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, respectiv să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini.

Absența studiilor superioare în persoana propusă ca șef șantier conduce la o singură concluzie, anume că ofertantul declarat câștigător nu a făcut dovada accesului la un șef de șantier corespunzător cerințelor și nici nu poate asigura acest personal minim pe perioada execuției lucrărilor.

Prin urmare, evaluarea realizată de autoritatea contractantă este nelegală, iar concluzia comisiei de evaluare ar fi trebuit să fie în sensul constatării neconformității ofertei ... S.R.L.

Concluzionând, ... S.R.L. solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea adresei nr. 22576/27.04.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, a raportului procedurii nr. 22565/27.04.2021 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei ... S.R.L., reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, cu consecința stabilirii caracterului neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale, precum și accesul la documentele dosarului achiziției publice, inclusiv la documentele declarate confidențiale de către ofertantul declarat câștigător, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Prin punctul de vedere nr. 26907/21.05.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 26502/21.05.2021, ... solicită respingerea contestației ... S.R.L. ca nefondată, netemeinică și nelegală, pentru următoarele motive:

2.1. În ceea ce privește susținerile contestatorului cum că ... S.R.L. se află în situația de excludere din procedură, ținând cont de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, se relevă faptul că, potrivit art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, s-au analizat aceste condiții și s-a luat, în mod corect, hotărârea de neexcludere a ... S.R.L., aceasta neaflându-se în această situație.

Totodată, se subliniază faptul că, de vreme ce ... S.R.L. a luat măsuri de autocorectare, autoritatea contractantă le-a acceptat, luând în considerare faptul că nu s-a cauzat prejudiciu ori nu a fost evaluat în mod cert. Astfel, întrucât nu există prejudiciu sau nu a fost evaluat concret cuantumul acestuia, autoritatea contractantă nu este în măsură să aprecieze dacă depozitul bancar în sumă de 200.000,00 lei este sau nu o măsura potrivită din partea acestuia.

2.2. Referitor la afirmația contestatorului cum că, oferta depusă de ofertantul declarat câștigător este neconformă, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG. nr. 395/2016, întrucât acesta nu poate realiza în mod legal părți din obiectul contractului.

Această critică este nefondată, deoarece ofertantul câștigător a prezentat ca subcontractant o firmă care are autorizație AFER, și anume ... S.A., subcontractant declarat cu 9,98% din valoarea contractului, astfel ofertantul declarat câștigător satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

De altfel, autoritatea contractantă menționează faptul că nici ... S.R.L. nu are autorizația respectivă, declarând același subcontractant, cu 6,98% din valoarea ofertată.

2.3. Privitor la critica faptului că ofertantul declarat câștigător a oferat un preț neobișnuit de scăzut, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametri cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă relevă faptul că oferta câștigătoare reprezintă 93,78% din valoarea estimată a investiției. Având în vedere faptul că ofertantul declarat câștigător are stație de betoane, de asfalt, utilaje, forță de muncă în localitatea unde se desfășoară investiția și nu transportă din alte localități, oferta nu a fost considerată având un preț neobișnuit de scăzut față de oferta de pe locul II, de 99,96%.

2.4. Referitor la afirmația contestatorului că oferta depusă de ofertantul declarat câștigător este neconformă, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, autoritatea contractantă relevă faptul că, condiția din caietul de sarcini: *„Operatorii economici participanți la procedură au obligația de a dispune de minim un șef șantier sau echivalent, cu studii superioare în domeniul construcțiilor de poduri. Se va puncta participarea în calitate de șef șantier sau poziții echivalente cu acestea ca responsabilități în proiecte/contracte cu obiect similar de activitate”* este criteriu de atribuire și nu una de cerință minimă care ar conduce la excludere. Astfel, ofertantul câștigător a propus, pentru poziția de șef șantier, un specialist cu experiență similară, care a participat la construirea pasajului al cărui reabilitare este obiectul prezentei proceduri de atribuire. Dar condiția fiind studii superioare, la acest criteriu de atribuire a primit 0 puncte.

Concluzionând, ... consideră că nu se impune anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 22576/27.04.2021, a raportului procedurii nr. 22565/27.04.2021 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe și nici obligarea sa la reevaluarea ofertei declarate câștigătoare și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, acestea fiind întemeiate și legale, solicitând C.N.S.C. respingerea contestației ... S.R.L. ca fiind nefondată, netemeinică și nelegală.

Prin adresa nr. 48/28.05.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27890/28.05.2021, ... S.R.L., cu sediul în, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată prin ..., cu adresa pentru comunicarea actelor de procedură în, a formulat cerere de intervenție în interesul autorității contractante, prin care solicită admiterea, în principiu, a acesteia, respingerea contestației ... S.R.L. ca fiind neîntemeiată în privința tuturor celor 4 motive din contestație, admiterea pe fond a cererii de intervenție, precum și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

I. În ceea ce privește admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție, se arată că, având în vedere că oferta sa a fost declarată câștigătoare prin

raportul procedurii nr. 22565/27.04.2021 contestat de către ... S.R.L., sunt îndeplinite toate condițiile interesului prevăzut de art. 61 alin. (1) C.pr.civ.

Astfel, interesul intervenientului este născut, actual legitim și personal pentru soluționarea contestației formulate de către ... S.R.L., în sensul respingerii acesteia și menținerea actelor autorității contractante. Având în vedere practica unitară și deja conturată în materie, intervenientul nu detaliază argumentele pentru admisibilitatea în principiu a cererii sale, în condițiile în care este evident că prin aceasta urmărește conservarea dreptului de câștigător al procedurii de achiziție publică.

Având în vedere îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3) C.pr.civ., se impune admiterea în principiu a cererii de intervenție.

II. Toate cele 4 categorii de motive invocate în contestație împotriva raportului procedurii nr. 22565/27.04.2021, în privința admisibilității, legalității ofertei intervenientului și a conformității acesteia cu condițiile caietului de sarcini sunt neîntemeiate.

1. În ceea ce privește primul motiv de contestație, respectiv că ... S.R.L. s-ar afla în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, această critică este neîntemeiată, mai mult, această problemă juridică în privința sa, raportat la aceeași abatere și chiar în contradictoriu cu ... S.R.L., se bucură de puterea lucrului judecat din prisma Deciziei nr. 102/R/09.06.2020 a Curții de Apel Târgu Mureș.

1.1. Această problemă a abaterii intervenientului, derivând din Documentul constatare nr. 12941/11.06.2019 emis de Județul ..., a fost cenzurată într-un alt dosar similar, chiar în contradictoriu cu ... S.R.L. și s-a constatat inexistența obligației autorității contractante de a-l exclude din procedură, soluția fiind pronunțată în favoarea intervenientului.

A susține contrariul celor stabilite deja de Curtea de Apel Târgu Mureș prin Decizia nr. 210/R/09.06.2020 (anexată), în privința aceleiași abateri este neîntemeiată, mai mult, denotă lipsă de respect a justiției, în condițiile în care și această cauză a fost derulată în contradictoriu cu ... S.R.L. și exact în privința aceleiași abateri săvârșite de intervenient.

În acest context juridic, această problemă se bucură de putere de lucru judecat din prisma prevederilor art. 431 alin. (2) C.pr.civ., în sensul că această împrejurare nu constituie cauză obligatorie de excludere, așa cum o invocă contestatorul.

De asemenea, există și o soluție a CNSC-ului, tot în privința acestei abateri săvârșită de intervenient, prin care s-a accentuat posibilitatea ofertantului de a dovedi, în ciuda abaterii săvârșite a credibilității, Decizia nr. 605/C2/508/13.04.2020 (anexată).

Art. 171 din Legea nr. 98/2016 prevede, în mod expres, doar posibilitatea autorității contractante de a exclude ofertantul care a săvârșit vreuna dintre abaterile prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016 și nicidecum obligația.

Curtea de Apel Târgu Mureș, în consens cu prevederile evidente ale art. 171 din Legea nr. 98/2016 a constatat, prin Decizia nr. 210/R/09.06.2020 (pag. 18, paragraf 4): „Curtea subliniază că încălcarea gravă a obligațiilor contractuale, constatată de instanța de recurs prin Decizia nr. 38/R/22.01.2020 se referă strict la cauza dedusă judecării - la documentul

constatator atacat și la justificarea rezilierii contractului - și nu la comportamentul petenții ca operator economic participant la proceduri de achiziție”.

Existența unei abateri în sine nu determină în mod automat excluderea intervenientului, credibilitatea sa raportându-se la măsurile luate pentru remedierea și prevenirea repetării abaterii, măsuri care au fost indicate în DUAЕ și activitatea și comportamentul său profesional general.

... S.R.L. menționează că dispune de cel puțin 15 buc. de documente constatatoare emise de autoritatea contractantă Municipiul ..., din care rezultă că aceasta își desfășoară activitatea cu profesionalism, iar Documentul constatator nr. 12941/11.06.2019, emis de Județul ..., constituie doar o excepție de la regulă, care nu este în măsură să determine dubii asupra credibilității sale și se enumeră respectivele documente constatatoare.

Având această experiență vastă inclusiv la autoritatea contractantă, Municipiul ..., aceasta avea dreptul să aprecieze dacă, în pofida existenței abaterii, dezvăluită în DUAЕ, să accepte oferta intervenientului ca admisibilă din această perspectivă.

La pct. 3.2.1. din raportul procedurii nr. 22565/27.04.2021, rezultă că procesul de verificare a calificării ofertanților a fost detaliat în procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care-l însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 7533/10.02.2021.

Astfel, în plină armonie cu prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă s-a conformat dispozițiilor legale, deoarece are acest drept de apreciere conferit de art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care este citat.

