CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. .../C.../.../...
Data: ...

Prin contestația FN la emitentă, datată la 20.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 18497/20.05.2019, care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, asocierea ... LTD – SC ...SRL - ... SA, prin SC ...SRL, cu sediul în municipiul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de Administrator, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la sediul Cabinetului Individual de Avocați „...” din municipiul ..., a contestat adresa nr. 13B/3923/10.05.2019 reprezentând comunicarea privind evaluarea DUAE, document întocmit în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950”, coduri CPV 45233110-3, 45221111-3 și 71322500-6 (Rev.2), inițiată de către ... SA, cu sediul în municipiul ..., în calitate de autoritate contractantă și a solicitat să se constate că dovezile prezentate de societatea sa „sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității sale” în raport cu motivele de excludere și, în consecință, obligarea autorității contractante să considere că dovezile furnizate sunt suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității sale în raport de motivele de excludere, la anularea actului atacat, a raportului aferent și a deciziei prin care oferta sa a fost exclusă din procedură, la anularea oricăror acte subsecvente comunicării rezultatului evaluării din cadrul procedurii de atribuire, precum și la reluarea procedurii de atribuire din stadiul la care era în momentul excluderii ofertei sale.

... SpA, în calitate de ofertant participant la procedură, cu datele de identificare de mai sus, reprezentată convențional prin SCA ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a formulat cererea de

intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. 19943/29.05.2019 în cauza ce formează obiectul **Dosarului nr. ...** și a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestaţiei promovată de către asocierea ...și menținerea deciziei de excludere, din procedură, a acesteia.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația fără număr de înregistrare la emitentă, datată la 20.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 18545/20.05.2019, care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, prin care ... SpA, cu sediul în ..., înregistrată la Camera de Comerț, Industrie, Artizanat și Agricultură din Roma cu nr. ..., având cod fiscal ..., reprezentată legal prin dl. ... și convențional, prin SCA ... din municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a contestat solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 13B/3918/10.05.2019 și a solicitat anularea parțială a acesteia, în partea referitoare la refuzul ... de a înlocui subcontractantul ...SA („...”) și obligarea autorității contractante la solicitarea societății sale, respectiv, la acceptarea înlocuirii subcontractantului ... cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care ... apreciază că acest subcontractant se află într-unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor 2 (două) contestații.

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

În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, SC ...SRL aduce la cunoștință că societatea sa se afla pe locul 1 în clasament, cu un punctaj de 100 puncte, fapt ce reiese din Procesul Verbal de evaluare nr. 13 al ..., însă prin comunicarea nr. 13B/1661/01.03.2019, autoritatea contractantă a exclus-o din procedură, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, întrucât în urma interogării platformei SEAP s-a identificat documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis pentru neîndeplinirea corespunzătoare a contractului încheiat cu ... SA. Contestatoarea arată că împotriva acestei comunicări a formulat contestație, soluționată prin decizia CNSC nr. 509/C5/380/396/02.04.2019, prin care aceasta a fost admisă, autoritatea contractantă fiind obligată la reevaluarea ofertei sale, Consiliul reținând că nu au fost aplicate dispozițiile legale imperative de la art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, nefiindu-i permis să furnizeze dovezi privind credibilitatea ...SRL prin raportare la motivele de excludere.

Contestatoarea învederează că prin adresa nr. 13B/3339/ 18.04.2019 au fost solicitate clarificări ca urmare a deciziei CNSC, iar la data de 25.04.2019 a fost comunicat răspunsul, prezentând dovezile privind credibilitatea ...SRL prin raportare la motivele de excludere, însă autoritatea contractantă luând aceeași decizie, și anume, excluderea din procedură și menționând în mai multe rânduri că atașează documente, respectiv, cererea reconvențională nr. 92/21763/2018 sau răspunsul la

aceasta nr. 15/2018/23.04.2018, în realitate aceste documente nefiind atașate.

În continuare, contestatoarea prezintă situația în legătură cu contractul pentru care a fost emis documentul constatator.

Astfel, se arată că în baza contractului semnat, cotele inițiale ale asociaților au fost: ... SPA - 97,2% și SC ...SRL - 2,8%, însă după semnarea contractului, liderul asocierii a decis că serviciile de proiectare nu le va executa cu asociatul specializat SC ...ci din alte surse proprii sau cooptate ulterior, prin urmare, ... SPA a decis înlocuirea, la data de 19.10.2016, a dlui. ..., Administrator ...SRL, din funcția de Șef al echipei de proiectare cu o persoană desemnată arbitrar, fapt sancționat, de altfel, de Beneficiar cu o penalitate de 40.000 lei, achitată de ... SPA, ceea ce a condus la eliminarea participării SC ...SRL la activitățile contractului.

SC ...SRL învederează că a decis să legalizeze eliminarea sa din realizarea contractului, între Asociați fiind încheiat un Act Adițional la Acordul de asociere, prin care cotele de participare în contract au fost modificate la: ... SPA - 99,99% și SC ...SRL - 0,01%, ...acceptând să rămână în asociere chiar dacă nu desfășura nicio activitate.

În derularea ulterioară a contractului Beneficiarul a constatat abateri, semnalate către ... SPA, care nu a remediat situația, fapt ce a dus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități (și nu de daune interese) în valoare de 6.600.000 lei, iar în rapoartele întocmite de INGINER (Compania ... Franța, terță parte independentă) pentru supervizarea activităților s-a consemnat că abaterile nu se datorează SC ...SRL, ce a fost exclusă total din activități, și nici expertului său ..., de asemenea, înlocuit din funcție.

Contestatoarea subliniază că niciun document aferent activităților de proiectare din cele în care s-au constatat neconformități nu a fost semnat de SC ...SRL ca întocmire sau avizare, la momentul depunerii documentelor pentru care s-au solicitat remedieri ...SRL neavând experți implicați în contract, iar participarea sa la activități fiind inexistentă.

De altfel, SC ...SRL precizează că nu a fost informată de ... sau ... SPA despre emiterea documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, acest document fiind publicat în SEAP doar pe numele ... SPA și cu codul fiscal al acestuia.

Invocând prevederile art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, contestatoarea opinează că autoritatea contractantă trebuia să facă o analiză temeinică a situației societății sale și să indice clar care sunt temeiurile de excludere a acesteia, având în vedere că la această procedură nu participă asocierea ... SPA – SC ...SRL. De asemenea, contestatoarea susține că necomunicarea documentului constatator către societatea sa a pus-o în imposibilitatea atacării lui în termenul legal conferit de lege printr-o acțiune separată în care să se clarifice situația. În plus, ... deține documentele în cadrul cărora s-au constatat neconformitățile, documente ce nu sunt semnate de SC ...SRL ci doar de ... SA.

Totodată, contestatoarea subliniază că neimplicarea societății sale în activitățile contractului nr. 92/30792/26.05.2016 este recunoscută de ... SpA în documentele depuse în fața instanțelor de judecată și

comunicate ..., SC ...SRL citând, astfel, din răspunsul la întâmpinarea ... depusă în Dosarul nr. 8239/2/2017.

SC ...SRL învederează că decizia de excludere a societății sale din data de 10.05.2019 nu conține nicio analiză temeinică, nicio descriere concretă a abaterilor așa-zis grave și nicio referire la dovezile prezentate de societatea sa prin care se demonstra că ...este o companie credibilă, respectiv:

- adresa inginerului nr. 177464/26.06.2017 înregistrată la ... în data de 26.06.2017 cu nr. 92/45839;
- adresa inginerului nr. 177508/14.07.2017, înregistrată la ... în data de 14.07.2017 cu nr. 92/52508.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă, în decizia de excludere, a mai susținut faptul că Actul adițional nr. 2 la Acordul de asociere, încheiat între ... SpA și ...SRL, nu i-a fost adus la cunoștință, nici chiar prin cererile depuse la Curtea de Arbitraj, obligația comunicării acestuia revenindu-i ... SpA.

Autoarea contestației consideră că ... a eșuat încă o dată în a face această analiză și a-i comunica exact care sunt abaterile și de ce apreciază ca acestea sunt grave și repetate.

Mai mult, contestatoarea învederează că autoritatea contractantă a încălcat autoritatea de lucru judecat provizorie a Deciziei CNSC nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, în motivarea căreia Consiliul a reținut în mod expres că „nu rezultă, cu evidență, culpa grava și evidentă a contestatoarei în executarea contractului”, ori, această chestiune, deja tranșată de Consiliu anterior, nu mai poate fi invocată din nou într-un litigiu ulterior, întrucât se opune autoritatea de lucru judecat, în accepțiunea sa dată de art. 430- 432 din Noul Cod de Procedură Civilă.

În ceea ce privește penalitățile de întârziere aplicate în cadrul contractului nr. 92/30792/26.05.2016, contestatoarea subliniază că acestea:

- nu sunt imputabile ...SRL;
- au fost achitate prin executarea garanției de bună execuție;
- nu sunt daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

Contestatoarea încunoștințează că autoritatea contractantă susține că ...SRL nu a demonstrat care sunt măsurile pe care le-ar fi întreprins pentru a-și asigura implicarea în activitatea contractului, în condițiile în care Beneficiarul din Contractul nr. 92/30792/26.05.2016 a aprobat o înlocuire de expert cheie - Șef echipă proiectare - la numai 5 zile de la prima ședință de management și înainte de începerea oricărei activități, acest aspect neînsemnând că aceasta a girat acțiunile ... SpA și că avea cunoștință de ele. Șeful echipei de proiectare, angajat al ...și administratorul acesteia nu s-a retras, nu a renunțat, nu a demisionat ci a fost înlocuit cu girul ....

În ceea ce privește ofertantul situat pe locul 2 în clasament, ... SpA, contestatoarea informează că acesta a prezentat, la solicitarea ..., cerere de concordat preventiv în sensul legii italiene, pentru a preveni starea de insolvență și a asigura continuarea activităților economice. Față de această situație asimilabilă reorganizării judiciare, pentru oferta depusă de ... s-a solicitat clarificare privind stadiul încheierii concordatului preventiv pentru continuarea activității, inclusiv cu

prezentarea de documente justificative din care să rezulte consolidarea economic-patrimonială a societății. Consultând informațiile publice disponibile pe internet, inclusiv pe site-ul ..., contestatoarea deduce că situația ... s-a înrăutățit, acesta fiind eliminat din numeroase contracte (de ordinul zecilor), executându-i-se garanții și aplicându-i-se penalități de sute de milioane de euro.

În final, contestatoarea face trimitere la prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și la art. 57 din Directiva 2014/24/UE.

În dovedirea contestației sale, SC ...SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, o serie de înscrisuri.

Prin adresa nr. 18804/893 C5/21.05.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege. Având în vedere solicitarea contestatoarei referitoare la comunicarea contului în care este necesară depunerea cauțiunii, Consiliul a informat-o că modalitatea de constituire a acesteia se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC, prin urmare, revenindu-i obligația, ca și altor contestatori, de a efectua demersuri către una din instituțiile financiare prevăzute ante-menționat în vederea constituirii cauțiunii stipulată de prevederile legale în vigoare.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 19079/ 23.06.2019, SC ...SRL a solicitat accesul la dosarul achiziției publice, anexând, totodată, și Recipisa de consemnare nr. 205471343/1 din 22.05.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000 lei.

... SA a remis, prin adresa nr. 92/36616/27.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 19553/27.05.2019, o parte din documentele din dosarul achiziției publice.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a formulat, de către ... SpA, în calitate de ofertant participant la procedură, reprezentat convențional prin SCA ..., cererea de intervenție înregistrată la Consiliu sub nr. 19943/29.05.2019 în cauza ce formează obiectul Dosarului nr. ..., prin care s-a solicitat respingerea, ca nefondată, a contestaţiei promovată de către asocierea ...și menținerea deciziei de excludere, din procedură, a acesteia.

Intervenienta solicită studiul dosarului achiziției publice, precum şi xerocopierea documentelor relevante din dosarul achiziției publice şi a anexelor contestației ce face obiectul dosarului, întrucât se află exclusiv în posesia contestației anonimizate, postate în SEAP.

... SpA încunoștințează că a formulat plângere împotriva deciziei anterioare a CNSC.

De asemenea, intervenienta aduce la cunoștință că, prin adresa nr. 13B/3339/18.04.2019, autoritatea contractantă a solicitat asocierii ... - SC ...SRL, clarificările pe care CNSC le-a considerat necesare în legătură cu cazul de excludere incident, respectiv, să prezinte dovezi care să arate că măsurile luate de aceasta sunt suficiente pentru a-şi demonstra

în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, însă răspunsurile nu au fost concludente, oferta sa fiind din nou exclusă.

Astfel, intervenienta susține că CNSC a apreciat doar că se impune solicitarea de clarificări SC ...SRL şi, numai urmare a unui atare demers, „autoritatea contractantă poate stabili măsura în care dovezile furnizate sunt sau nu suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilităţii ofertantului”.

... SpA consideră că Decizia de excludere este temeinică şi legală, întrucât sunt îndeplinite condiţiile legale pentru excludere:

- obligaţiile principale încălcate au condus la rezilierea Contractului de lucrări şi la aplicarea de penalităţi în cuantum de 6.600.000 lei încălcarea fiind gravă;

- contestatoarea nu a furnizat dovezi, dintre cele prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, de natură a-şi demonstra credibilitatea;

- contestatoarea recunoaşte în mod expres, că nu şi-a îndeplinit obligaţia de proiectare, invocând, în mod nejustificat, în apărarea sa faptul că „Liderul asocierii ... SPA a exclus participarea ...SRL de la activităţile contractului”, fără să demonstreze, în concret, care sunt măsurile pe care ... le-ar fi întreprins pentru a-şi asigura implicarea în activităţile contractului şi îndeplinirea obligaţiilor asumate la momentul semnării contractului; oricum, astfel de informaţii privesc exclusiv raporturile dintre asociaţi, nefiind permisă invocarea lor în situaţii de tipul celei existente în speţă;

- membrii unei asocieri răspund solidar pentru neîndeplinirea obligaţiilor contractuale, indiferent de cota de participare agreată prin acordul de asociere;

- Documentul constatator este un act administrativ care se bucură de prezumţia de legalitate, prezumţie care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare. În privinţa Documentului constatator emis de către ... prezumţia de legalitate s-a consolidat prin respingerea acţiunii în anulare.

Intervenienta consideră că Decizia Consiliului nu se bucură de autoritate de lucru judecat provizorie nici în ceea ce priveşte credibilitatea contestatoarei şi nici în ceea ce priveşte încadrarea dovezilor furnizate de către aceasta în cele enumerate la art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, de natură a-i demonstra credibilitatea, în realitate, singura entitate care are atribuţii în evaluarea credibilităţii unui operator economic fiind autoritatea contractantă.

Intervenienta învederează că SC ...SRL nu şi-a îndeplinit obligaţia de proiectare în acel contract, după cum a susţinut prin contestaţie și, ulterior în fața Curţii de Apel, invocând schimbarea, de către ... SpA, a şefului echipei de proiectare. Chiar dacă liderul Asocierii ... SpA - ... a schimbat şeful echipei de proiectare, ... nu a demonstrat nici în faţa CNSC şi nici în faţa Curţii de Apel Bucureşti că ar fi întreprins vreun demers pentru a sesiza pretinsa obstrucţionare, situaţia de fapt descrisă de către contestatoare demonstrând exclusiv pasivitatea acesteia şi lipsa de interes în derularea contractului de lucrări în care a ales, totuşi, să participe, păstrându-şi inclusiv cota de participare chiar dacă diminuată.

În continuare, intervenienta invocă prevederile art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, din care rezultă faptul că dovezile ce pot fi furnizate de către operatorul economic aflat într-un caz de excludere trebuie să ateste că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea, ori, ... nu a furnizat absolut nicio dovadă în sensul că ar fi întreprins vreo măsură concretă, de natură a-i demonstra credibilitatea, dimpotrivă, aceasta insistând asupra faptului că a rămas implicat în contractul de lucrări doar în mod formal, fără a iniţia vreun demers împotriva ... SpA, despre care susţine că l-ar fi exclus din contract, fără voia sa.

Intervenienta consideră că „Eliminarea legăturilor cu ... SPA” nu reprezintă o dovadă în sensul că operatorul economic ar fi luat măsuri adecvate pentru îndreptarea situaţiei de excludere, dimpotrivă, din susţinerile contestatoarei rezultând că ... SpA depune eforturi active pentru a-şi disculpa fostul asociat, ceea ce reprezintă o dovada în plus a înţelegerii celor doi asociaţi, care au depus o ofertă doar pentru a obţine adjudecarea contractului, în pofida faptului că nu au avut niciodată intenţia să colaboreze în vederea executării contractului - or, o astfel de situaţie ar trebui să reprezinte în sine o dovadă a lipsei de credibilitate a asociatului ..., care poate proceda în mod similar şi în alte contracte. Documentele emise de către Inginer pe parcursul derulării contractului de lucrări în care ... nu a fost implicat nu reprezintă dovezi care să ateste măsurile luate în concret de ... pentru a-și demonstra credibilitatea.

... SpA subliniază și faptul că solidaritatea membrilor unei asocieri pentru executarea corespunzătoare a contractului de achiziţie publică este confirmată atât de doctrină, cât şi de jurisprudenţă.

În continuare, intervenienta apreciază irelevantă şi nefundamentată teoria contestatoarei potrivit căreia Asocierea ...-... ar fi fost exclusă în scopul favorizării ofertei ... SpA, în pofida faptului că oferta Asocierii ... este mai ieftină, argumentul fiind extrem de periculos, în condițiile în care Asocierea ... se află într-un motiv evident de excludere şi în contextul în care rezultatul procedurii de atribuire nu a fost încă emis, iar societatea sa şi Asocierea ... nu sunt singurii operatori economici (încă) implicaţi în procedură.

Prin adresele nr. 20349/893 C5/31.05.2019 și nr. 20351/893 C5/ 31.05.2019, Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de ... SpA.

Prin adresa nr. 20355/893 C5/31.05.2019, Consiliul a invitat ... SpA, la data de 03.06.2019, în vederea studierii conținutului și a anexelor contestației formulată SC ...SRL.

Contestatoarea SC ...SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 20351/893 C5/31.05.2019, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 20634/03.06.2019, observând că ... SpA nu realizează o motivare a cererii de intervenție, reluând argumentele din cererea de intervenție formulată în dosarul anterior, înregistrată sub nr. 386/2019.

Contestatoarea consideră că intervenienta greșește când afirmă că membrii asocierii răspund solidar, arătând astfel că solidaritatea vizează numai ipoteza în care s-ar pune problema unei eventuale răspunderi patrimoniale.

Contestatoarea reiterează faptul că societatea sa nu este „în culpă” de rezilierea contractului, nedeținând „un document constatator emis într-un contract reziliat din culpa sa”.

SC ...SRL reia prevederile legislative invocate în documentele sale anterioare și concluzionează că autoritatea contractantă este obligată să ceară dovezi că societatea sa a luat măsuri ca acele fapte să nu se mai repete.

Contestatoarea arată că intervenienta încearcă să inducă ideea că societatea sa se referă la situația financiară ... SpA, susținând în acest sens că, de fapt, aceasta se referă la situația contractelor reziliate ale ... SpA și la posibilele documente constatatoare ale acesteia.

Restul argumentelor prezentate reprezintă reiterări din documentele anterioare.

Astfel, contestatoarea concluzionează că cererea de intervenție nu conține o argumentație completă ci o reluare a unor susțineri din cuprinsul uneia care a fost respinsă de către Consiliu.

