



În conformitate cu prevederile art. 14 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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1447/31.07.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 41853/01.08.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ..., lider al Asocierii ... în calitate de ofertant, cu sediul ales la reprezentantul convențional ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având obiect „CL 3: Reabilitare conductă de aducțiune Bistrița Lechința și extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Miceștii de câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești” – Lotul 2 - Extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Miceștii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești – contestat, cod CPV 45231300-8, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de Entitate contractantă, s-a solicitat:

1. Obligarea Entității contractante la anularea deciziei prin care oferta depusă de Asocieria ... a fost respinsă ca fiind inacceptabilă;
2. Obligarea Entității contractante la anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziilor anterior-menționate, inclusiv a Raportului procedurii de atribuire nr. 15761/18.07.2023 și a adresei nr. 1963/19.07.2023 prin care i s-a comunicat contestatorului rezultatul procedurii;
3. Obligarea Entității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei asocierii contestatoare, de la verificarea admisibilității acesteia.

..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de operator economic participant în asociere la procedura de atribuire prin licitație deschisă a contractului de execuție lucrări referitor la „CL 3: Reabilitare conductă de aducțiune Bistrița Lechința și extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința,

Micestii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești” - „Lot 2: Extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Micestii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești”, inițiată prin publicarea anunțului de participare ..., reprezentată convențional prin ..., unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură efectuate în prezenta cauză, a formulat „Cerere de intervenție voluntară” prin care solicită:

- I. în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție și, subsecvent,
- II. respingerea ca nefondată a contestației formulate de ... SRL.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care contestatorul ... reclamă rezultatul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii, având în vedere următoarele motive:

În fapt, ... a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect *CL 3: Reabilitare conducta de aducțiune Bistrița Lechința și extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Micestii de câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești*, fiind publicat în acest sens anunțul de participare nr.

În cadrul acestei proceduri, ... a depus ofertă în conformitate cu cerințele obligatorii din cuprinsul documentației de atribuire.

Conform primului rezultat al procedurii de atribuire comunicat prin adresa nr. 5439/24.10.2022, oferta sa a fost declarată admisibilă dar necâștigătoare, clasată pe locul 3. A fost desemnată câștigătoare oferta depusă de Asocieria ..., iar oferta Asocierii ... a fost clasată pe locul 2 în clasamentul ofertelor.

Apreciind ca fiind netemeinică și nelegală decizia autorității contractante în ceea ce privește menținerea în competiție a ofertelor clasate pe primele două locuri, ... a formulat contestație în temeiul art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, împotriva rezultatului aferent Lotului 2 al procedurii de atribuire, a acționat și ofertantul ... care a criticat ofertele clasate pe primele 3 locuri. Față de această contestație, societatea contestatoare a formulat cerere de intervenție accesorie. Și Lotul 1 al procedurii a făcut obiectul mai multor contestații depuse de ..., ... și

Căile administrativ-jurisdicționale exercitate au fost soluționate prin Decizia CNSC nr. ... prin care au fost respinse toate contestațiile, cu excepția celei depuse de ... pentru Lotul 1 al procedurii de atribuire.

Această decizie a făcut obiectul mai multor plângeri care au fost soluționate de Curtea de apel Cluj prin Hotărârea intermediară nr. 3/22 martie 2023, respectiv prin Hotărârea finală nr.

Pentru lotul 2 al procedurii de atribuire s-a constatat inadmisibilitatea ofertelor clasate pe primele două locuri și s-a dispus reevaluarea ofertei

depusă de Asocierea din perspectiva verificării modului de îndeplinire a cerinței privind experiența similară.

În aplicarea acestei Hotărâri finale nr. ..., entitatea contractantă ... a solicitat clarificări asocierii, iar în data de 19 iulie i-a comunicat rezultatul procedurii conform căruia oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, iar oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de Asocierea

Contestatorul arată că decizia entității contractante de respingere a ofertei asocierii este adoptată cu încălcarea autorității de lucru judecat a Hotărârii finale nr. ... pronunțată de Curtea de apel Cluj, respectiv cu nesocotirea dispozițiilor legale privind achizițiile publice care permit înlocuirea terțului susținător.

Astfel cum s-a învederat comisiei de evaluare în răspunsul la solicitarea de clarificări transmisă prin adresa nr. 1499/01.06.2023, prin Decizia nr. ..., s-au statuat următoarele aspecte:

„De menționat că Asocierea ... a invocat susținerea terțului ... în ceea ce privește experiența similară, astfel încât, dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, entitatea contractantă va solicita, conform art. 197 alin. 2 din Legea nr.99/2016, o singură dată, ca ofertantul să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal”.