Având în vedere starea de drept și cea faptică din cauză, acceptarea ofertei intervenientului ca fiind admisibilă - în ciuda existenței acelei abateri - este perfect legală și dată în spiritul principiului proporționalității, prevăzut de art. 2 lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Abaterea ce derivă din Documentul constatator nr. 12941/11.06.2019, nu anihilează credibilitatea ... S.R.L., aceasta neavând niciodată probleme legate de execuție din punct de vedere calitativ, cantitativ sau la timp - și dispune de toate calitățile necesare desfășurării în condiții optime a lucrărilor oferate.

Practica CJUE, atât pe dispozițiile vechii Directive (2004/18/CE), dar și pe cele actuale, este unitară, în sensul că încălcarea vădită a principiului proporționalității subzistă în cazul excluderii automate din procedură și se exemplifică cauza C-171/15, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Hoge Raad der Nederlanden (Curtea Supremă a Țărilor de Jos), decizia din 27 martie 2015, primită de Curte la 15 aprilie 2015, în procedura Connexxion Taxi Services BV împotriva Staat der Nederlanden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV, din care se citează.

Excluderea intervenientului, ca cea mai drastică sancțiune în cadrul unei asemenea proceduri, ar determina un dezechilibru esențial, o disproporție

vădită între drepturile și valorile protejate de lege în privința participanților la procedură.

1.2. În subsidiar, în cazul în care se va constata că din procesul-verbal nr. 7533/10.02.2021, nu rezultă o procedură de clarificare și evaluare raportat la abaterea intervenientului și atunci, soluția legală ar fi obligarea autorității contractante de a efectua procedura de clarificare în sensul art. 45 alin. (2) lit. d) din Directiva nr. 2004/18, dar nicidecum excluderea acestuia.

Nu există nicio excepție de la regula prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016, această posibilitate acordată operatorilor economici subzistă pentru orice abatere și chiar și pentru fapte penale, indiferent dacă noua procedură este parcursă de aceeași autoritate contractantă la care a fost constatată abaterea anterioară. CNSC creează o excepție de la obligația de a solicita clarificare, excepție care nu are corespondent cu legea specială și este contrară inclusiv cu principiului elementar de drept *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Nu există această posibilitate a operatorului economic, doar în cazul în care acestuia i s-a interzis prin hotărâre judecătorească, civilă sau penală, participarea la proceduri de achiziții publice, în rest excluderile prevăzută de art. 167 sunt facultative. Acesta rezultă în mod ușor inteligibil din prevederile art. 57 alin.(6) par.4 din Directiva nr. 24/2014, care este citat.

De asemenea, există și o soluție a CNSC-ului, tot în privința acestei abateri săvârșită de intervenient, prin care s-a accentuat posibilitatea ofertantului de a dovedi, în ciuda abaterii săvârșite a credibilității (Decizia nr. 605/C2/508/13.04.2020), tot cu privire la ... S.R.L., cu privire la autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator negativ, Județul ... și privind același Document constatator negativ nr. 1294./11.06.2019, prin care s-a dispus anularea raportului procedurii prin care a fost exclusă societatea ... S.R.L., în asociere cu o altă societate și a fost obligată autoritatea contractantă, Județul ..., de a solicita clarificări în sensul art. 171 din Legea nr. 98/2016.

În continuare, intervenientul arată că, prin aceeași decizie, CNSC a constatat că: *„Din pledoaria autorității contractante, Consiliul apreciază că aceasta are o înțelegere greșită asupra rolului clarificării instituită de art. 171 din lege, întrucât dovezile și măsurile la care se referă legiuitorul nu sunt cele referitoare la abatere, ci la demonstrarea credibilității ofertantului în pofida motivului de excludere.”*

Astfel, în urma deciziei CNSC, în cadrul clarificării, a fost admisă oferta ... S.R.L., chiar de către autoritatea contractantă emitentă a documentului constatator al abaterii.

Procedura de clarificare și posibilitatea operatorului economic de a dovedi credibilitatea sa, conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, este în deplin sincron și cu Deciziile CJUE în materie, cu deciziile anterioare ale CNSC și inclusiv cu hotărârile judecătorești ale instanțelor române în privința interpretării acestor prevederi legale și, cu titlu exemplificativ se invocă Decizia CJUE din 03.10.2010 în cauza C-267/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Curtea de Apel București (România), în procedura Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere S.A.

Având în vedere că motivul de excludere din cauza prezentă se încadrează în prevederile art. 57 alin. (4) lit. g) din Directiva 2014/24, pentru rațiuni similare, argumentele și dispozițiile CJUE sunt adecvate speței în cauză și se face mențiunea că această decizie este prima la care face trimitere CNSC-ul pe portalul său privind practica CJUE, a se vedea linkul <http://www.cns.ro/cjue/>.

De asemenea, se evocă Hotărârea CJUE din 30.01.2020 , în cauza C-395/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunalul Administrativ Regional din Lazio, Italia), în procedura Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze, deciziile CNSC nr. 2897/C4/3233/03.11.2017, nr. 404/C11/282/15.03.2019 și cele publicate în BO2017_2701, BO2017_2727, BO2017_3566 și BO2017_5576, precum și Decizia Curții de Apel București nr. 2625/06.12.2019, din care se citează.

În continuare, ... S.R.L. menționează că a luat măsuri concrete de prevenire a abaterii, conform art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, dovezi care sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea.

Chiar și preambulul Directivei nr. 2014/24 la pct. (102) prevede ca operatorii economici să aibă posibilitatea „remedierii consecințelor abaterilor și prevenirea în mod eficient a repetării acestora în cazul în care aceste măsuri oferă garanții suficiente, operatorul economic în cauză nu ar mai trebui să fie exclus doar din aceste motive”. În acest sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Târgu Mureș prin decizia nr. 210/R/09.06.2020.

Chiar dacă există această abatere din trecut a intervenientului, dezvăluită de acesta în DUAE, fiind indicate inclusiv măsurile luate în vederea excluderii posibilității de repetare a abaterii și raportat la obiectul procedurii de achiziție în curs, repetarea abaterii este exclusă.

Detalierea în contestație a argumentelor și soluțiilor instanței în Dosarul având ca obiect anularea documentului constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Județul ... sunt irelevante în prezenta cauză, nici autoritatea contractantă și nici CNSC-ul nu are atribuția de a analiza și supracenzura detaliile în privința abaterii săvârșite.

Astfel, intervenientul arată că primul motiv al contestației este neîntemeiat, inclusiv din prisma excepției puterii de lucru judecat.

2. În privința motivului neconformității ofertei intervenientului din perspectiva prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, deoarece nu are capacitatea de a efectua anumite lucrări, părți din obiectul contractului și cooptarea terțului susținător nu îndeplinește condițiile legale, și această susținere este nelegală și neîntemeiată.

Această critică a contestatorului, dincolo de aspectele detaliate, se rezumă la clarificarea următoarele aspect juridice și cele de fapt:

2.1. Dacă angajamentul ferm al terțului susținător al intervenientului este suficient pentru a demonstra capacitatea tehnică și profesională a ofertei sau era nevoie de declararea terțului ca și subcontractant, așa cum susține contestatorul?

2.2. Dacă autoritatea contractantă a făcut demersuri suficiente în privința verificării și clarificării capacității tehnice și profesionale ale ofertei intervenientului?

2.1. Cu privire la primul aspect, susținerea contestatorului că: *„în condițiile în care un ofertant recurge la experiența similară a unui terț susținător care deține experiența similară a lucrărilor care face obiectul contractului, precum și autorizația necesară execuției lucrărilor, acel operator economic terț susținător ar fi trebuit să fie declarat subcontractant sau cooptat ca asociat”*, este fundamental greșită, fiind vădit contrare cu dispozițiile speciale aferente acestei posibilități legale.

Așa cum rezultă în mod expres din dispozițiile art. 181 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, pentru a dovedi îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și/ profesională prin susținerea unui terț, nu este nevoie de nicio formalitate de natura celor indicate de contestator.

Singura condiție legală în această privință îl constituie un angajament ferm, conform art. 182 alin. (3) din Legea nr.98/2016, act juridic care s-a materializat în Angajamentul ferm din data de 28.01.2021 al ... S.R.L., care face parte integrantă din oferta intervenientului și care este citat.

Conform pct. E din Instrucțiunile pentru candidați nr. 150548/22.10.2020 aferente procedurii, autoritatea contractantă a solicitat doar un angajament ferm, condiție îndeplinită în cauză.

CJUE, în cauza elocventă în materie, C-324/14 a stabilit liniile directoare în care a fost concepută rolul și conturul juridic al terțului susținător (denumită altă entitate în reglementările europene), din care se citează.

Astfel, confuzia pe care o face contestatorul în privința celor 2 entități distincte în materia achizițiilor, cea a subcontractantului și a terțului susținător, este fundamental greșită.

Este adevărat că autoritatea contractantă, în caz bine justificat, avea dreptul de a solicita alte formalități în privința raportului juridic între operatorul economic și terțul susținător, însă din moment ce nu exista nicio restricție sau condiționare în acest sens, felul în care intervenientul arată că a apelat și a dovedit capacitatea tehnică și profesională cu terțul susținător, îndeplinește atât condițiile legale, cât și cele privind condițiile procedurii.

Invocarea de către contestator a prevederilor art. 48 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, precum și secțiunea IV.4.3. din fișa de date a achiziției, aferente dovezii raportului obligațional al terțului susținător, este neîntemeiată, în condițiile în care nici dispozițiile legale și nici condițiile autorității contractante nu solicitau alte dovezi în privința terțului susținător decât cele furnizate.

De asemenea, invocarea „practicii CNSC” în această privință, fără nicio trimitere concretă la decizie a acesteia, este străină speței, în condițiile în care autoritatea contractantă, în cadrul acestei proceduri nu a prevăzut nicio condiție suplimentară în afara angajamentului ferm.