Autoritatea contractantă a comunicat, prin adresa nr. 92/ 34502/ 04.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 20749/04.06.2019, punctul de vedere referitor la contestația formulată de SC ...SRL, prin care a adus la cunoștință că autoarea contestației a bifat „NU” în formularul DUAE, la secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale”.

Autoritatea contractantă învederează că a pus în aplicare decizia CNSC nr. 509/C5/380/386/02.04.2019, procedând la reevaluarea ofertei contestatoarei, prin solicitarea de clarificări nr. 13B/3339/18.04.2019, referitoare la clarificarea informațiilor furnizate în cadrul formularului DUAE având în vedere că cele din Documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, având în vedere următoarele:

- documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA pentru Asocierea ... SpA (fosta ...SpA) - SC ...SRL și informațiile din cadrul acestuia;
- informațiile din cadrul formularului DUAE depus pentru asociatul SC ...SRL;
- prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;
- prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016;
- cele reținute de Consiliu în cadrul Deciziei nr. 509/C5/380/386/ 02.04.2019.

Autoritatea contractantă arată că ofertantul a răspuns în data de 25.04.2019 la solicitarea de clarificări, redând, astfel, conținutul acestui răspuns și adăugând, totodată, faptul că față de precizările făcute de către ofertant, comisia de evaluare a solicitat Direcției de specialitate, în calitate de Direcție emitentă a documentului constatator nr. 57866/ 07.08.2017, să analizeze argumentele prezentate de SC ...SRL și să comunice opinia cu privire la aceasta.

De asemenea, având în vedere aceste informații, comisia de evaluare a solicitat să se comunice care a fost implicarea SC ...SRL în partea de proiectare a contractului nr. 92/30792/26.05.2016 precum și furnizarea dovezilor privind aceste informații și detalierea

circumstanțelor concrete prin aprecierea culpei SC ...SRL care au condus la rezilierea contractului care a făcut obiectul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017.

Autoritatea contractantă evidențiază, în continuare, răspunsul Direcției de specialitate și arată că membrii comisiei de evaluare nu au putut reține răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificare ca fiind concludent, întrucât prin dovezile furnizate nu se poate demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare de motivele de excludere, din următoarele considerente:

Documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA pentru Asocierea ... SpA (fosta ... SpA) - SC ...SRL, prin liderul asocierii ... SpA, conține mențiunea conform căreia „Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător”.

Referitor la eventuale litigii și modul lor de soluționare:

- Au fost formulate revendicări de către Beneficiar în baza Sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] din Condițiile Speciale ale Contractului și de către Antreprenor în baza Sub-clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] din Condițiile Speciale;

- Beneficiarul a transmis, în urma stabilirii modului de soluționare de către Inginer în baza Sub-clauzei 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Generale, următoarele facturi de penalități:

- nr. 1700000007/29.03.2017, în valoare de 40.000 lei pentru înlocuirea personalului cheie - factura a fost plătită la data de 24.04.2017;
- nr. 1700000015/14.07.2017, în valoare de 6.600.000 lei, pentru neîndeplinirea punctelor de referință 1, 2 și 3 - neplătită până în prezent.

- nu au fost demarate proceduri prevăzute în Sub-clauza 20.4 [Obținerea Deciziei Comisiei de Adjudecare a Disputelor] sau în Sub-clauza 20.6 [Arbitrajul] din Condițiile Speciale ale Contractului.

În executarea obligațiilor contractuale, Antreprenorul a încălcat prevederile contractului de Lucrări, după cum urmează:

Antreprenorul nu a soluționat cerința Înștiințării de remediere emise în temeiul prevederilor sub-clauzei 15.1 [Înștiințarea de remediere] din Condițiile Speciale ale Contractului de Lucrări.

Autoritatea contractantă arată că Înștiințarea de remediere nr. B03A2/09-01/ADP/GD/17.0765 a fost emisă de către Inginer în data de 25.04.2017, pentru neexecutarea în termenul contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare, anexat acesteia antreprenorul transmițând o documentație intitulată „PT, PAC, DDE”, completată ulterior cu documentația atașată adresei nr. B03A2/679/DS/mp din 07.06.2017. Conform concluziilor Inginerului din Raportul de analiză, documentația tehnică prezentată de Antreprenor nu poate fi asimilată unei documentații finale pentru niciuna din fazele PT, PAC sau DDE, considerând că aceasta nu poate fi înaintată spre analiză și aprobare în CTE - .... În consecință, autoritatea contractantă susține că situația de fapt pe care a consemnat-o mai sus se traduce în neexecutarea culpabilă a obligației Antreprenorului referitoare la activitatea de proiectare.

De asemenea, ... învederează că prin actul nr. 92/55337/ 25.07.2017, în baza prevederilor Sub-clauzei 15.2 „Rezilierea Contractului de către Beneficiari” din „Condițiile Speciale ale

Contractului” s-a reziliat de plin drept Contractul nr. 92/30792/26.05.2016, fără vreo altă notificare prealabilă, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrale și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități.

Autoritatea contractantă informează, în continuare, că a notificat Antreprenorul, cu privire la îndreptățirea sa la costurile suportate ca urmare a îndeplinirii în mod defectuos a obligațiilor contractuale, cât și din cauza rezilierii Contractului de Lucrări nr. 92/30792/26.05.2016, din culpa acestuia, inclusiv, dar fără a se limita la acoperirea costurilor ce vor fi ocazionate de organizarea unei noi proceduri de achiziție publică referitoare la executarea proiectului de autostradă ce a făcut obiectul contractului, precum și a costurilor rezultate ca efect al întârzierilor acumulate în realizarea proiectului, întârzieri datorate culpei Antreprenorului. Documentul constatator a fost întocmit în conformitate cu prevederile art. 97^1 din HG nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă învederează, de asemenea, următoarele:

- asocierea ... SpA - SC ...SRL a formulat o cerere de chemare în judecată a ... prin care a solicitat suspendarea efectelor documentului constatator, iar prin Sentința civilă nr. 780/09.02.2018, Tribunalul București a respins-o, ca nefondată; s-a formulat recurs iar prin Decizia civilă nr. 3875/25.06.2018, s-a respins recursul, ca nefondat;

- asocierea ... SpA - SC ...SRL a formulat o cerere de chemare în judecată a ... care a avut ca obiect emiterea unei ordonanțe președințiale, prin care a solicitat suspendarea efectelor documentului constatator, prin Sentința civilă nr. 6671/08.11.2018, Tribunalul București a luat act de renunțarea la judecată din partea acesteia;

- asocierea ... SpA - SC ...SRL a formulat o cerere de chemare în judecată a ... prin care a solicitat anularea documentului constatator, iar prin Sentința civilă nr. 5807/28.09.2018, Tribunalul București a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată. Împotriva acestei sentințe reclamanta a formulat recurs, iar ... SA a formulat întâmpinare, prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat, menținerea ca temeinică și legală a Sentinței civile nr. 5807/28.09.2018.

Astfel, având în vedere:

- prevederile documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA;

- că reclamanta nu a obținut suspendarea efectelor documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, iar acest document își produce efectele prevăzute de lege;

- prin Sentința civilă nr. 5807/28.09.2018, Tribunalul București a statuat, cu autoritate de lucru judecat provizorie, că documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 este legal emis;

- prevederile formularului DUAE depus pentru asociații SC ...SRL în cadrul căruia s-a bifat „NU” la pct. „Motive de excludere”;

- prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și cele ale art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016,

autoritatea contractantă subliniază că membrii comisiei de evaluare au decis ca oferta contestatoarei să fie exclusă din procedură.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei, potrivit căreia „Acest document constatator a fost publicat în SEAP doar pe numele ... SPA și

cu codul fiscal al acestuia, la interogarea sistemului SEAP după numele ...SRL sau după codul său fiscal nu există rezultate /.../", autoritatea contractantă susține că un operator economic care nu și-a îndeplinit/executat obligațiile asumate și aflate în sarcina sa, fapt ce a condus la încetarea anticipată a contractului, se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Pe de altă parte, operatorul economic poate să nu fie exclus din procedura de atribuire în măsura în care furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea [art. 171 alin. (1)-(3) din Legea nr. 98/2016].

Cu privire la afirmațiile/justificările invocate de către contestatoare privind implicarea sau neimplicarea dlui. ...în activitatea de proiectare în cadrul contractului, autoritatea contractantă face precizarea că ofertantul încearcă să justifice, de fapt, implicarea unei persoane fizice dl. ...având calitatea de personal angajat al persoanei juridice ...SRL, care avea, conform contractului, obligația realizării activității de proiectare.

... subliniază că prin Anunțul de participare a fost adus la cunoștință tuturor operatorilor economici că Procedura de atribuire a fost inițiată sub incidența următoarelor clauze rezolutorii:

- clauza rezolutorie 2: Autoritatea Contractantă nu va atribui contractul decât în situația în care Hotărârea de Guvern privind indicatorii tehnico-economici ai acestui obiectiv de investiție va fi rectificată/ actualizată. În lipsa rectificării/actualizării indicatorilor tehnico-economici, aprobați prin HG, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;

- clauza rezolutorie 3: Autoritatea Contractantă nu va atribui contractul decât după obținerea Acordului de Mediu. În lipsa Acordului de Mediu, autoritatea contractantă va aplica prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, autoritatea contractantă observă că SC ...SRL atașează contestației un document care, de fapt, nu reprezintă o aprobare a ..., ci este o adresă de informare emisă de ... SpA (liderul asocierii) prin care se solicită aprobarea înlocuirii dlui. ...(persoană fizică având calitatea de angajat al persoanei juridice ...SRL) cu dl. ... și nicidecum înlocuirea persoanei responsabile cu realizarea activității de proiectare.

Mai mult, autoritatea contractantă învederează că referitor la încălcarea autorității de lucru judecat provizorie a Deciziei CNSC nr. 509/ C5/380/386 din 02.04.2019, în motivarea căreia Consiliul a reținut în mod expres că „nu rezultă, cu evidență culpa gravă și evidentă a contestatoarei în executarea contractului", autoritatea contractantă susține că autoarea contestației încearcă în mod vădit intenționat să conducă Consiliu pe o pistă falsă de interpretare.

Având în vedere cele mai sus prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind inadmisibilă, neîntemeiată și nefondată.

SC ...SRL a formulat susțineri față de punctul de vedere al autorității contractante, prin adresa transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 21937/12.06.2019, respectiv, sub nr. 22007/12.06.2019, prin care a subliniat faptul că ...

reia argumentele sale din cuprinsul comunicării de excludere nr. 13B/3923/10.05.2019 și nu susține cu probe niciunul din argumentele cu privire la excluderea sa.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să argumenteze de ce în cadrul prezentei proceduri a luat decizia de excludere a societății sale, iar în alte proceduri i s-a atribuit contract.

Contestatoarea menționează că rezilierea contractului a fost efectuată de către inginer, ca urmare a celor constatate de acesta, același inginer confirmând neimplicarea societății sale și mai mult, consemnând că aceasta se datorează excluderii sale. De asemenea, se arată că inginerul constată deficiențele managementului activității de proiectare, datorate șefului echipei de proiectare în persoana dlui. ..., expert ... SpA, numit după înlocuirea dlui. .... Sub acest aspect, contestatoarea observă că autoritatea contractantă nu cuprinde aceste observații în punctul său de vedere.

Contestatoarea aduce la cunoștință că, în ceea ce privește emiterea documentelor constatatoare, a solicitat opinia ANAP, aceasta răspunzând că „documentul constatator emis va cuprinde informații separate cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către fiecare contractant asociat în parte”.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, potrivit căreia SC ...SRL încearcă să justifice implicarea unei persoane fizice „având calitatea de angajat al persoanei juridice ...SRL”, contestatoarea precizează că toate susținerile referitoare la persoana dlui. ...au vizat funcția sa în contract și nu calitatea de angajat.

SC ...SRL învederează că autoritatea contractantă încalcă principiul proporționalității.

Restul argumentelor din conținutul acestui document reprezintă reiterări din cererea introductivă.

În vederea soluționării contestației formulată de SC ...SRL, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul, prin adresa nr. 22213/893 C5/13.06.2019, a solicitat autorității contractante să transmită toate documentele care au stat la baza emiterii răspunsului Direcției de specialitate, așa cum a fost acesta redat în cadrul procesului verbal nr. 18, înregistrat sub nr. 13B/3917 din 10.05.2019.

... a răspuns la solicitarea CNSC nr. 22213/893 C5/13.06.2019, comunicând, prin adresa nr. 92/41743/14.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 22414/14.06.2019, documentele solicitate.

Prin adresa nr. 22812/894 C5/19.06.2019, Consiliul a invitat intervenienta ... SpA, la data de 20.06.2019, în vederea studierii dosarului achiziției publice.

... SpA a transmis, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23595/24.06.2019, „Note scrise” ca urmare a studierii dosarului achiziției publice, prin care a concluzionat următoarele:

- ... a pus în aplicare Decizia CNSC, solicitând contestatoarei clarificări în legătură cu cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Răspunsul Asocierii ...-... faţă de clarificarea adresată a fost neconcludent, ofertantul nefiind în măsură să justifice măsurile efectiv întreprinse pentru a-şi demonstra credibilitatea;

- ... recunoaşte şi confirmă în mod indirect pasivitatea în contractul de lucrări în legătură cu care a fost emis Documentul constatator. ... nu a întreprins niciun demers legal în vederea stopării situaţiei pretins a fi fost cauzată de către liderul asocierii din contractul de Lucrări; „Excluderea” ... din Contractul de lucrări nu a fost abuzivă ori forţată, ... dându-şi girul în acest sens prin semnarea actului adiţional la Acordul de asociere (prin care şi-a diluat participaţia în asociere) şi, ulterior, prin dezinteresul manifestat faţă de derularea Contractului de Lucrări, aceasta în condiţiile în care răspunderea, în materia achiziţiilor publice, este solidară, solidaritatea neputând fi înlăturată prin voinţa părţilor, ori prin diluarea participaţiei la contract;

- inginerul din Contractul de Lucrări a confirmat în mod expres faptul că rezilierea Contractului se impune ca urmare a neîndeplinirii corespunzătoare a activității de proiectare;

- înlocuirea şefului echipei de proiectare care, la acea dată, era angajat al ... nu absolvă ... de culpă pentru neîndeplinirea obligaţiilor asumate prin contractul de lucrări şi acordul de asociere. Documentele depuse de către ... la dosarul cauzei atestă faptul că:

(i) prin Acordul de asociere încheiat între ... SpA şi ...5.R.L. părţile nu au definit în mod distinct activităţile de care se face răspunzător fiecare dintre membrii în executarea contractului principal. Potrivit art. 6 din Acordul de asociere „părţile vor răspunde solidar şi individual în faţa Beneficiarului în ceea ce priveşte toate obligaţiile şi responsabilităţile decurgând din sau în legătură cu contractul”;

(ii) Implicarea ... în contractul de lucrări nu s-a rezumat doar la activitatea de proiectare, ci a fost extinsă și la alte activităţi. În acest sens, se arată că, raportat la valoarea contractului de lucrări de 446.127.400,01 lei, procentul de 2,8%, alocat membrului ...S.R.L. prin acordul de asociere, reprezintă 12.491.567,02 lei, în timp ce, în Centralizatorul activităţilor din Propunerea financiară, devenită parte a contractului, activitatea de proiectare a fost cotată la o valoare de 10.580.127,31 lei; în legătură cu aceste dovezi, ... nu furnizează absolut nicio explicație, ci se limitează la a se disculpa, invocând faptul că ar fi fost exclus din contractul de lucrări;

- validitatea Documentului constatator şi, respectiv, îndeplinirea condiţiilor formale şi de fond la momentul emiterii sale nu fac obiectul analizei în prezenta cauză. Cazul de excludere reglementat la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 devine incident independent de existenţa unui document constatator negativ, câtă vreme sunt îndeplinite condiţiile pentru aplicarea sa. În speţă, cazul de excludere este incident dată fiind încălcarea de către ...SRL a obligațiilor principale asumate prin contractul de lucrări;

- sunt inadmisibile şi lipsite de orice interes procesual afirmaţiile nedovedite ale ... în legătură cu comportamentul ... şi/sau cu potenţiale cazuri de excludere pretins a fi incidente în privinţa ofertei subscrisei. În pofida inadmisibilităţii lor, aceste afirmaţii maliţioase sunt făcute de către ...SRL în unicul scop de a distrage atenţia la neregulile săvârşite de către acesta în contractul de lucrări, nereguli pe care nu a fost în măsură să le justifice şi/sau să le îndrepte, preferând să învinovățească pe ... SpA, deşi susţine despre sine că este un profesionist în domeniu.

Intervenienta consideră că ... nu a luat absolut nicio măsură împotriva liderului ... SpA pentru a stopa aşa-zisa excludere abuzivă a sa din contractul de lucrări, ori pentru a se asigura că îşi poate executa obligaţiile asumate prin Contract şi, respectiv, Acordul de asociere. Nicio atenţionare nu a fost transmisă Beneficiarului referitor la pretinsa situaţie de împiedicare în realizarea activităţilor asumate, nicio scrisoare nu a fost transmisă acestuia şi niciun demers legal iniţiat în vederea „reintrării" în drepturile conferite de Contractul de lucrări şi, corelativ, de Acordul de asociere. Dimpotrivă, toate probele, inclusiv cele furnizate de către ... S.R.L. sunt în sensul acceptării acestei măsuri de „excludere" şi, după cum recunoaşte chiar ..., chiar de solicitare a acestei excluderi prin diminuarea cotei de participare - diminuare care nu a fost însă niciodată adusă la cunoştinţa Beneficiarului în mod oficial, ci doar, indirect, prin apărările formulate în cadrul dosarului ce a avut ca obiect prima contestaţie formulată de către ... împotriva Deciziei de excludere.

Intervenienta subliniază că validitatea Documentului constatator şi, respectiv, îndeplinirea condiţiilor formale şi de fond la momentul emiterii sale nu fac obiectul analizei în prezenta cauză, acestea fiind analizate şi confirmate de către Tribunalul Bucureşti în dosarul nr. 9594/3/2018 a cărui sentinţă are autoritate de lucru judecat provizorie în cauză. Astfel, în analiza legalităţii deciziei de excludere, intervenienta apreciază că CNSC trebuie să se raporteze atât la acest Document constatator, cât şi la situaţia de fapt ce a generat emiterea lui şi la îndeplinirea condiţiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, aspectele formale intrinseci Documentului constatator nefiind posibil a fi analizate în cauză. Dacă ... ar fi avut obiecţii faţă de acest document constatator, ar fi trebuit să îl conteste sau, cel puţin, să intervină în litigiul iniţiat de către ... SpA pentru anularea lui. Dar niciunul dintre aceste demersuri nu a fost realizate de către ....

... SpA învederează că, până la acest moment, nu a fost emis rezultatul procedurii de atribuire, oferta câştigătoare nefiind încă desemnată. Mai mult, oferta ... SpA nu face obiectul contestaţiei ..., astfel că orice critici aduse cu privire la această ofertă, în scopul de a distrage atenţia de la neregulile identificate în legătură cu oferta Asocierii ...-... sunt inadmisibile (fiind prematur formulate), precum şi lipsite de interes în contextul precizat mai sus.

Având în vedere cele mai sus prezentate, intervenienta consideră că măsura excluderii din procedură a SC ...SRL este legală și temeinică.

Prin adresele nr. 23710/893 C5/25.06.2019 și nr. 23761/893 C5/ 25.06.2019, Consiliul a informat părțile că pot transmite susțineri față de „Notele scrise" formulate de intervenienta ... SpA ca urmare a studierii dosarului.

