



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.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația nr.1778/09.11.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.49133/09.11.2020, formulată de ..., cu sediul în Sat ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având C.U.I. ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin ..., cu sediul în ..., unde se vor comunica toate actele procedurale, în calitate de lider al Asocierii formată din ... - ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresele nr.22368/28.10.2020 și nr.22369/28.10.2020, de către ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...”, s-a solicitat anularea deciziei privind declararea ofertei ...ca fiind conformă și acceptabilă, anularea tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a raportului procedurii de atribuire nr. 22365/28.10.2020 și a adreselor susmenționate, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertelor și stabilirea ofertantului câștigător dintre ofertele admisibile.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51689/23.11.2020, ...cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin avocat ..., a solicitat următoarele:

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

- respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată;
- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr.49146/09.11.2020, formulată de ..., cu sediul în localitatea ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CUI RO ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu sediul procedural în ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr.VI/22370/28.10.2020 și a raportului procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, emise de către ..., în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate, a actelor anterioare și/sau subsecvente/conexe, în ceea ce privește declararea ca admisibilă, dar necâștigătoare a ofertei depusă de ..., respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei depusă de ..., obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor clasate pe primele 2 două locuri, cu consecința stabilirii caracterului neconform și inacceptabil al acestora.

Prin cererea de intervenție voluntară nr.1844/23.11.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51622/23.11.2020, ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ... - ... a solicitat următoarele:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, cât și pe fond;
- respingerea contestației formulată de ..., în partea care privește criticile aduse ofertei depusă de asocierea din care face parte, ca nefondată;
- menținerea ca temeinice și legale a actelor prin care oferta depusă de asocierea contestatoare a fost declarată admisibilă.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51683/23.11.2020, ...a solicitat următoarele:

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

Prin contestația nr.10135/09.11.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.49148/09.11.2020, formulată de ..., cu sediul în ...matriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., având CUI RO ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ..., - ..., împotriva comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr.VI/22372/28.10.2020, a proceselor-verbale de evaluare, a raportului procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, emise de către ..., în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate și a actelor subsecvente în ceea ce privește oferta depusă de Asocierea formată din ..., - ... și oferta depusă de ..., obligarea autorității contractante la reevaluarea acestor oferte.

Prin cererea de intervenție voluntară nr.1836/20.11.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51462/23.11.2020, S.C. ..., în calitate de lider al Asocierii formată din S.C. ... - ...a solicitat următoarele:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, cât și pe fond;
- respingerea contestației formulată de S.C. ... ca nefondată, cu consecința menținerii deciziei prin care oferta Asocierii formată din ..., - ..., a fost declarată inacceptabilă.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51692/23.11.2020, ...a solicitat următoarele:

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

- respingerea contestației formulată de ...

Contestațiile vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art.17 din Legea nr.101/2016.

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

I. Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr.49133/09.11.2020, ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ... - ..., critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresele nr.22368/28.10.2020 și nr.22369/28.10.2020, de către ..., solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... susține că, prin adresele susmenționate, i s-a comunicat faptul că oferta depusă de ...a fost declarată câștigătoare, cu un punctaj de 96 de puncte, în timp ce oferta depusă de asocierea al cărei lider este, a fost clasată pe locul 2, cu un punctaj de 94,99 puncte.

Cu privire la decizia de declarare drept câștigătoare a ofertei depusă de ..., contestatorul arată că este netemeinică și nelegală din următoarele considerente:

1. Ofertantul desemnat câștigător se face vinovat de declarații false în cuprinsul DUAЕ, împrejurare care, potrivit art.167 lit.h din Legea nr. 98/2016, atrage excluderea sa din procedura de atribuire.

Invocând dispozițiile art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016, contestatorul arată că ...a declarat în DUAЕ, în mod fals, că nu se află în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016, omițând intenționat să informeze comisia de evaluare despre existența Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/2019.

Pe de altă parte, contestatorul subliniază că, spre deosebire de ..., subcontractantul acestuia, ..., nu a încercat să ascundă participarea sa la încheierea unor „acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”, participare constatată și sancționată de Consiliul Concurenței prin Decizia nr. 77/2017.

În condițiile în care autoritatea contractantă a identificat existența Deciziei Consiliului Concurenței nr. 48/2019 și, implicit, caracterul fals al declarațiilor din cuprinsul DUAЕ-ului depus de ..., contestatorul susține că aceasta avea obligația de a solicita respectivului ofertant clarificări cu privire la declarația falsă consemnată în cuprinsul DUAЕ-ului.

Chiar dacă ulterior comisia de evaluare a solicitat S.C. ...clarificări cu privire la existența unor eventuale măsuri de conformare luate în vederea atenuării gravității faptelor anticoncurențiale comise, iar ofertantul desemnat câștigător a transmis un răspuns în acest sens, acesta nu poate conduce, în opinia contestatorului, în niciun caz la înlăturarea caracterului fals al declarațiilor consemnate.

Întrucât S.C. ...a negat în DUAЕ participarea sa la „acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”, contestatorul

susține că nu sunt incidente dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, deoarece ar fi încălcate dispozițiile art. 209 din actul normativ menționat, prin solicitările de clarificări adresate S.C. ...autoritatea contractantă ar determina apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului desemnat câștigător.

Împrejurarea că autoritatea contractantă, în mod nelegal, a trecut cu vederea faptul că ...nu a menționat în formularul DUAЕ sancțiunea Consiliului Concurenței reprezintă, în opinia contestatorului, o încălcare a principiului tratamentului egal statuat de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 prin raportare la potențialii ofertanți pe numele cărora au fost emise asemenea decizii, dar care au ales totuși să nu participe la procedura de atribuire.

Mai mult, prin raportare la cerința cuprinsă în Secțiunea III.1.1. - „*Capacitatea de exercitare a activității profesionale*”, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu și-a respectat propriile cerințe incluse în documentația de atribuire, comisia de evaluare trecând cu vederea peste declarația falsă a ...

Prin prisma dispozițiilor legale și a jurisprudenței pe care a menționat-o, contestatorul apreciază că, în speță, erau întrunite toate condițiile pentru aplicarea dispozițiilor art. 167 alin.1 lit.h din Legea nr. 98/2016, respectiv pentru excluderea S.C. ...din procedura de atribuire.

2. Nici ofertantul desemnat câștigător și nici subcontractantul său nu au făcut dovada că au luat măsuri efective de eliminare a cauzelor care au dus la emiterea deciziilor nr. 48/2019 și nr.77/2017 de către Consiliul Concurenței, prin care s-a constatat că ...și ...au participat la „*practici concentrate de împărțire a pieței*”.

Invocând prevederile art.167 alin.1 lit.c și art.171 alin.1 din Legea nr.98/2016, cu precizarea că art.171 alin. 1 și 2 din Legea nr.98/2016 transpun în legislația națională prevederile art.54 alin.6 din Directiva nr.2014/24/EU, contestatorul arată că, prin Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/2019 a fost constatată încălcarea prevederilor art. 5 alin. 1 din Legea concurenței nr. 21/1996, și sancționate ..., ..., ...și ...

Precizează că, așa cum rezultă din procesul-verbal nr.13 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr. VI/20990/13.10.2020, prin adresa nr. VI/19439/24.09.2020 autoritatea contractantă a transmis ...două solicitări de clarificări cu privire la Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/2019, răspunsurile formulate, în opinia contestatorului, fiind neconcludente.

... arată că, așa cum reiese din dispozițiile art. 171 alin. 1 și 2 din Legea nr. 98/2016 și art. 54 alin. 6 din Directiva nr. 2014/24/EU, pentru a-și demonstra fiabilitatea, ...avea obligația de a furniza dovezi temeinice din care să rezulte, printre altele, că a clarificat complet faptele și împrejurările ce au condus la sancționarea sa, respectiv a subcontractantului ...de către Consiliul Concurenței, și că a luat măsuri concrete și adecvate la nivel organizațional în vederea prevenirii repetării unor asemenea fapte, lucru pe care, în speță, prin răspunsurile la solicitările de clarificări ale autorității contractante, nu l-a făcut.

Concluzionând, contestatorul susține următoarele:

- Nici ...și nici ...nu au clarificat faptele și împrejurările ce au condus la sancționarea lor, respectiv nu au indicat, în concret, persoanele fizice ce se fac responsabile de încheierea înțelegerii anti-concurențiale și/sau măsurile disciplinare ce au fost luate împotriva acestor persoane.

- Este evident că o astfel de înțelegere anti-concurențială nu putea fi încheiată decât de factorii de decizie ai celor două companii: acționari și/sau administratori, împrejurare confirmată de altfel de lipsa oricărei sancțiuni disciplinare împotriva vreunui angajat ai celor două societăți în legătura cu faptele anticoncurențiale reținute de Consiliul Concurenței prin deciziile nr. 48/2019 și 77/2017.

- Nici S.C. ...și nici S.C. ...nu au furnizat dovezi în sensul eliminării legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător. Dimpotrivă, în cadrul procedurii de atribuire S.C. ... a indicat ca subcontractant o societate sancționată pentru același tip de comportament anti-concurențial de către Consiliul Concurenței.

- Un program de conformare, plan de instruire, dovada instruirii personalului, ș.a.m.d., întocmite și devenite obligatorii pentru alte persoane din cadrul celor două societăți decât cele ce se fac responsabile în mod efectiv de încheierea înțelegerii anti-concurențiale nu pot conduce la prevenirea repetării abaterilor constatate de Consiliul Concurenței, nefiind măsuri adecvate în înțelesul prevederilor art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016. În acest context, existența pur formală la nivelul S.C. ...și S.C. ...a unui plan de conformare la nivelul societății, respectiv parcurgerea pur formală a unor etape și proceduri standardizate nu reprezintă o dovadă suficientă în sensul luării tuturor măsurilor de prevenție necesare la nivelul celor două societăți pentru evitarea încheierii unor noi înțelegeri anti-concurențiale.

Având în vedere cele menționate, apreciază contestatorul, este fără putință de tăgadă, că, în speță, atât ..., cât și subcontractantul său ..., au comis o abatere profesională gravă care pune în discuție integritatea celor două societăți, abatere constatată prin Deciziile Consiliului Concurenței nr. 48/2019 și nr. 77/2017.

În opinia contestatorului, măsurile de conformare luate de cele două societăți la nivel organizațional au avut un caracter pur formal și nu au urmărit prevenirea repetării abaterilor constatate prin identificarea concretă a cauzelor care au condus la sancționarea acestora de către Consiliul Concurenței, inclusiv, dar fără a se limita la identificarea și sancționarea persoanelor care au participat la încheierea înțelegerilor anti-concurențiale, sens în care invocă și practica judiciară.

Apreciază că, în contextul arătat, autoritatea contractantă avea obligația de a face aplicarea dispozițiilor art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016 și a-l exclude din procedură pe ...

Cu privire la acest aspect, contestatorul invocă Decizia nr.983/2020, pronunțată în dosarul nr.388/33/2020, de Curtea de Apel Cluj.

3. Neconformitatea ofertei ...

Contestatorul susține că, în procesul de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu a aplicat un tratament egal și nediscriminatoriu tuturor operatorilor economici participanți la procedură,

întrucât nu a manifestat același nivel de exigență în evaluarea propunerii tehnice a ...cu cel folosit în evaluarea celorlalte oferte.

Raportat la prevederile art.215 din Legea nr.98/2016, în opinia contestatorului, oferta depusă de ...este inacceptabilă și neconformă întrucât nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia din punctul de vedere al corelării informațiilor cuprinse în Modalitatea de acces la logistică, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport în vederea execuției lucrărilor și Graficul Gantt și alocare de resurse, și neadecvată întrucât resursele prezentate sunt insuficiente pentru a satisface cerințele autorității contractante indicate în documentele achiziției.

În acest sens, ... arată că, așa cum rezultă din procesul-verbal (9) privind evaluarea conformității propunerilor tehnice, S.C. ..., urmarea solicitării de clarificări adresată, a depus o nouă listă privind modalitatea de acces la logistică prin care și-a modificat substanțial lista inițială.

Astfel, cu toate că existau numeroase neconcordanțe între lista privind modalitatea de acces la logistică revizuită și Graficul Gantt și alocare de resurse, comisia de evaluare a considerat, în mod nelegal și netemeinic, răspunsul ofertantului câștigător ca fiind concludent, iar cerința fișei de date Secțiunea IV.4.1 – *„Modul de prezentare al propunerii tehnice”* și Formularul de Propunere Tehnică, îndeplinită.

De altfel, contestatorul apreciază că decizia comisiei de evaluare este cu atât mai greșită cu cât resursele (utilajele) prezentate de ...în răspunsul la solicitarea de clarificări sunt insuficiente pentru a satisface cerințele autorității contractante indicate în documentele achiziției și prezintă, în continuare, neconcordanțele existente între informațiilor cuprinse în Modalitatea de acces la logistică, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport în vederea execuției lucrărilor cu cele prezentate în Graficul Gantt și alocare de resurse de ...

Față de cele de mai sus, contestatorul apreciază că oferta ...este inacceptabilă și neconformă întrucât nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia din punctul de vedere al corelării informațiilor cuprinse în Modalitatea de acces la logistică, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport în vederea execuției lucrărilor și Graficul Gantt și alocare de resurse, și neadecvată întrucât resursele prezentate sunt insuficiente pentru a satisface cerințele autorității contractante indicate în documentația de atribuire.

De asemenea, contestatorul susține că, prin raportare la complexitatea lucrărilor de intervenție din perioada de garanție și perioada de garanție ofertată prin propunerea tehnică de 120 de luni (10 ani), ...a ofertat în cuprinsul propunerii financiare un preț nejustificat de scăzut pentru efectuarea respectivelor intervenții în perioada de garanție, de numai 163,36 lei fără TVA/lună.

Precizează că, în urma solicitării de clarificări nr. VI/19439/24.09.2020, ...a răspuns, prin adresa nr.VI/18511/16.09.2020, răspuns pe care comisia de evaluare l-a considerat, în mod greșit, concludent, având în vedere faptul că, în concret, ofertantul desemnat câștigător a ofertat o perioadă de garanție de 120 de luni (10 ani) la un

preț total de numai 19.603 lei fără TVA pentru întreaga perioadă (reprezentând numai 0,029% din valoarea totală ofertată), adică de numai 163,36 lei fără TVA/lună.

În aceste condiții, apreciază contestatorul, prețul ofertat de ...pentru lucrările de intervenții efectuate în perioada de garanție este unul nejustificat de scăzut, fiind insuficient pentru a satisface cerințele autorității contractante indicate în documentele achiziției, oferta acestuia fiind, în principal neconformă, iar, în subsidiar, ca neadecvată.

Totodată, contestatorul subliniază că, raportat la criteriul de atribuire stabilit, oferta depusă de S.C. ...a fost greșit evaluată și punctată de către autoritatea contractantă.

Astfel, se arată că propunerea financiară a ...s-a bazat pe un preț nejustificat de scăzut ofertat pentru componenta de lucrări de intervenții pe perioada de garanție a lucrărilor de numai 19.603 lei fără TVA pentru întreaga perioadă (reprezentând 0,029% din valoarea totală ofertată), adică 163,36 lei fără TVA/lună, spre deosebire de suma aferentă lucrărilor de intervenții din perioada de garanție, de 983.456,70 lei fără TVA (1,50% din valoarea totală ofertată), aproximativ 13.472,10 lei fără TVA/lună, ofertată de asocierea contestatoare.

În opinia contestatorului, oferta depusă de ... a fost, în mod greșit, evaluată și în ceea ce privește factorul de evaluare „*perioada de garanție a lucrărilor*”, componentă tehnică cu o pondere de 10%, pentru care ofertantul desemnat câștigător a primit punctajul maxim, deși perioada de garanție ofertată de 120 de luni nu era susținută, în mod corespunzător, de suma ofertată în propunerea financiară pentru executarea lucrărilor de intervenții în perioada de garanție.

Și în ceea ce privește factorul de evaluare „*Gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiției publice, resursele alocate pentru realizarea activităților în cadrul contractului prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor*”, contestatorul apreciază că oferta depusă de ...a fost, în mod greșit, evaluată în condițiile existenței mai multor neconcordanțe majore între graficul de realizare a investiției, resursele utilizate, fluxul de numerar și metodologia de execuție, aceasta trebuind să primească, conform criteriul de atribuire, numai calificativul „Satisfăcător”, respectiv numai 3 puncte, iar nu pe cel maxim, astfel cum în mod greșit a procedat autoritatea contractantă.

În drept, se invocă Legea nr.101/2016; Legea nr.98/2016; H.G. nr.395/2016.

Ca mijloace de probă, s-au depus înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.VI/24557/19.11.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.50993/19.11.2020, ... a solicitat respingerea contestației, ca nefondată, cu consecința menținerii în totalitate a actelor încheiate, ca fiind temeinice și legale.

Cu privire la critica contestatorului vizând incidența motivului de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016, privind declararea unor informații false în DUAE în ceea ce privește ofertantul declarat câștigător, ... precum și cu privire la critica privind lipsa dovezilor că, atât ofertantul ..., cât și subcontractantul ..., au luat măsuri efective de eliminare a cauzelor care au dus la emiterea deciziilor nr.48/2019 și

77/2017 de către Consiliul Concurenței prin care s-a constatat că aceștia au participat la „practici concentrate de împărțire a pieței”, autoritatea contractantă arată că sunt nefondate.

Astfel, față de prevederile art.171 alin.1 și alin.3 din Legea nr.98/2016, susține autoritatea contractantă, a transmis ...solicitările de clarificări nr.VI/19439/24.09.2020 și nr.VI/20396/06.10.2020, la care acesta a răspuns, însă, din răspunsuri, nu au rezultat următoarele elemente: desemnarea uneia sau sau mai multor persoane responsabile cu programul de conformare al companiei (asumarea trebuie să intervină la nivelul factorilor de decizie ai societății, nominalizarea unui reprezentant al conducerii care să își asume rolul de a coordona efortul va asigura durabilitatea, consistența și vizibilitatea acestui demers), informarea eficientă, instruirea adecvată și măsuri de conștientizare privind necesitatea conformării cu normele de concurență.

Pentru acest motiv, autoritatea contractantă precizează că a solicitat ofertantului să transmită toate documentele necesare, respectiv decizia persoanelor responsabile cu programul de conformare al companiei, planul de instruire, dovada instruirii personalului, Manual de conformare cu regulile de concurență, în care au fost cuprinse toate indicațiile din ghidul autorității, pentru demonstrarea în concret a credibilității potrivit art.171 din Legea nr.98/2016, prin raportare la motivele de excludere de la prezenta procedură de atribuire stipulate la art.167 alin.1 lit. c din Legea nr.98/2016.