Susținerea de către contestator că atât intervenientul, cât și autoritatea contractantă au înțeles greșit *„modul în care ar urma să intervină terțul susținător în execuția contractului”*, este superfluă, în condițiile în care autoritatea contractantă are această posibilitate și nicidecum obligația de a impune alte condiții suplimentare pe lângă declarația de angajament ferm al terțului susținător și, în acest sens, sunt dispozițiile CJUE în cauza C-324/14 sunt exprese și din care citează.

Articolul 48 alin. (2) și (3) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în sensul că, având în vedere obiectul unui contract determinat, precum și finalitățile acestuia, autoritatea contractantă poate, în împrejurări speciale, în vederea executării corecte a contractului respectiv, să indice în mod expres, în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, reguli precise în conformitate cu care un operator economic poate menționa capacitățile altor entități, cu condiția ca aceste reguli să fie legate de obiectul și de finalitățile acelui contract și proporționale cu acestea.

Din aceste orientări rezultă în mod expres posibilitatea autorității contractante și nu obligația acesteia (ca de altfel la excluderea de la pct. 1) de a impune condiții suplimentare, care nu se regăsesc în anunțul de participare, act juridic neatacat de contestator.

Având în vedere efectele obligatorii ale dispozițiilor de interpretare ale CJUE, în conformitate cu prevederile art. 267 TFUE, care deslușește voința legiuitorului european, orice altă interpretare contrară acesteia, cum este cea a contestatorului, este neîntemeiată.

2.2. În privința demersurilor autorității contractante pentru verificarea capacității profesionale a intervenientului, susținerea contestatorului că nu a solicitat clarificări, este neîntemeiată. Așa cum rezultă din adresa nr. 6629/05.02.2021, MUNICIPIUL ... a solicitat clarificări tocmai în privința subcontractanților, al terțului susținător, informații pe care intervenientul le-a furnizat.

Ulterior, prin adresa nr. 9740/22.02.2021, de asemenea s-a solicitat la pct. 2 și 3, aspecte privind capacitatea profesională, atât în ceea ce privește autorizația AFER, atestatul ANRE, precum și pregătirea profesională a șefului de șantier.

În acest context faptic, aceste aspecte au fost în mod amănunțit verificate și cenzurate de autoritatea contractantă, astfel argumentele contestatorului sunt neîntemeiate.

3. În privința criticii contestatorului privind prețul neobișnuit de scăzut al ofertei intervenientului, acesta arată că nici această critică nu are corespondent cu dispozițiile legale aferente din materie și nici cu condițiile caietului de sarcini.

3.1. Legiuitorul, în noua sa perspectivă, nu a mai prevăzut un anumit prag, care să fie limita noțiunii de preț neobișnuit de scăzut. Însă, raportat la valoarea estimată a contractului de 27.760.363,57 RON, valoarea ofertei intervenientului reprezintă 93% din acest preț. Susținerea contestatorului că valoarea ofertei ... S.R.L. trebuie să fie raportată la oferta sa, nu este legală, însă chiar dacă se face și aceea comparație, diferența între cele 2 oferte este doar de cca 6%, diferență care nu poate fi interpretată ca „neobișnuit” de scăzută.

În aceste condiții, nici global și nici detaliat la elementele concrete ale propunerii financiare nu se poate susține că prețul ofertat de intervenient este neobișnuit de scăzut. Singurul reper este prevăzut de art. 136 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, respectiv că raportarea se face „la prețurile pieței”. Având în vedere că autoritatea contractantă avea probabil la dispoziție asemenea informații odată ce s-a stabilit valoarea estimată a contractului, în mod legal nu a invocat incidentul juridic invocat de contestator.

Intervenientul susține că nu cunoaște conținutul propunerii financiare a contestatorului, dar deducând din simplul fapt, că sediul ... S.R.L. este exact în locul unde urmează a fi executate lucrările, cheltuielile sale inclusiv cu personalul, cu transportul materialelor etc. sunt evident mai reduse decât cele ale societății contestatoare, care are sediul în București, la 250 km de la locul unde urmează a fi executate lucrările.

În continuare, intervenientul invocă Decizia CNSC pronunțată la contestația înregistrată cu nr. 37832/12.12.2016, din care citează.

Astfel, din moment ce autoritatea contractantă verificând toate elementele și datele ofertei financiare, nu a constatat nicio necorelare a prețurilor indicate cu prețurile cunoscute în urma stabilirii valorii estimate a contractului, susținerea contestatorului în general, fără nicio raportare la elementele ofertei financiare, este neîntemeiată.

3.2. În ceea ce privește argumentele contestatorului privind caracterul neobișnuit de scăzut al ofertei intervenientului datorită faptului că nu a indicat cheltuieli pentru întreținere pe perioada garanției, acesta sunt contrare principiilor elementare care guvernează garanția pentru calitatea lucrărilor de construcții.

Intervenientul menționează că scopul garanției acordată pentru lucrările executate este tocmai ca lucrările să aibă un nivel de calitate care să nu determine cheltuieli pentru beneficiar, în speță autoritatea contractantă, astfel în perioada garanției aceasta să nu aibă nicio astfel de cheltuială.

În concret, executarea lucrărilor calitative este și în interesul său, iar orice altă cheltuială aferentă acestei perioade este pe riscul acestuia, așa cum prevăd în mod expres dispozițiile speciale ale art. 25 lit. k) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, care este citat.

Așa cum rezultă din prevederile pct. IV.4.2. din fișa de date și la pct.9 din caietul de sarcini, inclusiv formularele aferente, acestea nu conțin deloc date în privința prețurilor pentru perioada de garanție nici la listele de cantități.

A solicita și a indica un preț, de la început pentru aceste lucrări elimină tocmai esența garanției și ar determina neconformitatea ofertei financiare cu cerințele din caietul de sarcini.

De asemenea, în ceea ce privește produsele folosite, ofertele de preț pentru principalele materiale ofertate cum ar fi aparate de reazem, confecții metalice, dispozitive de acoperire a rosturilor, parapeti, panouri foto absorbante etc. au fost solicitate în așa fel de la producători încât să ia în calcul la întocmirea ofertei o garanție minimă de 10 ani.

În aceste condiții, având în vedere că toate cheltuielile pentru perioada de garanție trebuie suportate de intervenient, contestația în această privință că trebuia să se indice un preț pentru aceste cheltuieli, este absolut neîntemeiată.

4. În ceea ce privește motivul din contestație că persoana nominalizată pentru funcția de șef șantier nu dispune de cerințele necesare pentru ocuparea acestei funcții, susținerile contestatorului sunt eronate.

Chiar dacă contestatorul face trimitere în mod tendențios la prevederile caietului de sarcini, condițiile privind studiile superioare ale șefului de șantier sunt prevăzute la Criteriile de atribuire de la pct. 4.2.2.3. din caietul de sarcini și nicidecum la criteriile de calificare privind capacitatea, așa cum

prevede art. 29 din H.G. nr.395/2016 și în concret cele prevăzute de pct. III.1.1.b) și III.1.3.a) din fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă, în mod legal, a acceptat condițiile, capacitățile și experiența dovedită a persoanei ..., propus de intervenient pentru funcția de șef de șantier, iar conform criteriilor de atribuire, având în vedere că pentru lipsa cerințelor invocate de către contestator nu a fost punctat și nu a primit niciun punct.

În acest context juridic și faptic, nici acest motiv al contestației nu este întemeiat.

Concluzionând, ... S.R.L. solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... S.R.L. ca fiind neîntemeiată iar, în subsidiar, se impune a fi obligată autoritatea contractantă de a dispune clarificare, raportat la abaterea săvârșită și indicată în DUA.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 02.06.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 28660/03.06.2021, ... S.R.L. transmite Concluzii scrise față de (i) punctul de vedere nr. 26907/2021 emis de autoritatea contractantă și (ii) cererea de intervenție nr. 48/28.05.2021 formulată de ... S.R.L., prin care solicită respingerea cererii de intervenție formulată de ... S.R.L. și admiterea contestației.

I. În ceea ce privește punctul de vedere emis de autoritatea contractantă

1. Incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 în cazul ofertantului ... S.R.L.

În ceea ce privește motivul de excludere incident în cazul ofertei ... S.R.L., prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă susține că a constatat neîndeplinirea condițiilor prevăzute de textul legal menționat și a luat, în mod corect, hotărârea de neexcludere din procedură.

Autoritatea contractantă susține în același timp că a acceptat măsurile de autocorectare luate de ... S.R.L., dar în același timp, afirmă că nu este în măsură să aprecieze dacă depozitul bancar este sau nu măsura potrivită din partea acesteia.

Așadar, nu se poate susține în niciun caz că autoritatea contractantă ar fi analizat în concret așa-zisele dovezi furnizate de ... S.R.L. care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Atât timp cât, conform propriilor sale afirmații, autoritatea contractantă „nu este în măsură să aprecieze” cu privire la tocmai dovezile prezentate în scopul demonstrării credibilității prin raportare la motivul de excludere incident în speță, este evident că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 171 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, pe care contestatorul îl citează.

Contestatorul precizează că nu operatorul economic este cel îndreptățit să evalueze măsurile de autocorectare adoptate sau sustenabilitatea acestora prin raportare la motivul de excludere. Dimpotrivă, în sensul dispozițiilor art. 171 mai sus citate, numai autoritatea contractantă avea dreptul să aprecieze și să evalueze măsurile adoptate de operatorul economic în scopul demonstrării credibilității sale, solicitând dovezi concrete în acest sens.

Conform celor arătate în contestație, în speță, autoritatea contractantă nu a întreprins niciun fel de verificări privind motivul de excludere și nici cu

privire la așa-zisele măsuri de autocorectare menționate de operatorul economic. Aceasta s-a mărginit la a accepta informațiile transmise de ... S.R.L., fără a realiza o minimă evaluare.