SC ...SRL a transmis, prin mijloace electronice (e-mail) de două ori și a depus, în original, la registratura CNSC, adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23685/25.06.2019, nr. 23691/25.06.2019 și respectiv nr. 23747/25.06.20019, reprezentând „Concluzii scrise" ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

Astfel, în urma studierii dosarului, contestatoarea observă faptul că nici la solicitarea CNSC nr. 22213/893/894 C5/13.06.2019, de a pune la dispoziție documente ce au stat la baza emiterii răspunsului Direcției de

Specialitate referitor la implicarea ...SRL în contractul nr. 92/30792/26.05.2016, ... nu a furnizat niciun document relevant privind pretinsele abateri grave reținute și care au dus la excluderea ofertei sale, mai mult, documentele prezentate confirmând susținerile sale:

- Planul Calitate Proiectare din data de 17.11.2016 a fost depus sub semnăturile dlui. ... – Director Reprezentant Antreprenor, dlui. ... – Șef Echipa Proiectare și dnei. ... – Inginer Asigurarea Calității;

- Planul Calitate Proiectare Revizia 2 din data de 26.04.2017 a fost depus sub aceleași semnături ale persoanelor sus-menționate. În adresa ce însoțește acest Plan Calitate revizuit, respectiv adresa nr. 22430/ 26.04.2017, se pot observa responsabilitățile completate ale Șefului Echipa Proiectare – pag. 82 și 83 din anexele la răspunsul ... la solicitarea Consiliului. Se observă clar că ...SRL nu a semnat niciun document aferent proiectării și nu a avut responsabilități în întocmirea acestora, fapt confirmat de Direcția de Specialitate a ....

Contestatoarea constată, din examinarea Procesului Verbal nr. 14 al Comisiei de Evaluare, că deși ... SpA nu a furnizat dovezile solicitate prin adresa nr. 13B/711/31.01.2019 ci doar a explicat situația de concordat preventiv în care se afla, deși Regulamentul UE Euratom 2018/1046 prevede excluderea entităților aflate în concordat preventiv (art. 136), totuși, comisia de evaluare a revenit cu o nouă solicitare de clarificări către ... solicitându-i planul de redresare, deși îi solicitase și anterior documente din care să rezulte stadiul încheierii Concordatului preventiv.

În continuare, ca urmare a examinării Procesului Verbal nr. 15 al Comisiei de Evaluare, contestatoarea observă faptul că ... nu răspunde, din nou, concludent la solicitarea de clarificări stabilită prin PV 14, răspunsul său conținând susțineri cum ar fi: „... nu face parte din sfera autorităților contractante cărora Regulamentul 2018/1046 se aplică”.

Totodată, contestatoarea subliniază că, din ultimul Raport financiar publicat de ... în data de 15.05.2019, reies datorii de milioane de euro, multiple rezilieri de contracte și executări de garanții, respectiv: 8,27 milioane euro asigurări sociale, 17,40 milioane datorii către angajați și lucrători, 44,04 milioane euro taxe, însă cu toate acestea, societatea acesteia nu a fost exclusă din procedură.

SC ...SRL observă și din conținutul procesului verbal nr. 16, că autoritatea contractantă a solicitat o a treia solicitare de clarificări ..., iar prin Procesului Verbal nr. 18, deși nu a atacat Decizia CNSC nr. 509/C5/380/396/02.04.2019, comisia de evaluare consemnează afirmații cum ar fi: „Comisia de evaluare achiesează la punctul de vedere exprimat de către ... SpA, întrucât /.../ Decizia CNSC încalcă principiul tratamentului egal /.../ ... nu avea obligația de a solicita clarificări Asocierii ...” solicitând Consiliului să se sesizeze în acest sens.

Totodată, contestatoarea subliniază că observatorii ANAP au concluzionat faptul că „decizia comisiei de evaluare de excludere din procedură a asocierii ... /.../ nu s-a bazat pe o analiză reală și obiectivă, nefiind pusă în aplicare în mod obiectiv Decizia CNSC nr. 509/ C5/380/396/02.04.2019”.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la solicitarea documentelor aferente DUAE.

SC ...SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 23710/893 C5/25.06.2019, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23920/ 26.06.2019, arătând că societatea sa nu recunoaşte și nici nu confirmă pretinsa pasivitate de care ... SpA pretinde că ar fi dat dovada în cadrul contractului nr. 92/30792/26.05.2016, pasivitatea putând fi invocată dacă ...ar fi avut la dispoziţie căi sau mijloace de intervenţie pentru a fi implicat în contract, însă, în condiţiile în care nu doar Liderul le marginalizează, ci și Beneficiarul, nu există căi prin care să îți asiguri implicarea.

Contestatoarea infirmă procentul de 2,8% aferent societății sale, aplicat ofertei, care rezultă, în opinia intervenientei, într-o valoare de 12.491.567,02 lei, reiterând în acest sens că asociaţii ... SpA și ...au prevăzut procente aferente unor cote de participare, ...nu a fost responsabil cu activitatea de proiectare, aceasta fiind una comună, la fel și restul activităţilor.

Contestatoarea nu a identificat în concluziile scrise ale intervenientei ... sau în cererea sa de intervenţie vreun punct de vedere asupra faptului că în data de 28.12.2018 ... a atribuit ...un alt contract sau că Inginerul din Contractul nr. 92/30792/26.05.2016 confirmă susținerile sale, prin urmare, nici aceste documente nefiind analizate de ..., dar, acestea fiind analizate de observatorii ANAP, care au refuzat să semneze procesul verbal nr. 18, document ce consemnează, în opinia SC ...SRL, „abuzul în cea mai clară formă”.

În final, contestatoarea aduce la cunoștință că ... a uitat să precizeze că acordul său cu creditorii nu este final, ci se află pe rolul instanţelor, aşa cum reiese din ultimul său comunicat de presă din data de 19.06.2019.

Față de cele menționate, contestatoarea solicită respingerea cererii de intervenție.

Prin adresele nr. 24264/893 C5/27.06.2019 și nr. 24265/893 C5/ 27.06.2019, Consiliul a informat părțile despre faptul că pot transmite susțineri referitoare la „Concluziile scrise” formulate de SC ... SRL, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 23685/25.06.2019, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

Până la data emiterii prezentei decizii, părțile nu au dat curs solicitării, deși ... SpA a confirmat primirea corespondenței, aceasta fiind înregistrată la CNSC sub nr. 24744/01.07.2019.

În vederea soluționării contestației formulată de SC ...SRL, în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2019, Consiliul, prin adresa nr. 24577/893 C5/01.07.2019, a solicitat ... să transmită, integral, Cererea de Arbitrare înaintată de ... SpA, lider al asocierii ... SpA – ...SRL, la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, având nr. 27/02.02.2018, întrucât aceasta a fost transmisă incomplet de către instituția sa.

Autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea CNSC nr. 24577/ 893 C5/01.07.2019, prin corespondențele înregistrate la Consiliu sub nr. 24887/02.07.2019, nr. 25124/03.07.2019 și nr. 25236/03.07.2019 comunicând documentul solicitat.

În susținerea contestației care formează obiectul **Dosarului nr. ...**, ... SpA arată că, prin adresa nr. 13B/2399/20.03.2019, autoritatea contractantă i-a solicitat, printre altele, să prezinte (inclusiv pentru subcontractanți) documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea criteriului de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în Formularul DUAE - Partea III „Motive de excludere" - Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale", răspunsul fiind comunicat la data de 29.03.2019.

În ceea ce privește subcontractantul ..., contestatoarea a precizat că documentele depuse pentru ... constată existența unor debite/datorii cu privire la care ... a solicitat eșalonarea, solicitare care, la acea dată, era în curs, arătând că acest aspect ar fi putut reprezenta o posibilă situație de excludere în legătură cu care ... are obligația legală de a solicita ofertantului, o singură dată, înlocuirea subcontractantului aflat în respectiva situație, fapt pentru care ... SpA a confirmat că este în măsură să asigure înlocuirea subcontractantului ..., pentru partea de lucrări pe care acesta urma să le execute, cu subcontractantul ...SRL, care va executa și această parte de lucrări pe lângă cea deja încredințată și asumată. Astfel, contestatoarea susține că ...are capacitatea deplină necesară realizării corespunzătoare a lucrărilor ITS, fiind acceptată de către ..., în calitate de subcontractant al societății sale, în alte proiecte similare.

Față de această situație, contestatoarea face precizarea că autoritatea contractantă, în legătură cu subcontractantul ..., într-o interpretare eronată a textelor legale incidente, a refuzat înlocuirea acestuia, motivat de faptul că acesta se afla, la acel moment, în situația prevăzută la art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și acest caz de excludere nu ar fi de natură a atrage înlocuirea subcontractantului în temeiul art. 170 alin. (2) din același act normativ.

În continuare, contestatoarea invocă dispozițiile art. 71 alin. (6) lit. b) din Directiva 2014/24/UE, art. 165, art. 170 alin. (1) și (2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016, de unde rezultă că autoritatea contractantă are obligația legală de a solicita ofertantului, o singură dată, înlocuirea subcontractantului aflat în oricare dintre situațiile de excludere reglementate la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Cu toate acestea, contestatoarea subliniază că prin solicitarea de clarificare, ... i-a comunicat, printre altele, că, în urma analizării informațiilor și documentelor prezentate, comisia de evaluare a constatat că subcontractantul ... nu ar putea fi înlocuit, „datorită faptului că nu se află în situațiile prevăzute de art. 170 (2) (...) și nici în cele prevăzute la art. 171 (1) (...)", această concluzie fiind una eronată, în opinia contestatoarei, urmare a unei interpretări greșite date de către comisia de evaluare dispozițiilor legale menționate, interpretare care nu poate fi acceptată raportat la rațiunea textului de lege relevant în speță, așa cum aceasta rezultă, fără dubiu, din modul în care acesta este redactat, precum și din textul normativ din legislația europeană pe care îl transpune.

Contestatoarea consideră că dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 reprezintă un mecanism suplimentar de păstrare în procedură a

operatorului economic aflat într-o situație de excludere dintre cele prevăzute la art. 164 sau art. 167 din lege, înainte de a se pune în discuție efectiv excluderea sa și nicidecum nu implică o restrângere/limitare a obligației autorității contractante de înlocuire a subcontractanților doar la situațiile prevăzute de art. 164 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, o interpretare în sens contrar făcând, de altfel, inaplicabil în parte și art. 71 alin. (6) lit. b) din Directiva ante-menționată. Sub acest aspect, este invocată și practica CNSC.

Având în vedere cele de mai sus, precum și sensul textelor legale incidente ante-menționate, contestatoarea consideră că ... are obligația de a-i solicita înlocuirea subcontractantului ...SA în condițiile în care, în pofida noilor documente depuse anexat răspunsului său la solicitarea de clarificare nr. 026-2019/MR/OF-CD/17.09.2019, comisia de evaluare și-ar menține concluzia potrivit căreia subcontractantul ... se află într-una din situațiile de excludere prevăzute de art. 165 din Legea nr. 98/2016. De asemenea, contestatoarea apreciază că o eventuală excludere a societății sale, motivat de incidența unui caz de excludere a unui subcontractant, fără a-i solicita înlocuirea acestui subcontractant, ar reprezenta o măsură abuzivă, aflată în totală opoziție și contradicție atât cu Directiva, cât și cu legislația internă care reglementează obligația autorității contractante de a solicita înlocuirea subcontractantului aflat în oricare dintre cazurile de excludere.

... SpA învederează, în final, faptul că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, și-a exprimat, în mod neechivoc, încă o dată disponibilitatea de a înlocui subcontractantul ...SA, pentru partea de lucrări pe care acesta urma să le execute, cu subcontractantul ...SRL, care va executa și această parte de lucrări, pe lângă cea deja încredințată și asumată, depunând, totodată, și pentru ...SRL, documente justificative actualizate.

Având în vedere cele mai sus menționate, contestatoarea solicită admiterea contestației sale, astfel cum aceasta a fost formulată.

În dovedire, ... SpA a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Având în vedere contestația formulată de ... SpA, Consiliul, prin adresa nr. 18803/894 C5/21.05.2019, în temeiul art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a solicitat contestatoarei să transmită, în termen de 3 zile de la data primirii adresei, sub sancțiunea respingerii contestației, ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul prevăzut de lege, cu precizarea că modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A., Trezoreria Statului sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC. De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a mai solicitat comunicarea dovezii înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu, în conformitate cu art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă ... SA a remis, prin adresa nr. 92/36822/28.05.2019, înregistrată la Consiliu sub nr.

19744/28.05.2019, o parte din documentele din dosarul achiziției publice.

... SpA a răspuns solicitării CNSC nr. 18803/894 C5/ 21.05.2019, prin adresele înregistrate la Consiliu sub nr. 19460/ 27.05.2019, respectiv, sub nr. 19944/29.05.2019, depunând recipisa de consemnare nr. 205480376/1 din 27.05.2019, emisă de CEC Bank – Sucursala Piața Victoriei, în sumă de 220.000 lei, respectiv, dovada înaintării către autoritatea contractantă a contestației depusă la Consiliu.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 20045/30.05.2019, ... LTD a solicitat comunicarea dacă „veți respinge ca tardivă contestația formulată de ... SpA /.../, în vederea depunerii de către noi a unei eventuale cereri de intervenție", fapt pentru care, CNSC, prin adresa nr. 20454/893 C5/03.06.2019, a informat-o că are posibilitatea de a formula cerere de intervenție, cu respectarea dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, soluționarea excepției tardivității contestației formulată de ... SpA, invocată de societatea sa într-o eventuală cerere de intervenție urmând să fie soluționată de Consiliu prin decizie, potrivit art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

... SpA a transmis susțineri față de cererea de mai sus formulată de ... LTD, prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 20247/31.05.2019, considerând că ... LTD nu are calitate de parte în dosarul în care a formulat cererea, prin urmare, aceasta neputând fi analizată, solicitând astfel să nu fie luată în considerare.

De asemenea, ... SpA susține că cererea sa introductivă este formulată în termen, în sensul că actul atacat pe care îl contestă este primit la data de 10.05.2019, iar contestația a fost transmisă prin serviciile poștale, la data de 20.05.2019.

Punctul de vedere al ... referitor la contestația formulată de ... SpA a fost transmis prin adresa nr. 92/35613/04.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 20759/04.06.2019.

Autoritatea contractantă aduce la cunoștință că a solicitat clarificări ... SpA referitoare la prezentarea de documente suport justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, atât pentru societatea sa, cât și pentru subcontractanții declarați în Formularul DUAE, precizându-i totodată că, la întocmirea răspunsului la clarificare, trebuie să țină cont de faptul că membrii comisiei de evaluare au constatat, pentru subcontractantul ...SA, următoarele:

- se află în situația prevăzută la art. 165 alin. (1), drept urmare nu poate fi înlocuit datorită faptului că nu se află in situațiile prevăzute la art. 170 alin. (2) și nici în cele prevăzute la art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016;

- se regăsește într-una din situațiile de excludere prevăzute în Legea nr. 98/2016 la art. 165 alin. (1).

Autoritatea contractantă arată că în cadrul răspunsului la clarificări, contestatoarea a precizat că, în opinia sa, în situația subcontractantului ...SA, au devenit incidente prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, precum și disponibilitatea înlocuirii cu subcontractantul ...SRL.

Având în vedere răspunsul contestatoarei, autoritatea contractantă învederează că membrii comisiei de evaluare au consemnat analiza cu privire la înlocuirea subcontractantului ...S.A, astfel:

- nu va solicita înlocuirea acestui subcontractant, întrucât la acest moment și având la bază documentele transmise (Certificatul de atestare fiscală nr. 28595/14.05.2019, Decizia de modificare a deciziei de eșalonare la plată a obligațiilor fiscale nr. 43596/13.05.2019 și „Decizia de eșalonare la plată a obligațiunilor nr. 43596/13.05.2019") a demonstrat că nu se află în situația prevăzută la art. 165 alin. (1) și nici în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, art. 167 din Legea nr. 98/2016;

- legislația în domeniul achizițiilor publice prevede două momente în care subcontractanții propuși pot fi înlocuiți, respectiv, situația în care subcontractanții sunt numiți inițial prin ofertă, cât și situația în care subcontractanții sunt propuși pe durata executării contractului de achiziție publică;

- prin prevederile art. 55 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 a fost păstrată obligația generală ca ofertanții să indice în cadrul ofertelor partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze și datele de identificare ale subcontractanților propuși;

- sunt câteva aspecte comune numirii subcontractanților, indiferent dacă aceștia sunt numiți la depunerea ofertelor sau pe durata executării unui contract de achiziție publică, și anume: subcontractanții propuși nu trebuie să se afle într-unul dintre cazurile de excludere; subcontractanții propuși trebuie să facă dovada că dețin capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv;

- în cazul în care subcontractantul propus nu îndeplinește oricare dintre cerințele menționate mai sus, în temeiul art. 170 alin. (2) și art. 174 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului să înlocuiască o singură dată subcontractantul în cauză cu un alt subcontractant care să nu se afle într-unul dintre cazurile de excludere și care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv. Referitor la opțiunea legiuitorului comunitar de a permite înlocuirea unui subcontractant, pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, se poate aprecia că a intenționat să dea prioritate principiului concurenței între operatorii economici, pe de o parte, și principiului proporționalității în adoptarea unei măsuri, pe de altă parte.

Astfel, autoritatea contractantă subliniază că, în situația în care ofertantul va dori înlocuirea subcontractantului ...SA, legislația în domeniul achizițiilor publice prevede posibilitatea introducerii unui/unor nou/noi subcontractant/subcontractanți pe parcursul derulării contractului, cu respectarea condițiilor prevăzute la art. 218 și art. 219 din Legea nr. 98/2016, precum și a celor prevăzute în cadrul Secțiunii 1 a Capitolului IV din Anexa la HG nr. 395/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă face trimitere la prevederile art. 156, art. 159 și art. 160 din HG nr. 395/2016, subliniind, totodată, faptul că subcontractarea unei părți din contract nu are ca efect

diminuarea răspunderii operatorului economic declarat câștigător în ceea ce privește modul de îndeplinire a respectivului contract de achiziție publică, urmând ca acesta să rămână obligat în întregime față de autoritatea contractantă și să răspundă față de aceasta în situația neîndeplinirii/îndeplinirii necorespunzătoare a obligațiilor contractuale asumate, suportând consecințele stipulate prin contract.

... subliniază că, în cazul în care ... SpA va dori înlocuirea subcontractantului ...SA, în soluționarea contestației trebuie să se rețină următoarele aspecte:

– să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică;

– să se realizeze cu acordul prealabil al autorității contractante;

– subcontractantul propus să nu se afle într-una dintre situațiile de excludere reglementate prin legea achizițiilor publice; în situația în care subcontractantul propus se află într-una dintre situațiile de excludere, acesta va fi înlocuit;

– subcontractantul propus să facă dovada deținerii resurselor/ capabilităților corespunzătoare părții lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Astfel, autoritatea contractantă concluzionează că, în acest stadiu al derulării procedurii de evaluare și având la bază documentele transmise de către ... SpA pentru subcontractantul ...SA, nu au fost identificate motive din care sa rezulte că acesta s-ar afla în situațiile prevăzute la art. 170 alin. (2) și nici în cele prevăzute la art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca inadmisibilă, neîntemeiată, nefondată și lipsită de obiect.