Ofertantul a răspuns, după cum se arată, în termen, prin adresa nr.6317/08.10.2020, la care a anexat o serie de documente: Explicațiile subcontractantului cuprinse în Adresa nr.672/2020; Manualul pentru conformarea cu regulile de concurență al Grupului ...; Formularul privind asocierile, care se completează și aprobă pentru fiecare situație în care societatea participă la o procedură de achiziție publică în asociere cu alte companii, dovada instruirii angajaților realizată la finalul anului 2019 (liste de prezență, extras din materialul care a stat la baza Instruirii); Program de instruire Etică în afaceri; Decizia din data de 29.01.2018 privind numirea dl. Florin Mircea Pop ca persoană responsabilă de coordonarea implementării programului de conformare cu regulile de concurență.

Față de documentele doveditoare transmise în sprijinul credibilității acestuia, autoritatea contractantă precizează că, din analiza acestora, rezultă faptul că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, astfel încât comisia de evaluare a apreciat concludent răspunsul ofertantului și nu a procedat la excluderea acestui ofertant din procedură.

Având în vedere existența unui Program de conformare, cu privire la care au fost prezentate dovezi, autoritatea contractantă arată că, în opinia sa, indiferent de conținutul faptei reținute de Consiliul Concurenței, ofertantul declarat câștigător și subcontractantul acestuia, nu puteau să se afle sub incidența motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin.1 lit.c din Legea nr. 98/2016, și contrar susținerilor contestatorului, nu a apreciat că acest ofertant a făcut o declarație falsă în cadrul DUAE și a declarat situația cunoscută la momentul depunerii ofertei, astfel încât nu

se poate pune problema incidenței motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin.1 lit. h din Legea nr.98/2016, care presupune ascunderea cu rea-intenție a încadrării într-un motiv de excludere.

Autoritatea contractantă precizează că a luat în considerare și interpretările date de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene cu privire la principiul proporționalității din dreptul comunitar, respectiv *„impunerea ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărit”* (Hotărârea Curtii din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV).

În acord însă cu dispozițiile art. 171 alin.1 și 3 Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă susține că nu poate proceda direct la respingerea ofertei, ci trebuie să verifice credibilitatea ofertantului prin raportare la motivele de excludere, ceea ce s-a realizat în cauză.

Raportat la cele menționate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. 1 lit. b din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că verificarea ofertei declarate câștigătoare, s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului cu privire la nelegalitatea evaluării ofertei declarate câștigătoare este nefondată, motiv pentru care solicită respingerea acesteia.

În ceea ce privește critica contestatorului referitoare la neîndeplinirea, de către ..., a condițiilor de formă aferente elaborării și prezentării acesteia din punct de vedere al corelării informațiilor cuprinse în Modalitatea de acces la logistică, utilajele/echipamentele/installațiile și mijloacele de transport în vederea execuției lucrărilor și Graficul Gantt și alocarea de resurse, autoritatea contractantă precizează că a solicitat clarificări ofertantului cu privire la mijloacele de transport rutier, care apar în graficele de execuție.

Deoarece ...a răspuns solicitărilor comisiei de evaluare și a transmis informațiile lipsă, informații ce au fost corelate cu alte informații existente în propunerea tehnică depusă inițial, comisia de evaluare a apreciat concludent răspunsul ofertantului, critica contestatorului cu privire la modificarea substanțială a listei depuse inițial de acest ofertant fiind, în opinia autorității contractante, nefondată.

În ceea ce privește susținerea contestatorului privind insuficiența resurselor de utilaje prezentate în propunerea tehnică de ofertantul ..., autoritatea contractantă precizează că în condițiile în care ofertantul declarat câștigător a prezentat în graficul Gantt alocarea, în mod real, a personalului implicat precum și a utilajelor și echipamentelor necesare în execuția lucrărilor, nu se poate susține că utilajele alocate pe fiecare activitate sunt insuficiente.

Autoritatea contractantă învederează că nu a impus prin documentația de atribuire, obligația ofertanților de a face dovada deținerii unui anumit număr de utilaje/echipamente expres, ci a solicitat doar evidențierea în Graficul Gantt a cantității de echipamente/utilaje și personal, precum și cantitatea de manoperă alocată pe fiecare activitate, de unde rezultă că a lăsat la latitudinea fiecăruia dintre ofertanți determinarea necesarului de utilaje/echipamente adecvate executării contractului, motiv pentru care apreciază ca fiind neîntemeiată critica contestatorului cu privire la oferta depusă de asocierea desemnată câștigătoare.

În ceea ce privește critica contestatorului privind ofertarea de către ...a unui preț neobișnuit de scăzut (163,36 lei/lună) pentru intervențiile în perioada de garanție, raportat la termenul de garanție oferat de 120 de luni, autoritatea contractantă precizează că este neîntemeiată întrucât ofertantul a răspuns solicitării de clarificări nr.VI/18265/11.09.2020, menționând unde sunt cuantificate în propunerea financiară aceste cheltuieli, iar comisia de evaluare a constatat că sunt asigurate cheltuielile pentru efectuarea lucrărilor de intervenție din timpul perioadei de garanție după finalizarea execuției și recepției, răspunsul fiind considerat concludent.

Invocând prevederile art. 23 lit.k din Legea nr.10/1995, autoritatea contractantă precizează că ofertantul declarat câștigător s-a obligat ca după încheierea contractului de execuție să constituie garanția de bună execuție de 10% din valoarea contractului, garanție care va fi utilizată doar în situația în care contractantul nu-și îndeplinește obligația de-a remedia pe propria cheltuială defectele calitative apărute în perioada de garanție a lucrării.

De altfel, se arată că, raportat la prevederile Ordinului nr. 1568/2002, pct. 3.3.3, legiuitorul nu a avut în vedere abordarea cheltuielilor indirecte ca o sumă fixă, folosind în acest sens noțiunea de "cotă", fapt ce este pe deplin justificat și nu poate fi abordat altfel.

În aceste condiții, comisia de evaluare a apreciat că modul în care ofertantul declarat câștigător a întocmit și depus propunerea financiară, prin estimarea cheltuielilor de intervenție în perioada de garanție, respectă cerința fișei de date, pct. IV.4.2 – „*Modul de prezentare a propunerii financiare*”, oferta declarată câștigătoare fiind în mod corect evaluată.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege, și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. 1 lit. h și j din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă susține că verificarea ofertelor întrunește condițiile de rigurozitate impuse de legislația în

domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei câștigătoare fiind nefondate.

În drept, se invocă prevederile art.18 alin.2 din Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51689/23.11.2020, ...a solicitat următoarele:

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

- respingerea contestației formulată de ... ca nefondată;

- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

În prealabil, intervenientul justifică admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la prevederile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, coroborat cu art.61 din codul de procedură civilă.

Pe fondul cauzei, intervenientul prezintă argumente care justifică respingerea contestației formulată de ..., arătând următoarele:

Contrar susținerilor contestatorului, niciuna din ipotezele prevăzute de art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016 nu este incidentă în speță, întrucât la momentul depunerii DUAЕ, autoritatea contractantă avea cunoștință de existența Deciziei nr.48/2019, ...participând la alte două proceduri anterioare derulate de aceasta.

Așadar, susține intervenientul, bifarea „NU” în cuprinsul DUAЕ este rezultatul unei simple erori materiale și nicidecum a unei acțiuni dolosive făcute cu scopul inducerii în eroare a autorității contractante.

Cu privire la incidența motivului de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, intervenientul susține că a prezentat comisiei de evaluare dovezi care demonstrează implementarea de măsuri de natură să preîntâmpine repetarea în viitor unei situații similare, iar autoritatea contractantă a apreciat, în mod corect, că societatea sa a demonstrat credibilitatea și, pe cale de consecință, a apreciat oferta drept admisibilă.

Referitor la criticile privind modalitatea de acces și alocarea resurselor, intervenientul precizează că modalitatea de acces la logistică, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport a fost întocmită cu respectarea cerințelor din caietul de sarcini.

Cu privire la critica ce vizează prețul ofertat pentru cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție, intervenientul precizează că valoarea privind cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată, estimată la 19.603 lei, fără TVA, a fost stabilită în baza informațiilor contabile cu privire la valorile/sumele ce au fost necesare pentru intervențiile din perioada de garanție în cadrul contractelor de lucrări de modernizare drumuri similare cu cele care fac obiectul contractului din prezenta procedură, executate în anii precedenți în condițiile aplicării sistemului propriu de calitate conceput și realizat cu responsabili tehnici cu execuția autorizată în condițiile legii.

Cât privește factorii de evaluare constând în perioada de garanție și experiența experților, intervenientul precizează că a primit același punctaj

cu cel acordat și ofertelor concurente, acești factori de evaluare nefiind determinanți în desemnarea ofertei sale drept câștigătoare.

În ceea ce privește ultimul factor de evaluare, intervenientul arată că oferta sa a primit 6 puncte și nu punctajul maxim, cum arată contestatorul.

Legat de neconcordanțele identificate de contestator, intervenientul solicită să se aibă în vedere argumentele prezentate la punctul precedent.

În drept, se invocă prevederile Legii nr.101/2016, Legii nr.98/2016.

II. Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr.49146/09.11.2020, ... critică comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr.VI/22370/28.10.2020 și raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, emise de către ..., solicitând anularea înscrisurilor susmenționate, a actelor anterioare și/sau subsecvente/conexe, în ceea ce privește declararea ca admisibilă, dar necâștigătoare a ofertei depusă de ..., respectiv ca fiind câștigătoare a ofertei depusă de ..., obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor clasate pe primele 2 două locuri, cu consecința stabilirii caracterului neconform și inacceptabil al acestora.

În motivarea contestației, ... prezintă, în prealabil, un istoric al desfășurării procedurii de atribuire, argumente în susținerea cererii privind accesul la dosarul achiziției publice, inclusiv la actele documente declarate de ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, precum și justificarea interesului legitim de a formula contestația.

Ca motive de nelegalitate a actelor contestate, ...susține următoarele:

1. Oferta ...este inacceptabilă, ca urmare a incidenței cazurilor de excludere prevăzute de art.167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016

Contestatorul arată că ...se încadrează în două cazuri de excludere distincte și de sine stătătoare, și anume:

- furnizarea unor informații false în DUAE (caz de excludere reglementat de art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr. 98/2016 și art. 57 alin. 4 lit. h din Directiva 2014/24);

- abaterea profesională gravă constând în încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor (caz de excludere reglementat de art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016 și art. 57 alin. 4 lit. c din Directiva 2014/24).

Contestatorul precizează că inadmisibilitatea ofertei decurgând din incidența unui motiv de excludere putea fi declarată oricând de către autoritatea contractantă, potrivit art. 169 din Legea nr. 98/2016, având în vedere Decizia nr. 48/19.07.2019, emisă de Consiliul Concurenței care a sancționat ..., alături de alte trei societăți, pentru încălcări grave ale regulilor de concurență, respectiv realizarea, cu ocazia participării la proceduri de achiziție publică, a unei practici concertate de tip cartel de împărțire a pieței, care au vizat trucarea licitațiilor la care a participat, faptă interzisă de prevederile art 5 alin. 1 lit. c din Legea concurenței nr. 21/1996.

Se arată că, potrivit Procesului-verbal nr. VI/13409/07.07.2020 privind evaluarea informațiilor din DUAЕ, ofertantul ...a declarat, în DUAЕ, că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr.98/2016.

Contestatorul precizează că potrivit Procesului-verbal nr. VI/20990/13.10.2020 privind evaluarea propunerilor financiare, prin adresa nr. VI/19439/24.09.2020, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului ...în sensul de a-și demonstra credibilitatea potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin raportare la motivele de excludere stipulate la art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016, având în vedere că pe site-ul Consiliului Concurenței în Lista actualizată a operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații apare la poziția 7 ... cu privire la Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2019 și să prezinte dovezi privind implementarea efectivă a programului de conformare cu legislația în domeniul concurenței, în concordanță cu Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență și care să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor.

Conform Procesului verbal nr. VI/20990/13.10.2020, ...a răspuns, după cum se arată, prin adresa nr. 6124/28.09.2020, și a depus o serie de documente menționate în Procesul-verbal susmenționat, documente la care nu a avut acces, iar autoritatea contractantă a concluzionat, fără a realiza o evaluare a respectivelor documente, „Răspuns concludent”. În urma aplicării criteriului de atribuire și stabilirii clasamentului ofertanților, oferta prezentată de ...a fost clasată pe primul loc.

Invocând prevederile 167 alin.1 lit.c și alin.3 din Legea nr. 98/2016, precum și Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice, contestatorul apreciază că participarea ...la o practică concertată de tip cartel în vederea trucării licitațiilor publice reprezintă o abatere profesională gravă care constituie motiv de excludere potrivit prevederilor susmenționate.

De altfel, abaterea profesională gravă săvârșită de ...a fost confirmată, în mod oficial, de Consiliul Concurenței, prin Decizia de sancționare nr. 48/19.07.2019, prin care aceasta a fost sancționată pentru participarea la o practică concertată de tip cartel, de împărțire a pieței serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă a drumurilor naționale și autostrăzilor aflate în administrarea ..., cu încălcarea dispozițiilor art. 5 alin. 1 lit. c din Legea concurenței nr. 21/1996, în opinia contestatorului, fiind incident motivul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.c coroborat cu art.167 alin.3 din Legea nr.98/2020.

Contestatorul apreciază că simpla formulare a unor declarații false în cuprinsul DUAЕ este de natură a înlătura credibilitatea ofertantului, fiind motiv de excludere prevăzut de art. 167 alin. 1 lit.h din Legea nr. 98/2016.

Și jurisprudența confirmă importanța obligației de sinceritate, sancțiunea aplicabilă în cazul încălcării acesteia fiind excluderea din procedură, sens în care contestatorul redă argumentele reținute de instanțe.

Obligația de sinceritate, arată contestatorul, are semnificație mai ales atunci când intervine un potențial caz de excludere. Sinceritatea

ofertantului este primul pas în analiza credibilității acestuia. Dacă furnizează informații false, ofertantul își pierde credibilitatea, nemaiavând posibilitatea răsturnării cazului de excludere.

Susține că un ofertant nu are posibilitatea auto-evaluării situației în care se regăsește, nu poate decide unilateral existența unui caz de excludere/exceptii de la excludere, fiind obligat să dezvăluie autorității contractante orice situație de fapt indicată în DUAE în vederea exercitării de către autoritate a verificărilor legale.

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

În speță, neindicând, în DUAE, sancțiunea aplicată de Consiliul Concurenței, ...a furnizat informații false, astfel că se încadrează în cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. 1 lit. h din Legea nr. 98/2016.

Astfel, apreciază contestatorul, condițiile pentru neaplicarea motivului de excludere privind abaterea profesională prevăzut la art.167 alin. 1 lit c din Legea nr. 98/2016 nu sunt îndeplinite, iar ...nu a furnizat dovezi suficiente care să îi probeze credibilitatea, iar autoritatea contractantă nu a realizat nicio evaluare fundamentată, transparentă a documentelor furnizate de acesta.

În continuare, contestatorul prezintă argumente pentru care autoritatea contractantă nu trebuia să solicite clarificări în vederea demonstrării credibilității conform art.171 din Legea nr.98/2016, susținând că nu era posibilă evaluarea propunerii tehnice și financiare a ...dat fiind faptul că oferta acestuia era inacceptabilă încă din momentul evaluării informațiilor din DUAE, în condițiile în care acesta nu a declarat abaterea profesională constatată prin Decizia Consiliului Concurenței nr. 48/19.07.2020.

Cu toate acestea, se arată că autoritatea contractantă a considerat că ...și-a dovedit credibilitatea, hotărând să nu excludă acest operator economic din procedură, fără a realiza, în fapt, o evaluare, o analiză fundamentată, motivată a documentelor prezentate de acesta.

În plus, documentele depuse de ...nu sunt suficiente în vederea demonstrării credibilității, raportat la tipul dovezilor enumerate de art.171 alin.3 din Legea nr.98/2016, deciziile interne privind nominalizarea unor persoane pentru „coordonarea efortului de aplicare și reglare” a programului de conformare cu regulile concurenței, contractul de asistență juridică cu o firmă de avocatură care i-a asistat pe parcursul investigației declanșate de Consiliul Concurenței, listele cu persoane care au participat la traininguri de conformare cu regulile de concurență și procese-verbale de instruire, nu fac dovada, în opinia contestatorului, unor măsuri concrete și adecvate privind „reabilitarea” operatorului economic, având în vedere gravitatea și circumstanțele particulare ale abaterii sancționate de Consiliul Concurenței.

În concluzie, contestatorul susține că autoritatea contractantă a realizat o evaluare nelegală a ofertei ..., întrucât nu a oferit garanțiile impuse de o evaluare fundamentată, prin prezentarea argumentelor care au determinat concluzia privind documentele prezentate în vederea

dovedirii credibilității prin raportare la elementele prevăzute de dispozițiile legale, iar nu prin simpla enumerare a documentelor depuse de acesta, pentru a se evita depășirea marjei de apreciere aflată la dispoziția autorității contractante.

Prin urmare, se apreciază că, oferta depusă de ..., trebuia respinsă, ca inacceptabilă, în primul rând pentru incidența motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin.1 lit. h din lege, având în vedere furnizarea de informații false în DUAE, și în al doilea rând pentru motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin.1 lit.c din lege, având în vedere abaterea profesională gravă constatată și sancționată prin Decizia Consiliului Concurenței, pentru care ofertantul nu a făcut dovada unor măsuri suficiente pentru a-și demonstra în mod concret credibilitatea.

2. Operatorii economici clasati pe locurile 1 și 2 se află în cazurile de excludere din procedura de atribuire prevăzute de art.167 alin.1 lit.g și h din Legea nr.98/2016, întrucât, pentru subcontractantul ..., declarat de ofertanții clasati pe locurile 1 și 2, a fost emis Documentul Constatator nr. 720/107/24.02.2020, în care s-a reținut nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din contractul nr. RUC 57/05.02.2019, încheiat cu ...

Independent de data emiterii documentului constatator, contestatorul subliniază că situația care a condus la emiterea acestui document este preexistentă și, în mod cert, era cunoscută de ...la data completării DUAE, respectiv depunerii ofertei, moment la care trebuia declarată în opinia contestatorului.