2. Neconformitatea ofertei ... S.R.L., întrucât acesta nu poate realiza în mod legal părți din obiectul contractului

În cuprinsul contestației s-a arătat faptul că ... S.R.L. nu deține autorizația AFER pentru lucrări de construcții în zona căii ferate, iar sub acest aspect, nu ar putea executa o parte importantă din contractul de achiziție publică.

Autoritatea contractantă susține însă că subcontractantul ... S.A. deține autorizația AFER, iar acest subcontractant ar urma să execute 9,98% din valoarea contractului. Mai afirmă autoritatea contractantă și faptul că ... S.R.L. nu ar avea autorizația AFER, declarând același subcontractant, cu 6,98% din valoarea ofertată. O astfel de afirmație este însă complet neadevărată și denotă o evaluare a ofertelor extrem de superficial întreprinsă de autoritatea contractantă.

Astfel, contestatorul susține că acesta, cât și ceilalți subcontractanți nominalizați în cadrul ofertei dețin autorizații AFER pentru lucrările de execuție (sau, după caz, serviciile de proiectare) pentru care au fost nominalizați conform obiectului acordurilor de subcontractare, astfel:

(i) Subcontractantul ... S.R.L. urmează să execute:

Servicii de proiectare și asistență tehnică pentru lucrări de linii generate de introducerea / scoaterea în / din circuit a podurilor provizorii G12,

Servicii de proiectare și asistență tehnică pentru execuție pod provizoriu G12 din elemente tipizate pe care circula trenul cu viteza maximă de 30 km/oră,

Servicii de întocmire documentație tehnică de desființare suprastructură existentă pasaj în vederea obținerii Autorizației de Desființare a suprastructurii,

Adaptare PT la cerințele din aviz CTE al CFR, aviz MT pentru obținerea Autorizației de construire CFR.

(ii) Subcontractantul ... S.A. urmează să execute:

Execuție lucrări de linii generate de introducerea/scoaterea în/din circuit a podurilor provizorii G12,

Execuție pod provizoriu G12 din elemente tipizate pe care circulă trenul cu viteza maximă de 30 km/oră,

Construcții - montaj și reparații capitale instalații feroviare SCB, TTR și LC.

(iii) Subcontractantul ... S.R.L. urmează să execute: Servicii de proiectare „Protecția instalațiilor din cale și vecinătate”.

(iv) ...S.R.L. urmează să execute:

Execuție foraje piloți de diametru mare cu utilaj de forat tip BG24II

Execuție ancore autoforante și injectarea acestora cu echipament tip KLEMM KR-806

Efectuare teste pe piloți cu laborator autorizat AFER.

Toți subcontractanții mai sus menționați dețin autorizații AFER care le conferă dreptul de a presta serviciile, respectiv de a executa lucrările menționate în cadrul acordurilor de subcontractare, lucrări și servicii care sunt parte din proiectul tehnic.

Conform Avizului CFR nr. 6/5/1924/03.12.2018 pentru documentația „Reconstruirea și reconfigurarea pasajului peste calea ferată și a nodurilor aferente, mun. ... - linia cf314”, inclus în documentația de atribuire, la pct. 15 se precizează expres: *„Constructorul care va efectua lucrarea va fi autorizat AFER pentru lucrări de construcții în zona căii ferate.”*

În același Aviz CFR se precizează că lucrările se desfășoară în zona de siguranță și în zona de protecție CFR, motiv pentru care, conform legislației în vigoare, executantul lucrării trebuie să dețină Autorizație AFER pentru execuția lucrărilor respective. Prin urmare, lucrările la întreg pasajul constând în forarea piloților la pile și culei, realizarea întregii suprastructurii, se impun a fi executate de un operator economic autorizat AFER.

Din acest motiv, este puțin probabil, chiar imposibil ca ... S.R.L. să realizeze toate aceste lucrări exclusiv prin subcontractantul deținător al autorizației AFER căruia i s-a subcontractat doar 9,98% din valoarea contractului. Lucrările mai sus enumerate reprezintă aprox. 80-90% din valoarea contractului și toate impun condiția deținerii autorizației AFER pe care, în cazul ... S.R.L., o deține doar subcontractantul ... S.A.

3. ... S.R.L., a ofertat un preț neobișnuit de scăzut, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini

Deși s-a indicat punctual în cadrul contestației formulate motivele pentru care prețul ofertat de ... S.R.L. este neobișnuit de scăzut, ceea ce ar putea conduce la o executare defectuoasă a contractului, în punctul de vedere emis, autoritatea contractantă se limitează la a afirma doar că oferta nu poate fi considerată preț neobișnuit de scăzut având în vedere că ofertantul declarat câștigător are stație de betoane, de asfalt, utilaje, forță de muncă în localitatea unde se desfășoară investiția.

Totuși, acest argument nu poate fi considerat drept un criteriu determinant pentru a stabili dacă o ofertă prezintă prețuri neobișnuit de scăzute și care nu ar putea fi justificate. În speță, nu au fost contestate prețurile ofertate pentru utilaje, transport, forță de muncă, ci necuprinderea în oferta financiară a costurilor necesar a fi considerate pentru perioada de garanție a lucrărilor.

4. Oferta depusă de ofertantul declarat câștigător este neconformă, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016 întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini

Prin contestație s-a criticat faptul că în cadrul ofertei tehnice, ... S.R.L. a declarat ca șef șantier pe dl. ..., care deține o specializare de maestru, fără a avea studii superioare în domeniul indicat. Persoana propusă pentru șef șantier deține doar o calificare, nefiind îndeplinită cerința minimă din documentație referitoare la studiile superioare.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă susține că ofertantul câștigător a propus pentru poziția de șef șantier un specialist cu experiență similară, care a participat la construirea pasajului a cărui reabilitare este obiectul procedurii, dar a punctat cu 0 puncte criteriul de atribuire întrucât acesta nu are studii superioare în domeniul indicat.

Astfel, în ciuda afirmației autorității contractante, în sensul că condiția din caietul de sarcini referitoare la persoana propusă ca șef de șantier care trebuie să aibă studii superioare în domeniul construcțiilor de poduri, este

doar criteriu de atribuire, contestatorul apreciază că nu poate fi ignorat faptul că aceasta este o cerință din caietul de sarcini, iar o neîndeplinirea a oricărei cerințe din caietul de sarcini conduce la concluzia neconformității ofertei ... S.R.L.

II. În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de ... S.R.L. ca ofertant declarat câștigător

1. Incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 în cazul ofertantului ... S.R.L.

... S.R.L. susține că problema aplicării motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 a fost deja tranșată de Curtea de Apel Târgu Mureș prin Decizia nr. 210/R/09.06.2020 și că ar exista putere de lucru judecat din prisma prevederilor art. 431 alin. (2) C.pr.civ.

În această privință însă, se impune a fi observat că în contestația formulată s-a criticat întocmai lipsa de diligență a autorității contractante în analizarea motivului de excludere și aprecierea cu privire la dovezile aduse în scopul demonstrării credibilității operatorului economic prin raportare la motivul de excludere. În speța care a făcut obiectul Deciziei nr. 210/R/09.06.2020 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș, instanța s-a pronunțat cu privire la obligativitatea autorității contractante de a solicita clarificări ofertantului și de a-i solicita dovezi în susținerea fiabilității și credibilității sale, înainte de aplicarea măsurii de excludere.

Așadar, independent de obligativitatea aplicării motivului de excludere, obligația autorității contractante de a solicita clarificări și de a analiza în concret dovezile aduse în scopul demonstrării credibilității operatorului economic, nu poate fi pusă la îndoială față de prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Faptul că autoritatea contractantă nu a parcurs nicio procedură de clarificare în ceea ce privește incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este recunoscut chiar de către intervenient, care sugerează C.N.S.C. că soluția legală ar fi obligarea autorității contractante de a efectua procedura de clarificare. În această privință însă, ... S.R.L. consideră că o eventuală procedură de clarificare oricum nu ar putea determina o concluzie, în sensul că ... S.R.L. și-a demonstrat credibilitatea prin raportare la motivul de excludere. ... S.R.L. nu ar putea aduce alte dovezi decât cele deja menționate și care, conform susținerilor autorității contractante, oricum nu pot fi apreciate de aceasta.

2. Neconformitatea ofertei ... S.R.L. întrucât acesta nu poate realiza în mod legal părți din obiectul contractului

Intervenientul susține în mod repetat că nu există nicio obligație în sarcina terțului susținător ... S.R.L. de a prezenta documente din care să rezulte modul efectiv în care acesta asigură îndeplinirea angajamentului de susținere. Apărările formulate de ... S.R.L. în sensul că aceasta ar fi o condiție suplimentară, neprevăzută de documentația de atribuire, sunt fundamental eronate.

Contestatorul apreciază că ... S.R.L. ignoră cu desăvârșire că art. 182 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016 impune în mod expres demonstrarea în concret a resurselor care pot fi mobilizate de terțul susținător.

Or, dacă terțul susținător nu a prezentat niciun fel de documente din care să rezulte modul efectiv prin care va asigura îndeplinirea propriului

angajament de susținere, este evidentă încălcarea dispozițiilor legale imperative mai sus citate. Este neîndoiebnică obligația care revine tocmai ofertantului de a prezenta documente transmise de terțul susținător, independent de o mențiune expresă sau nu în documentația de atribuire.

3. Ofertantul declarat câștigător, ... S.R.L., a oferat un preț neobișnuit de scăzut, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini

În spatele argumentului că în perioada de garanție a lucrărilor nu ar deveni necesare cheltuieli suplimentare și că oricum acestea ar fi suportate de executant, ... S.R.L. construiește o teorie care nu poate fi nicicând validată.

Tocmai pentru că prevederile art. 25 lit. k) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții impun ca executantul lucrărilor de construcții să remedieze, pe propria cheltuială, defectele calitative apărute din vina sa, atât în perioada de execuție, cât și în perioada de garanție stabilită potrivit legii, este imperativ ca aceste cheltuieli să fie prevăzute în oferta depusă, mai ales în condițiile în care perioada de garanție este foarte mare, în speță ... S.R.L. prevăzând 10 ani.