... LTD a răspuns la solicitarea CNSC nr. 20454/893 C5/03.06.2019, prin corespondența transmisă prin e-mail, înregistrată la Consiliu sub nr. 21111/06.06.2019, comunicând faptul că nu va formula cerere de intervenție.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 21325/07.06.2019, ... SpA a transmis susțineri față de punctul de vedere al autorității contractante, prin care a considerat că ... a oferit o interpretare restrictivă şi abuzivă textelor art. 170 alin. (2) şi ale art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea menționează că la momentul la care a depus contestația, nu avea cunoștință despre cum va aprecia ... documentele transmise pentru ..., prin urmare, dacă ... aprecia că acestea nu ar fi fost suficiente, iar societatea sa nu ar fi contestat solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă ar fi constatat incidenţa cazului de excludere faţă de subcontractantul ..., nu ar fi solicitat înlocuirea acestuia dată fiind interpretarea proprie eronată a dispoziţiilor legale anterior menţionate, iar oferta sa ar fi fost exclusă din procedură, fără ca, ulterior, societatea sa să mai aibă dreptul de a contesta excluderea în contextul în care nu ar fi contestat anterior solicitarea de clarificare.

Astfel, contestatoarea consideră că necesitatea contestaţiei se menţine în prezent:

- obiectul contestaţiei există, câtă vreme solicitarea de clarificare nu a fost anulată, prin urmare, excepţia pretinsei lipse de obiect a contestaţiei se impune a fi respinsă;

- excepţia inadmisibilităţii contestaţiei este nemotivată, impunându-se a fi respinsă în consecinţă, societatea sa neputând formula apărări generale, fără a cunoaşte fundamentul, motivele şi respectiv, temeiul invocării unei astfel de excepţii;

- ... justifică în continuare un interes actual în soluţionarea primului petit al contestaţiei prin care a solicitat: anularea parţială a solicitării de clarificare în partea referitoare la refuzul ... de a înlocui subcontractantul ....

De asemenea, contestatoarea învederează că interesul său în cenzurarea punctului de vedere eronat al ... este justificat şi prin prisma următoarei situaţii posibil a se produce; oferta ... este desemnată câştigătoare şi contestată sub aspectul incidenţei cazului de excludere în privinţa subcontractantului .... CNSC sau instanţa de judecată, învestiţi fiind cu soluţionarea unei astfel de contestaţii, vor analiza documentele depuse pentru ... anexat răspunsului la solicitarea de clarificare. În ipoteza în care organul de soluționare a acestei contestații ar aprecia că documentele transmise pentru ... nu ar fi suficiente şi ar constata incidenţa cazului de excludere, contestaţia ar fi admisă, iar ... ar urma să excludă oferta ..., dat fiind că, prin Solicitarea de clarificare ... fusese deja informată cu privire la faptul că un subcontractant aflat în situaţia de excludere prevăzută la art. 165 din Legea nr. 98/2016 nu ar putea fi înlocuit.

Prin urmare, contestatoarea consideră important ca, în prezenta cauză, CNSC să constate caracterul nelegal şi netemeinic al interpretării oferite de către ... dispoziţiilor art. 170 alin. (2) şi ale art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 şi să confirme că, inclusiv subcontractantul aflat în cazul de excludere prevăzut la art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 poate fi înlocuit.

În ceea ce privește precizările ..., în sensul că ... nu se află în vreunul din cazurile de excludere prevăzute de Legea nr. 98/2016, contestatoarea face precizarea că nu mai justifică un interes actual în soluţionarea celui de-al doilea petit al contestaţiei prin care s-a solicitat „obligarea ... la a solicita subscrisei şi, respectiv, a accepta înlocuirea subcontractantului ... cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situaţia în care ... apreciază că acest subcontractant se află în unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016”. Astfel, situaţia premisă pentru admiterea acestui celui de-al doilea petit al contestaţiei nu mai există, dat fiind că ... a confirmat, în mod expres, faptul că ... nu se află în vreun caz de excludere.

Prin adresa nr. 21648/893/894 C5/10.06.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să transmită, în completarea adreselor nr. 92/36616/ 27.05.2019 și nr. 92/36822/28.05.2019, înregistrate la Consiliu sub nr. 19553/27.05.2019 și nr. 19744/28.05.2019, formularele DUAE depuse de asocierea ... LTD - SC ...SRL - ... SA și de ... SpA (inclusiv cele ale subcontractanților acestuia), acordurile de subcontractare încheiate

între ... SpA și subcontractanții propuși, precum și documentele primite/întocmite până la decizia nr. 509/C5/380/ 386 din 02.04.2019. Consiliul i-a precizat faptul că, urmare a formulării de către ... SpA a plângerii împotriva Deciziei CNSC nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, dosarele nr. 380/2019 și nr. 386/2019 se află la Curtea de Apel București (Dosar nr. 2189/2/2019), iar ..., prin adresa nr. 92/36616/27.05.2019, a înaintat pentru dosarele nr. ... și nr. ... doar documentele întocmite de comisia de evaluare după primirea deciziei nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și înregistrată la Consiliu sub nr. 22164/13.06.2019, ... a remis procesul verbal nr. 16, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13B/ 2398/20.03.2019.

Prin adresa nr. 92/40553/14.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 22413/14.06.2019, ... a remis, parțial, documentele solicitate de către Consiliu prin adresa nr. 21648/893/894 C5/10.06.2019 iar prin adresa nr. 22788/19.06.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), a remis documente ce fac parte din dosarul achiziției publice, respectiv solicitarea de clarificări nr. 13B/2399/20.03.2019 adresată ... SpA și răspunsul aferent acesteia din data de 29.03.2019

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail) la data de 03.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 25109/03.07.2019, autoritatea contractantă a transmis procesul verbal nr. 19, observațiile ANAP la acesta și răspunsul ANAP la aceste observații.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), de două ori, înregistrată la Consiliu sub nr. 25102/03.07.2019 și nr. 25130/03.07.2019, contestatoarea a transmis decizia de menținere a eșalonării obligațiilor fiscale nr. 43193/10.04.2019.

Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că ... SPA și asocierea ... ... LTD – ...SRL – ... ... SA au solicitat acces la dosarul cauzei.

În vederea soluționării prezentelor contestații, la dosarul cauzei nu au fost depuse propunerile tehnice și financiare ale contestatoarelor, ci doar, DUAE-urile depuse de ... SPA și de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA, precum și, parțial, documentele de calificare depuse de acestea în procedură, astfel că, CNSC, a decis să pună la dispoziția contestatoarei ... SPA, în vederea studiului, conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție autostrada Sibiu - Pitești, Secțiunea 5 Curtea de Argeș – Pitești km 92+600 – 122+950”, coduri CPV 45233110-3 (Rev. 2), 45221111-3 (Rev. 2) și 71322500-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru depunerea ofertelor la 18.10.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel

mai bun raport calitate-preț” și o valoare estimată de 1.834.035.567,66 lei, fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 8 operatori economici, printre care și asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA și ... SpA așa cum rezultă din tabelul cu datele de identificare de ofertanților și erata la acesta, publicate de autoritatea contractantă în SEAP la data de 30.10.2017, respectiv 02.11.2017.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a soluționat următoarele contestații:

- contestația formulată de SC ... SRL împotriva documentației de atribuire, prin Decizia nr. 2824/C2/3779 din 26.10.2017, Consiliul respingând contestația ca inadmisibilă;
- contestația formulată de Asocierea ... S.p.A. – SC ... SRL împotriva rezultatului etapei de verificare DUAE, prin Decizia nr. 102/C5/4683 din 11.01.2018, Consiliul respingând ca nefondată, contestația;
- contestația formulată de ... SpA împotriva deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei sale și contestația formulată de asocierea ... LTD – SC ...SRL - ... SA, prin SC ...SRL împotriva comunicării privind evaluarea documentelor justificative DUAE, prin Decizia nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, Consiliul dispunând următoarele:

*„Ia act de renunțarea la contestația formulată de ... SPA (**Dosar nr. 380/2019**), în contradictoriu cu ... SA, în calitate de autoritatea contractantă.*

Respinge ca prematură solicitarea ...SPA de restituire a cauțiunii constituită pentru soluționarea contestației care a făcut obiectul dosarului nr. 380/2019.

*Respinge, ca nefondate, excepțiile lipsei calității procesuale de folosință active, a lipsei calității procesuale active a asocierii ... . LTD – ...SRL – ... ...SA (**Dosar nr. 386/2019**), invocate de intervenientă.*

*Admite contestația formulată de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA (**Dosar nr. 386/2019**), în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... SA, anulează, în parte, procesul verbal nr. 13B/410/17.01.2019 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA și la stabilirea clasamentului și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze oferta depusă de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA, cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.*

*Respinge ca rămasă fără obiect cererea de intervenție formulată de ... SpA (**Dosar nr. 380/2019**).*

*Respinge cererea de intervenție formulată de ... SpA (**Dosar 386/2019**)”.*

Această decizie a fost atacată cu plângere, de către ... SpA, la Curtea de Apel București, sens în care a fost constituit dosarul nr. 2189/2/2019. Prin Decizia CNSC nr. 270/2019 din 07.06.2019, instanța a respins, ca nefondată, plângerea.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că după primirea Deciziei nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, aceștia au procedat la reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... .

LTD – ...SRL – ... ...SA [în legătură cu care a reținut, în cadrul procesului verbal nr. 18, înregistrat sub nr. 13B/3917/10.05.2019, că aceasta trebuie exclusă, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016] și au procedat la verificarea documentelor justificative DUAE depuse de ... SpA (în legătură cu care au decis, în cadrul procesului verbal nr. 18, înregistrat sub nr. 13B/3917/10.05.2019, că este necesară transmiterea unei solicitări de clarificări).

Nemulțumite de aceste decizii ale autorității contractante, comunicate prin adresele nr. 13B/3923/10.05.2019 și, respectiv, nr. 13B/ 3918/10.05.2019, asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA și ... SpA, au depus contestațiile care formează obiectele dosarelor nr. ... și nr. ....

Din documentele depuse la dosarul cauzei de către asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA (dosar ...) rezultă că autoarea contestației a respectat dispozițiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19079/23.05.2019, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205471343/1 din 22.05.2019, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 220.000 RON.

Din documentele depuse la dosarul cauzei de către ... SpA rezultă că autoarea contestației a respectat dispozițiile art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19460/27.05.2019, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205480376/1 din 27.05.2019, eliberată de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 220.000 RON.

Raportat la dispozițiile legale incidente, recipisele de consemnare se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 C. proc. civ. [*„(1) Cauţiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauţiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia* ***cel îndreptăţit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauţiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmăreşte obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviinţarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”*], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [*„(5) Cauţiunea depusă se restituie, la cerere, după soluţionarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (6) Cauţiunea se restituie celui care a depus-o,* ***nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii*** *sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire şi/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanţa, după caz, se pronunţă asupra cererii de restituire a cauţiunii cu citarea părţilor, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanţa ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*”].

În ceea ce privește contestația formulată de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA care face obiectul Dosarului nr. ..., Consiliul constată următoarele:

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ... SpA în dosarul nr. ..., depusă în original la data de 29.05.2019 și înregistrată la CNSC sub nr. 19943/29.05.2019, Consiliu constată că aceasta a fost formulată cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație*"], în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația formulată de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA la data de 20.05.2019, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 30.05.2019. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Consiliul apreciază că această cerere prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie, deoarece în prezenta cauză ... SpA urmărește menținerea deciziei autorității contractante de a respinge oferta asocierii ... . LTD – ...SRL – ... ...SA.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 şi art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ... SpA are calitatea de ofertant, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA și menținerea deciziei autorității contractante de excludere a asocierii contestatoare, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție accesorie.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepția invocată de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației, pe care Consiliul o va respinge ca nesusținută, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a făcut niciun fel de susținere în legătură cu acest aspect.

Din conținutul contestației rezultă că aceasta vizează decizia autorității contractante de a exclude oferta sa, în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016, ca urmare a considerării răspunsului din data de 25.04.2019 la solicitarea de clarificări, ca fiind neconcludent, întrucât prin dovezile furnizate nu s-a demonstrat, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

În analizarea prezentei contestații, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele considerente ale Deciziei definitive nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019:

«Analizând conținutul fișei de date a achiziției, III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, Consiliul apreciază ca fiind relevante speței următoarele cerințe stabilite de autoritatea contractantă:

„Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor/ cerințelor de calificare se vor prezenta: (...)

III. Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016.

În acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAE - Partea III «Motive de excludere» - Secțiunea C «Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale».

(...)

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, următoarele documente edificatoare care probează/ confirmă neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 de mai sus, atât pentru Ofertantul unic/Ofertantul asociat cât și pentru Subcontractantul/ Terțul susținător declarați în ofertă:

- certificate, caziere, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 167 alin. (2) și art. 171 din Legea 98/2016 (...)

Nota 5: Autoritatea Contractantă va exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natura să atragă excluderea din procedura de atribuire".

Din conținutul DUAE-ului depus de ...SRL, rezultă că, în referire la „Motivele de excludere" (partea III), la secțiunea C - „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale", ...SRL a bifat opțiunea „NU" atât la întrebarea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele achiziției", cât și la întrebarea „Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?".

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, potrivit mențiunilor din procesul verbal nr. 13, înregistrat sub nr. 13B/710/30.01.2019, după respingerea ofertei depusă de asocierea ...SPA – ..., autoritatea contractantă a aplicat criteriul de atribuire și a constatat că oferta depusă de asocierea ... . LTD – ...SRL – ... ...SA este „admisibilă și clasată pe primul loc", însă, întrucât „Comisia de evaluare se află în stadiu de așteptare a răspunsului Direcției de specialitate din cadrul ... SA privind modificările aduse prin Acordul de mediu care ar putea avea implicații prin raportare la prevederile Cerințelor Beneficiarului incluse în Documentația de atribuire pusă la dispoziția tuturor operatorilor economici la momentul lansării procedurii de achiziție, precum și asupra ofertelor depuse de ofertanți în cadrul procedurii, comisia de evaluare a decis în temeiul prevederilor art. 167 din Legea nr. 98/2016, să verifice în cadrul platformei SEAP (www.e-licitatie.ro) - rubrica «Documente constatatoare», existența unor documente constatatoare.

Astfel, în urma interogării platformei SEAP, pentru operatorul economic ...SRL, Comisia de evaluare a identificat un document constatator emis pentru neîndeplinirea în mod corespunzător a contractului, după cum urmează:

1 - Document constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA pentru Asocierea ... SpA (fosta ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L., acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări «Proiectarea și execuția Autostrăzii Braşov - Tg. Mures - Cluj - Oradea, Sector 3A: Cluj Vest (Gilău) - Mihăiești, km 0+000 - km 25+500, Tronson 3A2, km 8+ 700 - 25+500».

În cadrul documentului se menționau următoarele:

[...] 8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător: NU.

Motivații:

8.1 Eventuale litigii și modul lor de soluționare: DA

Au fost formulate revendicări de către Beneficiar în baza Sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] din Condițiile Speciale ale Contractului, și de către Antreprenor în baza Sub-clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] din Condițiile Speciale.

Beneficiarul a transmis, în urma stabilirii modului de soluționare de către Inginer în baza Sub-clauzei 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Generale, următoarele facturi de penalități:

- nr. 1700000007/29.03.2017 în valoare de 40.000 lei pentru înlocuirea personalului cheie - factura a fost plătită la data de 24.04.2017;

- nr. 1700000015/14.07.2017 în valoare de 6.600.000 lei, pentru neîndeplinirea punctelor de referință 1, 2 si 3 - neplătită până la data prezentei.

Până în prezent nu au fost demarate proceduri prevăzute în Sub-clauza 20.4 [Obținerea Deciziei Comisiei de Adjudecare a Disputelor] sau în Sub-clauza 20.6 [Arbitrajul] din Condițiile Speciale ale Contractului.

8.2 În executarea obligațiilor contractuale, Antreprenorul a încălcat prevederile contractului de Lucrări, după cum urmează:

Antreprenorul nu a soluționat cerința Înștiințării de remediere emise în temeiul prevederilor sub-clauzei 15.1 (Înștiințarea de remediere) din Condițiile Speciale ale Contractului de Lucrări.

Înștiințarea de remediere nr. B03A2/09-01/ADP/GD/17.0765 a fost emisă de către Inginer în data de 25.04.2017, pentru neexecutarea în termenul contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare.

- *obiectul înștiințării: neexecutarea în termen contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare;*

- termen acordat pentru remediere de către Inginer: 26.05.2017;

- prevederile Sub-Clauzei 8.3 [Ritmul Evoluției Lucrărilor];

- «întreaga activitate de proiectare să fie finalizată în termen de 180 de zile de la Data de începere» (07.10.2016);

- situația înștiințării de remediere.

Anexat adresei B03A2/659/DS/mp din 26.05.2017, Antreprenorul a transmis o documentație intitulată PT, PAC, DDE, completată ulterior cu documentație atașată adresei B03A2/679/DS/mp din 07.06.2017. Conform concluziilor Inginerului din Raportul de analiză atașat adresei nr. B0c0/20-03 AdP/SI/RP/17.7419 din 09.06.2017, documentația tehnică prezentată de Antreprenor prin cele două adrese nu poate fi asimilată unei documentații finale pentru niciuna din fazele PT, PAC sau DDE, considerând că aceasta nu poate fi înaintată spre analiză și aprobare în CTE - ....

Concluzie: Înștiințarea de Remediere nu a fost îndeplinită de către Antreprenor.

În consecință, situația de fapt pe care am consemnat-o mai sus se traduce în neexecutarea culpabilă a obligației Antreprenorului referitoare la activitatea de proiectare.

Slaba capacitate de management a Antreprenorului pentru îndeplinirea obligațiilor din cadrul Contractului privind activitatea de proiectare a fost semnalată printre altele și de inconsecvența informațiilor transmise de Antreprenor referitoare la activitățile aferente proiectării.

Înștiințarea de remediere nesoluționată, reprezintă în fapt, neîndeplinirea unei obligații contractuale semnificative de către Antreprenor, astfel cum aceasta a fost solicitată de către Inginer în baza Contractului, întrucât o obligație îndeplinită temporar sau parțial, nu echivalează cu o obligație îndeplinită corespunzător și în integralitate și, în consecință, poate conduce ulterior la consecințe asupra lucrărilor. Astfel, neîndeplinirea acestei obligații contractuale nu permitea desfășurarea și îndeplinirea ulterioară a celeilalte obligații semnificative, aceea de execuție a lucrărilor.

8.3 rezilierea contractului. DA

Prin actul nr. 92/55337/25.07.2017, în baza prevederilor Sub-clauzei 15.2 [Rezilierea Contractului de către Beneficiar] din Condițiile Speciale ale Contractului, C.N.A.I.R. S.A. a reziliat de plin drept Contractul nr. 92/30792/26.05.2016, fără vreo altă notificare prealabilă, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrate și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități.

Rezilierea contractului a operat în temeiul prevederilor Sub-clauzei 15.2 alin. (1) lit. a) din Condițiile Speciale ale Contratului de Lucrări:

«Beneficiarul va fi îndreptățit să rezilieze Contractul dacă Antreprenorul:

(a) nu reușește să respecte prevederile Sub-Clauzei 4.2 [Garanția de Bună Execuție sau cerințele unei înființări potrivit prevederilor Sub-Clauzei 15.1 [Înființarea de Remediere]»

Rezilierea și-a produs efectele odată cu emiterea notificării de reziliere, cu toate consecințele ce decurg din faptul rezilierii, respectiv începând cu data de 25.07.2017.