Prin urmare, contestatorul susține că oferta depusă de ...și cea depusă de Asocieria ... (Lider) - ...sunt inacceptabile, având în vedere următoarele motive de excludere:

- este incident motivul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016, întrucât operatorul economic (subcontractant declarat) nu a menționat în DUAE că se află într-o situație în care în privința unui contract de achiziții publice anterior, au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior, făcându-se astfel vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

- este incident motivul de excludere prevăzut de art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, având în vedere că operatorul economic și-a încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la (...) plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Raportat la aspectele de nelegalitate susmenționate, contestatorul susține că autoritatea contractantă avea o obligație de diligență, în sensul în care ar fi trebuit să verifice, în detaliu, situația fiecărui participant la procedura de atribuire, inclusiv prin verificarea SEAP - secțiunea documente constatatoare. În plus, față de această obligație de diligență a autorității contractante, ... avea obligația de a dezvălui în DUAE situația

legată de încălcarea obligațiilor care îi reveneau în baza unui contract de achiziție publică încheiat anterior.

3. Operatorii economici clasati pe locurile 1 și 2 nu îndeplinesc unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv nu pot îndeplini cerința privind experiența similară pe proiectare.

În acest sens, se arată că ..., pentru îndeplinirea cerinței privind experiență similară componenta proiectare, a declarat ca terți susținători pe ...(declarat și subcontractant) și ...(care nu a fost declarat subcontractant), prin cumularea experienței similare a acestora, ofertantul pretinzând că a îndeplinit cerința.

Cu toate acestea, după cum se susține, potrivit Procesului-verbal (9) nr. VI/17250/28.08.2020, activitatea de proiectare urmează să fie îndeplinită astfel:

- ...(subcontractant) pentru eventuale servicii de proiectare și asistență tehnică și lucrări de relocare și protejare rețele gaz,
- ...(subcontractant) pentru servicii de elaborare a documentației tehnico- economice fazele PAC, PT, DDE, asistență tehnică din partea proiectantului, servicii de proiectare faza PT,
- ... (subcontractant) pentru proiectare, asistență tehnică și execuție modernizare trecere la nivel cu cale ferată.

În ceea ce privește Asocierea ... (Lider) - ..., contestatorul precizează că aceasta a declarat ca terț susținător pe ... (care nu a fost declarat subcontractant), iar potrivit Procesului-verbal nr. VI/17250/28.08.2020 activitatea de proiectare urmează să fie îndeplinită astfel:

- (subcontractant) pentru întocmire documentație tehnică specialitate instalații electrice,
- ...(subcontractant) pentru întocmire documentație pentru obținerea avizului de gospodărire a apelor emis de ABA Someș Tisa,
- (subcontractant) pentru întocmire documentație tehnică de relocare utilități gaz,
- ... (subcontractant) pentru servicii de proiectare în domeniul feroviar-reabilitare trecere la nivel.

Contestatorul subliniază că, în condițiile în care un ofertant recurge la experiența similară a unui/unor terț/i susținător/i care deține/dețin experiența similară pe activitatea de proiectare, acel/acei terț/i susținător/i trebuie să fie declarat/ti subcontractant/ți, terții susținători declarați vor executa efectiv lucrările pentru care oferă experiența similară.

Invocând prevederile art.182 alin.2 din Legea nr.98/2016, în opinia contestatorului, terțul susținător devine un real subcontractant care va fi ținut să execute lucrările pentru care a demonstrat că deține experiența similară, în acest sens s-a pronunțat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în cauza C 324/14, Partner Apelski Dariusz împotriva Zarzşd Oczyszczania Miast.

Cu toate acestea, în ceea ce privește terțul susținător, declarat de ofertantul ...și terțul susținător, declarat de Asocierea clasată pe locul 2,

contestatorul precizează că acești terți nu au fost declarați și subcontractanți.

Pe de altă parte, se arată că, potrivit Procesului-verbal nr. VI/17250/28.08.2020, în ceea ce privește terțul susținător acesta nu a prezentat documente din care să rezulte concret modul prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere în conformitate cu solicitarea din fișa de date, astfel că în urma unei solicitări de clarificări, asocierea a transmis Anexa 2 la angajamentul de susținere împreună cu contractul nr. 18902/21.11.2018, indicat în susținerea experienței similare, iar în această anexa a detaliat personalul și echipamentele pe care le va folosi în cazul în care va fi necesar să intervină.

Sub acest aspect, susține contestatorul, nici ofertantul și nici autoritatea contractantă nu au înțeles modul în care ar urma să intervină terțul susținător în execuția contractului, respectiv prin execuția efectivă a lucrărilor care fac obiectul experienței similare. Așadar, terțul susținător ar trebui să execute efectiv, ca un real subcontractant activitățile pentru care a acordat susținerea, iar nu să intervină numai dacă este necesar.

Invocând jurisprudența Curții Europene de Justiției, contestatorul apreciază că ofertele depuse de ...și de Asocierea ... sunt inacceptabile, în sensul prevederilor art.137 alin.2 lit.b din H.G. nr. 395/2016, fiind depuse de ofertanți care nu îndeplinesc unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, consecința directă fiind că nu vor putea îndeplini o parte importantă din obiectul contractului de achiziție publică.

În concret, se apreciază că, cerința privind experiența similară pe proiectare nu este îndeplinită de ofertanții clasati pe locurile 1 și 2, întrucât contractele aduse ca experiență similară de terții susținători declarați, respectiv, ...și ..., care nu au fost declarați și subcontractanți și care nu vor executa efectiv lucrările, nu pot fi luate în considerare la calculul valorii experienței similare, iar în lipsa acestora pragul minim prevăzut în fișa de date de 1.800.000 lei nu este atins, ofertele fiind inacceptabile și pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară pe proiectare, relevante în acest sens fiind și deciziile pronunțate de C.N.S.C.

Într-o altă critică, contestatorul susține că operatorii economici clasati pe locurile 1 și 2 nu au declarat subcontractant specializat pentru realizarea activității de supraveghere arheologică, deși în fișa de date a fost inclus Avizul nr.46/Z/2019, emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale - Direcția Județeană pentru ... privind obiectivul potrivit căruia supravegherea arheologică se realizează de către o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior în baza unui contract, prin arheologii înscriși în Registrul Arheologilor, iar copia contractului și raportul de supraveghere arheologică se depun la instituția Direcției Județene pentru Cultură

Raportat la prevederile art.7 și art.3 din O.G. nr.43/2000 și la conținutul Avizului nr. 46/Z/2019, emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale-Direcția Județeană pentru Cultură ..., contestatorul subliniază că ofertanții trebuiau să prevadă, în mod obligatoriu, în ofertele lor

activitatea de supraveghere arheologică, după cum trebuiau să declare un subcontractant specializat pentru realizarea acestei activități.

Având în vedere că numai o instituție muzeală specializată poate realiza activitatea de supraveghere arheologică, în condițiile în care ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 nu au declarat subcontractanți specializați, contestatorul susține că aceștia nu pot îndeplini o parte din contractul de achiziție publică.

Fiind în discuție o componentă a contractului, contestatorul apreciază că oferta tehnică trebuia elaborată în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, aspect ce presupune că ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 să fi precizat, în concret, modalitatea de realizare a activității de supraveghere arheologică, în acest sens fiind și Instrucțiunea Președintelui ANAP nr.1/2017.

Mai mult decât atât, se arată că, din Procesul-verbal nr. VI/17250/28.08.2020, reies următoarele:

1. Ofertantul declarat câștigător, ..., nu a prezentat ca subcontractant o instituție pentru supravegherea arheologică. Față de această neconformitate, autoritatea contractantă a solicitat clarificări prin adresa nr. VI/14566/23.07.2020, respectiv să dovedească forma de colaborare cu o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ prin arheologi înscriși în Registrul Arheologilor la care ...a răspuns prin adresa nr. VI/14771/28.07.2020, autoritatea contractantă reținând că cerința minimă este îndeplinită.

Prin răspunsul transmis, ...menționează că are un Acord Cadru de colaborare / prestări servicii cu ...din Cluj Napoca, al Academiei Române - Filiala Cluj Napoca, prin care se asigură servicii de supraveghere arheologică. De asemenea, ...a precizat că supravegherea arheologică se va realiza pe toată durata de execuție a lucrărilor, iar costul acestor servicii de supraveghere arheologică este inclus în valoarea cheltuielilor indirecte.

Documentele justificative depuse de ofertant au constatat în Contractul de colaborare / prestări servicii cu ...din Cluj Napoca, al ...nr.315/17.01.2020.

Potrivit Formularului de propunere tehnică trebuia descris planul de lucru pentru implementarea/realizarea serviciilor/ obținerea rezultatelor în cadrul Contractului și prezentat graficul de prestare al serviciilor, detaliat pe fiecare activitate (PAC, PT, DDE, Caiete de sarcini, avize etc.) cu nominalizarea personalului în legătură cu care au fost formulate cerințe minime în caietul de sarcini, condiții pe care contestatorul susține că ...nu le-a îndeplinit, în ce privește activitatea de supraveghere arheologică.

2. De asemenea, nici ofertantul clasat pe locul 2 nu a prezentat ca subcontractant o instituție pentru supraveghere arheologică, și în situația acestuia autoritatea contractantă a solicitat clarificări prin adresa nr. VI/14567/23.07.2020, respectiv să dovedească forma de colaborare cu o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ prin arheologi înscriși în Registrul Arheologilor la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. VI/14768/28.07.2020.

Conform procesului-verbal nr. VI/17250/28.08.2020, prin răspunsul său, asocierea a transmis Contractul de prestări servicii

nr.213/13.02.2020 având ca obiect asigurarea unui specialist arheolog pentru supravegherea arheologică a șantierului pe parcursul execuției lucrărilor aferente procedurii de atribuire de referință. De asemenea, ofertantul a mai precizat că *„activitatea de supraveghere arheologică a lucrărilor nu face parte din obiectul contractului, care urmează a fi atribuit, situația în care aceasta urmează a fi realizată de un furnizor de servicii, astfel cum este acesta definit la art.3 alin.1 lit w din Legea nr.98/2016, acesta fiind considerentul pentru care contractul de prestări de servicii nu a fost depus odată cu oferta”*.

Față de cele menționate, contestatorul susține, pe de-o parte, că, în mod nelegal, autoritatea contractantă a permis celor doi ofertanți clasați pe locurile 1 și 2 completarea/modificarea ofertelor în timpul evaluării, iar pe de altă parte, niciunul dintre aceștia nu se află în cazurile de excepție prevăzute de art.134 alin.7 din H.G. nr.395/2016, respectiv prezența unor vicii de formă și nici abateri tehnice minore.

Astfel, contestatorul susține că niciunul dintre cei doi ofertanți nu a declarat subcontractant instituția de profil muzeal pentru supraveghere arheologică, deși aveau obligația să o facă atât timp cât este vorba de o activitate care face parte din obiectul contractului.

Mai mult decât atât, Asocierea clasată pe locul 2 se află în eroare cu privire la modul de implicare a instituției de profil muzeal în executarea unei părți din contract din moment ce afirmă că *„activitatea de supraveghere arheologică a lucrărilor nu face parte din obiectul contractului, care urmează a fi atribuit, situația în care aceasta urmează a fi realizată de un furnizor de servicii, astfel cum este acesta definit la art. 3 alin.1 lit.w din Legea nr. 98/2016”*.

Se învederează faptul că obligația de a depune informațiile cu privire la subcontractanți are ca temei legal prevederile art.193 alin.3 din Legea nr.98/2016, pentru ipoteza în care ofertantul își prefigurează subcontractarea, iar particularitatea activității de supraveghere arheologică de a nu putea fi îndeplinită decât de o instituție de specialitate, face ca ofertanții să cunoască încă de la elaborarea ofertei necesitatea declarării unui subcontractant specializat.

Într-o altă critică, contestatorul susține că ofertanții clasați pe locurile 1 și 2 nu pot îndeplini partea din contract constând în proiectare conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (PPI), respectiv pentru execuție conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (EPI).

În acest sens, se arată că ...a declarat ca subcontractant pentru eventuale servicii de proiectare și asistență tehnică, lucrări de relocare și protejare rețele gaz pe ..., deși acesta nu deține autorizația necesară pentru realizarea activității de proiectare, ci doar pentru execuția altor tipuri de lucrări ce nu fac obiectul contractului. Pe de altă parte, se arată că, nici ...și nici subcontractanții declarați de acesta nu dețin autorizația necesară pentru proiectare și execuția conductelor și instalațiilor.

În aceeași situație, susține contestatorul, se află și ofertantul clasat pe locul 2 care a declarat ca subcontractant pe ...pentru întocmirea documentației tehnice de relocare utilități gaz, deși acest operator

economic nu deține autorizația necesară pentru proiectarea și execuția conductelor și instalațiilor conform Regulamentului ANRE.

4. Autoritatea contractantă a permis, în mod nelegal, completarea ofertei depuse de ...prin răspunsurile de clarificare transmise de acest ofertant.

Contestatorul arată că, potrivit Procesului-verbal nr. VI/17250/28.08.2020, ...nu a prezentat contractul de prestări servicii de laborator încheiat cu ...și autorizația de laborator, motiv pentru care autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, în urma cărora ofertantul câștigător a prezentat contractul de prestări servicii nr.84/03.01.2019, încheiat cu ...și Autorizația de funcționare a laboratorului nr.2082 din 13.07.2010.

Și de această dată, susține contestatorul, autoritatea contractantă i-a permis ofertantului câștigător să-și completeze oferta prin răspunsurile la solicitările de clarificări, deși, singura măsură legală ar fi trebuit să fie respingerea ofertei potrivit art.134 alin.6 din H.G. nr.395/2016.

Prin atitudinea permisivă a autorității contractante care a dat posibilitatea ofertantului declarat câștigător să-și completeze, în mod repetat oferta, contestatorul susține că a fost încălcat principiul tratamentului egal. Nu poate fi omis nici faptul că, inițial, în oferta sa, ...nu a depus niciun document privind laboratorul de testare, prin urmare completarea ulterioară a ofertei cu documente care trebuiau să fie depuse la data depunerii ofertelor, este inacceptabilă, așa cum s-a reținut și în practica CJUE.

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

Contestatorul arată că, potrivit procesului-verbal nr.13 privind evaluarea propunerilor financiare, s-a solicitat ...să justifice/detalieze unde sunt cuantificate, în cadrul propunerii financiare, cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată și valoarea acestor cheltuieli, coroborat cu propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii, solicitare la care acesta a răspuns în sensul că cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată coroborat cu propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii sunt cuantificate în cadrul propunerii financiare la capitolul „*cheltuieli indirecte*”, iar valoarea estimată a acestora este de 19.603 lei, fără TVA.

În opinia contestatorului, valoarea mult mai scăzută a ofertei declarate câștigătoare este determinată inclusiv de ofertarea, în mod artificial, a cheltuielilor indirecte, respectiv într-un procent care nu poate fi justificat, în mod real, și care în niciun caz nu ar putea acoperi costurile conform Ordinului nr. 1568/15.10.2002 Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice indicativ P91/1-02.

Comparativ cu oferta sa, contestatorul precizează că a estimat cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție la valoarea de 463.553,63 lei, ce acoperă costurile cu următoarele:

- urmărirea comportării în exploatare a întregii lucrări executate pe toată durata celor 73 de luni de perioadă de garanție acordată,

- intervenții de remediere, precum și materialele, echipamentele și personalul necesar alocat asupra unor potențiale defecțiuni datorate viciilor de execuție ce pot apărea pe durata perioadei de garanție.

Susține cu nu trebuie omisă nici valoarea estimată de Asocierea ... (Lider) - ..., în sumă 983.456,70 Lei (1,50% din valoarea total ofertată) pentru cheltuielile aferente intervențiilor în perioada de garanție acordată.

Pe de altă parte, în condițiile în care ...a oferat o perioadă de garanție de 10 ani (120 de luni), contestatorul apreciază că, cheltuielile estimate de aceasta pentru intervențiile din perioada de garanție nu ar putea fi în niciun caz de 23 de ori mai mici decât cele estimate de societatea sa, respectiv de 50 de ori mai mici decât cele estimate de ofertantul clasat pe locul 2.

În aceste condiții, contestatorul susține că autoritatea contractantă trebuia să aplice dispozițiile legale privind justificarea prețurilor neobișnuit de scăzute raportat la quantumul cheltuielilor indirecte oferate de ...pentru intervențiile din perioada de garanție, ori în speță, comisia de evaluare nu a solicitat niciun fel de clarificări privind prețul ofertat potrivit dispozițiilor art.136 din H.G. nr.395/2016.

În absența unei analize complete și corecte privind prețul ofertat de ..., contestatorul apreciază că evaluarea autorității contractante înregistrează abateri de la cadrul legal în vigoare.

Un motiv în plus pentru care autoritatea contractantă trebuia să verifice modul în care vor fi asigurate lucrările de remediere a deficiențelor din timpul perioadei de garanție, este acela că perioada de garanție ofertată reprezintă un factor de evaluare cu pondere în stabilirea ofertei câștigătoare.

6. Potrivit procesului-verbal de evaluare a propunerilor financiare nr. VI/20990/13.10.2020, în ceea ce privește Asocierea ..., valoarea criptată, în SICAP, a fost în quantum de 16.622.400,00 RON, deși valoarea ofertei din formularul de ofertă a fost în quantum de 65.563.780,00 lei fără TVA, iar autoritatea contractantă nu a solicitat niciun fel de clarificări față de această inadvertență care ar fi trebuit să conducă la respingerea ofertei ca inacceptabilă potrivit art.137 alin.2 lit.k din H.G.nr.395/2016 pe motiv că lipsește una din cele două componente.

În drept, se invocă prevederile art.8, art.10 din Legea nr. 101/2016, dispozițiile legale invocate, precum și principiile în materia achizițiilor publice.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.VI/24558/19.11.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.51008/19.11.2020, ... a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

Autoritatea contractantă a prezentat argumente pentru care nu a permis accesul contestatorului la conținutul integral al ofertelor depuse de ofertanții clasați pe locurile 1 și 2, iar, pe fondul cauzei, reiterează argumentele formulate cu privire la inexistența situației de excludere din procedură prevăzută de art.167 alin.1 lit.g și lit.h din Legea nr.98/2016 a ofertanților clasați pe primele 2 locuri, apreciind critica contestatorului ca fiind neîntemeiată.