Conform celor arătate în contestație, ... S.R.L. trebuia să ia în calcul cheltuieli suplimentare pentru reparația și/sau refacerea și/sau înlocuirea parțial și/sau totală a următoarelor lucrări:

- rosturi de dilatație și aparate de reazem (furnizorii unor astfel de produse nu oferă garanție pentru o asemenea perioadă și durata de viață a acestora este redusă din cauza gradului de uzură ridicat datorat traficului - inclusiv cel de mare tonaj - pasajul fiind parte din DN 13A care face legătură între Odorheiul Secuiesc și ..., unde se conectează cu E 578 (Sărățel - Reghin - Toplița - Gheorgheni - ... - Sfântu Gheorghe - Chichiș);

- reparațiile necesare ale stratului de uzură pe perioada celor 10 ani;

- marcajul termoplastic prevăzut în proiect (pag. 37 din Proiectul Tehnic) are în general o garanție de 2 ani dată de producătorul vopselei, motiv pentru care, în perioada de garanție, acesta trebuie refăcut ori de câte ori se constată că nu mai îndeplinește cerințele (fiind un element de siguranța circulației).

Din cuprinsul cererii de intervenție rezultă cu claritate că ... S.R.L. nu a cuprins în oferta sa niciun fel de cheltuieli pentru perioada de garanție, o astfel de situație fiind în mod clar contrară principiilor și scopului procedurilor de atribuire. Chiar dacă, cel puțin teoretic, s-a putea lua în considerare că remedierile într-o perioadă de garanție redusă sunt minime, nu poate fi admis că timp de 10 ani nu ar exista remedieri și din acest motiv nu ar trebui bugetate costuri corespunzătoare.

Mai mult decât atât, dacă, conform susținerii ... S.R.L., produsele din ofertă sunt garantate pentru aceeași perioadă de timp - garanție minimă de 10 ani, acest aspect nu poate fi asumat doar declarativ, autoritatea contractantă având obligația de a verifica și evalua oferta inclusiv sub acest aspect, ceea ce în speță nu s-a realizat.

Suplimentar celor de mai sus, în urma studierii dosarului achiziției publice, ... S.R.L. arată că a constatat:

4. Oferta depusă de ofertantul declarat câștigător este neconformă, raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016 întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini

Referitor la cerința asigurării unui șef de șantier cu studii superioare în domeniul construcțiilor de poduri, în mod eronat afirmă ... S.R.L. că condiția privind studiile superioare este prevăzută la criteriile de atribuire și nicidecum la criteriile de calificare.

În cadrul criteriilor de atribuire se puncta numai experiența similară, dar cerința în sine ca persoana propusă ca șef de șantier, implicat în execuția contractului, să aibă studii superioare, este o cerință distinctă neîndeplinită și care ar fi trebuit să fie „sanționată” de autoritatea contractantă.

Pentru toate motivele mai sus arătate și cele detaliate pe larg în cuprinsul contestației, ... S.R.L. solicită C.N.S.C. respingerea cererii de intervenție formulată de ... S.R.L., admiterea contestației și pronunțarea unei decizii prin care să se dispună:

- anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 22576/27.04.2021 emisă de autoritatea contractantă, prin care oferta depusă de ... S.R.L. a fost declarată necâștigătoare, întrucât s-a clasat pe locul 2, cu un punctaj de 88,93 puncte;

- anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire emisă de autoritatea contractantă, prin care oferta depusă de ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, cu un punctaj de 95,50 puncte;

- anularea raportului procedurii nr. 22565/27.04.2021 emis de autoritatea contractantă și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, în ceea ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de ... S.R.L.;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei declarate câștigătoare, depusă de ... S.R.L., cu consecința stabilirii caracterului neconform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Execuție lucrări «Reconstruirea și reconfigurarea pasajului peste calea ferată și a nodurilor aferente (pe DN13A, km 129+201)»”, cod CPV 45000000-7 – Lucrări de construcții (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 27.760.363,57 lei, fără TVA.

Prin procesul-verbal nr. 5582/01.02.2021 privind vizualizarea ofertelor depuse în SEAP și evaluarea garanțiilor de participare, s-a consemnat faptul că 2 operatori economici au depus oferte, dintre aceștia fiind și ... S.R.L., contestatorul din prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr. 22565/27.04.2021, oferta depusă de către ... S.R.L. a fost declarată câștigătoare, cu suma de 26.031.495,54 lei fără TVA.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost transmisă de către autoritatea contractantă către contestatorul ... S.R.L. prin adresa nr. 22576/27.04.2021.

Consiliul are în vedere că după depunerea contestației de către ... S.R.L., s-a formulat cerere de intervenție de către ... S.R.L., prin care a solicitat admiterea, în principiu, a acesteia, respingerea contestației ... S.R.L. ca fiind neîntemeiată în privința tuturor celor 4 motive din contestație, admiterea pe fond a cererii de intervenție, precum și obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ... S.R.L., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, este evident, ofertantul intervenient urmărind conservarea dreptului de câștigător al procedurii, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția vizează modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Procedând la soluționarea contestației, analizând criticile formulate de către ... S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează, în mod exclusiv, aspecte legate de oferta desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire în cauză, depusă de către ... S.R.L., contestatorul apreciind faptul că, în opinia sa, din analiza documentelor la care a avut acces, consideră că evaluarea realizată de autoritatea contractantă este nelegală, iar oferta depusă de ... S.R.L. ar fi trebuit să fie respinsă ca neconformă, având în vedere motivele de nelegalitate care subzistă în privința ofertei acestui operator economic.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ... S.R.L., Consiliul găsește util să puncteze *Obiectul* supus procedurii de atribuire în cauză, care îl constituie achiziționarea de lucrări de «*Reconstruire a și reconfigurare a pasajului peste calea ferată și a nodurilor aferente (pe DN13A, km 129+201)*».

Procedând la verificarea aspectelor criticate de către ... S.R.L., Consiliul constată că un prim motiv reclamat de acesta vizează faptul că autoritatea contractantă trebuia să excludă din procedură oferta depusă de către ... S.R.L., întrucât acest operator economic se afla în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Argumentele aduse de contestator sunt, în mod succint, legate de faptul că, în DUAЕ depus de ofertantul ... S.R.L., acesta a declarat în cadrul secțiunii privind motivele de excludere din procedură, „*Vinovat de comiterea unei abateri profesionale grave*”, existența Documentului constatator nr. 12941/11.6.2019, emis de Județul ..., „*pentru motivul refuzare semnare contract subsecvent datorită neacceptării ajustării de preț materiale din cadrul Acordului Cadru nr. 23/17899/2017. Conform Sentința Civilă nr. 1552/2019 a Tribunalului ... și Decizia nr. 38/2020/22.01.2020 a Curții de Apel Târgu Mureș, se anulează punctul 9 din Documentul Constatator nr. 12941/11.06.2019 referitor la prejudiciul adus autorității Contractante, în consecință nu sunt prejudicii aduse autorității Contractante.*”

În referire la această mențiune, contestatorul susține că ... S.R.L. declară în DUAЕ că a luat *măsuri de autocorectare* pe care l-a descris, susținând că „... S.R.L. a luat măsuri pentru a exclude posibilitatea repetării unei asemenea situații, prin constituirea unui depozit bancar (...) deschis la banca OTP Bank Romania în cuantum de 200.000 ron, pentru acoperirea cheltuielilor suplimentare generate de majorări de prețuri la contractele încheiate în viitor.”

Legat de această mențiune, contestatorul subliniază faptul că achizitoarea nu a solicitat niciun fel de clarificări privind existența documentului constatator cu conținut negativ dezvăluit de ... S.R.L. prin DUAЕ, ci aceasta a considerat că în speță nu este incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) și (8) din Legea nr. 98/2016, abordare care, în opinia contestatorului, este nepermisă și nelegală, autoritatea contractantă nesocotind cauza obligatorie de excludere a operatorului economic din procedura de atribuire, deși i-a fost adusă la cunoștință prin chiar DUAЕ, și nici nu a solicitat clarificări privind motivul de excludere.

Mai mult, se reține că, raportat la prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, ... S.R.L. arată că, în speță, ... S.R.L. a menționat, conform propriei aprecieri, că ar fi adoptat măsuri de autocorectare în sensul deschiderii unui cont de depozit bancar în care a fost consemnată suma de 200.000 lei, în vederea acoperirii cheltuielilor suplimentare generate de majorări de prețuri la contractele încheiate în viitor.

Cu toate acestea, contestatorul apreciază că, nu operatorul economic este cel îndreptățit să *evalueze* măsurile de autocorectare adoptate sau sustenabilitatea acestora prin raportare la motivul de excludere, ci, prin raportare la dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, numai autoritatea contractantă avea dreptul să aprecieze și să *evalueze* măsurile adoptate de operatorul economic în scopul demonstrării credibilității sale, solicitând dovezi concrete în acest sens, ... acceptând informațiile transmise de ... S.R.L., fără a realiza o minimă evaluare solicitând eventuale clarificări.

Pe de altă parte, în soluționare, Consiliul are în vedere opinia exprimată de achizitoare prin punctul de vedere nr. 26907/21.05.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 26502/21.05.2021, în ceea ce privește susținerile contestatorului cum că ... S.R.L. s-ar afla în situația de excludere din procedură, ținând cont de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aceasta susținând că, potrivit art. 166 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016, s-au analizat aceste condiții și s-a luat, în mod corect, hotărârea de neexcludere a ... S.R.L., aceasta neaflându-se în această situație.