8.4 Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului: DA

C.N.A.I.R. S.A. a notificat Antreprenorul, Asocierea ... SpA (fosta ... S.p.A.) - SC .. SRL, în conformitate cu prevederile sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] cu privire la îndreptățirea sa la costurile suportate ca urmare a îndeplinirii în mod defectuos a obligațiilor contractuale de către Antreprenor, cât și din cauza rezilierii Contractului de Lucrări nr. 92/30792/26.05.2016, din culpa Antreprenorului, inclusiv, dar fără a se limita la acoperirea costurilor ce vor fi ocazionate de organizarea unei noi proceduri de achiziție publică referitoare la executarea proiectului de autostradă ce a făcut obiectul Contractului, precum și a costurilor rezultate ca efect al întârzierilor acumulate în realizarea proiectului, întârzieri datorate culpei Antreprenorului.

Prezentul document constatator a fost întocmit în 2 (două) exemplare, în conformitate cu prevederile art. 971 din HG nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a

prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

În vederea clarificării aspectelor incluse în Documentul Constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA, urmare verificărilor făcute Comisia de Evaluare a constatat că:

- *Operatorul economic [Asocierea ... SpA (fosta ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ..., prin care a solicitat suspendarea efectelor Documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de ... SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. 92/30782/26.05.2016 privind Proiectarea şi Execuția Autostrăzii Braşov - Tg. Mureş - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) - Mihăieşti - temei de drept: dispozițiile art. 14 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, constituindu-se astfel dosarul (...) 46400/3/2017.*

Prin Sentința civilă nr. 780/09.02.2018, Tribunalul București - Secția a II a de Contencios Administrativ a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe reclamanta Asocierea ... SpA - ...SRL a formulat recurs, iar prin Decizia civilă nr. 3875/25.06.2018 a respins recursul ca nefondat.

Astfel, Sentința civilă nr. 780/09.02.2018 pronunțată de București Secţia a II a de Contencios Administrativ prin care a respins cererea de suspendare a efectelor Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017 este definitivă.

- *Operatorul economic [Asocierea ... SpA (fosta Impresii Costruzioni Giuseppe Maltauro S.pA.) - S.C. ...S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ... care a avut ca obiect emitere ordonanță preşedinţială prin care a solicitat suspendarea efectelor Documentului -Constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de ... SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. 92/30782/26.05.2016 privind Proiectarea și Execuția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) – Mihăiești - temei de drept: dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă constituindu-se astfel dosarul DOSAR 40774/3/2017.*

Prin Sentința civilă nr. 6671/08.11.2018. Tribunalul București - Secția a II a de Contencios Administrativ a luat act de renunțarea la judecată din partea reclamantei Asocierea ... SpA – S.C. ...S.R.L.

- *Operatorul economic [Asocierea ... SpA (fosta ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ... prin care a solicitat anularea Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de ... SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. 92/30782/26.05.2016 privind Proiectarea şi Execuţia Autostrăzii Braşov Tg. Mureş - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) – Mihăești – temei de drept: dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă, constituindu-se astfel dosarul (...) 49597/3/2017.*

Prin Sentința civilă nr. 5807/28.09.2018, Tribunalul București - Secția a II a de Contencios Administrativ a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe reclamanta Asocierea ... SpA - ...SRL a formulat recurs. ... SA a formulat întâmpinare la cererea de recurs prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat, menținerea ca temeinică şi legală a Sentinței civile nr. 5807/28.09.2018, pronunțată de Tribunalul București - Secția a II a de Contencios Administrativ.

CONCLUZIE FINALĂ:

Având în vedere:

- *prevederile documentului constatator 57866/07.08.2017 emis de ... SA*
- *că reclamanta nu a obținut suspendarea efectelor Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017, iar acest document își produce efectele prevăzute de lege.*
- *De asemenea, prin Sentința civilă nr. 5807/28.09.2018, Tribunalul Bucureşti - Secţia a II a de Contencios Administrativ, a statuat, cu autoritate de lucru judecat provizorie că Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017 este legal emis.*
- *prevederile formularului DUAE depus pentru asociații S.C. ...S.R.L în cadrul căreia la:*

- partea III «Motive de excludere» - secțiunea C «Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale» - subsecțiunea «Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele achiziției» ați bifat «NU»

- partea III «Motive de excludere» - secțiunea C «Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale» - subsecțiunea «Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?» ați bifat «NU»

prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice «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 îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publice, al unui contract de achiziție 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»,

• prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice «În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii ...lizării conform destinației prevăzute în contract».

Oferta depusă de ... . Ltd. - ...SRL - ... ...SA va fi EXCLUSĂ din procedura de atribuire în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 cu completările si modificările ulterioare (Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire)".

Din conținutul informațiilor publicate în SEAP în legătură cu documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 (nr. SEAP 88241), rezultă că acesta a fost emis de ... SA pe numele „... SPA" și vizează contractul nr. 92/30792 din 26.05.2016, reziliat la data de 25.07.2017.

Pe de altă parte, din conținutul documentul constatator nr. 57866/07.08.2017, emis în legătură cu asocierea ... SpA - ...SRL, rezultă, printre altele, că motivul rezilierii contractului nr. 92/ 30792/26.05.2019, l-a reprezentat încălcarea prevederilor contractului, în sensul nesoluționării cerinței unei Înștiințări de remediere emisă de către Inginer în data de 25.04.2017 și pentru neexecutarea în termenul contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare.

Din probatoriul administrat de contestatoare la dosarul cauzei rezultă, printre altele, următoarele:

- între ... SPA și SC ...SRL (reprezentat prin dl. ...) a fost încheiat acordul de asociere autentificat la notar la data de 17.12.2015, având ca obiect „Proiectarea și construcția autostrăzii Brașov – Târgu Mureș – Cluj – Oradea, Sector 3A: Cluj Vest (Gilău) – Mihăilești, km 0+000 – km 25+500, tronson 3AA2, km 8+70 – km 25+500", pentru Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România (Beneficiar), din conținutul căruia rezultă că cota de participare a SC ... SRL în cadrul asocierii a fost de 2,8%;

- asocierea ... SPA - SC ...SRL a încheiat cu Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România contractul nr. 92/0792/26.05.2016, având ca obiect „Proiectarea și construcția autostrăzii Brașov – Târgu Mureș – Cluj – Oradea, Sector 3A: Cluj Vest (Gilău) – Mihăilești, km 0+000 – km 25+500, tronson 3AA2, km 8+70 – km 25+500";

- prin adresa nr. BO3A2/142/DS/mp din 19.10.2016, transmisă autorității contractante, ... Spa a înaintat propunerea privind înlocuirea d-lui ..., propus pentru poziția de Șef Echipa proiectare, cu dl. ...;

- prin actul adițional nr. 2 la acordul de asociere, autentificat la notar la data de 08.03.2017, s-au modificat cotele de participare la asociere, cota aferentă SC ... SRL reducându-se la 0,01%;

- din conținutul adresei nr. 17.7464/26.06.2017 înregistrată la ... SA sub nr. 45839/26.06.2017, transmisă de ..., reprezentant al Beneficiarului, către asocierea ... SPA – ...SRL, în legătură cu activitatea de proiectare, rezultă că „inginerul se declară în profund dezacord cu opinia antreprenorului (...) Lipsa totală de experiență a șefului echipei de proiectare în coordonarea de activități similare complexe și cu activități interdependente, excluderea totală din cadrul elaborării proiectării a asociatului specializat în activitatea de proiectare din cadrul asocierii";

- din conținutul adresei nr. 17.7508/14.07.2017, înregistrată la ... SA sub nr. 52508/14.07.2017, transmisă de ..., reprezentant al Beneficiarului, către asocierea ... SPA – ...SRL, în legătură cu activitatea de proiectare, rezultă: „înlocuirea persoanei aprobate de către beneficiar la nivel de ofertă, pentru poziția de Șef Echipă Proiectare (dl. ...), s-a făcut în urma solicitării antreprenorului transmisă prin intermediul adresei ... 142 din 19.10.2016, pentru care inginerul și-a exprimat acordul prin adresa BO3A2/09-01/PB/GD/16.0637 din 03.11.2016"; „În urma celor descrise mai sus, Inginerul a consemnat situația în care membrii ai echipei de proiectare au verificat/aprobat elementele proiectate de către Șeful echipei de proiectare și faptul că dl. ... nu pare să fi avut vreun aport în activitatea de proiectare desfășurată".

Analizând decizia membrilor comisiei de evaluare de excludere a ofertei contestatoarei în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, prin raportare la mențiunile din cadrul DUAE-ului depus de ...SRL, la prevederile documentației de atribuire și la dispozițiile legale în domeniu, Consiliul constată că aceasta este eronată.

Astfel, Consiliul constată că, urmare a demersurilor întreprinse de autoritatea contractantă, respectiv consultarea platformei SEAP, aceasta s-a aflat în posesia unor informații contradictorii care vizează motivele legate de abateri profesionale, după cum urmează:

- pe de o parte, din conținutul informațiilor menționate în cadrul DUAE-ului depus de ...SRL, rezultă că, în legătură cu motivul de excludere în discuție, acesta a bifat căsuța „Nu";

- pe de altă parte, din demersurile autorității contractante a rezultat că pentru asocierea ... SpA - ...SRL, din care a făcut parte deci ...SRL a fost emis, de ... SA, documentul constatator înregistrat la emitent sub nr. 57866/07.08.2017.

Aceste neclarități sesizate de autoritatea contractantă între informațiile furnizate de contestatoare și cele obținute din accesarea platformei SEAP, nu au fost clarificate de autoritatea contractantă, în speță, aceasta neaplicând dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Ori, potrivit art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi 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 credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire", textul de lege nefăcând distincție în funcție de tipul emitentului documentului constatator (chiar autoritatea contractantă organizatoare a procedurii de atribuire sau altă autoritate contractantă).

*Astfel, **Consiliul constată că,** prin neaplicarea dispozițiilor legale imperative citate anterior, respectiv **prin neanalizarea argumentelor prezentate de către ...SRL în cuprinsul contestației sale și a susținerilor aferente acesteia, autoritatea contractantă nu a permis contestatoarei, despre a cărei ofertă a constatat că se află într-una din situațiile prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016, să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.***

Astfel, Consiliul apreciază că decizia autorității contractante trebuie să se bazeze pe o analiză reală a circumstanțelor concrete care au condus la rezilierea contractului care a făcut obiectul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, prin aprecierea culpei ... SRL în executarea acestui contract, în condițiile în care din documentul constatator nu rezultă, cu evidență, cupla gravă și evidentă a contestatoarei în executarea contractului, aceasta susținând, în cadrul contestației și depunând o serie de documente prin care susține că nu a fost implicată în partea de proiectare a contractului nr. 92/ 30792/26.05.2019, aspecte care nu au fost analizate de autoritatea contractantă, fiind încălcat dreptul efectiv al ofertantului de a beneficia de o explicație fundamentată sub aceste aspecte. În acest sens sunt și considerentele Curții de Apel București din cadrul Deciziei nr. 3011 din 29.06.2017 emisă într-o speță similară.

Numai după aplicarea dispozițiilor prevăzute de art. 209 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate stabili măsura în care dovezile furnizate sunt sau nu suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității ofertantului.

Față de cele reținute anterior, Consiliul constată că aspectele sesizate de contestatoare sunt întemeiată, contestația urmând să fie admis».

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, ulterior primirii deciziei Consiliului nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, a fost întocmit procesul verbal nr. 17, înregistrat sub nr. 13B/ 3338/18.04.2019, în cadrul căruia, comisia de evaluare a stabilit necesitatea transmiterii unei solicitări de clarificări asocierii ... . LTD – ...SRL – ... ...SA.

În acest sens, prin adresa nr. 13B/3338/18.04.2019, transmisă asocierii ... . LTD – ...SRL – ... ...SA, autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

«Având în vedere cele constatate de către Consiliu în cadrul Deciziei CNSC nr. 509/C5/380/386 din data 02.04.2019 comunicată ... la data 09.04.2019, precum și informațiile și documentele aflate în posesia Comisiei de evaluare, respectiv:

1. Documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA pentru Asocierea ... SpA (fosta ... SpA) - S.C. ...S.R.L prin liderul asocierii ... SpA, acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări „Proiectarea și execuția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sector 3A: Cluj Vest (Gilău) - Mihăiești, km 0+000 - km 25+500, Tronson 3A2, km 8+700 - 25+500" (contract nr. 92/ 30792/26.05.2016).

2. Informațiile din cadrul formularului DUAE depus pentru asociatul S.C. ...S.R.L în cadrul căreia la:

- partea III „Motive de excludere - secțiunea C <Motive legate de insolventa, conflict de interese sau abateri profesionale> - subsecțiunea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele achiziției" ați bifat „NU";

- partea III „Motive de excludere" - secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale" - subsecțiunea „Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?" ați bifat „NU";

3. prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „(...)";

4. prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „(..)";

Comisia de evaluare a stabilit că este necesară transmiterea următoarei solicitări de clarificare:

Având în vedere:

- *că în cadrul Formularului DUAE partea III „Motive de excludere" - secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale" - subsecțiunea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? [...]" ați bifat „NU"*
- *Informațiile din Documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA pentru Asocierea ... SpA (fostă ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L,*

Comisia de evaluare, solicită ofertantului să clarifice informația furnizată în cadrul formularului DUAE având în vedere că informațiile din Documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările si modificările ulterioare".

Contestatoarea a răspuns acestei solicitări, postând în SEAP, la data de 25.04.2019, după cum urmează:

«În cadrul formularului DUAE depus pentru Asociatul ...SRL acesta a indicat că NU se încadrează în motivele de excludere detaliate în partea III secțiunea C, respectiv nu se face vinovată de abateri profesionale grave și nu i-au fost impuse daune interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu un contract anterior reziliat.

Motivul pentru care ambele situații descrise în formularul DUAE au fost completate cu „NU" este că ...SRL NU se regăsește în vreuna din aceste situații. ...SRL nu și-a încălcat nici grav, nici repetat obligații principale ce îi reveneau, ceea ce să fi dus la încetarea anticipată a unui contract, plata de

daune interese sau alte sancțiuni comparabile, respectiv ...SRL NU se încadrează în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Referitor la Documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 în care se regăsește și numele ...SRL ca membru în Asocierea ... SpA (fosta ... SpA) - ...SRL facem următoarele precizări:

...SRL a participat în calitate de asociat, împreună cu ... SPA ca Lider al asocierii la procedura de achiziție „Proiectarea și execuţia Autostrăzii Braşov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Sector 3A". În conformitate cu Acordul de Asociere depus și autentificat toate activitățile contractului, inclusiv proiectarea, urmau a se desfășura în comun, cotele inițiale de participare ale Asociaților conform Acordului de Asociere fiind: ... SPA (Lider al Asocierii) - 97,2% ...SRL - 2,8%. Totodată, în cadrul ofertei a fost indicat ca Şef al Echipei de Proiectare dl. ..., din partea ...SRL.

În data de 26.05.2016 s-a semnat cu compania dvs. (... SA) contractul nr. 92/30792/26.05.2016 „Proiectarea și execuția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureș –Cluj – Oradea - Sector 3 A”.

Conform înștiințării inginerului nr. B03A2/09-01/PB/GD/16.0584 din 26.09.2016 data de începere a lucrărilor a fost stabilită ca fiind 07.10.2016.

După semnarea contractului și imediat după data începerii lucrărilor, liderul asocierii ... SpA, în virtutea poziției sale dominante (Lider și deținător al unei cote de 97,2%) a decis unilateral:

- *înainte de începerea activității de proiectare,*
- *înainte de Ședința de Management numărul 1 (14.10.2016) la care ...nu a participat,*
- *înainte ca ... să deruleze vreo activitate în contract,*

că serviciile de proiectare NU LE VA EXECUTA CU ASOCIATUL SPECIALIZAT ...ci cu alte surse proprii sau cooptate ulterior.

Astfel, ... SPA a decis unilateral, fără acordul ..., înlocuirea la data de 19.10.2016 a dlui. ... llie, Administrator ...SRL din funcția de Şef al echipei de proiectare cu o persoană desemnată unilateral (ANEXA 1), fapt sancționat de altfel de Beneficiar cu o penalitate de 40.000 lei, achitată de ... SPA. Aceasta a dus la eliminarea participării ...la activitățile contractului. În acest context, Liderul asocierii ... SPA a exclus participarea ...SRL de la activitățile contractului, mergând până la absența completă a oricărei informări cu privire la executarea acestuia.

Față de aceasta situație, ...SRL a făcut numeroase solicitări, inclusiv în scris prin e-mail către ... SpA ca situația să fie clarificată. Întrucât nu a primit nici un răspuns ferm și situația trena, iar informații despre derularea contractului nu se primeau, ...SRL a decis și solicitat ... SpA să legalizeze eliminarea sa din realizarea contractului, între Asociați fiind încheiat în forma autentificată de notar public un Act Adițional la Acordul de asociere (Anexa 2) prin care cotele de participare în contract au fost modificate la: ... SPA - 99,99%; ...SRL - 0,01%. ... ROM, înțelegând consecințele pe care le-ar avea retragerea completă din asociere, adică rezilierea contractului de construcție autostradă, a acceptat să rămână în asociere cu 0,01% chiar dacă nu desfășoară nici o activitate conform voinței liderului de asociere, voință aprobată de către Beneficiar.

În derularea ulterioară a contractului ... SA a constatat abateri, semnalate către ... SPA exclusiv, care nu a informat partenerul ... RO despre aceasta situație, iar acesta nu a întreprins nimic pentru a le remedia fapt ce a dus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități (și nu de daune - interese).

În rapoartele întocmite de INGINER (Compania ... Franţa, terță parte independentă) pentru supervizarea activităților s-a consemnat fără echivoc ca abaterile NU se datorează ...SRL, care a fost exclusă total din activitățile contractului și nici expertului său ..., de asemenea înlocuit din funcție. În sprijinul acestor afirmații vin următoarele probe:

- Adresa INGINERULUI nr. 177464/26.06.2017 înregistrată la ... SA în data de 26.06.2017 cu nr. 92/45839 (Anexa 3);

- Adresa INGINERULUI nr. 177508/14.07.2017 înregistrată la ... SA în data de 14.07.2017 cu nr. 92/52508 (Anexa 4).

Citățm din cele două rapoarte:

- (pag 4) referitor la cauza neconformităților constatate în activitatea ... „(...) excluderea totală din cadrul elaborării proiectării a asociatului specializat (nota noastră: ...SRL) în activitatea de proiectare din cadrul asocierii (...)";

- (pag 2) referitor la cauza neexecutării contractului de către ... „(...) înlocuirea persoanei aprobate de către Beneficiar la nivel de ofertă, pentru poziția de Șef Echipă Proiectare (dl. ...)";

- (pag 5) referitor la calitatea slabă a proiectării executate de către noii experți „(...) domnul ...nu pare să fi avut vreun aport la activitatea de proiectare desfășurată".

Subliniem faptul că situația ...SRL în acest contract este cunoscută la nivelul instituției dvs. (... SA) de către departamentele implicate în derularea Contractului nr. 92/30792/26.05.2016, documentele la care facem referire existând la acest dosar.

Nici un document aferent activităților de proiectare din cele în care s-au constatat neconformități NU a fost semnat de ...SRL ca întocmire sau avizare. La momentul depunerii documentelor pentru care s-au solicitat remedieri ...SRL nu avea experți implicați în contract, iar participarea sa la activități era inexistentă.