În plus, în ceea ce privește subcontractantul declarat de ambii ofertanți, ..., comisia de evaluare, în mod corect, a apreciat admisibile ofertele depuse de ofertantul declarat câștigător și ofertantul clasat pe locul 2 la etapa de verificare a informațiilor prezentate în DUAE, întrucât la acel moment, 07.07.2020, în urma verificărilor efectuate, în SEAP, la rubrica Documente-Documente constatatoare, pentru operatorul economic ... nu a fost identificat niciun document constatator, fapt care aceste oferte au fost declarate admisibile. Mai mult, documentul constatator care vizează contractul nr. 57/05.02.2019 a fost încărcat, în SEAP, la data de 15.09.2020, mult după închiderea etapei de evaluare a informațiilor din DUAE.

În opinia autorității contractante, este neîntemeiată și critica contestatorului privind neîndeplinirea de către ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 a cerinței privind experiența similară-componenta proiectare, întrucât această cerință astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire poate fi susținută de un terț fără existența vreunei condiționări privind desfășurarea efectivă a lucrărilor sau serviciilor pentru care a acordat susținerea, prevederile art. 182 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, invocate de contestator nefiind incidente în acest caz, întrucât acestea se referă la cerința privind calificările educaționale și profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, iar nu la experiența similară cum greșit susține contestatorului.

În ceea ce privește critica contestatorului referitoare la lipsa declarării de către ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 a unor subcontractanți specializați pentru realizarea activității de supraveghere arheologică, autoritatea contractantă precizează că potrivit Avizului nr. 46/Z/2019, emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale-Direcția Județeană pentru Cultură ... aflat în documentația de atribuire, emis favorabil sub condiția supravegherii arheologice și potrivit notei de subsol din acest aviz, supravegherea arheologică se realizează de către o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior în baza unui contract, prin arheologii înscriși în Registrul Arheologilor, copia contractului și raportul de supraveghere arheologică se depun la instituția Direcției Județene pentru Cultură

Având în vedere Avizul nr.46/Z/2019, emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale-Direcția Județeană pentru Cultură ..., autoritatea contractantă precizează că a solicitat ofertanților clasati pe locurile 1 și 2 să prezinte documente care să dovedească forma de colaborare cu o astfel de instituție pentru îndeplinirea cerinței.

Ca răspuns, ...a transmis contractul de colaborare/ prestări servicii încheiat cu ...din Cluj Napoca nr. 315/17.01.2020, prin care se asigură servicii de supraveghere arheologică, extras din Registrul arheologilor pentru domnul Cociș Sorin Ilie, atestat nr.546/22.08.2006, iar Asocierea ...-...a transmis contractul de prestări servicii nr. 213/236 din 13.02.2020, încheiat între ... și COMPLEXUL MUZEAL ... având ca obiect asigurarea unui specialist arheolog pentru supravegherea arheologică a șantierului pe durata execuției lucrărilor ce fac obiectul procedurii de

atribuire, declarație de disponibilitate pentru Zagreanu Radu Iustinian arheolog expert și certificate de atestare nr. 249E/01.03.2018.

Raportat la prevederile de la art.3 alin.1 lit.w din Legea nr. 98/2016, se arată că furnizorul de servicii este cel care prestează servicii către un contractant, cum este cazul în speță, iar în situația în care aceste servicii sunt furnizate contractantului atunci respectivul operator economic are calitatea de furnizor, prin urmare nu este vorba de prestarea unei părți din contract, acești furnizori de servicii nefiind declarați subcontractanți.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă susține că activitatea comisiei de evaluare s-a desfășurat cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, această critică a contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertelor clasate pe locul 1 și 2 este nefondată.

În opinia autorității contractante este neîntemeiată și critica privind neîndeplinirea de către ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 a părții din contract constând în proiectare și execuție conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze natural (PPI), întrucât aceștia au prezentat și justificat modalitatea de realizare a documentațiilor de specialitate solicitate de avizatori necesare pentru obținerea autorizației de construire, iar pentru a putea realiza aceste servicii, ofertanții au făcut dovada că dețin atestate/autorizații/certificări de la autoritățile publice care să confirme capacitatea profesională de realizare a proiectelor de specialitate, fiind realizate și prin subcontractanți care dețin aceste atestate/autorizații/certificări.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că potrivit fișei de date, nu a impus vreo cerință referitoare la capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților referitoare la deținerea de autorizații speciale pentru a presta și executa contractul de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, fapt pentru care nu poate respinge ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire pentru neîndeplinirea de criterii și cerințe care nu au fost impuse în cadrul documentației de atribuire.

Critica contestatorului ce vizează oferta câștigătoare depusă de ..., și anume completarea nelegală a propunerii tehnice odată cu răspunsurile la clarificări și incidența prevederilor art. 134 alin.6 din H.G. nr. 395/2016, este neîntemeiată, în opinia autorității contractante, având în vedere că ofertantul declarat câștigător a prezentat în cuprinsul Planului de management al calității aplicat la lucrare, laboratorul care va testa materialele și lucrările executate ca aparținând societății ..., servicii care se vor executa în temeiul unui contract de servicii.

Întrucât nu a fost prezentat acest contract și nici autorizația de funcționare a laboratorului, comisia de evaluare a solicitat, după cum se arată, transmiterea acestor documente, fiind vorba despre o clarificare formală sau de confirmare necesară pentru evaluarea ofertei fără a aduce un avantaj evident ofertantului declarat câștigător ...

În ceea ce privește critica contestatorului privind ofertarea de către ...a unui preț neobișnuit de scăzut (163,36 lei/lună) pentru intervențiile în perioada de garanție, raportat la termenul de garanție oferat de 120 de luni, autoritatea contractantă apreciază că aceasta este

neîntemeiată pentru considerentele pe care le-a prezentat anterior cu privire la contestația formulată de S.C. ...

În ceea ce privește critica ce vizează propunerea financiară depusă de ofertantul clasat pe locul 2, respectiv că există o inadvertență între valoarea totală a propunerii financiare criptată în SEAP și cea din formularul de ofertă depus în propunerea financiară, autoritatea contractantă susține că această critică este netemeinică, întrucât atât valoarea ofertei criptată în SEAP, cât și valoarea ofertei înscrisă în formularul de ofertă este aceeași, respectiv 65.563.780 lei, valoarea înscrisă în procesul-verbal de evaluare a propunerilor financiare nr. VI/20990/13.10.2020 (pag.16) în cuantum de 16.622.400 lei, cu referire la valoarea criptată în SEAP de ofertantul clasat pe locul 2, fiind o eroare materială.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă susține că verificarea ofertelor întrunește condițiile de rigurozitate impuse de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertelor clasate pe primele 2 locuri sunt nefondate.

În drept, se invocă prevederile art.18 alin.2 din Legea nr. 101/2016.

Prin cererea de intervenție voluntară nr.1844/23.11.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51622/23.11.2020, S.C. ..., în calitate de lider al Asocierii formată din S.C. ... - ...a solicitat următoarele:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, cât și pe fond;
- respingerea contestației formulată de ..., în partea care privește criticile aduse ofertei depusă de asocieria din care face parte, ca nefondată;
- menținerea ca temeinice și legale a actelor prin care oferta depusă de asocieria contestatoare a fost declarată admisibilă.

În prealabil, intervenientul justifică admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la prevederile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, coroborat cu art.61 din codul de procedură civilă, iar pe fondul cauzei prezintă argumente în combaterea criticilor formulate de ...-... CLUJ S.A. cu privire la admisibilitatea ofertei depusă de Asocieria formată din ... - ...

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.101/2016, Legii nr.98/2016 și H.G. nr.395/2016.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51683/23.11.2020, ...a solicitat următoarele:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, în principal ca intervenție principală și, în subsidiar, ca intervenție în interesul autorității contractante;
- respingerea contestației formulată de ... ca nefondată în ceea ce privește criticile formulate față de ...
- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.
- în temeiul art.19 din Legea nr. 101/2016 solicită accesul la dosarul achiziției publice.

În prealabil, intervenientul justifică admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la prevederile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, coroborat cu art.61 din Codul de procedură civilă, iar pe

fondul cauzei prezintă argumente în combaterea criticilor formulate de ...-... CLUJ S.A. cu privire la oferta depusă de ...

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.101/2016, Legii nr.98/2016.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.54168/08.12.2020, ...-... CLUJ S.A. a depus note scrise, prin care a solicitat respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă și intervenientele ... și ...

III. Prin contestația nr.10135/09.11.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.49148/09.11.2020, ... critică comunicarea rezultatului procedurii de atribuire nr.VI/22372/28.10.2020, procesele-verbale de evaluare, raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, solicitând anularea înscrisurilor susmenționate și a actelor subsecvente în ceea ce privește oferta depusă de Asocierea formată din ..., - ... și oferta depusă de ..., obligarea autorității contractante la reevaluarea acestor oferte.

Ca un scurt rezumat al stării de fapt, contestatorul precizează că rezultatul procedurii de atribuire este urmarea răspunsului său la solicitarea de clarificări nr.VI/18267/11.09.2020 ce a vizat exclusiv oferta financiară, răspuns pe care autoritatea contractantă l-a considerat neconcludent, oferta fiind respinsă în conformitate cu prevederile art. 134 alin. 5 din H.G. nr.395/2016.

Cu privire la depunerea acordurilor de asociere / subcontractare care să precizeze fizic, valoric și procentual gradul de implicare al partenerilor /subcontractanților, contestatorul apreciază că aceste documente, atât inițial (în cadrul ofertei) cât și subsecvent, în formatul atașat răspunsului la solicitarea de clarificări, respectă cerința documentației de atribuire, prezentând datele solicitate în Anexă, la art. 2 Obiectul acordului - complet și conform.

Cu privire la identificarea cheltuielilor aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată și valoarea acestor cheltuieli din cadrul propunerii financiare contestatorul precizează, pe de o parte, că o astfel de cerință excede documentației de atribuire deoarece niciunde nu se regăsește valoarea cheltuielilor aferente intervențiilor în perioada de garanție, iar pe de altă parte, modalitate de interpretare a răspunsului și calificarea acestuia ca neconcludent nesocotește reglementarea documentației de atribuire.

Contestatorul precizează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, a confirmat expres că a avut în vedere, în oferta depusă, aceste costuri fiind cuprinse în prețul total ofertat forfetar menționând deopotrivă că aceste activități prezumtive pentru perioada de garanție au fost detaliate în propunerea tehnică depusă.

Arată că aceste cheltuieli, prin natura lor și în raport de momentul elaborării ofertei, stadiul documentației (DAU), durata termenului de execuție și termenul de garanție, nu pot fi fixe, ele neputând fi cuantificate cert, putând varia pe perioada celor 120 luni în funcție de factori, majoritatea, extrinseci conduitei ofertantului proiectant /constructor.

Subliniază contestatorul faptul că valoarea cheltuielilor aferente intervențiilor, din perioada de garanție este, prin efectul legii, inclusă în categoria cheltuielilor indirecte, clasificare care se fudamentează și prin

natura și funcțiunea lor corespunzător categoriilor indirecte. Cheltuielile indirecte reprezintă acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei.

În continuare, contestatorul invocă, cu titlu de jurisprudență relevantă, în contextul analizei cheltuielilor indirecte aplicată unor oferte întocmite pe sume forfetare, decizii ale Consiliului în care s-a reținut faptul că, din moment ce cheltuielile indirecte nu pot fi identificate și atribui pe un anumit obiect de calculație, o detaliere a lor este improprie.

Pe de altă parte, contestatorul formulează critici cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei depusă de ..., ofertă care, în opinia sa, este neconformă și inacceptabilă având în vedere următoarele considerente:

1. ...a comis o abatere care afectează reputația profesională a acestuia, existând „încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor”, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă, constatată printr-o decizie a autorității administrative, respectiv prin decizia nr. 48/19.07.2019 a Consiliului Concurenței, fiind incidente dispozițiile art.167 din Legea nr.98/2016 privind motivele de excludere.

2. DUAE depus de ...prezintă inadvertențe de fond, respectiv erori/omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale - acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței unde ofertantul a bifat „NU”, sens în care sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea nr. 98/2016 (respectiv operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitat.)

3. Subcontractantul ..., declarat de ..., a comis o abatere care afectează reputația profesională a acestuia, existând „încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor”, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă, constatată printr-o decizie a autorității administrative, respectiv prin decizia nr. 77/20 12.2017 a Consiliului Concurenței, fiind incidente dispozițiile art. 167 din Legea 98/2016 privind motivele de excludere.

4. ... nu a făcut dovada disponibilității personalului necesar și anume responsabilul tehnic cu execuția autorizat în vederea executării contractului conform activităților oferate, respectiv a lucrărilor pentru relocarea/devierea rețelelor de gaz.

Astfel, în ce privește modalitatea de asigurare a specialistului expres solicitat se arată că acesta nu este angajat al subcontractantului ...și nici a altui membru al asocierii, simpla menționare în ofertă a disponibilității specialistului este insuficientă, fiind necesar ca autoritatea contractantă să verifice realitatea și natura angajamentului contractual dintre ofertant și terțul specialist, în raport de care se îndeplinește, sau nu, o cerința expresă de calificare.

În drept, se invocă prevederile art.8 și urm. din Legea nr. 101/2016, dispozițiile legale invocate.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.VI/24559/19.11.2020, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.50990/19.11.2020, ... a solicitat respingerea contestației, ca nefondată.

Cu privire la decizia de respingere a ofertei depusă de Asociera ..., ca inacceptabilă, în baza prevederilor art. 215 alin. 5 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 134 alin. 5 din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă precizează că a procedat, în mod corect, întrucât acordurile de asociere și subcontractare prezentate de ofertant în propunerea financiară nu conțineau toate informațiile solicitate prin fișa de date a achiziției pct. IV.4.2, motiv pentru care a solicitat prin adresa nr. VI/18267/11.09.2020 prezentarea acestor documente.

Ofertantul a răspuns, după cum se arată, în termen precizând că *"acordurile de asociere, subcontractare au fost depuse în propunerea financiară la pag. 29-47, care se citesc împreună cu Anexa 1- Acorduri de asociere și subantrepriză depusă la pag. 28, graficele depuse unde sunt precizate fizic, valoric și procentual lucrările care urmează a fi executate"*, însă comisia de evaluare a constatat că deși a solicitat, în mod expres, ofertantului să prezinte acordurile de asociere și subcontractare completate conform cerinței din fișa de date a achiziției, acesta a refuzat să prezinte aceste documente în forma solicitată în fișa de date, limitându-se doar a face precizarea că acordurile trebuie "citite" împreună cu alte documente.

În aceste condiții, comisia de evaluare a apreciat răspunsul ofertantului ...ca neconcludent, incidente fiind prevederile art. 134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

În ceea ce privește cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei, autoritatea contractantă precizează că, prin adresa nr. VI/18267/11.09.2020, a solicitat clarificări cu privire la cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată și valoarea acestor cheltuieli, la care ...a răspuns, în termen, precizând că aceste costuri sunt cuprinse în prețul total forfetar, iar activitățile prezumtive pentru perioada de garanție au fost detaliate în propunerea tehnică depusă.

Analizând răspunsul ofertantului, comisia de evaluare a constatat, după cum se arată, că acesta a refuzat să precizeze valoarea acestora și s-a limitat la a menționa că *"aceste chetuieli nu pot fi fixe, ele neputând fi cuantificate, deși, în același răspuns a precizat, în mod clar, că "a avut în vedere în oferta depusă aceste costuri"*, motiv pentru care răspunsul a fost considerat neconcludent, oferta fiind respinsă în temeiul art. 134 alin. 5 din HG 395/2016.

Totodată, autoritatea contractantă susține că argumentele contestatorului cu privire la cuantificarea cheltuielilor aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată, sunt contradictorii, acesta susținând, pe de o parte, că excede documentației de atribuire, iar, pe de altă parte, modalitatea de interpretare a răspunsului și calificarea acestuia ca neconcludent nesocotește reglementarea documentației de atribuire.

Pe de o parte, autoritatea contractantă apreciază că ..., prin necontestatarea conținutului adresei nr. VI/18267/11.09.2020, și-a însușit conținutul acesteia, asumându-și obligația de a răspunde întocmai solicitărilor de clarificări ale autorității contractante, sub sancțiunea prevăzută la art.134 alin.5 din H.G. 395/2016.

Având în vedere aspectele susmenționate, autoritatea contractantă apreciază ca fiind irelevant raționamentul contestatorului potrivit căruia s-au solicitat, în mod nejustificat, clarificări cu privire la aceste cheltuieli, având în vedere obligația comisiei de evaluare de a efectua verificări detaliate ale tuturor componentelor care formează prețul ofertei (inclusiv cheltuielile indirecte).

Față de cele menționate, autoritatea contractantă susține că a respins, în mod corect, oferta depusă de ... ca urmare a aplicării dispozițiilor art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

În ceea ce privește critica ce vizează neconformitatea ofertei declarate câștigătoare prin raportare la cerințele caietului de sarcini, în sensul că ofertantul nu face dovada disponibilității personalului necesar-responsabil tehnic cu execuția autorizat în vederea executării contractului conform activităților ofertate, respectiv a lucrărilor pentru relocarea/devierea rețelelor de gaz, autoritatea contractantă precizează că ofertantul declarat câștigător a nominalizat în propunerea tehnică responsabil tehnic cu execuția - domeniul 8.4 rețele de gaze naturale combustibile, pe domnul Polgar Ionel Nicolae, posesor al autorizației nr.3077/09.08.2018, susținerea contestatorului potrivit căreia această persoană trebuia să fie angajat/salariat al subcontractantului ... este neîntemeiată, întrucât o asemenea cerință excede documentației de atribuire, personalul de specialitate nominalizat de ofertanți putând avea calitatea de salariați, respectiv colaboratori ai ofertanților.

Autoritatea contractantă precizează că, prin adresa nr.VI15574/06.08.2020, a solicitat ofertantului declarat câștigător să transmită documente din care să rezulte relația contractuală cu ofertantul, respectiv subcontractantul ..., iar prin răspunsul formulat ...a precizat că d-l ...este colaborator al subcontractantului ..., iar în cazul în care va fi declarat câștigător al acestei proceduri de atribuire, d-l ...va încheia contract individual de muncă parțial cu subcontractantul ..., motiv pentru care apreciază critica ca fiind nefondată.

Față de cele menționate, autoritatea contractantă susține că verificarea ofertelor întrunește condițiile de rigurozitate impuse de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale sunt nefondate.

În probațiune, au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Prin cererea de intervenție voluntară nr.1836/20.11.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51462/23.11.2020, ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ... - ... a solicitat următoarele:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție, cât și pe fond;
- respingerea contestației formulată de ..., ca nefondată, cu consecința menținerii deciziei prin care oferta Asocierii formată din ...,
- ..., a fost declarată inacceptabilă.