Totodată, achizitoarea subliniază faptul că, de vreme ce ... S.R.L. a luat măsuri de autocorectare, *le-a acceptat*, luând în considerare faptul că nu s-a cauzat un prejudiciu ori nu a fost evaluat, în mod cert, acest prejudiciu.

Astfel, întrucât nu există prejudiciu sau nu a fost evaluat concret cuantumul acestuia, autoritatea contractantă arată că nu este în măsură să aprecieze dacă depozitul bancar în sumă de 200.000,00 lei este sau nu o măsură potrivită din partea acestuia.

Totodată, se are în vedere și opinia intervenientului ... S.R.L., exprimată prin adresa nr. 48/28.05.2021, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 27890/26.04.2020, ... S.R.L., respectiv prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante formulată, conform căreia această problemă

juridică în privința sa, raportat la aceeași abatere și chiar în contradictoriu cu ... S.R.L., se bucură de puterea lucrului judecat din prisma Deciziei nr. 102/R/09.06.2020 a Curții de Apel Târgu Mureș.

Astfel, intervenientul arată că, problema abaterii societății sale, derivând din *Documentul constatator nr. 12941/11.06.2019* emis de Județul ..., a fost cenzurată într-un alt dosar similar, chiar în contradictoriu cu ... S.R.L. și s-a constatat inexistența obligației autorității contractante de a-l exclude din procedură, soluția fiind pronunțată în favoarea sa, susține intervenientul, în sensul că această împrejurare nu constituie cauză obligatorie de excludere, așa cum o invocă contestatorul.

Chiar dacă există această abatere din trecut a intervenientului, dezvăluită de acesta în DUAЕ, fiind indicate inclusiv măsurile luate în vederea excluderii posibilității de repetare a abaterii și raportat la obiectul procedurii de achiziție în curs, repetarea abaterii este exclusă.

Detalierea în contestație a argumentelor și soluțiilor instanței în Dosarul având ca obiect anularea documentului constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Județul ... sunt irelevante în prezenta cauză, nici autoritatea contractantă și nici CNSC-ul nu are atribuția de a analiza și supracenzura detaliile în privința abaterii săvârșite.

Raportat la critica adusă, ținând seama de susținerile părților, de prevederile legale incidente și de documentele de la dosarul cauzei, Consiliul constată temeinicia susținerilor contestatorului în ceea ce privește lipsa vreunei minime verificări din partea autorității contractante care, de altfel, în punctul de vedere nr. 26907/21.05.2021, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 26502/21.05.2021, susține că „*nu este în măsură să aprecieze dacă depozitul bancar în sumă de 200.000,00 lei este sau nu o măsură potrivită din partea acestuia*”.

Or, contrar susținerilor acestora, în conformitate cu prevederile legale incidente în materia achizițiilor publice (art. 171 alin. 3¹ din Legea nr. 98/2016) și principiului asumării răspunderii consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, singura în măsură să aprecieze și **să stabilească** dacă măsuri de autocorectare luate de ofertantul ... S.R.L. pot fi acceptate este chiar achizitoarea.

În atare condiții, verificând documentele aflate la dosarul achiziției publice, Consiliul constată că ... nu a efectuat nicio minimă verificare în ceea ce privește măsuri de autocorectare luate de ofertantul ... S.R.L., aspect ce nu poate fi trecut cu vederea de către Consiliu, în condițiile în care achizitoarei îi revine această obligație.

Contrar susținerilor intervenientului ... S.R.L. care arată că această abatere din trecut a societății sale a fost dezvăluită în DUAЕ, fiind indicate *inclusiv* măsurile luate în vederea excluderii posibilității de repetare a abaterii și raportat la obiectul procedurii de achiziție în curs, Consiliul are în vedere faptul că analiza măsurilor de autocorectare propuse de către ofertantul intervenient nu au fost verificate și acceptate de către achizitoare.

Așadar, se are în vedere faptul că documentul constatator cu conținut negativ nr. 12941/11.06.2019, emis de autoritatea contractantă ..., a fost atacat la Tribunalul ... de către ... SRL, iar prin sentința civilă nr. 1552/04.11.2019, instanța de judecată a admis în parte acțiunea reclamantei, în sensul anulării **doar** a punctului 9 din documentul constatator

nr. 12941 din 11.06.2019, referitor la prejudiciul adus autorității contractante, celelalte petite respingându-le ca neîntemeiate.

De asemenea, este de subliniat și faptul că instanța de control, Curtea de Apel Târgu-Mureș, a menținut decizia emisă pe fond, pronunțând, în acest sens, Decizia nr. 38R din 22.01.2020.

Deși aceste aspecte sunt semnalate de părțile implicate în cauză, Consiliul constată temeinicia susținerilor ... S.R.L. în ceea ce privește lipsa vreunei minime verificări din partea autorității contractante sub acest aspect.

Astfel, în soluționare, se rețin, ca fiind pertinente, susținerile contestatorului conform cărora autoritatea contractantă ar fi trebuit să aibă în vedere faptul că Documentul constatator nr. 12941/11.06.2019 emis de Consiliul Județean ... a rămas valabil emis, cu excepția punctului 9, referitor la prejudiciul constatat de beneficiar.

Or, raportat la prevederile art. 144 și art. 166 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, independent de lipsa unui prejudiciu adus autorității contractante/beneficiarului în cadrul acordului-cadru nr. 23/17899/02.08.2017 încheiat între ... S.R.L. și Jud. ..., aceasta trebuia să stabilească dacă măsurile de autocorectare propuse de ofertant pot fi sau nu acceptate și să motiveze/justifice o astfel de decizie, iar nu să accepte orice măsură propusă de ... S.R.L., fără vreo evaluare/analiză și fără o decizie a achizitoarei sub acest aspect.

Astfel, în analiza la care era obligată să o efectueze, achizitoarea trebuia să stabilească justificat dacă și de ce acceptă sau nu măsurile de autocorectare propuse de către ... S.R.L., raportat la motivul pentru care a fost emis documentul constatator nr. 12941/11.06.2019, motiv ce a constat în rezilierea unui acord-cadru pentru refuzul nejustificat de a semna un contract subsecvent, sub motivația că nu este permisă ajustarea prețurilor la materiale.

Așadar, Consiliul nu poate accepta susținerea achizitoarei exprimată în cadrul punctului de vedere conform căreia „*nu este în măsură să aprecieze dacă depozitul bancar în sumă de 200.000,00 lei este sau nu o măsură potrivită din partea acestuia*”, în condițiile în care, pe de-o parte, se constată că aceasta nu a efectuat nicio minimă verificare, conform celor constatate anterior iar, pe de altă parte, în condițiile în care, conform legislației în materia achizițiilor publice, aceasta era singura în măsură să stabilească legalitatea și temeinicia măsurilor propuse de ofertant.

Asupra aprecierilor contestatorului legate de măsurile luate de ofertantul intervenient, respectiv „*deschiderea unui cont de depozit bancar*”, Consiliul nu se poate pronunța atâta timp cât nu există nicio verificare/analiză din partea achizitoarei în acest sens, relevante fiind chiar și susținerile intervenientului conform cărora „*Nu există nicio excepție de la regula prevăzută de art. 171 din Legea nr. 98/2016, această posibilitate acordată operatorilor economici (n.C.: de a clarifica) subzistă pentru orice abatere și chiar și pentru fapte penale, indiferent dacă noua procedură este parcursă de aceeași autoritate contractantă la care a fost constatată abaterea anterioară.*”

De altfel, se constată că, într-o speță similară, ce a vizat același document constatator nr. 12941/11.6.2019, emis de Județul ... în referire la ... S.R.L., Consiliul a statuat următoarele aspecte relevante și în prezenta cauză, și anume:

„Analizând actele normative incidente, Consiliul reține că, sub imperiul legii valabile la momentul prezentei proceduri sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 ce stabilesc:

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

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

De asemenea, dispozițiile art. 171 din același act normativ prevăd măsuri de atenuare a acestei sancțiuni, după cum urmează:

(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) **Dovezile** pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

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

(32) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (31) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.”

În contextul dispozițiilor legale citate mai sus, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sanțiuni comparabile.

Însă, aceste condiții cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(32) în sensul **furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității** și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii, iar în situația considerării lor ca insuficiente este transmisă operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere.

Cădea în sarcina autorității contractante, verificarea aspectelor anterior subliniate. Or, din niciun document regăsit în dosarul achiziției nu reiese o minimă analiză în sensul arătat anterior, autoritatea contractantă mărginindu-se, astfel cum rezultă din procesul-verbal de evaluare nr. 335/13.03.2020, să ia act de o informare transmisă de o direcție din cadrul consiliului județean cum că instanța de recurs, Curtea de Apel Târgu-Mureș, a respins recursul formulat de ... SRL împotriva sentinței civile pronunțată de Tribunalul ... și, bazându-se pe mențiunea din decizia instanței de recurs [neexecutarea obligației ce derivă din încheierea unui acord-cadru, respectiv cea de a semna contractul de achiziție subsecvent are semnificația prevăzută de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. (g) din Legea nr. 98/2019, respectiv de încălcare gravă a obligațiilor contractuale] a decis excluderea ofertantului.

Or, această conduită nu poate convinge asupra faptului că achizitoarea a înțeles că operațiunea de verificare (evaluare) a ofertelor nu este una abstractă. În lipsa unor verificări dictate expres de art. 171, antecitat, activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjuncturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să respingă sau să declare admisibilitatea unei oferte, chiar dacă ea nu este pe deplin justificată.

Cele mai sus reținute sunt susținute și de jurisprudența recentă a CJUE, care în decizia sa din 03 octombrie 2019, pronunțată în cauza C-267/18, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul art. 267 TFUE de Curtea de Apel București (Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA) a dispus:

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.