Raportat la această mențiune expresă a Curții de apel Cluj, contestatorul a solicitat entității contractante să facă aplicarea dispozițiilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 conform cărora *„(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)”.*

Având în vedere că, astfel cum a reținut Curtea de apel Cluj la pag. 28 din decizia anterior menționată, *„[...] lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor”.* Raportat la aceste considerente obligatorii, contestatorul a precizat ca nefiind demonstrată experiența similară a terțului susținător ... la nivelul valoric declarat prin DUA.

Prin urmare, s-a adus la cunoștința comisiei de evaluare că, la solicitarea expresă a entității contractante, exprimată în temeiul art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, contestatorul își manifestă disponibilitatea de a înlocui terțul susținător

În adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, entitatea contractantă precizează:

„Este de menționat faptul că terțul susținător se schimbă la solicitarea comisiei de evaluare, în conformitate art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 respectiv: Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante

privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată; ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)".

Modalitatea în care ... a răspuns solicitării de clarificări corespunde întocmai scopului instituit de legiuitor, respectiv de a permite ofertantului înlocuirea terțului susținător, la solicitarea expresă a entității contractante. Or, contrar aprecierii ..., societatea s-a limitat să își manifeste intenția, respectiv disponibilitatea de a proceda la înlocuirea terțului susținător ..., la cererea care va fi exprimată de entitatea contractantă în temeiul art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Maniera în care ... interpretează răspunsul la solicitarea de clarificări este de natură să nesocotească considerentele obligatorii ale Deciziei nr. ... care a dispus în sarcina entității contractante solicitarea înlocuirii terțului susținător, obligație care incumbă comisiei de evaluare și în temeiul legii, prevederile art. 197 alin. (2) din Legea achizițiilor sectoriale fiind imperative.

În adresa nr. 1963 din 19.07.2023 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, se menționează că răspunsul solicitarea de clarificări ar fi fost neconcludent ca urmare a faptului că societatea contestatoare nu ar fi transmis documentele solicitate pentru terțul ... în vederea evaluării și a constatării necesității schimbării terțului de către comisia de evaluare.

Această concluzie a entității contractante ignoră atât conținutul ofertei, cât și prevederile art. 206 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 conform cărora:

„Prin excepție de la dispozițiile art. 205, operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative în sprijinul informațiilor declarate în DUAE în cazul în care entitatea contractantă care a atribuit contractul sectorial sau a încheiat acordul-cadru este deja în posesia documentelor respective”.

În speță, entitatea contractantă se afla în posesia documentelor aferente terțului susținător încă din etapa anterioară a procedurii de atribuire, fiind prezentate de asocierea noastră următoarele înscrisuri relevante pentru verificarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, respectiv pentru constatarea incidenței dispozițiilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016:

- Angajament de susținere emis de ...;
- Declarație privind experiența similară;
- Acord contractual nr. 2180/13.06.2014;
- Acord de asociere nr. 602/26.02.2013 și Act adițional nr. 1;
- Proces-verbal de recepție nr. 1759/20.06.2018.

Prin raportare la aceste documente relevante, în ipoteza în care și-ar fi îndeplinit atribuțiile legale prevăzute de art. 133 din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă avea posibilitatea să analizeze experiența similară invocată de terțul susținător și să aprecieze, în lumina motivării obligatorii a Deciziei nr. ..., neîndeplinirea cerinței din perspectiva perioadei de raportare.

Astfel, prin raportare inclusiv la constatarea obligatorie a instanței conform căreia executarea Acordului contractual nr. 2180/13.06.2014 se situează parțial în afara perioadei de referință impusă prin documentația de

atribuire, comisia de evaluare deținea toate informațiile și documentele necesare pentru a constata că situația terțului susținător se circumscrie uneia dintre ipotezele legale care permit înlocuirea sa, respectiv neîndeplinirea unui criteriu privind capacitatea.

O astfel de concluzie trebuia să determine, în mod subsecvent, obligația ... de a face aplicarea Deciziei nr. ... prin solicitarea înlocuirii terțului susținător ..., în conformitate cu prevederile art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. Acest demers era cu atât mai necesar cu cât ofertantul și-a manifestat disponibilitatea de a înlocui terțul susținător la solicitarea expresă a entității contractante.

Lipsa de diligență a entității achizitoare este de natură să determine încălcarea principiului tratamentului egal, fiind evident defavorizată asocierea contestatoare prin ignorarea conținutului ofertei (a documentelor aferente terțului susținător ...), prin nesocotirea considerentelor obligatorii ale unei hotărâri judecătorești, respectiv prin încălcarea evidentă a prevederilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 anterior citate.

Se subliniază încălcarea în cauză a principiului proporționalității măsurilor adoptate care se exprimă îndeosebi prin diligență manifestată de entitatea contractantă în evaluarea ofertelor.