În prealabil, intervenientul justifică admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la prevederile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, coroborat cu art.61 din codul de procedură civilă, iar pe fondul cauzei prezintă argumente în susținerea caracterului inacceptabil al ofertei depusă de S.C. ...

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.101/2016, Legii nr.98/2016 și H.G. nr.395/2016.

Prin cererea de intervenție înregistrată la C.N.S.C. sub nr.51692/23.11.2020, ...a solicitat următoarele:

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

- respingerea contestației formulată de ...

În prealabil, intervenientul justifică admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la prevederile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, coroborat cu art.61 din Codul de procedură civilă, iar pe fondul cauzei prezintă argumente în combaterea criticilor formulate de S.C. ...

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr.101/2016, Legii nr.98/2016.

Prin adresa nr.VI/25592/02.12.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.53112/03.12.2020, autoritatea contractantă a formulat apărări cu privire la cererile de intervenție formulate de S.C. ... și ...

Prin concluziile scrise înregistrate la C.N.S.C. sub nr.54238/09.12.2020, ... răspunde punctual apărărilor formulate de autoritatea contractantă și de intervenienții S.C. ... și ...

Cu adresa nr.1952/11.12.2020, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.54844/11.12.2020, ... a transmis la dosar „Note de răspuns”, față de notele scrise depuse de ...

Contestatorii și intervenientul ...au prezentat, la solicitarea Consiliului, prin adresele înregistrate la organismul administrativ jurisdicțional sub nr.54859/11.12.2020 (...), nr.54856/11.12.2020 (...) și nr.55306/15.12.2020 (...S.R.), justificări în susținerea caracterului confidențial al părți/părților din ofertă declarate astfel.

Cu adresele înregistrate la C.N.S.C. sub nr.56141/17.12.2020, nr.56460/18.12.2010 și nr.56571/21.12.2010, ..., ... – ... CLUJ S.A. și ..., au depus concluzii scrise.

Consiliul, relativ la cererile de intervenție formulate de ...cu privire la fiecare dintre cele trei contestații, ia act de faptul că aceasta urmărește aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, respectiv menținerea actelor emise în cadrul procedurii de atribuire.

În temeiul dispozițiilor art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, potrivit căroră *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)”*, se constată că cererea de intervenție a fost depusă în termen.

Având în vedere dispozițiile art.68 din Legea nr.101/2016, art.61 alin.3, art.63, art.65 și art.67 din Codul de procedură civilă, Consiliul califică cererea de intervenție ca fiind una accesorie în interesul autorității contractante și o admite în principiu, interesul ...de a interveni în prezentul litigiu fiind unul evident, deoarece este ofertantul a cărui ofertă a fost declarată câștigătoare.

În sensul că ofertanții declarați câștigători nu pot formula decât intervenție accesorie în favoarea autorității contractante, s-a pronunțat și practica judiciară, relevante fiind decizia civilă nr.2760/28.06.2012, pronunțată de Curtea de Apel București, decizia nr.4438/26.05.2014, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, decizia nr.2513/31.03.2014, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia și decizia nr.3384/R-CONT/05.09.2014, pronunțată de Curtea de Apel Pitești.

De asemenea, în baza aceluiași temeiuri legale, constatând că au fost depuse în termenul legal, Consiliul va admite, în principiu, și cererile de intervenție depuse de ... cu privire la ultimele două contestații (depusă de ... și respectiv ...), interesul acestuia fiind acela de conservare a poziției ocupată în clasament și chiar accedea către prima poziție, care ar fi periclitat prin admiterea celor două contestații, respectiv a criticilor care vizează oferta sa.

Pe fond, față de înscrisurile aflate la dosar, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.CN1018065/09.01.2020.

Valoarea estimată a contractului este de 67.160.512,07 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Au fost depuse 4 oferte, printre care se regăsesc și cele ale contestatorilor, care au fost vizualizate în SEAP la data de 25.02.2020, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal (1) nr.VI/4159/25.02.2020.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de S.C. ..., cu un punctaj total de 96,00 puncte, în timp ce:

- oferta depusă de Asocieria formată din ... - ...a fost clasată pe **locul 2**, cu un punctaj total de 94,99 puncte;

- oferta depusă de ... a fost clasată pe **locul 3**, cu un punctaj total de 94,31 puncte;

- oferta depusă de Asocieria formată din ..., - ... a fost respinsă, ca inacceptabilă.

Împotriva acestui rezultat al procedurii, au formulat contestații:

- ... în calitate de lider al Asocierii formată din ... - ...;

- ...;

- ..., în calitate de lider al Asocierii formată din ..., - ...,

care au consemnat cauțiunile în quantumul stabilit de lege.

Cu privire la cererile de studiu a documentelor aflate la dosarul cauzei, formulate de ..., în calitate de contestator și intervenient, ..., în calitate de contestator și intervenient, și ..., în calitate de intervenient, în contextul în care fiecare dintre ofertanții menționați au indicat ca fiind

confidențiale documentele propunerilor tehnice, financiare și răspunsurile la clarificări, aplicabilitate au dispozițiile art.19 alin.1 și alin.2 din Legea nr.101/2016, potrivit căreia „(1) La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, **cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară și probează ca fiind confidențiale**, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. (2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1) nu este condiționat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă potrivit legislației privind achizițiile publice sau legislației privind achizițiile sectoriale ori legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”

În soluționarea cererilor, Consiliul s-a raportat și la:

- DIRECTIVA 2014/24/UE privind achizițiile publice, art.21 – „(1) Cu excepția cazului în care se prevede altfel în prezenta directivă sau în legislația națională sub incidența căreia intră autoritatea contractantă, în special **legislația privind accesul la informații** și fără a aduce atingere obligațiilor legate de publicitatea contractelor atribuite și de informațiile pentru candidați și ofertanți prevăzute la articolele 50 și 55, **autoritatea contractantă nu dezvăluie informațiile transmise de către operatorii economici și desemnate de aceștia ca fiind confidențiale**, inclusiv, fără a se limita la acestea, secrete tehnice sau comerciale și aspectele confidențiale ale ofertelor.

(2) Autoritățile contractante **pot impune operatorilor economici cerințe care vizează protejarea naturii confidențiale a informațiilor** pe care autoritățile contractante le pun la dispoziție pe durata întregii proceduri de achiziție”.

- Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 14 februarie 2008, **cauza C-450/06**, având ca obiect o cerere de **pronunțare a unei hotărâri preliminare** formulată în temeiul articolului 234 CE de Conseil d'État (Belgia), prin Decizia din 24 octombrie 2006, în procedura Varec SA împotriva État belge, în prezența Diehl Remscheid GmbH & Co:

„28 Acțiunea principală **are ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale**. După cum a arătat avocatul general la punctul 31 din concluzii, un astfel de drept reprezintă în esență un drept material, chiar dacă punerea în aplicare a acestuia poate avea efecte procedurale.

(...)

49 De altfel, Curtea de Justiție **a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general** (a se vedea Hotărârea din 24 iunie 1986, AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, 53/85, Rec., p. 1965, punctul 28, precum și Hotărârea din 19 mai 1994, SEP/Comisia, C36/92 P, Rec., p. I1911, punctul 37).

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

51 Rezultă astfel că, **în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă**. Dimpotrivă, acest drept de acces **trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale** ale acestora.

52 **Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților**

în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar, C438/04, Rec., p. I6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, **organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale** (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

54 Având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, **organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora** (a se vedea, prin analogie, Hotărârea AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia, citată anterior, punctul 29).

55 Prin urmare, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/665, coroborat cu articolul 15 alineatul (2) din Directiva 93/36, trebuie interpretat în sensul că **organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac prevăzute la articolul 1 alineatul (1) menționat trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă**, organismul respectiv având totuși dreptul să cunoască el însuși aceste informații și să le ia în considerare. **Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității și a secretului acestor informații**, în lumina **cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu** și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, **pentru ca procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil**".

Având în vedere justificările caracterului confidențial al părții/părților din ofertă declarate astfel, prezentate de ofertanții menționați la solicitarea C.N.S.C., și împrejurarea că atât ofertantul desemnat câștigător, cât și contestatorii ..., ... și ... și-au declarat confidențiale propunerile tehnice, financiare și răspunsurile la clarificări, și, totodată, au refuzat să permită accesul la documentele declarate confidențiale, în considerarea principiului tratamentului egal, Consiliul a asigurat accesul părților la documentele aflate la dosarul achiziției publice, mai puțin la cele declarate confidențiale.

Pe de altă parte, având acces neîngrădit la documentele dosarului achiziției publice, inclusiv la cele declarate confidențiale, Consiliul va efectua verificări în direcțiile indicate de fiecare dintre părți, spre a asigura înlăturarea oricărei îndoieli asupra realității situației fiecărei oferte, prin prisma documentației de atribuire și a legislației aplicabile.

Astfel, examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

I. ... critică, prin contestația depusă, decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta depusă de ...susținând că este nelegală, un prim considerent de pretinsă nelegalitate fiind acela potrivit căruia ...se face vinovat de declarații false în cuprinsul DUAE prezentat în cadrul procedurii de atribuire, în sensul în care nu a făcut cunoscut că se află în situația de excludere prevăzută la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, omițând să informeze despre existența Deciziei

nr.48/19.07.2019 emisă de Consiliul Concurenței, prin care a fost sancționat, alături de alte trei societăți, pentru încălcări grave ale regulilor de concurență și anume realizarea unei practici concertate de împărțire a pieței, ceea ce atrage, în opinia contestatorului, excluderea din procedură conform art.167 lit.h din Legea nr.98/2016.

În analiza temeiniciei acestei critici, regăsită și la nivelul contestației depusă de ..., dar și la nivelul celei depusă de ..., Consiliul reține că, la cap. III.1.1.a) *„Situația personală a candidatului sau ofertantului”* din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare:

„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016”.

Modalitatea de dovedire a îndeplinirii cerinței de calificare anterior menționată, a fost stabilită, după cum urmează:

„Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor (ofertanți/asociați/subcontractanți/terți susținători).

În acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător va completa DUAE – Partea III „Motive de excludere” – Secțiunea A „Motive referitoare la condamnările penale”, Secțiunea B „Motive legate de plata impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale”, Secțiunea C „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale”.

Dispozițiile art. 167 alin.1 lit.c și h din Legea nr.98/2016, stabilesc că:

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

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

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

De asemenea, art. 169 din același act normativ, prevede că:

„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 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”.

Din analiza coroborată a prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale anterior menționate, rezultă că operatorii economici participanți la procedură au obligația să precizeze în declarația DUAE dacă au comis abateri profesionale grave care le pun în discuție integritatea.

Consiliul reține că, potrivit art.3 lit.s din Legea nr.98/2016, DUAE reprezintă *„documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”.*

În preambulul Regulamentului nr. 7/2016 considerentul 4 se prevede că *„DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare,*

atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice."

Relevante în soluționarea criticii sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căreia „(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”,

dar și dispozițiile art. 65 alin.1 din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care:

„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege”.

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le faciliteze accesul.

Potrivit art. 1 din Regulamentul nr. 7/2016, „Din momentul în care măsurile naționale de punere în aplicare a Directivei 2014/24/UE vor intra în vigoare și cel târziu de la 18 aprilie 2016, formularul standard prevăzut în anexa 2 la prezentul regulament trebuie să fie utilizat în scopul întocmirii documentului european de achiziție unic, menționat la articolul 59 din Directiva 2014/24/UE. Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament”.

Din verificarea anexei nr. 2 la Regulamentul nr. 7/2016, Consiliul reține că cerința privind abaterile profesionale din contracte derulate anterior se regăsește în cadrul formularului standard în partea III: „Motive de excludere”, secțiunea C: „Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale” sub forma/textul/sintagma/întrebarea „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”.

În coloana din dreapta a formularului standard anterior menționat, legiuitorul european a prevăzut posibilitatea formulării unui răspuns atât prin selectarea/bifarea opțiunii „Da” sau „Nu”, cât și prin completarea cu informații adiționale de tip text a detaliile în cazul unui răspuns afirmativ.

Raportat la prevederile legale anterior menționate, Consiliul reține că ofertanții aveau obligația furnizării tuturor informațiilor prevăzute în mod expres în cadrul DUAE cu privire la situațiile prevăzute la art. 167 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016.

Din verificarea dosarului cauzei, rezultă că se regăsesc declarațiile DUAE completate de ..., terții susținători și subcontractanții acestuia, din conținutul cărora rezidă că ...a înțeles să completeze în partea III: „Motive de excludere”, secțiunea C: „Motive legate de insolvență,

conflicte de interese sau abateri profesionale” corespunzător textului „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”, cu mențiunea „Nu”. Separat de acesta subcontractantul ...a completat cu mențiunea „Da” și a detaliat corespunzător.

Astfel, ...a comunicat autorității contractante că nu se regăsește în cazul de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, completând eronat documentul DUAЕ.

Având a se pronunța conform principiului disponibilității strict cu privire la aspectele cu care a fost sesizat, respectiv cu privire la completarea eronată a DUAЕ, de către ..., în sensul ascunderii existenței Deciziei Consiliului Concurenței nr.48/19.07.2019, Consiliul reține distincția clară între motivele de excludere prevăzute de art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016 și art.167 alin.1 lit.c din același act normativ.

Totodată, motivul de excludere care vizează comportamentul operatorului economic în derularea unor contracte de achiziție anterioare, (respectiv situația în care acesta a comis o abatere profesională gravă) implică o apreciere a comisiei de evaluare, sens în care existența Deciziei Consiliului Concurenței nr.48/19.07.2019, deși relevantă, nu poate constitui prin ea însăși un motiv suficient de excludere.

Dispozițiile art.171 alin.1 alin.2, alin.3 și alin.5 din Legea nr.98/2016, stabilesc excepția de la cazurile de excludere prevăzute inclusiv de art.167 din lege, de maniera:

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

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

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

(...)

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

(...)

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

Așadar, includerea de către ...în DUAЕ depus a informației conform căreia pe numele societății se află emisă Decizia nr.48/19.07.2019 a Consiliului Concurenței, atrăgea incidența dispozițiilor art.171 din Legea nr.98/2016, citate mai sus, care stabileau în sarcina comisiei de evaluare obligația de a solicita ofertantului menționat dovezi în sensul demonstrării credibilității sale.

Consiliul reține că, prin Decizia nr.48/19.07.2019, Consiliul Concurenței a decis:

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

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

- ...cu amendă în cuantum de 2.755.562 lei, reprezentând (...) din cifra de afaceri realizată în anul 2018; (...)”

De asemenea, reține că decizia în discuție a fost emisă la data de **19.07.2019**, deci cu cca. 6 luni înainte de data inițierii procedurii de față, situație în care, termenul de 3 ani prevăzut la art.171 alin.5 lit.b din Legea nr.98/2016 nefiind împlinit, nu există niciun dubiu că ...avea obligația menționării în DUAЕ depus a respectivei decizii.

În cauză, contestatorii invocă omisiunea ...de a aduce la cunoștința autorității contractante, la momentul completării DUAЕ, informația existenței Deciziei nr.48/19.07.2019, emisă de Consiliul Concurenței

Relevanța acestei informații urma a fi apreciată de comisia de evaluare, operatorii economici participanți nefiind îndreptățiți să stabilească ei înșiși care sunt informațiile pertinente în vederea evaluării ofertei, având în vedere modul de redactare al formularului DUAЕ. Astfel, conform fișei de date, pentru evaluarea respectării cerințelor privind situația personală a operatorilor economici – neîncadrarea în prevederile art. 167 din Legea 98/2016, trebuia completat DUAЕ.

După cum a fost reținut anterior, formularul DUAЕ (al cărui format este obligatoriu conform Regulamentului UE nr. 7/2016) impune operatorului economic să bifeze corespunzător răspunsul (da sau nu) la pct. „Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței”, iar în cazul unui răspuns afirmativ formularul cuprinde o rubrică privind descrierea situației precum și măsurile luate pentru a demonstra fiabilitatea operatorului economic.

Din actele dosarului, Consiliul constată că, în etapa de evaluare a propunerilor financiare, autoritatea contractantă a decis să solicite acestui ofertant, prin adresa nr.VI/19439/24.09.2020, clarificări în sensul de a-și demonstra credibilitatea potrivit art.171 din Legea nr.98/2016.

Așadar, deși a procedat la completarea DUAЕ de maniera arătat, declarația ...nu a avut vreo consecință, deoarece autoritatea contractantă s-a sesizat asupra situației în care se regăsește acest ofertant înainte de

finalizarea procedurii de atribuire și, deci, înainte de a stabili rezultatul procedurii de atribuire.

Relevant în acest sens este răspunsul CJUE la întrebările preliminare ce au făcut obiectul cauzei **C-387/14** potrivit căruia: **„Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice printre**

alte dacă s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea

informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, trebuie interpretat în

sensul că poate fi aplicat atunci când operatorul în cauză s-a făcut

răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice, independent de constatarea unei abateri intenționate în sarcina acestui operator”.

În contextul faptic relevat, având în vedere că declarația ...din cadrul DUAЕ nu a fost aptă a influența autoritatea contractantă în adoptarea de decizii cu efecte în cadrul procedurii, Consiliul apreciază că nu este incident cazul de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016, așa cum consideră contestatorii.

Susține ...că intenția sa nu a fost aceea de a ascunde autorității contractante existența Deciziei nr.48/19.07.2019, dar și că situația sa era cunoscută autorității contractante din cadrul altor proceduri derulate de acesta, afirmații care coroborate cu demersul autorității contractante de a solicita dovezi ale credibilității înainte de stabilirea rezultatului procedurii, în opinia Consiliului, denotă o neglijență din partea ofertantului a cărei gravitate nu justifică aplicarea sancțiunii drastice a excluderii sale din procedură.

Într-adevăr o asemenea soluție s-ar fi impus dacă, fără a se fi sesizat și a întreprinde demersurile legale impuse de situația reală a ofertei, autoritatea contractantă ar fi ajuns să desemneze oferta ...drept câștigătoare, concluzie care se desprinde din interpretarea per a contrario a textului de mai sus din cauza CJUE.

Prin urmare, critica analizată va fi respinsă.

Următoarea critică de pretinsă nelegalitate a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, invocată de ..., regăsită și la nivelul contestației depusă de ..., constă în faptul că nici ...și nici subcontractantul său ..., nu au făcut dovada credibilității lor.