În aceste condiții, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 trebuie interpretat în sensul că subcontractarea de către un operator economic a unei părți din lucrări în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, decisă fără consimțământul autorității contractante și care a condus la rezilierea acestui contract, constituie o deficiență semnificativă sau persistentă la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente contractului de achiziții publice menționat, în sensul dispoziției respective, și este, așadar, de natură să justifice excluderea acestui operator economic de la participarea la o procedură de achiziție publică ulterioară dacă, după ce a procedat la propria evaluare a integrității și a fiabilității operatorului economic vizat de rezilierea contractului de achiziții publice anterior, autoritatea contractantă care organizează această procedură de achiziție publică ulterioară apreciază că o astfel

de subcontractare determină ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză. Înainte de a pronunța o astfel de excludere, autoritatea contractantă trebuie însă, în conformitate cu articolul 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea acestui operator economic să prezinte măsurile corective pe care le a adoptat ca urmare a rezilierii contractului de achiziții publice anterior.

Din pledoaria autorității contractante, Consiliul apreciază că aceasta are o înțelegere greșită asupra rolului clarificării instituită de art. 171 din lege, întrucât dovezile și măsurile la care se referă legiuitorul nu sunt cele referitoare la abatere ci la demonstrarea credibilității ofertantului în pofida motivului de excludere.

În contextul mai sus enunțat, se impune reverificarea condițiilor de admisibilitate a ofertei ... SRL, prin prisma situațiilor de excepție referitoare la excluderea operatorului, respectiv incidența art. 171 din HG nr. 395/2016.

Concluzionând, Consiliul va admite, în parte, contestația ... SRL, va anula raportul procedurii nr. 6037/18.03.2020, și va obliga autoritatea contractantă la reclarificarea și reevaluarea ofertei contestatoarei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced.”

În considerarea celor de mai sus, Consiliul constată modul defectuos de evaluare a ofertei depusă de către ... S.R.L. în referire la măsurile de autocorectare propuse de ofertantul în discuție, achizitoarea urmând a fi obligată să stabilească dacă pot fi sau nu acceptate aceste măsuri propuse de către ... S.R.L. și să motiveze/justifice o astfel de decizie.

În contextul descris mai sus, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite critica formulată de către ... S.R.L. din prezenta contestație.

În ceea ce privește cea de-a doua critică adusă de contestator în referire la *autorizațiile AFER (Acorduri Tehnice Feroviare)* prezentate de ofertantul ... S.R.L., Consiliul constată netemeinicia acesteia, motiv pentru care o va respinge, ca nefondată.

În stabilirea acestei finalități, raportat la *obiectul* achiziției care include și efectuarea lucrărilor la calea ferată, pentru care este necesară existența autorizațiilor AFER de către ofertanți, Consiliul are în vedere mențiunile din documentația de atribuire, și anume cele din Avizul CFR nr. 6/5/1924/03.12.2018, conform cărora: „În concluzie, lucrările se vor desfășura față de axul liniei ferate 316 Brașov-Deda- Războieni, astfel:

- Parțial în zona cadastrală CFR;
- Parțial în zona de siguranță a CFR (a cărei limită este la 20,00 m distanță de axul liniei ferate);
- în zona de protecție CFR (a cărei limită este la 100,00 m distanță de axul liniei ferate)”.

Din cele expuse anterior, precum și din mențiunile din fișa de date a achiziției, se constată că achizitoarea a prevăzut obligativitatea ofertanților de a prezenta *autorizațiile AFER*.

Verificând documentele aflate la dosarul achiziției publice, transmis la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, se constată că ofertantul ... S.R.L. a îndeplinit cerința de calificare, evaluarea efectuată de achizitoare în acest sens fiind legală și urmând a fi menținută de către Consiliu, în condițiile în care se constată că acesta a inclus, în oferta sa, *autorizațiile AFER (Acorduri Tehnice Feroviare)* deținute de subcontractantul ... S.A. și de terțul susținător ... S.R.L.

Dizertația contestatorului legată de cele 2 entități distincte în materia achizițiilor, cea a subcontractantului și a terțului susținător, cele legate de „*conturul juridic al terțului susținător (denumită altă entitate în reglementările europene)*”, precum și sublinierea de către contestator a procentului de subcontractare-de 9,89%-din cadrul acordului de subcontractare încheiat de ... S.R.L. cu ... S.A., nu va fi luată în considerare de către Consiliu, în condițiile în care, în speță, este relevant dacă ofertantul ... S.R.L. a îndeplinit sau nu cerința de calificare privind autorizarea AFER și dacă maniera în care a procedat acesta, vizavi de îndeplinirea cerinței, se încadrează în prevederile legale incidente în materia achizițiilor publice.

Or, raportat la dispozițiile art. 182 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, pentru a dovedi îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și/profesională prin susținerea unui terț, nu este nevoie de nicio formalitate de natura celor indicate de contestator, ci prezentarea unui angajament ferm, conform art. 182 alin. (3) din Legea nr.98/2016, act ce se regăsește la dosarul achiziției publice, respectiv Angajamentul ferm din data de 28.01.2021 al ... S.R.L., fiind respectate, totodată, și prevederile din documentație, respectiv pct. E din *Instrucțiunile pentru candidați* nr. 150548/22.10.2020 aferente procedurii, unde autoritatea contractantă a solicitat doar un angajament ferm, condiție îndeplinită în cauză.

În acest sens, sunt pertinente susținerile intervenientului ... S.R.L. conform cărora „*Invocarea de către contestator a prevederilor art. 48 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, precum și secțiunea IV.4.3. din fișa de date a achiziției, aferente dovezii raportului obligațional al terțului susținător, este neîntemeiată, în condițiile în care nici dispozițiile legale și nici condițiile autorității contractante nu solicitau alte dovezi în privința terțului susținător decât cele furnizate.*”

Așadar, în condițiile în care, pentru lucrările de construcții în zona căii ferate, ofertantul ... S.R.L. a optat, conform legii, la nominalizarea unui subcontractant (*nefiind impus, prin lege, vreun procent minim de implicare în derularea contractului*), incluzând în oferta sa, autorizațiile AFER (Acorduri Tehnice Feroviare) deținute de subcontractantul ... S.A., Consiliul constată că modalitatea aleasă este una legală, motiv pentru care menține evaluarea efectuată de autoritatea contractantă sub acest aspect, reținând în soluționare și susținerile acesteia conform cărora „*ofertantul câștigător a prezentat ca subcontractant o firmă care are autorizație AFER, și anume ... S.A., subcontractant declarat cu 9,98% din valoarea contractului, astfel ofertantul declarat câștigător satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.*

De altfel, nici ... S.R.L. nu are autorizația respectivă, declarând același subcontractant, cu 6,98% din valoarea ofertată.”

În concluzie, pentru considerentele anterioare, Consiliul respinge critica formulată de ... S.R.L., ca nefondată/

Aceleași concluzii de respingere, ca nefondată, a criticii formulată de contestator are în vedere Consiliu și în referire la aspectul legat de prețul aparent neobișnuit de scăzut propus de către ... S.R.L., în condițiile în care, pe de-o parte, se are în vedere faptul că legislația în materia achizițiilor publice nu impune vreun prag care să oblige autoritatea contractantă la efectuarea verificării prețului propus de un ofertant, iar pe de altă parte, în condițiile în care se constată că susținerile contestatorului se bazează pe anumite presupuneri ale acestuia și pe o demonstrație a modalității în care

și-a fundamentat el însuși acest preț, în ceea ce privește termenul de garanție oferat.

Astfel, raportat la prevederea din documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, achizitoarea a stabilit relevanța punctării „*termenului de garanție oferat (3,50%, punctaj maxim factor: 3,50)*”, algoritmului de calcul fiind următorul: *sub 5 ani nu se punctează, iar pentru fiecare an în plus față de 5 ani se acordă 0,5 puncte. Termenul maxim punctat - 12 ani, pentru un termen mai mare sau egal cu 12 ani se alocu 3,50 puncte.*

Consiliul constată că, deși ... S.R.L. subliniază că ofertantul declarat câștigător a oferat un termen de garanție de 10 ani (din cei 12 ani maxim posibili), precum și faptul că valoarea mai scăzută a ofertei declarate câștigătoare (26.031.495,54 lei), prin comparație cu valoarea ofertei sale, (27.748.945,41 lei), este determinată în mod evident de includerea unor costuri „*nereale*” pentru perioada de garanție a lucrărilor de 10 ani oferată de ... S.R.L., acesta nu demonstrează de ce apreciază costurile respective nereale, ci se rezumă să detalieze modalitatea în care societatea sa a înțeles să-și fundamenteze ofertarea unei perioade de garanție mai mici decât cea a ofertantului intervenient.

Or, o astfel de abordare nu poate fi luată în considerare de către Consiliu, o contestație neputându-se baza pe presupuneri ci pe motive/elemente concrete, așadar ... S.R.L. trebuia să prezinte/demonstreze că evaluarea achizitoarei a fost una deficitară în referire la oferta depusă de către ... S.R.L.

Aprecieri de genul „... S.R.L. trebuia să ia în calcul cheltuieli suplimentare pentru reparația și/sau refacerea și/sau înlocuirea parțială și/sau totală a următoarelor lucrări: -rosturi de dilatație și aparate de reazem (furnizorii unor astfel de produse nu oferă garanție pentru o asemenea perioadă și durată de viață a acestora, este redusă din cauza gradului de uzură ridicat datorat traficului - inclusiv cel de mare tonaj - pasajul fiind parte din DN 13A care face legătura între Odorheiul Secuiesc și ..., unde se conectează cu E 578 (Sărățel - Reghin - Toplița - Gheorgheni - ... - Sfântu Gheorghe - Chichiș); -reparațiile necesare ale stratului de uzură pe perioada celor 10 ani; -marcajul termoplastic prevăzut în proiect (pag. 37 din Proiectul Tehnic) are în general o garanție de 2 ani dată de producătorul vopselei, motiv pentru care, în perioada de garanție, acesta trebuie refăcut ori de câte ori se constată că nu mai îndeplinește cerințele (fiind un element de siguranță circulației)”, „*termenul de garanție de 120 de luni oferat de către ... S.R.L. nu este însoțit / justificat și de un preț care să reflecte cheltuielile presupus a fi efectuate în perioada de garanție*” nu pot fi primite de către Consiliu, în condițiile în care acestea sunt simple aprecieri ale contestatorului, elementele/cheltuielile respective menționate nefiind impuse prin documentația de atribuire, asumarea răspunderii de către achizitoare în stabilirea sustenabilității preșului propus de către ... S.R.L., inclusiv pe componenta ce ține de termenul de garanție, încadrându-se în prevederile legale incidente în materia achizițiilor publice,.