Cu privire la necesitatea respectării acestui principiu, a fost reținut în jurisprudența națională, respectiv de Curtea de Apel București - Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal prin Decizia civilă nr. 2164 din 24 mai 2012 că: *„interesul autorității contractante trebuie să fie acela ca la procedura de atribuire să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să o aleagă pe aceea care răspunde cel mai bine necesităților sale, iar nu să înlăture ofertele depuse pe baza unor interpretări excesiv de formaliste a prevederilor documentației de atribuire sau a prevederilor legale aplicabile.”*

Astfel, ca expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul 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 urmărite (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene - CJUE din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a ofertanților, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

Raportat la această practică obligatorie a CJUE, acest principiu al proporționalității a fost nesocotit prin maniera excesiv de formalistă în care comisia de evaluare din cadrul autorității contractante a analizat oferta asocierii al cărei lider este societatea ... SRL.

De asemenea, este evidentă încălcarea principiului eficienței fondurilor publice în condițiile în care a fost defavorizată o ofertă competitivă, cu un preț mai redus decât cel al ofertantului declarat câștigător.

Prin urmare, față de toate aceste considerente, rezultă cu evidență superficialitatea activității de evaluare realizate de ..., motiv pentru care se

solicită admiterea contestației, cu consecința obligării entității contractante la anularea actelor criticate și la reevaluarea ofertei asocierii, urmând a se continua procedura de achiziție prin aplicarea regulilor stabilite în legislația incidentă, respectiv prin aplicarea Deciziei nr.

În drept, contestatorul invocă prevederile Legii nr. 101/2016 și cele ale Legii nr. 99/2016 precum și ale normelor de aplicare aprobate prin HG nr. 394/2016.

Totodată, contestatorul solicită accesul la dosarul achiziției publice aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în vederea studierii acestuia și efectuării de copii de pe documentele necesare.

Prin adresa nr. 2133/04.08.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 42705/04.08.2023, entitatea contractantă a transmis „Punct de vedere” cu privire la contestație, prin care solicită respingerea acesteia în totalitate, ca neîntemeiată și menținerea actelor încheiate de entitatea contractantă întrucât sunt temeinice și legale.

Entitatea contractantă învederează următoarele:

1. În conformitate cu Decizia Civilă nr. ..., înregistrată la ... cu nr. 11326 /23.05.2023, respectiv:

„În justificarea îndeplinirii nivelului minim al experienței similare liderul de asociere ... a menționat în DUAE următoarele informații:

1) Contractul nr. 4809/21.11.2018, având Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor cu data de 23.06.2022; data de început a lucrărilor a avut loc la 25 septembrie 2019, iar data de sfârșit a acestora este la 23 iunie 2022; valoarea executată de ofertantul ... este de 8.244.034,01 RON (fără TVA). Obiectul contractului privește „extindere rețele de canalizare în localitățile Târlisua, Agries și Borleasca, comuna Târlisua” („Contractul nr. 1”);

2) Contractul nr. 293/12.11.2015, având Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 343406/09.10.2018; data de început a lucrărilor este la 12 februarie 2016, iar data de sfârșit a acestora este situată la 9 octombrie 2018; valoarea executată de ofertantul ... este de 48.982.042,48 RON. Obiectul contractului privește „reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice - etapa II” („Contractul nr. 2”);

3) Acordul contractual nr. 2180/13.06.2014, având Procesul verbal de recepție a lucrărilor nr. 1759/20.06.2018; data de început a lucrărilor este la 16 iunie 2014, iar data de sfârșit a acestora este situată la 20 iunie 2018; valoarea executată de terțul susținător ... a fost de 40.472.674,93 (fără TVA). Obiectul contractului privește „extindere infrastructura rețea distribuție apă în orașele Buhuși și Moinești, extindere infrastructură canalizare orașul Dărmănești” („Contractul nr. 3”).

Este adevărat că în cazul Contractului nr. 2 și a Contractului nr. 3, invocate de Asocieria ..., executarea acestora se situează parțial în afara perioadei de referință impusă prin documentația de atribuire, într-adevăr, lucrările aferente Contractului nr. 2 au fost derulate în perioada 12 februarie 2016 (data de început a lucrărilor) - 9 octombrie 2018 (data de sfârșit a

lucrărilor). Așa cum se observă, lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 14 luni și 21 de zile, dintr-un total de aproape 32 de luni, aproximativ 46% din totalul lucrărilor. De asemenea, lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor.