După cum s-a arătat mai sus, Consiliul are în vedere că, prin Decizia nr.48/19.07.2019, Consiliul Concurenței a reținut încălcarea, de către ...a dispozițiilor art.5 alin.1 lit.c din Legea Concurenței prin participarea la o înțelegere/practică concertată împreună cu alți 3 operatori economici, pentru care a fost sancționat cu amendă în cuantum de 2.755.562 lei.

Față de această decizie, în etapa de evaluare a propunerilor financiare, prin procesul-verbal (11) nr.VI/19407/24.09.2020, comisia de evaluare, consemnând următoarele:

„Pentru a-și demonstra în concret credibilitatea potrivit art.171 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, prin raportare la motivele de excludere de la prezenta procedură de atribuire stipulate la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, având în vedere Opinia comună a ANAP nr.8669/05.08.2020 și Consiliului Concurenței 9908/03.08.2020, precum și de faptul că pe site-ul Consiliului Concurenței în Lista actualizată a operatorilor economici care au fost implicați în investigații privind trucarea de licitații, la poziția 7 pentru ...cu privire la Decizia CC nr.48/19.07.2019 și la poziția 28 pentru ...cu privire la Decizia CC nr.77/20.12.2017, este înscrisă mențiunea unui Program de conformare se va solicita ofertantului să prezinte dovezi privind implementarea efectivă a programului de conformare cu legislația în domeniul concurenței, în concordanță cu Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență și care să cuprindă măsuri clare cu privire la prevenirea săvârșirii unor fapte de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor, atât pentru ...cât și pentru ...”

a decis transmiterea către ...a solicitării de clarificări nr.VI/19439/24.09.2020, prin care au fost preluate cele de mai sus.

Prin adresa de răspuns nr.6124/28.09.2020, ..., față de Decizia CC nr.48/19.07.2019, a arătat că, la nivelul societății sale, a fost adoptat un set de 5 măsuri, constând în: 1. încheierea unui contract de colaborare cu un avocat specializat în dreptul concurenței și desemnarea unei persoane din cadrul societății pentru a se ocupa cu probleme curente de dreptul concurenței; 2. implementarea programului de conformare prin instruirea personalului cu atribuții în întocmirea documentației în vederea participării la procedurile de achiziție publică, a factorilor decizionali din departamentul de aprovizionare și tehnic, participarea la conferințe și simpozioane în vederea aplicării la nivelul societății a unei politici de conformare eficientă, completă și corectă în vederea evitării oricăror încălcări aplicabile în domeniu; 3. efectuarea de analize interne pentru fiecare procedură de atribuire; 4. întocmirea și aprobarea Manualului de asigurare a respectării dreptului concurenței.

Ca mijloace probante, au fost anexate:

- Decizia administratorului ...nr.97/10.01.2018 prin care este nominalizat ...– director tehnic, care își asumă rolul de a coordona efortul de aplicare și reglare a programului de conformare cu dreptul concurenței la nivelul societății;

- Contractul de prestări servicii juridice nr.1530568/16.08.2017, încheiat cu ... (avocat specializat în dreptul concurenței) având ca obiect furnizarea de asistență;

- Lista persoanelor care au participat la Trainingul de conformare cu regulile de concurență al ...;

- Programul de conformare în dreptul concurenței;

- Decizia persoanei desemnate cu programul de conformare în dreptul concurenței în cadrul ...nr.169/15.01.2018 cu nominalizarea persoanelor desemnate pentru participarea la pregătire;

- Plan de instruire și formare profesională pe anul 2018;

- Listă prezență participanți la programul de conformare cu regulile de concurență din cadrul ...din data de 08.02.2018;

- Listă prezență participanți la programul de conformare cu regulile de concurență în cadrul ...din data de 22.03.2018;

- Proces-verbal de instruire nr.4423/03.08.2018;

- Proces-verbal de instruire nr.5004/07.08.2018;
- Proces-verbal de instruire nr.645/05.02.2019;
- Proces-verbal de instruire nr.1032/04.03.2020;
- Declarația directorului privind politic de calitate, mediu;
- Model Acord de confidențialitate;
- Extras Decizia CC nr.48/19.07.2019, referitoare la circumstanțele atenuante reținute pentru ...

În ceea ce privește subcontractantul ..., a fost anexat răspunsul acestuia nr.648/28.09.2020, în care apare precizat că: începând cu anul 2016, toți angajații care interacționează cu parteneri externi sunt instruiți anual: Programul de conformare are la bază mai multe documente pe care angajații trebuie să le respecte în activitatea zilnică, unele fiind publice, iar altele de uz intern, dintre care Directiva de etică în afaceri, Manual de conformare cu Regulile de Concurență, Formularul privind asocierile; Tuturor angajaților le-au fost aduse la cunoștință prevederile acestor documente, fiecare semnând o declarație de conformitate; Întocmire propriului Manual de conformare cu regulile de concurență; Elaborare procedură de participare la licitații; Angajații sunt încurajați să solicite asistență și îndrumare, au obligația de a păstra confidențialitatea informațiilor, în caz contrar fiind sancționați.

De asemenea, ...a precizat că existența și eficiența Programului de conformare a fost recunoscută chiar de către Consiliul Concurenței, fiind menționat acest lucru și în Blacklist-ul publicat și fiind reținut și ca circumstanță atenuantă la aplicarea amenzii, dar și că a atacat în instanță Decizia CC, litigiul fiind în curs de soluționare, dar și că situațiile de excludere prevăzute la art. 167 nu se aplică întrucât a trecut o perioadă mai mare de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant, respectiv 5 ani.

Ca mijloace probante, au fost anexate:

- Manual de conformare cu Regulile de Concurență pentru angajați;
- Regulament intern;
- Decizia nr.77/20.12.2017, A Consiliului Concurenței;

Ulterior, în baza procesului-verbal (12) nr.VI/20395/06.10.2020, comisia de evaluare a revenit cu o nouă solicitare adresată ..., respectiv adresa nr.VI/20396/06.10.2020, prin care, referitor la subcontractantul ..., plecând de la răspunsul acestuia și documentele prezentate, a solicitat::

„(...) să transmiteți toate documentele necesare (de ex. decizie persoane responsabile cu programul de conformare al companiei, plan de instruire, dovada instruirii personalului, Manualul de conformare cu regulile concurență, în care au fost cuprinse toate indicațiile din ghidul autorității) pentru demonstrarea în concret a credibilității potrivit art.171 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, prin raportare la motivele de excludere de la prezenta procedură de atribuire stipulate la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.”

Totodată, autoritatea contractantă a pus în vedere dispozițiile art.170 din Legea nr.98/2016, referitoare la schimbarea subcontractantului în situația în care acesta nu poate face dovada îndeplinirii cerinței de calificare.

Cu adresa nr.6317/08.10.2020, ...a transmis:

- Explicațiile ...cuprinse în adresa nr.672/2020;
- Manualul pentru conformarea cu regulile de concurență ale Grupului Energobit;
- Formularul privind asocierile, care se completează pentru fiecare situație în care societatea participă la o procedură:
- Dovada instruirii angajaților realizată la finele anului 2019 (liste de prezență, extras din materialul care a stat la baza instruirii);
- Decizia din datat de 29.01.2018 privind numirea persoanei responsabile de coordonarea implementării programului de conformare cu regulile de concurență.

Răspunsul a fost considerat concludent de către comisia de evaluare, prin procesul-verbal (13) nr.VI/20990/13.10.2020.

Analizând situația de fapt relevată, Consiliul apreciază că nu este incident în privința ...cazul de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.c din Legea nr.98/2016, așa cum susțin contestatorii că ar fi.

Astfel, raportat la cazul de excludere menționat, Consiliul reține că autoritatea contractantă este obligată să excludă din procedura de atribuire orice operator economic care se află în situația de excludere, or ...se află în această situație, aspect de netăgăduit și consfințit cu autoritate de lucru judecat și de instanța Curții de Apel Cluj, care prin decizia nr.983/2020 a reținut, printre altele:

„Este întrunită cerința ca operatorul să fi comis o abatere care afectează reputația profesională a acestuia, existând „încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor, săvârșită cu intenție sau culpă gravă. Acestea sunt constatate printr-o decizie a autorității administrative, respectiv prin decizia nr.48/19.07.2019 a Consiliului Concurenței, decizie a cărei aplicare nu a fost suspendată, cererea în acest sens fiind respinsă.”

Însă, așa cum s-a arătat mai sus, legiuitorul a stabilit o situație de excepție de la aplicarea acestor dispoziții imperative, respectiv cea prevăzută de art.171 din Legea nr.98/2016, excepție potrivit căreia autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) din lege care atrag excluderea din procedură atunci când consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin.1 ca fiind suficiente pentru demonstrarea, în concret, a credibilității.

Din cele prezentate în cele ce preced, rezultă că, atât pentru ..., cât și pentru subcontractantul ..., au fost prezentat dovezi care să demonstreze fiabilitatea în ciuda existenței cazului de excludere.

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, aceasta fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire al contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Ca efect al principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este entitatea abilitată să analizeze dovezile depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură, Consiliul având doar menirea de a verifica exercitarea dreptului de apreciere fără depășirea limitelor sale.

În sensul celor de mai sus a conchis și Curtea de Apel București în Decizia sa nr. 259/11.06.2019.

Totodată, Curtea Europeană de Justiție în Hotărârea pronunțată la 19 iunie 2019 în cauza C-41/18 (*Meca SRL împotriva Comune di Napoli*) a statuat:

„28. În al doilea rând, potrivit articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, „[autoritățile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziție publică orice operator economic aflat în oricare din situațiile [menționate la această dispoziție]”. Astfel, din textul dispoziției respective **rezultă că autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora lea fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice.**

29. În al treilea rând, posibilitatea de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziții publice este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți, astfel cum dovedesc articolul 57 alineatul (4) literele (c) și (g), precum și considerentul (101) al Directivei 2014/24.

31. În al patrulea rând, potrivit articolului 57 alineatul (5) din Directiva 2014/24, autoritățile contractante trebuie să poată exclude un operator economic „în orice moment în cursul procedurii”, iar nu numai după ce o instanță judecătorească și-a pronunțat hotărârea, ceea ce constituie un indiciu suplimentar al voinței legiuitorului Uniunii de a permite autorității contractante să își facă propria apreciere cu privire la faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii de achiziții, în una dintre situațiile menționate la articolul 57 alineatul (4) din această directivă.

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

Aceeași instanță europeană a făcut trimitere la cele mai sus evocate și în Hotărârea din 3 octombrie 2019 în cauza C-267/18 (*Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere*).

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură, opțiunea sa fiind aceea de a-l păstra, în considerarea dovezilor de demonstrare a credibilității prezentate, pe care le-a considerat relevante și suficiente.

Astfel, Consiliul reține că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă, prin prisma documentelor depuse și explicațiilor oferite, a apreciat că menținerea ...în procedură se impune, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea menținerii în procedură a unui operator economic aflat în această situație, Consiliul nu poate interveni, după cum s-a arătat, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate iar soluția este adoptată cu exces de putere. Or, în speța de față, nu s-a întâmplat asta, ...demonstrând nu numai adoptarea de măsuri, dar și implementarea lor efectivă la nivelul societății sale, dar și a ..., dovezi relevante în opinia autorității contractante.

În raport de argumentele prezentate, Consiliul va respinge și această critică a contestatorilor.

Următoarea critică din contestația ... constă în faptul că oferta depusă de ...este inacceptabilă și neconformă, deoarece nu îndeplinește

condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acestora din punctul de vedere al corelării informațiilor cuprinse în Modalitatea de acces la logistică, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport în vederea execuției lucrărilor și Graficul Gantt și alocare de resurse, și neadecvată întrucât resursele prezentate sunt insuficiente pentru a satisface cerințele autorității contractante indicate în documentația de atribuire.

În argumentarea acestei susțineri, contestatorul arată că, urmarea solicitării de clarificări nr.VI/14566/23.07.2020, ...a depus o nouă listă privind modalitatea de acces la logistică prin care și-a modificat substanțial lista inițială, dar și că resursele (utilajele) prezentate de ...în răspunsul la solicitarea de clarificări sunt insuficiente pentru a satisface cerințele autorității contractante indicate în documentația de atribuire.

Consiliul reține că, la cap. 4 – „Modul de prezentare a propunerii tehnice” din caietul de sarcini, lit. B – „Propunere tehnică faza de execuție a lucrărilor”, autoritatea contractantă a solicitat, printre altele:

„7. (...)

- Graficul Gantt al lucrării în care să fie evidențiate toate activitățile contractului. La fiecare dintre activitățile contractului se va prezenta în Graficul Gantt resursele care vor fi utilizate (cantitățile de echipamente/utilaje și personal (...).

9. Modalitatea de acces la logistică, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile serviciilor/lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente.”

De asemenea, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a impus prin documentația de atribuire un nivel minim de dotare, ceea ce înseamnă că a lăsat ofertanților libertatea de a-și dimensiona acest nivel funcție de ceea ce urma a fi executat.

Din propunerea tehnică depusă de ..., rezultă că acesta a prezentat:

-Graficul Gantt alocare de resurse în care a făcut referire la utilajele pe care le va utiliza, prin evidențierea acestora pe categorii de lucrări;

-înscrișul Declarație privind modalitatea de acces la echipamente/laboratoare;

- înscrișul Modalitatea de acces la logistica, la care este anexată Lista cu utilaje/echipamente;

-înscrișul Planul calității, în care se regăsește Lista privind infrastructura/autoutilaje, echipamente specifice minime pentru îndeplinirea contractului.

Urmarea solicitării de clarificări nr.VI/14566/23.07.2020, având conținutul „(...) 9. La cap.9, Modalitatea de acces la logistica, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile serviciilor/lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în lista cu utilajele/echipamentele nu se regăsesc mijloacele de transport rutier, care apar în graficele de execuție. Vă solicităm clarificați.”,

...a prezentat răspunsul nr.4639/27.07.2020, în care a precizat:

„Redepunem documentul revizuit «Modalitatea de acces la logistica, utilajele/echipamentele/instalațiile și mijloacele de transport în vederea execuției lucrărilor și verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile serviciilor/lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și a altor legi incidente » din fișierul Personal propus pt

execuție lucrărilor – vol distinct paginile 140-142 în care au fost completate mijloacele de transport; datele completate mijloacele de transport; datele complete sunt în corelare cu celelalte informații prezentate în propunerea tehnică.”,

Analizând răspunsul contestatorului în raport cu propunerea tehnică a acestuia, Consiliul constată existența unor neconcordanțe între ceea ce s-a oferit inițial și răspunsul la clarificări.

Astfel, la o analiză comparativă a înscrisurilor susmenționate aflate în cadrul propunerii tehnice cu înscrisul Modalitatea de acces la logistică, din cadrul răspunsului la clarificări, la care este anexată Lista cu utilaje/echipamente, Consiliul observă că, în acest din urmă înscris, apar utilaje/echipamente menționate în cadrul înscrisurilor inițiale, dar și echipamente/utilaje care nu se regăsesc menționate în cadrul înscrisurilor inițiale din propunerea tehnică.

Dacă menționarea în cadrul înscrisului Modalitatea de acces la logistică anexat răspunsului la clarificări, de utilaje/echipamente care se regăsesc la nivelul celor aflate în cadrul propunerii tehnice, are valoarea îndreptării unui viciu de formă în sensul în care reglementează art.135 alin.3 din H.G. nr.395/2016, potrivit cu care *„(...) viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”,*

Consiliul apreciază că nu același lucru se poate spune despre indicarea de echipamente/utilaje care nu se regăsesc menționate în cadrul propunerii tehnice, în această situație fiind cele două autobetoniere indicate la poziția 40 din lista anexată răspunsului la clarificări.

Prin urmare, rezultă că autoritatea contractantă nu a efectuat o analiză a răspunsului la solicitarea de clarificări cu rigurozitatea impusă de legislația din materia achizițiilor publice, după cum afirmă.

Relevantă reține Consiliul a fi Hotărârea Curții (Camera a zecea) din 10 octombrie 2013, în cauza C-336/12 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Ostre Landstret (Danemarca), prin decizia din 4 iulie 2012, primită de Curte la 16 iulie 2012, în procedura Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaendre Uddannelser, în care s-a precizat: *„31. Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, punctele 36 și 37).”*

Astfel, critica contestatorului va fi admisă.

Cu privire la insuficiența utilajelor/echipamentelor, critica va fi respinsă, de vreme ce, așa cum s-a arătat, autoritatea contractantă nu a impus un nivel minim de dotare, astfel că revenea ofertanților libertatea de a-l stabili funcție de capacitățile și productivitatea echipamentelor/utilajelor deținute de fiecare dintre aceștia.

În ceea ce privește critica legată de prețul nejustificat de scăzut pentru efectuarea intervențiilor în perioada de garanție, formulată și de contestatorul ... – ... CLUJ S.A., și greșita evaluare prin prisma cuantumului sumei alocate pentru respectivele intervenții, Consiliul o reține întemeiată, din următoarele considerente.

După cum arată și contestatorii, ... a oferat în propunerea tehnică o perioadă de garanție de 120 de luni (10 ani), iar, conform propunerii financiare, a oferat un preț pentru intervențiile în perioada de garanție de 19.603 lei/fără TVA, ceea ce reprezintă 163,36 lei fără TVA/lună.

Având în vedere complexitatea lucrărilor care se vor efectua și perioada de garanție acordată, Consiliul apreciază că prețul menționat, componentă a prețului total oferat, este unul ce se încadrează în categoria celor aparent neobișnuit de scăzute, asupra căruia autoritatea contractantă trebuia să întreprindă demersul prevăzut la art.120 din Legea nr.98/2016.

Deși nu se poate reține încălcarea vreunei prevederi legale care să stabilească limite minime sau maxime a acestor tip de cheltuieli, prețurile celorlalte oferte pe componenta în discuție, care sunt de 983.456,70 lei, fără TVA (...) și de 463.553,63 lei, fără TVA (...), pentru o perioadă de garanție de 73 de luni, ar fi trebuit să reprezinte indicii rezonabile pentru a determina autoritatea contractantă la efectuarea demersului menționat, mai cu seamă că prețul ofertei reprezintă factor de evaluare astfel că interesul ofertanților de a propune prețuri cât mai mici, chiar cu riscul de a fi nejustificate, este evident.