Rămânerea în contract cu o cota de 0,01% a fost decisă de ...SRL pe considerentul că o retragere totală ar fi dus la anularea contractului. Participarea la contract cu un procent infim a fost o decizie luată după cântărirea consecințelor retragerii din asociere, care ar fi dus la prejudicierea intereselor Beneficiarului.

...SRL nu avea de unde să cunoască la momentul când expertului său ...i-a fost impusă înlocuirea sau la momentul când s-a consfințit reducerea participării sale la 0,01% că ... SPA, liderul asocierii (Antreprenorul) ce a dorit să își asume întreaga realizare a contractului NU îşi va îndeplini obligațiile contractuale.

De altfel, ...SRL NU a fost informată de ... SA sau ... SPA despre emiterea documentului constatator nr. 57866/07.08.2017. Acest document constatator a fost publicat în SEAP DOAR pe numele ... SPA și cu codul fiscal al acestuia. La interogarea sistemului SEAP la data de 27.10.2017, cât și astăzi, după numele ...SRL sau după codul sau fiscal NU există rezultate (a se vedea Anexa 5 print screen SEAP cu documentul emis doar pe numele și codul fiscal al ... SPA).

Necomunicarea documentului constatator către ...SRL nici de către ... SA și nici de către ... SPA a pus-o în imposibilitatea atacării lui în termenul legal conferit de lege printr-o acțiune separată în care să clarifice situația. Acțiunile ce au fost promovate în justiție au fost realizate de Liderul Asocierii - ... SPA, în numele Asocierii, în cadrul acestora fiind promovate doar considerentele ce au privit activitatea sa și NU și implicarea ...SRL în cadrul acestui contract.

Abaterile constatate în cadrul Contractului nr. 92/30792/26.05.2016 nu sunt imputabile ...SRL sub nici o formă, iar departamentele din cadrul ... SA implicate în derularea contractului nr. 92/30792/26.05.2016 pot confirma

aceste aspecte, fiind în posesia tuturor documentelor în cadrul cărora s-au constatat neconformitățile, documente ce NU sunt semnate de ...SRL ci doar de ... SA.

...SRL și-a dovedit în concret credibilitatea, fapt susținut nu doar de cele ce sunt expuse în prezenta ci și chiar de instituția dvs. (... SA) care în data de 28.12.2018 i-a atribuit contractul „Servicii de proiectare fazele: DALI+PAC+PTE, AT pentru obiectivul <Reconfigurare intersecții DN CB, km 69+031, km 1+227 și km 0+000 prin amenajare sensuri giratorii și eliminare viraj la stânga pe DN CB cu bretele pasaj DN 1> - anunț de atribuire atașat prezentei (Anexa 6).

Nu exista o situație de excludere a ...SRL raportat la prevederile HG 395/2016 - Norme de aplicare Legea 98/2016: (...)

... ROM, nu a încălcat CUMULATIV prevederile art. 167 g) întrucât:

- Nu a încălcat grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice;

- Nu a încălcat repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice;

- Acțiunile ...nu au dus la încetarea anticipată a vreunui contract de achiziții publice.

Având în vedere solicitarea dvs. de clarificare a situației și dovezile prezentate de noi mai sus și atașate prezentei, apreciem că am dovedit concret credibilitatea ...SRL.

În conformitate cu art. 171 alin. (2) si (3) din Legea nr. 98/2016 (...) și în conformitate cu Directiva 2014/24//UE art. 57 (...), ... ROM, după excluderea sa din activitățile care ar fi trebuit derulate împreună cu ... SpA, a luat măsuri pentru îmbunătățarea activității sale.

Vă prezentam câteva din dovezile faptului că ...este un operator economic credibil:

- *Raportat 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 - NU există despăgubiri stabilite în sarcina ...SRL. Nu au fost cauzate prejudicii prin infracțiuni sau fapte ilicite. Penalitățile stabilite în contractul nr. 92/30792/26.05.2016 au fost achitate integral de către ... SpA prin plată directă și prin executarea garanției de bună execuție.*
- *Raportat la clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația - ...SRL NU a comis infracțiuni sau fapte ilicite, iar prin explicațiile și documentele (probe) prezentate am clarificat complet faptele și împrejurările privind participarea noastră în contractul 92/30792/26.05.2016.*
- *Raportat la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite - MĂSURILE luate au fost:*

• *...SRL a diminuat prin Actul Adițional la Acordul de Asociere, cota sa de participare în contractul 92/30792/26.05.2016 la 0,01% pentru a consemna în forma autentică eliminarea sa din contract de către ... SpA;*

• *...SRL a eliminat legăturile cu ... SpA prin neparticiparea împreună cu acesta la alte proceduri de achiziție publică;*

• *...SRL și-a implementat un sistem propriu de verificare a potențialilor asociați și s-a asigurat că în acordurile de asociere pe care le semnează sunt prevăzute clar obligațiile fiecărui asociat în parte;*

• *...a luat decia ca în orice acord de asociere să se prevadă tipul activității care este în sarcina sa. La prezenta procedura s-a stabilit clar că activitatea de proiectare este în sarcina ...SRL, ce va fi sprijinit logistic de ..., S.A., iar ... ., Ltd. va realiza lucrările de execuţie (Anexa 7 - Acordul de asociere).*

În consecință, ...NU „se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior" deoarece, ...nu se face vinovată de abateri profesionale, din cauza activității defectuoase NU s-a reziliat vreun contract și din cauza activității defectuoase a ...NU s-au plătit daune.

Astfel, informația furnizată în cadrul formularului DUAE partea a lll-a „Motive de excludere" este corectă având în vedere informațiile și dovezile de mai sus dar și faptul că Documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 a fost publicat de către ... SA, în mod corect, doar pe numele și pe codul antreprenorului, ... Spa. Având în vedere faptul că art. 166 alin (1) din HG 395/2016 stabilește clar faptul că (...) și punctul de vedere al ANAP (anexa 8) care confirmă faptul că „(...) documentul constatator emis va cuprinde informații separate cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale de către fiecare contractant asociat în parte", constatăm ca Documentul nr. 57866/07.08.2017 nu face referire la ...decât prin preluarea titlului asocierii întrucât niciuna din cauzele care au dus la emiterea acestuia nu pot fi imputate ... ROM.

Dacă considerați că este nevoie de dovezi suplimentare pentru demonstrarea în concret a credibilității ...în conformitate cu art. 171 și DIRECTIVA 2014/24/UE, art. 57, (articole asupra căror interpretare am solicitat consiliere metodologica de la ANAP (Anexa 9)) vă stăm la dispoziție pentru orice solicitare viitoare".

Membrii comisiei de evaluare au analizat acest răspuns și, în cadrul procesului verbal nr. 18, înregistrat sub nr. 13B/3917/10.05.2019 au reținut următoarele:

«Astfel, având în vedere precizările făcute de către ...SRL comisia de evaluare a solicitat Direcției de specialitate (...) în calitate de Direcție emitentă a documentului constatator nr. 57866/07.08.2017, să analizeze argumentele prezentate de către S.C. ...S.R.L și să comunice opinia cu privire la aceasta.

De asemenea, având în vedere aceste informații, comisia de evaluare a solicitat să se comunice care a fost implicarea ...SRL în partea de proiectare a contractului nr. 92/30792/26.05.2016 precum și furnizarea dovezilor privind aceste informații și detalierea circumstanțelor concrete prin aprecierea culpei ...SRL care au condus la rezilierea contractului care a făcut obiectul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017.

Direcția de specialitate a răspuns după cum urmează:

<Acordul de asociere încheiat de ... SpA (ulterior ... SpA) și SC ...SRL (anexat) devenit parte integrantă a contractului a fost autentificat cu nr. 735/30.03.2016. În cadrul acestui Acord cotele de participare ale fiecărui asociat au fost urmatoarele:

- *... SpA (fosta ... S.p.A.) – 97,2 %*

- *SC ...SRL – 2,8%*

Conform Art. 6 din cadrul Acordului de asociere „Părţile vor răspunde solidar și individual în fața Beneficiarului în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile decurgând din sau în legătură cu contractul”. În cadrul acestui Acord de asociere, părțile NU au definit în mod distinct activitățile de care se face răspunzător fiecare dintre membrii în executarea contractului principal.

Ulterior semnării contractului, ... SA nu a primit nicio informație sau document cu privire la încheierea unor acte adiționale la acest Acord de asociere, nefiind informată de modificarea cotelor de participare în cadrul asocierii.

Prin urmare, ulterior rezilierii contractului, la emiterea Certificatului Constatator care stă la baza situației creată în cadrul procedurii de achiziție, au fost înscrise datele de care ... prin Direcţia Dezvoltare Autostrăzi şi Drumuri Expres dispunea la acea dată.

Este relevant de menționat faptul că, raportat la valoarea contractului de 446.127.400,01 Lei, procentul de 2,8% alocat SC ...SRL prin Acordul de Asociere reprezintă 12.491.567,20 Lei, în timp ce, în Centralizatorul activităților din Propunerea Financiară devenită parte a contractului, activitatea de proiectare este cotată la o valoare de 10.580.127,31 Lei.

Subliniem în acest context faptul că prin Acordul de asociere nu s-a definit în mod clar participarea SC ...SRL strict în activitatea de proiectare din cadrul Contractului. De altfel, în cadrul Actului adiţional nr. 2 se specifică următoarele: „întrucât participarea Asociatului ... la Asociere (inclusiv la partea de proiectare) s-a diminuat, Părţile au negociat și au decis să modifice cotele de participare (...)”.

Totodată, prin Art. 2 din Actul adițional nr. 2 se specifică următoarele: „Art. 7 din Acordul de Asociere se modifică și va avea următorul conținut: <Art. 7. Asociații au convenit să participe la beneficiile și la pierderile rezultate de pe urma asocierii cu următoarele cote de participare:

... SpA – 99,99 % (nouă zeci și nouă virgulă nouăzeci și nou la sută) și ...SRL – 0,01% (zero virgula zero unu la sută)."

Este important de menționat faptul că în 27.02.2018 a fost înregistrată la ... SA cu numărul 92/13690 Cererea de arbitrare înaintată de ... SpA în nume propriu și in calitate de lider al asocierii. În cadrul acestei Cereri de arbitrare, la punctul 9 în care se precizează Documentele Contractuale, nu se face referire la nicio modificare a Acordului de Asociere inițial.

Ulterior, în data 29.03.2018 ... SA a formulat Cererea Reconvențională către Curtea de Arbitraj Comercial International de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, înregistrată cu nr. 92/21763/29.03.2018 (anexată), în contradictoriu cu ... SpA, SC ...SRL si Asocierea ... SpA - SC ...SRL.

Răspunsul formulat la Cererea Reconvențională a ..., înregistrat cu nr. 15/2018/23.04.2018 (anexat) este semnat de către ... SpA prin avocat Marius Teodorescu și de SC ...SRL reprezentată prin reprezentant .... Nici în cadrul acestui Răspuns, la punctul 9 în care se precizează Documentele Contractuale, nu se face referire la nicio modificare a Acordului de Asociere inițial.

Prin urmare, aflați în situația formulării unui răspuns la cererea reconvențională a Beneficiarului, nici de această dată asociații nu aduc la cunoștință excluderea SC ...SRL din cadrul activităților aferente contractului. De asemenea, întreaga situație prezentată în cadrul răspunsului la Cererea reconvențională este asumată prin semnătură de ambele părți ale Asocierii, implicit de reprezentantul SC ...SRL.

Cu referire la documentația tehnică elaborată în cadrul contractului, menționăm că încă de la prima etapă contractuală privind proiectarea, cea a Declarației de Proiectare, documentația nu a fost semnată în cartuș din partea Asocierii de către Șeful Echipei de proiectare din cadrul ofertei - ..., ci de înlocuitorul acestuia, ..., însă conform scrisorilor Antreprenorului nr. 262/18.11.2016 (prin care transmite Planul de calitate al proiectării - rev. 1) și nr. 562/26.04.2017 (prin care transmite Planul de calitate al proiectării - rev. 1) dl. ...era nominalizat în Organigrama echipei de proiectare a Antreprenorului ca Șef Adjunct Echipă Proiectare.

Deși, dl ...nu a participat la ședințele de management organizate în cadrul contractului, nu pot fi „furnizate dovezi” concrete, altele decât cele de mai sus, privind

participarea sau neparticiparea sa, sau a altor reprezentanți ai asociatului SC ...SRL la activitățile din cadrul contractului>.

Analiza răspunsului la solicitarea de clarificare transmis de către operatorul economic și de către Direcția de specialitate din cadrul ...:

Comisia de evaluare nu va putea reține răspunsul la solicitarea de clarificare ca fiind concludent datorită faptului ca prin dovezile furnizate nu se poate demonstra în concret credibilitatea prin raportare de motivele de excludere, din următoarele considerente:

Având în vedere:

1. Document constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA pentru Asocierea ... SpA (fostă ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L prin liderul asocierii ... SpA., acesta având calitatea de contractant în cadrul contractului de lucrări „Proiectarea și execuția Autostrăzii Braşov - Tg. Mures – Cluj - Oradea, Sector 3A: Cluj Vest (Gilău) - Mihăiești, km 0+000 - km 25+500, Tronson 3A2, km 8+700 - 25+500". În cadrul documentului se menționau următoarele: Contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător.

Referitor la eventuale litigii și modul lor de soluționare:

- au fost formulate revendicări de către Beneficiar în baza Sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] din Condițiile Speciale ale Contractului, și de către Antreprenor în baza Sub-clauzei 20.1 [Revendicările Antreprenorului] din Condițiile Speciale.

Beneficiarul a transmis, în urma stabilirii modului de soluționare de către Inginer în baza Sub-clauzei 3.5 [Stabilirea Modului de Soluționare] din Condițiile Generale, următoarele facturi de penalități:

> nr. 1700000007/29.03.2017 în valoare de 40.000 lei pentru înlocuirea personalului cheie - factura a fost plătită la data de 24.04.2017;

> nr. 1700000015/14.07.2017 în valoare de 6.600.000 lei, pentru neîndeplinirea punctelor de referință 1, 2 si 3 - neplătită până la data prezentei.

- nu au fost demarate proceduri prevăzute în Sub-clauza 20.4 [Obținerea Deciziei Comisiei de Adjudecare a Disputelor] sau în Sub-clauza 20.6 [Arbitrajul] din Condițiile Speciale ale Contractului.

În executarea obligațiilor contractuale, Antreprenorul a încălcat prevederile contractului de Lucrări, după cum urmează:

Antreprenorul nu a soluționat cerința Înștiințării de remediere emise în temeiul prevederilor sub-clauzei 15.1 [Înștiințarea de remediere] din Condițiile Speciale ale Contractului de Lucrări.

Înștiințarea de remediere nr. B03A2/09-01/ADP/GD/17.0765 a fost emisă de către Inginer în data de 25.04.2017, pentru neexecutarea în termenul contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare.

- obiectul înștiințării: neexecutarea în termen contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare;

- termen acordat pentru remediere de către Inginer: 26.05.2017;

- prevederile Sub-Clauzei 8.3 [Ritmul Evoluției Lucrărilor];

- <întreaga activitate de proiectare să fie finalizată în termen de 180 de zile de la Data de începere> (07.10.2016);

- situația înștiințării de remediere.

Anexat adresei B03A2/659/DS/mp din 26.05.2017, Antreprenorul a transmis o documentație intitulată PT, PAC, DDE, completată ulterior cu documentație atașată adresei B03A2/679/DS/mp din 07.06.2017. Conform concluziilor Inginerului din Raportul de analiză atașat adresei nr. B0c0/20-03 AdP/Sl/RP/17.7419 din 09.06.2017 documentația tehnică prezentată de Antreprenor prin cele două adrese nu poate fi asimilată unei documentații

finale pentru niciuna din fazele PT, PAC sau DDE, considerând că aceasta nu poate fi înaintată spre analiză și aprobare în CTE - ....

Concluzie: Înștiințarea de Remediere nu a fost îndeplinită de către Antreprenor.

În consecință, din situația de fapt prezentată rezultă ca Antreprenorul S.C. ...S.R.L nu și-a îndeplinit obligația contractuală referitoare la activitatea de proiectare.

Slaba capacitate de management a Antreprenorului pentru îndeplinirea obligațiilor din cadrul Contractului privind activitatea de proiectare a fost semnalată printre altele și de inconsecvența informațiilor transmise de Antreprenor referitoare la activitățile aferente proiectării.

Înștiințarea de remediere nesoluționată, reprezintă în fapt, neîndeplinirea unei obligații contractuale semnificative de către Antreprenor, astfel cum aceasta a fost solicitată de către Inginer în baza Contractului, întrucât o obligație îndeplinită temporar sau parțial, nu echivalează cu o obligație îndeplinită corespunzător și în integralitate și, în consecință, poate conduce ulterior la consecințe asupra lucrărilor. Astfel, neîndeplinirea acestei obligații contractuale nu permitea desfășurarea și îndeplinirea ulterioară a celeilalte obligații semnificative, aceea de execuție a lucrărilor.

În concluzie Contractul de lucrări a fost îndeplinit în mod necorespunzător de către Antreprenor, abaterile contractuale ale Antreprenorului din acest contract au condus la aplicarea de către ... a unor penalități în valoare cumulată totală de 6.640.000 lei, neachitate până în prezent. Ele reprezintă un prejudiciu semnificativ adus Beneficiarului ... SA.

Referitor la rezilierea contractului:

Prin actul nr. 92/55337/25.07.2017, în baza prevederilor Sub-clauzei 15.2 [Rezilierea Contractului de către Beneficiar] din Condițiile Speciale ale Contractului, C.N.A.I.R. S.A. a reziliat de plin drept Contractul nr. 92/30792/26.05.2016, fără vreo altă notificare prealabilă, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești si/sau arbitrare și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei alte formalități.

Rezilierea contractului a operat în temeiul prevederilor Sub-clauzei 15.2 alin. (1) lit. a) din Condițiile Speciale ale Contratului de Lucrări: „Beneficiarul va fi îndreptățit să rezilieze Contractul dacă Antreprenorul: (a) nu reușește să respecte prevederile Sub-Clauzei 4.2 [Garanția de Buna Execuție] sau cerințele unei înștiințări potrivit prevederilor Sub-Clauzei 15.1 [Înștiințarea de Remediere]".

Rezilierea și-a produs efectele odată cu emiterea notificării de reziliere, cu toate consecințele ce decurg din faptul rezilierii, respectiv începând cu data de 25.07.2017.

În ceea ce privește prejudiciile care au fost aduse autorității contractante pe perioada derulări contractului:

C.N.A.I.R. S.A. a notificat Antreprenorul, Asocierea ... SpA (fostă ... S.p.A. - SC ...SRL, în conformitate cu prevederile sub-clauzei 2.5 [Revendicările Beneficiarului] cu privire la îndreptățirea sa la costurile suportate ca urmare a îndeplinirii în mod defectuos a obligațiilor contractuale de către Antreprenor, cât și din cauza rezilierii Contractului de Lucrări nr. 92/30792/26.05.2016, din culpa Antreprenorului inclusiv, dar fără a se limita la acoperirea costurilor ce vor fi ocazionate de organizarea unei noi proceduri de achiziții publice referitoare la executarea proiectului de autostradă ce a făcut obiectul Contractului, precum și a costurilor rezultate ca efect al întârzierilor acumulate în realizarea proiectului, întârzieri datorate culpei Antreprenorului. Prezentul document constatator a fost întocmit în 2 (două) exemplare, în conformitate cu prevederile art. 97[1] din HG nr. 925/2006 pentru

aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice din Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii.