Sub acest aspect, sunt relevante și susținerile achizitoarei conform cărora „*oferta câștigătoare reprezintă 93,78% din valoarea estimată a investiției. Având în vedere faptul că ofertantul declarat câștigător are stație de betoane, de asfalt, utilaje, forță de muncă în localitatea unde se desfășoară investiția și nu transportă din alte localități, oferta nu a fost considerată având un preț neobișnuit de scăzut față de oferta de pe locul II, de 99,96%*”, precum și cele ale

intervenientului conform căroră „Legiuitorul, în noua sa perspectivă, nu a mai prevăzut un anumit prag, care să fie limita noțiunii de preț neobișnuit de scăzut. Însă, raportat la valoarea estimată a contractului de 27.760.363,57 RON, valoarea ofertei sale reprezintă 93% din acest preț. Susținerea contestatorului că valoarea ofertei ... S.R.L. trebuie să fie raportată la oferta sa, nu este legală, însă chiar dacă se face și aceea comparație, diferența între cele 2 oferte este doar de cca 6%, diferență care nu poate fi interpretată ca „neobișnuit” de scăzută.

În aceste condiții, nici global și nici detaliat la elementele concrete ale propunerii financiare nu se poate susține că prețul ofertat de ... S.R.L. este neobișnuit de scăzut. Singurul reper este prevăzut de art. 136 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, respectiv că raportarea se face „la prețurile pieței”. Având în vedere că autoritatea contractantă avea probabil la dispoziție asemenea informații odată ce s-a stabilit valoarea estimată a contractului, în mod legal nu a invocat incidentul juridic invocat de contestator.(...) deducând din simplul fapt, că sediul ... S.R.L. este exact în locul unde urmează a fie executate lucrările, cheltuielile sale inclusiv cu personalul, cu transportul materialelor etc. sunt evident mai reduse decât cele ale societății contestatoare, care are sediul în București, la 250 km de la locul unde urmează a fi executate lucrările.”

Concluzionând asupra aspectului analizat, Consiliul determină că nu se impune reverificarea prețului propus de către ... S.R.L. sub aspectul contestat, motiv pentru care respinge critica formulată de către ... S.R.L., ca nefondată.

O ultimă critică vizează neconformitatea ofertei depusă de către ... S.R.L., raportat la prevederile art. 137 alin. (3) lit. (a) din H.G. nr. 395/2016, întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, contestatorul arătând faptul că, deși prin documentația de atribuire s-a solicitat nominalizarea personalului tehnic, propus pentru realizarea obiectului contractului, în cadrul acestui personal fiind solicitat și un șef șantier specialitate poduri, sau echivalent, **cu studii superioare** în domeniul construcțiilor de poduri, ... S.R.L. nu a îndeplinit cerința.

Verificând aspectul criticat, Consiliul constată că se impune reverificarea documentelor depuse de către ... S.R.L. în îndeplinirea acestei cerințe, în condițiile în care se constată că acest ofertant l-a nominalizat ca șef șantier pe dl. ..., care deține o specializare de **maistru**, aspect ce reiese fără dubiu din Diploma de Maistru nr. ... (Seria B nr. ...), eliberată în 10 noiembrie 1969 (a se vedea documentul în pdf 2.6 Propunere tehnică, part. 6, trimis de achizitoare la dosarul cauzei).

În soluționare, Consiliul constată că, într-adevăr, maniera în care achizitoarea a procedat în elaborarea și întocmirea documentației de atribuire a condus la confuzie, în condițiile în care, deși aceasta susține că nu a impus o *cerință de calificare* legată de studiile șefului de șantier, ci doar o punctare a implicării acestuia în implementarea unor contracte/proiecte similare, se constată că la secțiunea „Algoritm de calcul” din fișa de date a achiziției, precum și în caietul de sarcini, la pct. 4.2.2.3., s-a menționat că „Operatorii economici participanți la procedură au obligația de a dispune de minim un inginer specialitatea poduri, în funcția de șef de șantier, cu experiență în domeniu.(...)”

Operatorii economici participanți la procedură au **obligația** de a dispune de un **șef de șantier** sau echivalent, cu **studii superioare** în domeniul construcțiilor de poduri. (,,,) Pentru demonstrarea încadrării în una din situațiile de mai sus, ofertantul în cadrul ofertei tehnice va prezenta: (...)

*-**documente justificative** care demonstrează pregătirea profesională (diplome/certificate/adeverințe/etc) sau echivalent pentru cetățenii din alte țări”.*

Chiar dacă în fișa de date a achiziției nu s-a impus această condiție a studiilor, pentru șeful de șantier, la rubrica aferentă cerințelor de calificare, ci în cadrul algoritmului de calcul, nici achizitoarea și nici ofertanții nu puteau să o ignore, cu atât mai mult cât prin depunerea ofertei aceștia și-au asumat conținutul documentației de atribuire, aceasta consolidându-și caracterul definitiv și obligatoriu.

Mai mult, se reține în soluționare că această cerință privind studiile superioare ale șefului de șantier este prevăzută și în caietul de sarcini, la Criteriile de atribuire de la pct. 4.2.2.3.

Așadar, se constată că, în cadrul documentației de atribuire, în referire la factorul de evaluare „*Componenta tehnică (coordonator punct de lucru/șef de șantier sau echivalent)*”, achizitoarea a avut în vedere următoarele:

-pe de-o parte, aspectul legat de **obligatia** operatorilor economici participanți la procedură de a dispune de un **șef de șantier sau echivalent, cu studii superioare** în domeniul construcțiilor de poduri, pentru care a solicitat „*documente justificative care demonstrează pregătirea profesională (diplome/certificate/adeverințe/etc) sau echivalent pentru cetățenii din alte țări*).

-pe de altă parte, punctarea diferențiată de **numărul** de contracte/proiecte similare prezentate de fiecare ofertant în parte.

Așadar, în evaluare, achizitoarea trebuia să aibă în vedere, pe de-o parte, aspectul legat de îndeplinirea, de către ofertanți, a propriei cerințe impusă prin documentația de atribuire, legată de șeful de șantier, respectiv să verifice documentele depuse de ofertanți pentru persoana nominalizată pentru această poziție, în speță verificarea diplomelor care atestă **studiile superioare** efectuate iar, pe de altă parte, să aplice algoritmul de calcul numai acelor ofertanți care au îndeplinit cerința (de altfel, această verificare ținea de conformitatea ofertelor).

Într-o atare situație, pentru considerentele anterioare, Consiliul nu poate lua în considerare susținerile achizitoarei conform cărora „*la acest criteriu de atribuire (n.C.: ... S.R.L.) a primit 0 puncte*”, nefiind relevant.

Or, în aceste condiții, fără a desconsidera în vreun fel experiența profesională a persoanei nominalizate de ofertantul intervenient, persoană care, conform susținerilor achizitoarei, este „*un specialist cu experiență similară, care a participat la construirea pasajului al cărui reabilitare este obiectul prezentei proceduri de atribuire*”, Consiliul constată că achizitoarea nu a verificat aspectul legat de studiile superioare ale șefului de șantier nominalizat de către ... S.R.L., deși a impus o cerință obligatorie în acest sens prin documentația de atribuire, situație care conduce la anularea rezultatului procedurii și la obligarea MUNICIPIULUI ... (PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ...) la reluarea procedurii de atribuire și la reverificarea documentelor depuse de către ... S.R.L. pentru șeful de șantier nominalizat, prin raportare la prevederea din documentația de atribuire.

În contextul descris mai sus, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de către ... S.R.L.

Anulează, în parte, procesul-verbal „*privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și*

îndeplinirea cerințelor de calificare" nr. 7533/10.02.2021 și, în parte, toate actele subsecvente acestuia, inclusiv Raportul procedurii nr. 22565 din 27.04.2021, respectiv toate mențiunile ce privesc oferta depusă de către ... S.R.L., precum și toate adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, prin reevaluarea ofertei depusă de către ... S.R.L., pentru considerentele din motivare, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice.

Pe cale de consecință, având în vedere soluția adoptată pe fondul cauzei, Consiliul respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de ... S.R.L.

În ceea ce privește cererea intervenientului ... S.R.L de obligare a contestatorului ... S.R.L. la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea cererii de intervenție, având în vedere că nu au fost prezentate documente doveditoare privind cuantumul și detalierea acestora, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge cererea, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...,....

Anulează, în parte, procesul-verbal „privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare" nr. 7533/10.02.2021 și, în parte, toate actele subsecvente acestuia, inclusiv Raportul procedurii nr. 22565 din 27.04.2021, respectiv toate mențiunile ce privesc oferta depusă de către ... S.R.L., precum și toate adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... ca, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire, prin reevaluarea ofertei depusă de către ... S.R.L., pentru considerentele din motivare, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție formulată de către ... S.R.L., cu sediul în ...,...., reprezentată convențional prin ..., cu adresa pentru comunicarea actelor de procedură în ...,...., cu privire la contestația formulată de către ... S.R.L.

Respinge cererea formulată de către intervenientul ... S.R.L. privind obligarea contestatorului ... S.R.L. la plata cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 38 (treizecișiopt) pagini.