Este adevărat că autoritatea contractantă a solicitat ...clarificări referitoare la suma în discuție, însă, observă Consiliul, nu din perspectiva de a se asigura asupra sustenabilității acestui preț, ci ca ofertantul „să justifice/detalieze, unde sunt cuantificate, în cadrul propunerii financiare, cheltuielile aferente intervențiilor în perioada de garanție acordată și valoarea acestor cheltuieli, coroborat cu propunerea tehnică depusă în cadrul propunerii.”

Astfel, se impune ca autoritatea contractantă să dea eficiență dispozițiilor art.210 din Legea nr.98/2016 și să solicite ...justificarea prețului propus, respectiv componenta intervenției în perioada de garanție.

Ca efect al admiterii criticii analizate, Consiliul va admite și critica contestatorilor ... și ... – ... CLUJ S.A. privind greșita punctare a ofertei ..., fiind necesar ca ...să demonstreze sustenabilitatea prețului propus și abia apoi oferta sa fie încadrată în categoria celor admisibile din punct de vedere financiar.

Având în vedere că parte dintre criticile analizate s-au dovedit a fi întemeiate, ceea ce presupune infirmarea deciziei autorității contractante de desemnare a ofertei câștigătoare, Consiliul, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, va admite contestația depusă de ..., va anula raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020 în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de ...și actele subsecvente pății anulate, autoritatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Pe cale de consecință, cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ..., va fi respinsă.

II. Analizând contestația secundă, depusă de ..., respectiv acele critici care exced contestației analizată deja, Consiliul constată că o primă critică constă în faptul că ofertanții clasați pe locurile 1 și 2 se află în cazul de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.g și h din Legea nr.98/2016, deoarece, în privința subcontractantului ..., declarat subcontractant de ambii ofertanți, a fost emis Documentul Constatator nr.720/107/24.02.2020.

Din verificarea documentului constatator menționat, depus de contestator anexat contestației, Consiliul observă că data de emitere a acestuia (24.02.2020) este ulterioară date limită de depunere a ofertelor în procedura de față (14.02.2020), situație în care nu se poate reține nicio culpă în sarcina ofertanților cu privire la modul în care a fost completat DUAЕ de subcontractantul ... și nici nu se poate reține incidența cazului de excludere prevăzut la art.167 alin.1 lit.h din Legea nr.98/2016.

Pe de altă parte, față de existența documentului constatator menționat, postat în SEAP, dar și față de împrejurarea că autoritatea contractantă nu a procedat la efectuarea vreunei verificări cu privire la acesta, Consiliul apreciază că o astfel de verificare se impune înainte de a face aplicarea cazului de excludere prevăzut la art.167 alin.g din Legea nr.98/2016.

Verificarea, însă, va fi efectuată de autoritatea contractantă prin prisma atribuțiilor ce îi revin în cadrul procedurii de atribuire, iar nu de către organismul administrativ jurisdicțional a cărui competență este limitată la efectuarea unui control de legalitate asupra actelor emise de autoritatea contractantă.

Astfel, potrivit art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016:

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

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

Depășind acest aspect procedural, este de subliniat că simpla existență a unei document constatator nu este suficientă pentru adoptarea unei decizii de excludere din procedură, autoritatea contractantă, pentru a fi în măsură să adopte o decizie de respingere a ofertei întemeiată pe dispozițiile art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, având obligația de a verifica dacă documentul constatator reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute de textul legal menționat, respectiv:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a

respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Aceste verificări urmează a fi efectuate de autoritatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire, cu luarea în considerare și a prevederilor art.167 alin.8 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care:

„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 utilizării conform destinației prevăzute în contract.”

De asemenea, urmează a fi avute în vedere dispozițiile art.171 din Legea nr.98/2016, care prevăd măsuri de atenuare a sancțiunii respingerii ofertei, care completează condițiile cumulative arătate în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii din procedură.

Nu lipsit de importanță este și faptul că cea chemată să aprecieze asupra dovezilor furnizate este singură autoritatea contractantă, drept care nu poate fi cenzurat de Consiliu/instanțele de judecată decât în situația exercitării lui abuzive, așa cum s-a mai arătat în cele ce preced, sens în care s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind decizia nr.7203/17.12.2018, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a reținut:

„(...) Din dispozițiile legale enunțate, reies următoarele concluzii, pentru cazul special de excludere prevăzut la lit.g (n.n. art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016):

- *autoritatea contractantă este obligată să procedeze la excludere dacă, urmare a situației constatate, măsura de a participa la procedura de atribuire a fost aplicată prin hotărâre definitive a unei instanțe de judecată; această obligație intervine automat, operatorul economic neavând posibilitatea ca, în aplicarea dispozițiilor art.171 alin.1-3, să mai convingă autoritatea de credibilitatea sa;*

- *autoritatea contractantă nu poate exclude operatorul care, desi se află în situațiile de excludere prevăzute la art.167, a expirat perioada de 3 ani de la data apariției situației săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant;*

- **autoritatea contractantă are dreptul de a exclude** operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art.167, operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate convinge autoritatea contractantă care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art.167 (și în lipsa unei hotărâri definitive de stabilire a interdicției de participare la procedură), autoritatea contractantă fiind singura responsabilă pentru modul de atribuire a contractului, în aplicarea principiului asumării răspunderii.

Dispozițiile enunțate stabilesc dreptul de apreciere al autorității contractante în ceea ce privește măsura excluderii, în situația concretă din speță, și, atâta timp cât acest drept de apreciere se exercită în limitele impuse de lege și cu respectarea principiilor de atribuire a contractelor de achiziții, nu poate fi apreciat ca abuziv.

În speță, din actele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul în procedură și că, mai mult, alegerea a fost justificată.

În acest sens, se observă că în cuprinsul procesului-verbal au fost menționate toate împrejurările relevante care au format opinia autorității contractante în sensul păstrării în procedură a petentei; (...)

Sintetizând cele de mai sus, Consiliul reține că invocarea unui document constatator nu este de natură a justifica o decizie de respingere a ofertei întemeiată pe art.167 alin.1 lit.g din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă având obligația verificării îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute de acest articol și, mai apoi, să solicite ofertantului dovezi ale credibilității în raport cu motivul de excludere, dovezi pe care are obligația de a le analiza și a adopta justificat o decizie.

Astfel, Consiliul va reține întemeiate susținerile ... din perspectiva obligației autorității contractante de a efectua verificările ce se impun.

Următoarea critică din contestație constă în faptul că operatorii economici clasați pe locurile 1 și 2 nu îndeplinesc unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv nu îndeplinesc criteriul de calificare privind experiența similară pe partea de proiectare, deoarece nu au indicat terții susținători pe această parte, ca fiind subcontractanți.

Așadar, problema de drept care se impune a fi dezlegată este aceea dacă ofertanții au obligația de a indica terții susținători ai experienței similare, ca subcontractanți.

După cum arată și contestatorul, din DUAЕ-urilor depuse de ofertanții vizați, rezultă că, aferent părții de proiectare, pentru îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară,

- ...a declarant terți susținători pe ...(declarat și subcontractant) și pe ...(care nu a fost declarat subcontractant), iar
- ... a declarat terț susținător pe ... (care nu a fost declarat subcontractant).

Potrivit prevederilor art.182 alin. 2 din Legea nr.98/2016, forma în vigoare la data inițierii procedurii, „(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la **experiența profesională relevantă**, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător **doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări**”.

Textul anterior al art. 182 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv „(2) Operatorul economic are dreptul să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) doar dacă terțul va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări” a fost modificat prin O.U.G. nr. 107/2017, în Nota de fundamentare a acestui act normativ, modificarea art. 182 alin.2 fiind justificată prin faptul că: „Se asigură transpunerea fidelă a art. 63, paragraful (1) din Directiva 24/2014/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare **în ceea ce privește cerința referitoare la experiență** (Art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016). Abrogarea dispozițiilor art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora în cazul în care susținerea viza resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că prevederea nu se regăsește în textul directivei și devine inutilă în contextul modificării art. 182 alin. (2), respectiv asigurarea transpunerii fidele a art. 63, paragraful (1) din Directiva 2014/24/UE, **clarificându-se în acest fel modalitatea**

concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență”.

Prin urmare, terțul susținător invocat pentru îndeplinirea criteriilor care vizează „experiența profesională relevantă” (având în vedere argumentele expuse anterior – „experiența similară”) trebuie să execute **efectiv** activitățile pentru care a acordat susținere ofertantului.

Aplicând aceste dispoziții legale prezentei spețe, Consiliul constată că experiența similară privind prestarea de servicii de proiectare, solicitată prin fișa de date a achiziției, reprezintă „experiența profesională relevantă” la care se face referire în art.182 alin.2 din Legea nr. 98/2016, astfel că terții susținători invocați pentru îndeplinirea acestei capacități tehnice (experiență similară pentru proiectare) trebuie să execute efectiv serviciile în legătură cu care a fost prezentat angajamentul de susținere.

Mai mult decât atât, din conținutul „Angajamentului ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică – experiența similară”, depuse de terții susținători ai ..., respectiv ..., rezultă următoarele: *„Noi (...) în situația în care contractantul (...) întâmpină dificultăți de natură tehnică pe parcursul derulării contractului, garantăm necondiționat și irevocabil, autorității contractante, susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a obligațiilor asumate de (...) prin contractul ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.”*

Deși lucrurile stau astfel, adică terțul susținător urmează să execute efectiv partea din contract pentru care asigură susținerea, legislația națională nu stabilește nicăieri că ofertantul are obligația de a indica terțul susținător și ca subcontractant, cum consideră contestatorul.

Interpretarea contestatorului nu are suport nici în Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, art.63 alin.1 în care își are originea art.182 alin.2 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care:

*„În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alin.3 și **criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 aliniatul 4, un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitatea altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera f sau la **experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități. În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește autorității contractante că va avea la dispoziție resursele necesare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens.”*****

Astfel fiind, Consiliul va respinge această critică.

Următoarea critică din contestație constă în faptul că operatorii economici clasați pe locurile 1 și 2 nu au declarat subcontractant specializat pentru realizarea activităților de supraveghere arheologică.

Susține contestatorul că s-ar fi impus aceasta întrucât activitatea de supraveghere arheologică face parte din obiectul contractului, conform Avizului nr.46/Z/2019 emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale –

Direcția Județeană pentru ..., emis favorabil sub condiția supravegherii arheologice.

Verificând documentația de atribuire, Consiliul constată că se face vorbire despre activitatea de supraveghere arheologică doar la nivelul Avizului nr.46/Z/2019 emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale – Direcția Județeană pentru ..., în care se precizează *„Aviz favorabil cu condiția supravegherii arheologice”*, în nota de subsol fiind arătat *„Supravegherea arheologică se realizează de către o instituție de profil muzeal, de cercetare sau de învățământ superior în baza unui contract, prin arheologi înscriși în Registrul Arheologilor. Copia contractului și raportul de supraveghere arheologică se depun la instituția noastră.”*

Plecând de la dispozițiile art.154 din Legea nr.96/2016, potrivit cu care *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.”* și având în vedere dispozițiile art.75 din același act normativ, care stabilesc că *„Ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției (...)”*, Consiliul nu va primi în soluționare susținerea contestatorului.

Relevantă se reține a fi hotărârea din Cauza Pippo Pizzo (C-27/15) invocată de intervenientul ..., în care s-a precizat: *„obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell Ada, C 42/13, EU:C2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată).”*

Prin urmare, apreciază Consiliul în acord cu opinia autorității contractante, că supravegherea arheologică poate fi efectuată de un operator economic care deține calitatea de furnizor în sensul art.3 alin.1 lit.w din Legea nr.98/2016, potrivit cu care furnizorul reprezintă *„entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant.”*

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că ...și ... au prezentat documente de natură a demonstra asigurarea prestării serviciilor arheologice, în acord cu condiționalitatea aflată în Avizul nr.46/Z/2019 emis de Ministerul Culturii și Identității Naționale – Direcția Județeană pentru ..., situație în care critica contestatorului va fi respinsă.

Următoarea critică din contestație este constituită de susținerea contestatorului conform căreia ...și ... nu pot îndeplini partea din contract constând în proiectare conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (PPI), respectiv pentru execuție conducte de alimentare din amonte și instalații tehnologice de suprafață aferente înmagazinării de gaze naturale (EPI).

În argumentarea acestei susțineri, contestatorul justifică necesitatea prezentării autorizațiilor la care face referire, prin invocarea existenței, în cadrul documentației de atribuire, a Avizului favorabil emis de ... Sucursala Târgu Mureș, dar și a unei planșe care arată amplasamentul conductei colectoare Romgaz, care demonstrează că lucrările se vor executa în amonte de producția Romgaz.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă și ofertanții vizați afirmă că cerințele la care face contestatorul referire nu se regăsesc în documentația de atribuire, ofertanții arătând și că respectivele autorizații nu sunt necesare.

Așadar, în discuție se află problema prezentării în oferte a unor avize nesolicitate explicit la nivelul documentației de atribuire.

În soluționare, potrivit art.65 alin.2 și art.133 alin.1 din H.G. nr.395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De asemenea, în baza art.127 alin.1 lit. f din același act normativ, comisia de evaluare are atribuția verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini.

Din ansamblul legislației pe linie de achiziții publice rezultă că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele care îi sunt aplicabile din documentația de atribuire, nu la altele.

Cerințele privind modul de întocmire a propunerii tehnice nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o societate ofertantă, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Consiliul reține ca fiind deosebit de relevantă concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura ... SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

*„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a P...amentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparentă care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**”*

Aceeași instanță de la Luxemburg a statuat că obligația de transparentă are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante (Hotărârea Curții de Justiție a

Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată).

De asemenea, Consiliul reține că potrivit jurisprudenței constante a CJUE, *„în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit”* (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39).

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo *„principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)”*.

În Hotărârea din 14 iunie 2017, Medipac - Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007:337, CJUE a precizat că obligația de transparență *„interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.”* (punctul 54).

Astfel, prezentarea în ofertă a autorizațiilor la care face referire contestatorul nu a fost impusă drept cerință de calificare în mod clar, precis și neechivoc și nu îndeplinește exigența pentru respectarea principului transparent procedurii de calificare, astfel cum a fost conturat în jurisprudența CJUE, în special în Hotărârea din cauza Cartiera dell'Adda, anterior menționată, Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 12 martie 2015, eVigilo Ltd, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 32.

Pentru a putea fi opozabilă ofertanților în cadrul unei proceduri de licitație deschisă, fiind vorba de o cerință din categoria celor care țin de capacitatea ofertantului de a executa contractul, respectiv o cerință de calificare, era necesar ca aceasta să fie materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare, atât principiului transparenței cât și cel al tratamentului egal interzicând o interpretare contrară.

În acest sens sunt și următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

- art. 49 *„Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională”*.

- art. 154 *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*,

- art. 181 „Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare”.

Se impune a fi subliniat că, în concursul dintre clauzele documentației și clauzele legii, *lato sensu*, prevalează primele, în sensul că autoritatea contractantă este ținută să aplice mai întâi propria documentație de atribuire care guvernează licitația, rămasă definitivă prin neatacare, și în subsidiar normele legale. Dacă documentația de atribuire intra în conflict cu legea, acest conflict trebuia soluționat prin atacarea respectivei documentații în termenul prescris de lege, iar nu la mult după expirarea lui, la sfârșitul licitației (de către un ofertant rămas în pasivitate și care acum este nemulțumit că nu a câștigat respectiva licitație).

Una dintre regulile de interpretare logică a textelor normative, care poate fi extinsă și la cele consensuale, este că „unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă – *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, regulă ce presupune că unei formulări generale a textului trebuie să îi corespundă o aplicare generală a acestuia, fără a face apel la distincții pe care nu le prevede.

De asemenea, în conturarea acestei soluții, Consiliul a ținut seama și de Decizia civilă nr. 375/21.06.2019 emisă de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal într-o cauză asemănătoare, în calea de atac a revizuirii, cauză în care Consiliul și instanța de recurs (de soluționare a plângerii împotriva deciziei C.N.S.C.) au considerat că rezultă implicit obligativitatea deținerii unui aviz specific, raționament invalidat de Curtea de apel.

Având în vedere toate aceste considerente, Consiliul va respinge critica analizată mai sus.

Următoarea critică din contestație, și ultima, constă în faptul că autoritatea contractantă a permis în mod nelegal completarea ofertei depusă de ...prin răspunsurile de clarificare.

Contestatorul arată că ofertanților li s-a solicitat ca în propunerea tehnică să fie descris Planul de management al calității în cadrul contractului, în particular conceptul ofertantului privind testarea lucrărilor efectuate, astfel că ofertanților le revenea obligația de a propune și demonstra accesul la un laborator autorizat pentru efectuarea testelor.

Întrucât ...nu a prezentat contract de prestări servicii de laborator cu ... și Autorizația de laborator, demersul autorității contractante de a solicita respectivele documente este, în opinia contestatorului, unul nelegal.

Procedând la analiza acestei critici, Consiliul nu împărtășește punctul de vedere al contestatorului, deoarece, din conținutul cerinței aflată în caietul de sarcini, cap.4 – „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, lit. B – „Propunere tehnică faza de execuție a lucrărilor”, pct.6 - „Planul de management al calității aplicat la lucrare, cu descrierea tuturor procedurilor care vor fi utilizate de Ofertant pentru asigurarea/controlul calității activităților desfășurate pe parcursul implementării contractului (de exemplu: în fazele premergătoare execuției, în toate stadiile punerii în operă, pentru verificarea lucrărilor executate și recepția lucrărilor finalizate, în perioada de notificare a defecțiunilor, etc), responsabilitățile și resursele pentru execuția/gestionarea/controlul calității etc, completat conform solicitărilor din modelul de Propunere tehnică. Se vor prezenta inclusiv listele

cuprinzând procedurile aferente sistemului calității. De asemenea se va prezenta modalitatea de asigurare a accesului la echipamentele/laboratoarele în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii nr.10/1995 și a altor legi incidente.”, nu rezultă explicit obligația ofertanților de a prezenta Contract de prestări servicii de laborator cu ... și Autorizația de laborator.

După cum apare menționat din propunerea tehnică, ...a precizat în cadrul mai multor documente aferente acesteia (Metodologia de executare a lucrărilor aplicată la lucrare, Declarație privind modalitatea de acces la echipamentele/laboratoarele în vederea verificării nivelului de calitate, Conceptul ofertantului privind testarea lucrărilor efectuate) că activitățile cu privire la verificarea calității materialelor și a lucrărilor executate, vor fi realizate de laboratorul ..., cu care ...are încheiat contract de prestări servicii.