În vederea clarificării aspectelor incluse în Documentul Constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA, urmare verificărilor făcute comisia de evaluare a constatat că:

Operatorul economic (Asocierea ... SpA (fostă ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L) a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ..., prin care a solicitat suspendarea efectelor Documentului Constatator nr. 57866/ 07.08.2017, emis de ... SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. 92/30782/26.05.2016 privind Proiectarea şi Execuția Autostrăzii Brașov - Tg. Mureş - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) - Mihăiești - temei de drept: dispozițiile art. 14 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, constituindu-se astfel dosarul DOSAR 46400/3/2017.

Prin Sentința civilă nr. 780/09.02.2018, Tribunalul București - Secția a II-a de Contencios Administrativ a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe reclamanta Asocierea ... SpA - ...SRL a formulat recurs, iar prin Decizia civilă nr. 3875/25.06.2018 a respins recursul ca nefondat.

Astfel, Sentința civilă nr. 780/09.02.2018 pronunțată de București - Secția a II-a de Contencios Administrativ prin care a respins cererea de suspendare a efectelor Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017 este definitivă.

Operatorul economic [Asocierea ... SpA (fostă ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ... care a avut ca obiect emitere ordonanță președințială prin care a solicitat suspendarea efectelor Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de ... SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr 92/30782/ 26.05.2016 privind Proiectarea şi Execuția Autostrăzii Braşov - Tg. Mureş - Cluj - Oradea, Sectorul 3/ Cluj Vest (Gilău) - Mihăieşti - temei de drept: dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă constituindu-se astfel dosarul 40774/3/2017.

Prin Sentința civilă nr. 6671/08.11.2018, Tribunalul București - Secţia a II-a de Contencios Administrativ a luat act de renunțarea la judecată din partea reclamantei Asocierea ... SpA - ... SRL.

Operatorul economic [Asocierea ... SpA (fosta ... S.pA.) - S.C. ...S.R.L] a formulat o cerere de chemare în judecată a Autorității Contractante, respectiv ... prin care a solicitat anularea Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017, emis de ... SA cu privire la îndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul contractului nr. 92/30782/26.05.2016 privind Proiectarea şi Execuția Autostrăzii Braşov - Tg. Mureş - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) - Mihăieşti - temei de drept: dispozițiile art. 997 Cod procedură civilă, constituindu-se astfel dosarul 49594/3/2017.

Prin Sentința civilă nr. 5807/28.09.2018, Tribunalul București - Secţia a II a de Contencios Administrativ a respins cererea reclamantei ca neîntemeiată.

Împotriva acestei sentințe reclamanta Asocierea ... SpA - ...SRL a formulat recurs. ... SA a formulat întimpinare la cererea de recurs prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat menținerea ca temeinică şi legală a Sentinței civile nr. 5807/28.09.2018, pronunțată de Tribunalul Bucureşti - Secţii a II a de Contencios Administrativ.

Astfel, ținând cont de:

• prevederile documentului constatator 57866/07.08.2017 emis de ... SA

• că reclamanta nu a obținut suspendarea efectelor Documentului Constatator nr. 57866/07.08.2017, iar acest document îşi produce efectele prevăzute de lege.

• De asemenea, prin Sentința civilă nr. 5807/28.09.2018, Tribunalul București - Secţia a II-a de Contencios Administrativ, a statuat, cu autoritate de lucru judecat provizorie că Documentul Constatator nr. 57866/07.08.2017 este legal emis.

• faptul că în 27.02.2018 a fost înregistrată la ... SA cu numărul 92/13690 Cererea de arbitrare înaintată de ... SpA în nume propriu și în calitate de lider al asocierii. În cadrul acestei Cereri de arbitrare, la punctul 9 în care se precizează Documentele Contractuale, nu se face referire la nicio modificare a Acordului de Asociere inițial.

• Ulterior, în 29.03.2018 ... SA a formulat Cererea Reconvențională către Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, înregistrată cu nr. 92/21763/29.03.201S (anexată), în contradictoriu cu ... SpA, SC ...SRL și Asocierea ... SpA - SC ...SRL.

• Răspunsul formulat la Cererea Reconvențională a ..., înregistrat cu nr. 15/2018/23.04.2018 (anexat) este semnat de către ... SpA prin avocat Marius Teodorescu și de SC ...SRL reprezentată prin reprezentant .... Nici în cadrul acestui Răspuns, la punctul 9 în care se precizează Documentele Contractuale, nu se face referire la nicio modificare a Acordului de Asociere inițial.

• Prin urmare, aflați în situația formulării unui răspuns la cererea reconvențională a Beneficiarului, nici de această dată asociații nu aduc la cunoștință excluderea SC ...SRL din cadrul activităților aferente contractului. De asemenea, întreaga situație prezentată în cadrul răspunsului la Cererea reconvențională este asumată prin semnătură de ambele părți ale Asocierii, implicit de reprezentantul SC ...SRL.

• prevederile formularului DUAE depus pentru asociații S.C. .. S.R.L în cadrul căruia la:

- partea III „Motive de excludere" - secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abatere profesională" - subsecțiunea „Operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă? Dacă este cazul, a se vedea definițiile din legislația națională, din anunțul relevant sau din documentele achiziției" a bifat „NU";

- partea III „Motive de excludere" - secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale" - subsecțiunea „Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior?" a bifat „NU"

• prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (...);

• prevederile art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (...);

• obligațiile încălcate au condus la rezilierea contractului și aplicarea de penalități în cuantum de 6.600.000 lei, deci sunt grave;

• contestatoarea a furnizat informații false în cuprinsul DUAE, prin omiterea mențiunii privind existența Documentului constatator;

• prin furnizarea de informații false/eronate, contestatoarea a renunțat la dreptul de a furniza dovezi dintre cele prevăzute de art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, de natura a-și demonstra credibilitatea practic, acest operator

economic nici nu și-a propus să își demonstreze credibilitatea ci, efectiv, să omită prezentarea adevărului;

- *...S.R.L recunoaște în mod expres că nu și-a îndeplinit obligația de proiectare, invocând, în mod nejustificat, în apărarea sa faptul că „Liderul asocierii ... SPA a exclus participarea ...S.R.L. de la activitățile contractului", fără să demonstreze, în concret, care sunt măsurile pe care ... le-ar fi întreprins pentru a a-și asigura implicarea în activitățile contractului și îndeplinirea obligațiilor asumate la momentul semnării contractului;*
- *membrii unei asocieri răspund solidar pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, indiferent de cota de participare agreată prin acordul de asociere; nicio convenție a părților nu o poate înlătura;*
- *Documentul constatator este un act administrativ care se bucură de prezumția de legalitate, prezumție care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare".*

Comisia de evaluare a decis că oferta depusă de către ... . Ltd. - ...SRL - ... ...SA să fie exclusă în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016 cu completările și modificările ulterioare (...)

(...) câtă vreme ... a ascuns realitatea la completarea formularului DUAE, renunțând astfel la dreptul de a se prevala de art. 171 din Legea nr. 98/2016 și de a depune dovezi care să susțină credibilitatea, rezultă că ... a procedat în mod corect la excluderea acestui ofertant (...)".

Din conținutul documentelor depuse la dosarul cauzei de părți rezultă următoarele:

- între ... și asocierea ... SpA (actual ... SpA)– SC ...SRL, a fost încheiat contractul nr. 92/30792/26.05.2016, având ca obiect „Proiectarea şi Execuția Autostrăzii Braşov - Tg. Mureş - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) – Mihăieşti, km 0+000 – km 25+500, tronson 3A2, km 8+700 – km 25+500";

- pentru realizarea contractului indicat anterior, asocierea ... SpA (actual ... SpA) – SC ...SRL a încheiat, la data de 30.03.2016, un acord de asociere, potrivit căruia: părțile convin ca liderul de asociere să fie ...SpA (actual ... SpA) (art. 4); părțile vor răspunde solidar și **individual** în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile ce decurg din sau în legătură cu contractul (art. 6); cotele de participare în cadrul asocierii vor fi de 97,2% pentru ...SpA (actual ... SpA) și 2,8% pentru SC ...SRL*;* niciun una dintre părți nu va fi îndreptățită să vândă, cesioneze sau în orice altă modalitate să greveze sau să transmită cota sa sau parte din aceasta altfel decât prin efectul legii și prin obținerea consimțământului scris prealabil atât al celorlalte părți cât și a beneficiarului (art. 9);

- din Formularul nr. 18 – Personal responsabil pentru îndeplinirea contractului, aferent contractului „Proiectarea şi Execuția Autostrăzii Braşov - Tg. Mureş - Cluj - Oradea, Sectorul 3A Cluj Vest (Gilău) – Mihăieşti, km 0+000 – km 25+500, tronson 3A2, km 8+700 – km 25+500", **rezultă faptul că din cele 5 persoane indicate doar dl. ...– Șef echipă proiectare, aparține asociatului SC ... SRL.**

- data de începere a fost stabilită la **07.10.2016**, potrivit înștiințării nr. BO3A2/09-01/PB/GD/16.0584 din 29.09.2016, transmisă de Inginer, activitatea de proiectare (de 180 zile de la data de începere) trebuind să fie finalizată până la data de 07.04.2017 (mențiuni care se

regăsesc în cadrul cererii reconvenționale transmisă de ... către Curtea de Arbitraj Comercial Internațional);

- prin adresa nr. BO3A2/142/DS/mp din **19.10.2016**, înregistrată la ... sub nr. 20548/19.10.2016, ... SpA a transmis Inginerului (JV ... – ...) și, spre știință, ..., propunerea de înlocuire a personalului cheie, în cadrul acestei adrese menționându-se că *„Antreprenorul transmite prin prezenta, pentru aprobarea dvs., propunerea sa **pentru înlocuirea dlui …**, propus în ofertă pentru poziția de Șef Echipă Proiectare. Având în vedere complexitatea proiectului, antreprenorul a considerat ca fundamentală implicarea unui expert de talie internațională, cu o vastă experiență în proiecte multidisciplinare de mare anvergură. (...) pentru poziția Șef Echipă Proiectare antreprenorul supune atenției dvs. documentele suport ale dlui. ... (...)";*

- prin adresa nr. BO3A2/163/DS/mp din 27.10.2016, ... SpA a transmis Inginerului (JV ... – ...) și, spre știință, ..., referitor la scrisoarea antreprenorului din 19.10.2016 și întâlnirea săptămânală din 25.10.2016, câteva informații adiționale privind experiența profesională a personalului propus pentru poziția șef echipă proiectare pe care o are dl. ...;

- la data de 08.03.2017 s-a încheiat între ... SpA și SC ...SRL, actul adițional nr. 2 la acordul de asociere, prin care s-au modificat cotele de participare la **99,99% - ... SpA și 0,01% - SC ...SR**L;

- din conținutul adresei nr. BOCO/220-03/AdP/SI/RP/17.7464, din 26.06.2017, **înregistrată la ... sub nr. 45839/26.06.2017**, transmisă de ... (INGINER al autorității contractante) către asocierea ... SpA – SC ...SRL și spre știință ..., rezultă, printre altele, faptul că *„(...) Inginerul se declară în profund dezacord cu opinia antreprenorului privind un așa-zis comportament răutăcios și în sensul denaturării în fața beneficiarului a realității în care se găsește astăzi activitatea de proiectare din cadrul acestui contract. (...). Lipsa totală de experiență a Șefului echipei de proiectare în coordonarea de activități similare complexe și cu activități interdependente, **excluderea totală din cadrul elaborării proiectării a asociatului specializat în activitatea de proiectare din cadrul asocierii**";*

- din conținutul adresei nr. 17.7508/14.07.2017, înregistrată la ... sub nr. 52508/14.07.2017, emisă de Inginerul ..., transmisă asocierii ... SpA – SC ...SRL și, spre știință, ..., în referire generală la activitatea de proiectare și, în mod special, la activitatea dlui ..., rezultă faptul că „***Înlocuirea persoanei aprobate de către beneficiar la nivel de ofertă pentru poziția de Șef Echipă Proiectare (dl. ...) s-a făcut în urma solicitării antreprenorului transmisă prin intermediul adresei ... 142 din 19.10.2016 pentru care inginerul și-a exprimat acordul prin adresa BO3A2/09-01/PB/GD/16.0637 din 03.11.2016***", Inginerul concluzionând că *„În urma celor descrise mai sus, **Inginerul a consemnat** situația în care membrii ai echipei de proiectare au verificat/aprobat elementele proiectate de către Șeful Echipei de proiectare și **faptul că dl. ... nu pare să fi avut vreun aport în activitatea de proiectare desfășurată**";*

- la data de 07.08.2017, în referire la contractul nr. 92/30792/26.05.2016, autoritatea contractantă a întocmit Documentul

constatator nr. 57866/07.08.2017, referitor la neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către asocierea ... SpA (fostă ...SpA) – SC ...SRL, respectiv a obligațiilor contractuale referitoare la activitatea de proiectare, în conținutul acestuia reținându-se, printre altele, faptul că beneficiarul a transmis, în urma stabilirii modului de soluționare de către Inginer, următoarele facturi: nr. 1700000007/29.03.2017 în valoare de 40.000 lei pentru înlocuirea personalului cheie – factura a fost plătită la data de 24.04.2017; nr. 1700000015/14.07.2017 în valoare de 6.600.000 lei pentru neîndeplinirea punctelor de referință 1, 2 și 3 neplătită până la data emiterii documentului constatator, precum și faptul că *„Antreprenorul nu a soluționat cererea Înștiințării de remediere emise în temeiul prevederilor sub-clauzei 15.1 (...) Înștiințarea de remediere nr. BO3A2/09-01/ADP/GD/17.0765 a fost emisă de către Inginer în data de 25.04.2017, pentru neexecutarea în termenul contractual a obligației de realizare a întregii activități de proiectare. (...) Înștiințarea de remediere nu a fost îndeplinită de către Antreprenor (...) slaba capacitate de management a antreprenorului pentru îndeplinirea obligațiilor din cadrul contractului privind activitatea de proiectare (...) Rezilierea contractului: DA. Prin actul nr. 92/5337/25.07.2017, în baza prevederilor sub-clauzei 15.2 [Rezilierea contractului de către beneficiar] din condițiile speciale ale Contractului, ... SA a reziliat de plin drept contractul nr. 92/30792/ 26.05.2016, fără vreo altă notificare prealabilă, fără încuviințarea vreunei instanțe judecătorești și/sau arbitrale și fără a mai fi necesară îndeplinirea vreunei formalități (...) Rezilierea și-a produs efectele odată cu emiterea notificării de reziliere, cu toate consecințele ce decurg din faptul rezilierii, respectiv începând cu data de 25.07.2017”;*

- adresa nr. 5346/03.01.2019, emisă de CERTASIG Societatea de Asigurare și Reasigurare SA, potrivit căreia „**CertAsig a plătit în numele Asiguratului suma de 6.600.000 lei către beneficiarul ... conform confirmării de plată nr. 1331/27.06.2018 (Plata Despăgubirii)” și documentul intitulat Detalii plată 1331 în legătură cu plata sumei în discuție.**

Împotriva documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA, asocierea ... SpA - SC ...SRL a formulat următoarele acțiuni în instanță:

- cerere de emitere ordonanță președințială privind suspendarea efectelor documentului constatator, constituindu-se, la Tribunalul București, dosarul nr. 40774/3/2017. Prin Sentința civilă nr. 6671/ 08.11.2017, Tribunalul București - Secția a II-a de Contencios Administrativ și Fiscal, a luat act de renunțarea la judecată;

- cerere de suspendare a efectelor Documentului constatator constituindu-se, la Tribunalul București, dosarul nr. 46400/3/2017. Prin Sentința civilă nr. 780/ 09.02.2018, Tribunalul București - Secția a II-a de Contencios Administrativ a respins cererea ca neîntemeiată;

- recurs împotriva sentinței civile nr. 780/09.02.2018, constituindu-se la Curtea de Apel București dosarul nr. 46400/3/2018, prin Hotărârea 3875/2018 din 25.06.2018, instanța respingând recursul ca nefondat;

- **cerere de anulare a documentului constatator nr. 57866/ 07.08.2017**, constituindu-se la Curtea de Apel București dosarul nr.

8239/ 2/2017, prin Decizia nr. 853/27.02.2018, instanța declinând competența de soluționarea cauzei în favoarea Tribunalului București, Secția a II-a de Contencios Administrativ; dosarul s-a înregistrat la Tribunalul București sub nr. 9594/3/2018, instanța, prin Hotărârea nr. 5807 din 28.09.2018 respingând cererea ca neîntemeiată;

- recursul formulat împotriva hotărârii nr. 5807/2018, constituindu-se la Curtea de Apel București dosarul nr. 9594/3/2018, prin Încheierea de suspendare din 20.06.2019**, instanța suspendând judecarea recursului, până la soluționarea dosarului nr. 15/2018 aflat pe rolul Curții de Arbitraj Internațional.**

De asemenea, din documentele depuse la dosarul cauzei, rezultă faptul că, în legătură cu contractul nr. 92/30792/26.05.2016, au fost formulate, la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, următoarele cereri:

- ... SpA, în nume propriu și în calitate de lider al asocierii ... SpA - SC ...SRL a formulat Cerere de arbitrare (Dosar nr. 15/2018), înregistrată la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional sub nr. 27/02.02.2018, disputele înaintate spre arbitraj vizând, printre altele, *„netemeinicia și nelegalitatea rezilierii contractului de către beneficiar în temeiul subclauzei 15.2 (a); Încălcarea substanțială a obligațiilor beneficiarului*", solicitându-se, printre altele, *„să se constate nelegalitatea și netemeinicia rezilierii contractului de către pârâtă, iar în raport de încălcarea substanțială a obligațiilor acestuia, să dispună rezilierea contractului din culpa pârâtei*";

- ... a formulat Cerere Reconvențională, înregistrată la ... sub nr. 21763/29.03.018 (Dosar nr. 15/2018), care are ca obiect obligarea asocierii ... SpA - SC ...SRL la plata sumei în cuantum de 11.849.840,26 lei (compusă din: 6.600.000,00 lei – penalități pentru neîndeplinirea punctelor de referință 1, 2 și 3; 2.67.764,40 lei – penalități pentru nepredarea contractuală a Raportului; 2.573.075,86 lei – plata serviciilor de consultanță);

- ... SpA, în nume propriu și în calitate de lider al asocierii ... SpA - SC ...SRL a formulat răspuns la cererea reconvențională formulată de ....

Analizând decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei, Consiliul constată că aceasta a avut la bază documentul constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA, al cărui conținut a fost redat, parțial (respectiv aspectele relevante speței), într-unul din paragrafele anterioare.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „***Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la*** *îndeplinirea sau, după caz,* ***neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către*** *contractant/****contractant asociat*** *şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează: (...)".* Din conținutul acestor prevederi legale rezultă faptul că, în cazul emiterii unui document constatator pentru o asociere, emitentul acestuia trebuie să consemneze informațiile referitoare la îndeplinirea/neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către fiecare contractant asociat (în acest sens fiind și punctul de vedere al ANAP – adresa nr. 312/08.03.2019, depus de contestatoare la dosarul cauzei).

Din conținutul documentului constatator nr. 57866/07.08.2017 emis de ... SA, rezultă faptul că autoritatea contractantă a reținut culpa asocierii ... SpA - SC ...SRL în îndeplinirea obligațiilor contractuale ale asocierii, în concret a obligațiilor referitoare la activitatea de proiectare fără să identifice în mod clar și concret care au fost obligațiile contractuale prevăzute de contractul nr. 92/30792/ 26.05.2016, pe care contractantul asociat SC ...SRL nu le-a îndeplinit.

Pe de altă parte, Consiliul constată că, în decizia de respingere a ofertei contestatoarei, autoritatea contractantă nu a analizat toate circumstanțele concrete care au stat la baza rezilierii contractului, în sensul că nu a făcut niciun fel de referire la documentele prezentate de contestatoare prin răspunsul la solicitarea de clarificări, respectiv la corespondența dintre asocierea ... SpA - SC ...SRL și Inginer, reprezentant al autorității contractante, corespondență care conține informații, așa cum s-a reținut în prezenta motivare, referitoare la înlocuirea șefului echipei de proiectare, ...din partea SC ...SRL (singurul membru al echipei responsabile pentru îndeplinirea contractului, angajat al ...SRL), dar și la constatarea de către faptul că Inginerului autorității contractante, ..., în legătură cu „lipsa totală de experiență a Șefului echipei de proiectare în coordonarea de activități similare complexe și cu activități interdependente”, șeful de proiect, inițial ..., fiind înlocuit, așa cum s-a reținut anterior, cu ....

Consiliul nu poate reține susținerea autorității contractante referitoare la faptul că nu a avut cunoștință de schimbarea șefului echipei de proiectare, în condițiile în care, din conținutul adresei nr. 17.7508/14.07.2017, înregistrată la ... sub nr. 52508/14.07.2017, emisă de Inginerul ..., deci reprezentantul autorității contractante în cadrul derulării contractului, rezultă că înlocuirea a fost acceptată prin adresa nr. BO3A2/09-01/PB/GD/16.0637 din 03.11.2016.

Astfel, Consiliul constată că, într-adevăr, din documentele depuse la dosarul cauzei nu rezultă că autoritatea contractantă a reziliat contractul nr. 92/30792/26.05.2016 din vina asociatului SC ...SRL, niciunul din aceste documente nefăcând referire concretă la faptul că serviciile de proiectare despre care a constatat că nu au fost prestate potrivit obligațiilor contractuale ar fi aparținut asociatului SC ...SRL, nedovedind astfel, că operatorul economic în discuție şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul acestui contract de achiziții publice.

Pe de altă parte, relevant în speță este și faptul că valoarea aferentă asociatului ...SRL în cadrul contractului nr. 92/3079/ 26.05.2016, așa cum a fost aceasta modificată prin actul adițional nr. 2 la acordul de asociere, respectiv 44.612 lei (0,01% din 446.127.400 lei) este foarte mică, în raport de valoarea totală a contractului.

Susținerea autorității contractante și a intervenientei referitoare la faptul că în derularea contractului nr. 92/30792/26.05.2016, asociații răspuns solidar în fața autorității contractante, astfel că efectele documentului constatator l-ar viza și pe asociatul SC ...SRL, nu poate fi reținută de Consiliu, în condițiile în care, pe de o parte, din conținutul acordului de asociere rezultă faptul că părțile răspund „solidar și **individual** în fața Beneficiarului în ceea ce privește toate obligațiile și

responsabilitățile decurgând din sau în legătură cu contractul", iar autoritatea contractantă nu a identificat, în documentul constatator, care obligații și responsabilități nu au fost îndeplinite de către SC ...SRL.

Referitor la susținerea autorității contractante cu privire la faptul că nu i-a fost comunicat actul adițional nr. 2 la acordul de asociere încheiat între ... SpA - SC ...SRL, Consiliul constată că, legislația în vigoare [art. 171 alin.(1) din Legea nr. 98/2016] conferă posibilitatea ofertanților aflați în situație prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) de a depune toate documentele pe care le dețin în scopul demonstrării credibilității indiferent dacă acestea au fost sau nu comunicate terților pentru opozabilitate.

Pe de altă parte, din conținutul documentelor avute în vedere de către Direcția Dezvoltare Autostrăzi și Drumuri Expres, care au stat la baza emiterii răspunsului nr. 12A/5319/10.05.20199, avut în vedere de către comisia de evaluare în luarea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, rezultă faptul că obiectul cererii de arbitrare înaintată de către asocierea ... SpA - SC ...SRL la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional, este constatarea nelegalității și netemeiniciei rezilierii contractului de către autoritatea contractantă. Ori, în condițiile în care, soluționarea judecării recursului formulat împotriva hotărârii nr. 5807/2018 (prin care instanța, Tribunalul București, a respins cererea de anulare a documentului constatator nr. 57866/07.08.2017), a fost suspendată de către Curtea de Apel București până la soluționarea dosarului nr. 15/2018 aflat pe rolul Curții de Arbitraj Internațional, iar pe de altă parte, este evident faptul că aspectul referitor la rezilierea contractului în discuție face obiectul unei cereri arbitrale aflată încă pe rol.

Consiliul constată, astfel, că niciunul din documentele depuse de către autoritatea contractantă la dosarul cauzei nu fac dovada faptului că aceasta a identificat, în derularea contractului nr. 92/30792/ 26.05.2016, că SC ...SRL „şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau" fapt care a condus la încheierea anticipată a contractului de achiziție publică plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile, astfel că, în mod eronat a exclus această ofertă.

Susținerile contestatoarei referitoare situația financiară a ofertantului ... SpA nu pot fi reținute, în condițiile în care, pe de o parte, acestea sunt prematur formulate în actualul stadiu al procedurii, rezultatul procedurii de atribuire nefiind încă emis, iar pe de altă parte, având în vedere faptul că niciunul dintre capetele de cerere formulate de către contestatoare nu vizează oferta depusă de ... SpA.

Consiliul nu poate reține nici susținerea contestatoarei referitoare la sesizarea CNSC vis-a-vis de susținerea autorității contractante din cadrul procesului verbal nr. 18, potrivit căreia: „*Comisia de evaluare achiesează la punctul de vedere exprimat de către ... SpA, întrucât /.../ Decizia CNSC încalcă principiul tratamentului egal /.../ ... nu avea obligația de a solicita clarificări Asocierii ...*", în condițiile în care la momentul emiterii acestui proces verbal, respectiv 10.05.2019, decizia CNSC nr. 509/C5/380/386 din 02.04.2019, nu era definitivă, instanța pronunțând soluția în legătură cu plângerea formulată la data de 07.06.2019.

În raport de cele reținute în analizarea contestației care a făcut obiectul **Dosarului nr. ...**, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă și în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de asocierea ... LTD – SC ...SRL - ... SA, prin SC ...SRL (Dosar ...), va anula, în parte, procesul verbal nr. 18, înregistrat la autoritatea contractată sub nr. 13B/3917/10.05.2019 și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile lucrătoare de la data primirii prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor de reținute în motivare.

Față de soluția pronunțată în dosarul nr. ..., Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ... SpA.

În ceea ce privește contestația formulată de ... SpA, care face obiectul Dosarului nr. ..., Consiliul constată următoarele:

Din conținutul contestației rezultă că aceasta vizează solicitarea de clarificări nr. 13B/3918/10.05.2019, transmisă de autoritatea contractantă, respectiv faptul că autoritatea contractantă, solicitând documente suport justificative actualizate și pentru subcontractanți, a precizat că *„La întocmirea răspunsului și trimiterea acestuia vă rugăm să aveți în vedere faptul că comisia de evaluare în urma analizării informațiilor și documentelor prezentate de către dvs. pentru subcontractantul ...SA, a constatat că:*

a) Subcontractantul ...S.A. se afla în situația prevăzută la art. 165 alin. (1), drept urmare acesta nu poate fi înlocuit datorită faptului că nu se află in situațiile prevăzute art. 170 (2) «În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 171 autoritatea contractantă solicită ofertantului/ candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație» și nici în cele prevăzute la art. 171 (1) «Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 şi 167.

b) subcontractantul propus ...SA se regăsește într-una din situațiile de excludere prevăzute în Legea 98/2016 la art. 165 alin. (1) «Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care are cunoştinţă că şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv şi obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat»;

c) prevederile din Fișa de date a achiziției cap III.2.3.a) Capacitatea tehnica și/sau profesională.

Nota 1: În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 170 alin. (2) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă solicită Ofertantului o singura dată să

înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în aceasta situație (...)".

În legătură cu această solicitare de clarificări, contestatoarea a solicitat:

- anularea parțială a acesteia, în partea referitoare la refuzul ... de a înlocui subcontractantul ...SA („...");

- obligarea autorității contractante la solicitarea societății sale, respectiv, la acceptarea înlocuirii subcontractantului ... cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care ... apreciază că acest subcontractant se află într-unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepțiile invocate de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea și lipsa de obiect a contestației.

Astfel, în ceea ce privește excepția inadmisibilității contestației, Consiliul constată că aceasta este nesusținută, autoritatea contractantă nefăcând niciun fel de susținere în legătură cu acest aspect, astfel că excepția va fi respinsă ca nesusținută.

Referitor la excepția lipsei de obiect a contestației, Consiliul constată că aceasta este nefondată, în condițiile în care, obiectul unei contestații este reprezentat de solicitările contestatoarei adresate Consiliului, iar în speță, în cadrul contestației, autoarea acesteia a solicitat anularea parțială a solicitării de clarificări nr. 13B/3918/10.05.2019 și obligarea autorității contractante la a solicita contestatoarei și respectiv a accepta înlocuirea subcontractantului ... cu un alt subcontractant.

Analizând contestația pe fond, Consiliul constată că aceasta este, în parte, întemeiată, așa cum rezultă din considerentele care urmează.

Astfel, în ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la mențiunea autorității contractante din actul atacat potrivit căreia *„Subcontractantul ...S.A. se află în situația prevăzută la art. 165 alin. (1), drept urmare acesta nu poate fi înlocuit datorită faptului că nu se află in situațiile prevăzute art. 170 (2)",* Consiliul constată că aceasta este întemeiată.

Din informațiile existente în cadrul DUAE-ului depus de ... SPA rezultă că pentru executarea contractatului ce urmează să fie atribuit, ofertantul a nominalizat 4 subcontractanți: .., Muzeul Național Brukenthal, ...SRL și ...SA.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, în cadrul procesului verbal nr. 18, înregistrat sub nr. 13B/3917/10.05.2019, în legătură cu documentele suport justificative pentru subcontractantul ...SA, ... SPA a precizat *„depunem atașat prezentei (Anexa 6) documente care constată existența unor debite/datorii cu privire la care ...S.A. a solicitat eșalonarea, solicitare care este, în prezent, în curs. Față de cele arătate, precizăm următoarele: a. Situația amintită a intervenit recent, fiind constatată de subscrisa cu ocazia pregătirii răspunsului la Solicitarea de Clarificare; b. Având în vedere ca aceasta ar putea reprezenta o posibilă situație de*

excludere în legătură cu care ... are obligația legală de a solicita ofertantului, o singură dată, înlocuirea subcontractantului aflat în respectiva situație art. 170 (2) din Legea nr. 98/2016, subscrisa confirmăm că suntem în măsură să asigurăm înlocuirea subcontractantului ...S.A, pentru partea de lucrări pe care acesta urma să le execute (i.e. lucrări ITS), cu subcontractantul ...S.R.L, care va executa și aceasta parte de lucrări, pe lângă cea deja încredințată și asumată; c. ...S.R.L are capacitatea deplină necesară realizării corespunzătoare a lucrărilor ITS menționate, fiind de altfel acceptată de ..., în calitate de subcontract al subscrisei, în alte proiecte similare", a stabilit necesitatea transmiterii unei noi solicitări de clarificări.

În acest sens, prin adresa nr. 13B/3918/10.05.2019, autoritatea contractantă a solicitat ... SPA următoarele:

„Referitor la oferta depusă în SEAP în data de 27.10.2017, precum și urmare analizării documentelor transmise în SEAP data de 29.03.2019, în conformitate cu prevederile art. 196, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare vă solicita să prezentați documente suport justificative actualizate, prin care să demonstrează îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în Formularul DUAE prezentat cât şi în conformitate cu prevederile Documentației de atribuire.

Documente suport justificative actualizate vor fi prezentate pentru ... SpA, cât și pentru subcontractanții declarați în Formularul DUAE respectiv:

- ... SA - Subcontractant pentru lucrări de proiectare și execuție protejări ...lități, gaze, țiței și produse petroliere.

- ..., - Subcontractant pentru execuție și finalizare lucrări de arheologie.

- ...SRL Subcontractant, pentru execuție și finalizare lucrările de mutări și protejare rețele electrice, mutări și protejare rețele telecomunicații, branșamente iluminat

- ...SA - Subcontractant pentru finalizare lucrări de execuție sisteme ITS.

(...)

La întocmirea răspunsului și transmiterea acestuia vă rugăm să aveți în vedere faptul că, comisia de evaluare în urma analizării informațiilor și documentelor prezentate de către dvs., pentru subcontractantul ...S.A, ***a constatat că:***

a) ***Subcontractantul ...S.A. se află în situația prevăzută la art. 165 alin. (1),*** *drept urmare acesta nu poate fi înlocuit datorită faptului că nu se află în situațiile prevăzute art. 170 (2) (...) și nici in cele prevăzute la art. 171 (1)".*

b) subcontractantul propus ...S.A se regăsește întruna din situațiile de excludere prevăzute în Legea 98/2016 la art. 165 alin. (1) (...);

c) prevederile din Fișa de date a achiziției cap III.2.3.a) Capacitatea tehnica și/sau profesională. Nota 1: În cazul În care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a

dispozițiilor art. 170 alin. (2) din Legea 98/2016, autoritatea contractantă solicită Ofertantului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se afla în aceasta situație.

d) conform prevederilor Legii 98/2016 cu completările și modificările ulterioare art. 170 (...), art. 171 (...)".

În analizarea prezentei critici trebuie stabilit dacă un ofertant, care are un subcontractant, aflat într-o situație de excludere prevăzută de art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, poate înlocui subcontractantul în discuție, respectiv dacă i se aplică prevederile art. 170 alin. (2) din același act normativ.

În acest sens, Consiliul reține relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 165: *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care are cunoştinţă că şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv şi obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înfiinţat";*

- art. 169: *„Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoştinţă că operatorul economic se află, având în vedere acţiunile sau inacţiunile săvârşite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164,* ***165*** *şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire.*

- art. 170 alin. (1) și (2): *„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a verifica inexistenţa unei situaţii de excludere prevăzute la art. 164,* ***165*** *şi 167 în legătură cu subcontractanţii propuşi.*

(2) În cazul în care este identificată ***o situaţie de excludere****, cu aplicarea în mod corespunzător a dispoziţiilor art. 171, autoritatea contractantă solicită ofertantului/candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situaţie";*

- art. 171 alin. (1) și (2): *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi 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 credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire".

Din interpretarea coroborată a dispozițiilor art. 170 alin. (1) și (2) și art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că ofertantul poate înlocui, o singură dată, un subcontractant aflat într-o

situație de excludere prevăzută de art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016, la solicitarea autorității contractante, dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din același act normativ neaducând atingere dreptului ofertantului de a-și înlocui un subcontractant aflat în situația la art. 165 alin. (1) din lege. Art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, reglementează faptul că în situația art. 164 și 167, ofertantul poate furniza dovezi pentru a-și demonstra credibilitatea, regula fiind aceea că se poate înlocui un subcontractant în cazurile în care acesta se află într-o situație de excludere prevăzută de cele 3 articole, adică 164, 165 și 167 din lege.

În consecință, lipsa menționării și a art. 165 din Legea nr. 98/2016 în cadrul art. 171 alin. (1) din același act normativ nu trebuie interpretată în sensul că reprezintă o excludere de la aplicarea dispozițiilor art. 170 alin. (2), deci o imposibilitate de a înlocui subcontractantul aflat într-o situație de excludere prevăzută de art. 165 din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, critica autoarea contestației referitoare la acest aspect este întemeiată, fiind necesară eliminarea din solicitarea de clarificări criticată a paragrafelor referitoare la imposibilitatea înlocuirii subcontractantului ...SA dacă acesta s-ar afla în situația prevăzută de art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, din conținutul documentelor depuse la dosarul cauzei rezultă faptul că, deși ... SpA a contestat, în parte, această solicitare de clarificări, a transmis autorității contractante răspunsul nr. 026-2019/MR/QF-CD din 17.05.2019, în cadrul căruia a precizat, printre altele, că „urmare a deciziei de eșalonare emisă pentru subcontractantul ...SA au devenit incidente (...) prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016”, depunând certificatul de atestare fiscală nr. 28595/14.05.2019, în cadrul căruia sunt menționate o serie de obligații de plată, precum și „Decizia de modificare a deciziei de reeșalonare la plată a obligațiilor fiscale”, înregistrată sub nr. 43596/13.05.2019. Documentele au fost analizate de comisia de evaluare, care, în cadrul procesului verbal nr. 19, înregistrat sub nr. 13B/4435/ 29.05.2019, a reținut faptul că *„Nu va solicita înlocuirea acestui subcontractant (Nota CNSC: subcontractantul ...SA), întrucât la acest moment și având la bază documentele transmise (...) a demonstrat că NU se află în situația prevăzută la art. 165 alin: (1) și nici în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 167 din legea nr. 98/2016. Având în vedere documentele depuse de către ofertant pentru subcontractantul ...SA, comisia de evaluare a decis că acesta nu se află în nici una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/22016”.*

În aceste condiții, Consiliul constată ca fiind lipsit de interes capătul de cerere formulat de contestatoare referitor la „obligarea autorității contractante la solicitarea societății sale, respectiv, la acceptarea înlocuirii subcontractantului ... cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care ... apreciază că

acest subcontractant se află într-unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016”.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației formulată de ... SpA și lipsa de obiect a acesteia, iar în temeiul art. 26 alin. (2) din același act normativ va anula parțial solicitarea de clarificări nr. 13B/3918/10.05.2019, referitoare la refuzul ... de a înlocui subcontractantul ..., conform celor reținute în motivare și va respinge ca lipsit de interes capătul de cerere referitor la „obligarea autorității contractante la solicitarea societății sale, respectiv, la acceptarea înlocuirii subcontractantului ... cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care ... apreciază că acest subcontractant se află într-unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016”.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației formulată de asocierea ... LTD – SC ...SRL - ... SA (**Dosar nr. ...**).

Admite contestația formulată de asocierea ... LTD – SC ...SRL - ... SA, prin SC ...SRL (**Dosar nr. ...**), anulează, în parte, procesul verbal nr. 18, înregistrat la autoritatea contractată sub nr. 13B/3917/10.05.2019 și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile lucrătoare de la data primirii prezentei decizii, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor de reținute în motivare.

Față de soluția pronunțată în **Dosarul nr. ...**, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ... SpA.

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă privind inadmisibilitatea contestației formulată de ... SpA și lipsa de obiect a acesteia (**Dosar nr. ...**).

Admite, în parte, contestația formulată de ... SpA (**Dosar nr. ...**) în contradictoriu cu ... SA, și anulează parțial solicitarea de clarificări nr. 13B/3918/10.05.2019, referitoare la refuzul ... de a înlocui subcontractantul ..., conform celor reținute în motivare.

Respinge ca lipsit de interes capătul de cerere formulat de ... SpA privind „obligarea autorității contractante la solicitarea societății sale, respectiv, la acceptarea înlocuirii subcontractantului ... cu un alt subcontractant în temeiul art. 170 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în situația în care ... apreciază că acest subcontractant se află într-unul din cazurile de excludere reglementate de Legea nr. 98/2016”.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

... **...**

Redactat în 5 exemplare originale, conține 56 pagini.