Urmarea solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă, după cum arată și contestatorul, ...a prezentat Contractul de prestări servicii nr.84/03.01.2019, încheiat cu ... și Autorizația de funcționare a laboratorului nr.2082/13.07.2010.

În contextul în care autoritatea contractantă nu a solicitat explicit ofertanților prezentarea documentelor menționate, nu se poate considera nicidecum că demersul autorității contractante ar fi unul nelegal, natura acestuia fiind una de confirmare, în sensul în care reglementează art.134 alin.1 din H.G. nr.395/2016.

Pe de altă parte, nu se poate considera nici că ...și-a completat propunerea tehnică prin răspunsul la clarificări, o asemenea ipoteză putând fi acceptată doar dacă s-ar fi cerut explicit prin documentația de atribuire depunerea documentelor în discuție, ceea ce în speța de față nu s-a întâmplat.

Obligația ofertanților, după cum s-a mai arătat în cele ce preced, este aceea de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire, ceea ce ...a făcut din perspectiva analizată, astfel că se va respinge și această critică.

Cum analiza efectuată a relevat temeinicia uneia dintre criticile contestatorului, Consiliul va admite contestația depusă de ... – ... CLUJ S.A., va anula raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020 în ceea ce privește evaluarea ofertelor depuse de ...și ..., procedura urmând a fi continuată cu reevaluarea acestora, în considerarea celor arătat în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Față de soluția pronunțată, cererile de intervenție în interesul autorității contractante formulate de ...și ... vor fi respinse.

III. Prin contestația depusă, ... critică decizia de respingere a ofertei sale, pe de o parte, iar, pe de altă parte, decizia de desemnare a ofertei câștigătoare, susținând că sunt nelegale.

În analiza temeiniciei primei categorii de critici, Consiliul reține că, potrivit raportului procedurii nr.VI/22365/28.10.2020, oferta depusă de asocierea al cărei lider este contestatorul, a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

Pentru a decide astfel, așa cum rezultă din procesul-verbal nr.VI/20990/13.10.2020, autoritatea contractantă a considerat neconcludente două dintre răspunsurile formulate la contestator la solicitarea de clarificări nr.VI/18267/11.09.2020.

Primul răspuns apreciat neconcludent, a fost formulat de contestator cu privire la întrebarea având conținutul:

„În Caietul de sarcini și Fișa de date la prezentarea Propunerii financiare s-a solicitat:

Propunerea financiară va conține, dacă este cazul, pe lângă formularul de ofertă, centralizatorul cu lucrările executate de asociați și/sau subcontractanți, acordul de asociere care să precizeze fizic, valoric și procentual gradul de implicare al partenerilor și contractele/acordurile de subcontractare care să precizeze fizic, valoric și procentual partea/părțile din contract care urmează să fie subcontractate.

Vă solicităm să prezentați acordurile de asociere și de subcontractare conform cerinței Fișei de date.”

răspunsul contestatorului, conform adresei nr.7875/15.09.2020, fiind:

„Acordurile de asociere, subcontractare au fost depuse în propunerea financiară la pag.29-47, care se citesc împreună cu Anexa 1 – Acorduri de asociere și subantrepriză depus la pag.28, graficele depuse unde sunt prezentate fizic, valoric și procentual lucrările care urmează a fi executate.”

În soluționare, Consiliul reține că, la cap.IV.4.2 – „Modul de prezentare al propunerii financiare” din fișa de date, se regăsește cerința la care a făcut trimitere și de autoritatea contractantă în cadrul solicitării de clarificări, respectiv:

„Propunerea financiară va conține, dacă este cazul, pe lângă formularul de ofertă, centralizatorul cu lucrările executate de asociați și/sau subcontractanți, acordul de asociere care să precizeze fizic, valoric și procentual gradul de implicare al partenerilor și contractele/acordurile de subcontractare care să precizeze fizic, valoric și procentual partea/părțile din contract care urmează să fie subcontractate.”

Așadar, prin fișa de date a achiziției s-a impus în sarcina ofertanților obligația ca, în caz de asociere/subcontractare, cum este situația contestatorului, să prezinte acordurile de asociere/subcontractare care să precizeze fizic, valoric și procentual gradul de implicare al membrilor asocierii și contractele/acordurile de subcontractare care să precizeze fizic, valoric și procentual partea/părțile din contract care urmează să fie subcontractate.

Documentele menționate, depuse de contestator, nu au fost apreciate de autoritatea contractantă ca fiind de natură să respecte cerința enunțată, astfel că aceasta a înțeles să transmită contestatorului solicitarea de clarificări enunțată.

Analizând răspunsul contestatorului, Consiliul apreciază corectă concluzia comisiei de evaluare în contextul în care contestatorul, practic, nu a răspuns solicitării ce i-a fost adresată, respectiv nu a depus documentele indicate având forma impusă.

Răspunsul contestatorului prin care a făcut trimitere la documentele depuse deja, documente pe care autoritatea contractantă nu le-a considerat întocmite cu respectarea documentației de atribuire, și, mai mult, a cerut autorității contractante să coreleze respectivele documente cu altele depuse, nu poate fi nicicum un răspuns concludent, niciieri nefiind statuat dreptul autorității contractante de a deduce din oferte

anumite elemente care s-au solicitat a fi indicate, în mod explicit, de ofertanți.

Obligația ofertanților este aceea de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire (art.75 din Legea nr.98/2016), cum și aceea a autorității contractante este aceea de verificare prin prisma aceleiași documentații de atribuire, astfel că pretenția ca autoritatea contractantă să extragă informații solicitate expres din coroborarea unor documente depuse este lipsită de orice temei.

Apreciază Consiliul că autoritatea contractantă a manifestat un rol activ în exercitarea atribuțiilor care îi reveneau în etapa de evaluare a ofertelor, astfel că unicul culpabil de decizia adoptată în cazul ofertei sale este singur contestatorul.

Dispozițiile art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016 stabilesc sancțiunea care intervine în cazul unui răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări adresată, anume respingerea ofertei ca inacceptabilă, sancțiune aplicată corect de autoritatea contractantă în contextul răspunsului formulat de contestator.

Având în vedere că nu se poate reține nicio culpă în sarcina autorității contractante cu privire la modul în care a acționat și a apreciat răspunsul contestatorului, Consiliul va respinge critica analizată, ca nefondată.

Cel de al doilea motiv de respingere a ofertei contestatorului, constă în faptul că răspunsul la clarificarea privind cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție este neconcludent, deoarece:

„Comisia consideră că, dacă ar fi avut în vedere cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată, ofertantul ar fi trebuit să poată preciza o valoare cel puțin aproximativă a acestora, cheltuieli care fac parte din prețul total ofertat.”

Așadar, ceea ce se reproșează contestatorului, față de răspunsul formulat, este faptul că nu ar fi avut în vedere cheltuielile aferente intervențiilor în perioada de garanție, concluzie desprinsă din împrejurarea că nu a precizat cel puțin o valoare aproximativă a acestora, care să se regăsească în prețul contractului.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, prin solicitarea de clarificări nr.VI/18267/11.09.2020, autoritatea contractantă a cerut contestatorului, după cum urmează:

„4. Având în vedere prevederile Caietului de sarcini cap.3.19 (pag.70) precum și documentul Formular de propunere tehnică, pct.12 – Măsurile aplicate de Ofertant pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanție acordată, subpct.12.1 și 12.2 vă solicităm să justificați/detaliați, unde sunt cuantificate, în cadrul propunerii financiare, cheltuielile aferente intervențiilor din perioada de garanție acordată și valoarea acestor cheltuieli, coroborat cu propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii.”

răspunsul contestatorului transmis cu adresa nr.7875/15.09.2020, fiind:

„Atragem atenția comisiei de evaluare faptul că prezenta solicitare excede atribuțiilor legale și faptul că oferta trebuia prezentată ca sume forfetare pe capitole conform Anexa nr.2 la formularul de ofertă și în fișa de date capitol IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare autoritatea contractantă nu a solicitat o anumită poziție pentru cotearea acestor cheltuieli separat.

Confirmăm prin prezenta că Subscrisa am avut în vedere în oferta depusă de aceste costuri fiind cuprinse în prețul total ofertat forfetar. Aceste activități prezumtive pentru perioada de garanție și au fost detaliate în propunerea tehnică depusă.

A se avea în vedere că aceste cheltuieli nu sunt fixe, ele neputând fi cuantificate acestea pot varia deoarece se întind pe o perioadă de 120 luni. Dimensionarea se face în urma și funcție de natura și quantumul cantitativ a defectului semnalat de către Beneficiar iar la pagina 1651 din propunerea tehnică este prezentată o schemă logică alte măsuri după cum urmează: (...)”

Ca și în cazul primului răspuns, Consiliul reține, dincolo de împrejurarea că a acționat cu nerespectarea documentației de atribuire, că asocierea al cărei lider este contestatorul nu s-a achitat nici de obligația de a răspunde solicitării de clarificări adresate.

Astfel, în cadrul înscrisului „*Formular de propunere tehnică*”, pct.12.2, apare precizat:

„12.2 Garanții acordate.

*Se va preciza durata de garanție acordată lucrărilor. Perioada de garanție a lucrării va fi de minimum 72 de luni și se va exprima global în luni calendaristice de la data întocmirii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor și reprezintă perioada de timp cuprinsă între data recepției la terminarea lucrărilor și data recepției finale. Pe parcursul perioadei de garanție antreprenorul are obligația înlăturării, pe cheltuiala sa, a tuturor viciilor și/sau deficiențelor apărute datorită nerespectării clauzelor și specificațiilor contractuale sau a reglementărilor tehnice aplicabile, **ofertanții având obligația de a-și cuantifica distinct în cadrul propunerii financiare costurile previzionate.**”*

În discuție nu se află categoria de cheltuieli în care costul în discuție trebuia să se regăsească, adică în categoria cheltuielilor indirecte, ci faptul că asocierea al cărei lider este contestatorul avea obligația de a preciza distinct o valoare aferentă, ceea ce nu a făcut nici urmarea solicitării de clarificări adresată.

Nu prezintă relevanță împrejurarea că valoarea acestui cost urma a fi stabilită funcție de aprecierea proprie a fiecărui ofertant, pe baza experienței proprii, în condițiile în care volumul intervențiilor nu se cunoaște la acest moment, ci că ofertanții au obligația de a întocmi oferta cu respectarea documentației de atribuire. Cum documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie în forma în care a fost elaborată, contestatorul era debitorul obligației de a respecta și prevederea mai sus menționată.

În situația în care aprecia ca lipsită de oportunitatea solicitarea autorității contractante nimic nu-l oprea pe contestator să conteste documentația de atribuire în termenul legal, demers pe care nu a înțeles să-l facă.

Pe de altă parte, după cum s-a arătat, autoritate contractantă are obligația de a verifica propunerea tehnică în raport cu cerințele stabilite prin documentația de atribuire (art.127 alin.1 lit.f din H.G. nr.395/2016), nefiindu-i permis să facă rabat de la propriile reguli, cum pare să dorească contestatorul în cazul său.

Cum contestatorului i s-a dat posibilitatea de a acoperi lipsa constatată prin răspunsul la clarificări, manifestând un comportament diligent și în acord cu dispozițiile din materia achizițiilor publice, autoritatea contractantă corect a procedat la respingerea ofertei acestuia, în condițiile în care contestatorul nu a oferit răspunsul solicitat, incidente fiind dispozițiile art.134 alin.5 din H.G. nr.395/2016.

Astfel, Consiliul stabilește că nu este necesar ca autoritatea contractantă să revizuiască actele de evaluare a ofertei contestatorului, decizia de respingere a ofertei acestuia fiind legală.

În ceea ce privește criticile legate de oferta desemnată câștigătoare, Consiliul nu poate reține o eventuală lipsă de interes a contestatorului atâta vreme cât decizia de respingere a ofertei acestuia nu este una definitivă, în sensul în care reglementează art.3 alin.3 din Legea nr.101/2016.

Relevantă în acest sens este Hotărârea Curții (Camera a zecea) din 5 septembrie 2019 în cauza C-333/18 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiglio di Stato (Consiliul de Stat, Italia), prin decizia din 14 februarie 2018, primită de Curte la 23 mai 2018, în procedura Lombardi Srl împotriva Comune di Auletta, Delta Lavori SpA, Msm Ingegneria Srl, în care se arată:

„31. Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C355/15, EU:C:2016:988), menționată de instanța de trimitere, nu este contrară unei astfel de interpretări. Astfel, deși este adevărat că, la punctele 13-16, 31 și 36 din această hotărâre, Curtea a statuat că unui ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice, este necesar să se arate că, în cauza în care sa pronunțat această hotărâre, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat că a fost exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție (a se vedea în acest sens Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C131/16, EU:C:2017:358, punctul 57).

32 Or, în cauza principală, niciunul dintre ofertanții care au introdus acțiunile în excludere reciproce nu a fost exclus definitiv din procedura de atribuire. Astfel, hotărârea menționată nu infirmă nicidecum principiul jurisprudențial menționat la punctul precedent.”,

concluzia fiind în sensul că

„Articolul 1 alineatul (1) al treilea paragraf și alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie interpretat în sensul că se opune ca o cale de atac principală introdusă de un ofertant care are vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciat sau riscă să fie prejudiciat printr-o presupusă încălcare a dreptului Uniunii în materie de contracte de achiziții publice sau a normelor de transpunere a acestui drept și prin care se urmărește excluderea unui alt ofertant să fie declarată inadmisibilă în temeiul normelor sau al practicilor jurisprudențiale procedurale naționale care privesc soluționarea căilor de atac în excludere reciproce, indiferent care ar fi numărul de participanți la procedura de atribuire a contractului și numărul celor care au introdus căi de atac.”

Astfel, prima critică a contestatorului se referă la incidența cazurilor de excludere prevăzută la art.167 alin.1 lit.h și lit.c din Legea nr.98/2016, atât în ceea ce-l privește pe ..., cât și în ceea ce-l privește pe subcontractantul acestuia ...

Cum Consiliul a efectuat această analiză în cele ce preced, fără a mai relua argumentele acolo expuse, această critică va fi respinsă.

Următoarea critică cu privire la oferta desemnată câștigătoare, constă în faptul că ...nu a făcut dovada disponibilității personalului necesar – responsabil tehnic cu execuția autorizat în vederea executării contractului conform activităților oferate, respectiv a lucrărilor pentru relocarea/devierea rețelelor de gaz, din perspectiva faptului că dl. ...nu este angajat al subcontractantului ...

Relevante în soluționare sunt prevederile la care face contestatorul referire, aflate la pct.3.14 – *„Resurse personal/Experți cheie”* din caietul de sarcini, potrivit cu care:

„Ofertantul va întocmi propunerea tehnică pe baza resurselor de personal proprii sau atrase.

Ofertanții au obligația de a prezenta în propunerea tehnică, modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/1995 și altor legi incidente (Ordinul nr.107/2010, Ordinul nr.777/2003, Legea nr.319/2006, H.G. nr.925/1995 și Legea nr.372/2005, cu toate modificările și completările ulterioare).

Pentru activitățile cuprinse în cadrul contractului, Antreprenorul va numi, prin Decizie de numire, următorul personal, conform legislației în vigoare: (...) Responsabil tehnic cu calitatea în construcții (RTE), pentru toate domeniile și subdomeniile necesare, (...).”

De asemenea, la pct.4 – *„Modul de prezentare a propunerii tehnice”, lit.B – „Propunere tehnică faza de execuție a lucrărilor”, Nota 1 – „Calificările educaționale și profesionale minime solicitate pentru executarea lucrărilor”* din caietul de sarcini, se prevede astfel:

„Calificările educaționale și profesionale minime solicitate pentru executarea lucrărilor: (...)

2. Responsabil tehnic cu calitatea în construcții (RTE), pentru toate domeniile și subdomeniile necesare, (...).”

Analizând aceste prevederi, Consiliul constată că nu conțin vreo cerință în sensul ca specialiștii propuși, necesari și obligatorii, să fie angajați ai ofertantului/asociatului/subcontractantului, ci doar să se facă dovada accesului la acest personal.

O asemenea obligație, nu rezidă nici din art.6 alin.1 din Procedura privind autorizarea și exercitarea dreptului de practică a responsabililor tehnici cu execuția lucrărilor de construcții din 31.08.2016, invocat de contestator, deoarece, deși responsabilul tehnic cu execuția este definit ca *„persoană fizică angajată de către executant”*, o asemenea calitate, de executant, o va căpăta ofertantul desemnat câștigător abia după încheierea contractului pentru care a fost derulată procedura de față.

De altfel, prin prisma legislației din materia achizițiilor publice cerința ca ofertanții să facă dovada că personalul propus este angajat, ar fi fost restrictivă atâta vreme cât nu există certitudinea câștigării contractului.

Reținând că ofertanții au obligația întocmirii ofertei cu respectarea documentației de atribuire, critica contestatorului se dovedește a fi lipsită de suport, excedând, în fapt, documentației de atribuire, așa cum corect arată autoritatea contractantă.

Pe de altă parte, Consiliul reține că ...a făcut dovada îndeplinirii cerinței documentației de atribuire, prin indicarea persoanei având calitatea de RTE și prezentarea pentru acesta a Declarației de

disponibilitate, dar și la solicitarea autorității contractante, a Acordului de colaborare încheiat între respectiva persoană și subcontractantul ...

Având în vedere că nici această ultimă critică a ... nu s-a dovedit a fi întemeiată, Consiliul, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, va respinge contestația, ca nefondată, cu consecința admiterii cererilor de intervenție în interesul autorității contractante, depuse de ...și ...

Cu privire la cererile de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, formulate de ...în cadrul cererilor de intervenție depuse, Consiliul constată că nu au fost prezentate documente în dovedirea efectuării unor asemenea cheltuieli, astfel că, pe cale de consecință, vor fi respinse, ca nedovedite.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestațiile depuse de ... și ... – ... CLUJ, în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii de atribuire nr.VI/22365/28.10.2020, în ceea ce privește evaluarea ofertelor depuse de ...și ..., precum și actele subsecvente părții anulate.

Obligă autoritatea contractantă să reevalueze ofertele menționate, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei.

Respinge cererile de intervenție în interesul autorității contractante depuse de ...(privind cele două contestații) și pe cea depusă de ... (privind contestația ... – ... CLUJ).

Respinge contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

Admite cererile de intervenție depuse de ...și ... (privind contestația ...).

Respinge cererile ...de obligare a contestatoarelor la plată cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestațiilor, ca nedovedite.

Obligatorie.

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

...