În primul rând, esențial este ca ofertantul să dovedească că lucrările au fost duse la bun sfârșit în perioada solicitată, respectiv în ultimii 5 ani, ceea ce nu exclude, așa cum rezultă din documentația de atribuire, și lucrările executate înainte de perioada solicitată prin fișa de date, cu condiția îndeplinirii cerințelor cumulative de la art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

În al doilea rând, dovada îndeplinirii cerinței de calificare sub aspectul sintagmei „lucrări duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 5 ani” se va face în modalitatea alternativă prevăzută de art. 11 alin. 3 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, reiterată și în Fișa de date a achiziției.”

Comisia de evaluare a solicitat ofertantului să indice atât valoarea lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante, conform normelor naționale și unionale menționate. În stabilirea lucrărilor cele mai importante, criteriul valoric al lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani este determinant. Două contracte conțin și lucrări ce nu pot fi luate în considerare, precum reabilitare stații de epurare, potrivit răspunsului consolidat 1 nr. 4202/14.06.2022 - pct. 37. Curtea de apel a pus în vedere entității contractante prin comisia de evaluare să ceară clarificări în acest sens, urmând să se pronunțe în raport de documentele suport depuse de ofertant.

Prin adresa nr. 1499 din 01.06.2023 postată în SEAP în 01.06.2023 ora 12,41 comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului, cu termen de răspuns 06.06.2023. Ofertantul a răspuns în termen prin adresa nr. 1075/06.06.2023 postată în SEAP în data de 06.06.2023 ora 23,07 și a transmis:

„Vă învederăm că, prin Decizia nr. ..., suplimentar aspectelor citate în adresa dumneavoastră, s-au statuat și următoarele aspecte: „De menționat că Asocierea ... a invocat susținerea terțului ... în ceea ce privește experiența similară, astfel încât, dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, entitatea contractantă va solicita, conform art. 197 alin. 2 din Legea nr. 99/2016, o singură dată, ca ofertantul să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal”. Raportat la această mențiune expresă a Curții de Apel Cluj, vă solicităm să faceți aplicarea dispozițiilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 conform cărora „(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)”. Având în

vedere că, astfel cum a reținut Curtea de Apel Cluj la pag. 28 din decizia anterior menționată, „[...] lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor”. Raportat la aceste considerente obligatorii, în ipoteza în care veți aprecia ca nefiind demonstrată experiența similară a terțului susținător la nivelul valoric declarat prin DUAЕ, vă rugăm să aveți în vedere că, la solicitarea expresă a entității contractante, exprimată în temeiul art. 197 alin. (2) din Legea nr.99/2016, ne manifestăm disponibilitatea de a înlocui terțul susținător ... cu societatea Acest operator economic deține experiență similară relevantă dobândită prin derularea contractului de achiziție publică nr. DOP - 52/15.05.2017 încheiat cu Primăria Dobrich și care a avut ca obiect „PROIECTARE SUPLIMENTARĂ SI RECONSTRUCȚIA SI REABILITAREA REȚELEI DE ALIMENTARE CU APĂ SI CANALIZARE A ORAȘULUI DOBRICH ÎN CADRUL PROIECTULUI "PROIECT INTEGRAT PENTRU CICLUL DE APĂ DIN ORAȘUL DOBRICH - ETAPA 1 "PENTRU LOTUL 2 - "PROIECTARE SUPLIMENTARĂ, RECONSTRUCȚIA ȘI REABILITAREA REȚELEI DE ALIMENTARE CU APĂ A ORAȘULUI DOBRICH, ETAPA CARE INCLUDE: ALIMENTARE CU APĂ - LOT 2”. Conform documentelor suport atașate, în derularea acestui contract, în perioada 01.02.2018 până la 24.10.2019 (care se încadrează indubitabil în perioada de referință, Hydrostroy AD a realizat lucrări similare - lucrări de construcții rețele de alimentare cu apă în valoare de 25.141.103,35 BGN, echivalentul sumei de 60.998.350,59 lei prin conversia la cursul mediu anual de referință publicat de BNR de 2,4262 RON/BGN pentru anul 2019.

Referitor la Contractul nr. 293118 din 12.11.2015 având ca obiect „Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice - etapa II”, vă transmitem atașat explicațiile și documentele furnizate de asociatul Astfel cum reiese din explicațiile și documentele furnizate, valoarea lucrărilor similare executate de asociatul ... în perioada de referință 18.07.2017 - 18.07.2022 este în cuantum de 42.505.071,00 lei, fiind vorba de cele mai importante lucrări din cadrul contractului, astfel cum reiese din tabelul inclus la pag. 11 a răspunsului furnizat de asociatul nostru, atașat.

La aceste referințe se adaugă Contractul nr. 4809/21.11.2018 având ca obiect „Extindere rețele de canalizare în localitățile Târlisua, Agrieș și Borleasca, comuna Târlisua”. Astfel cum am precizat în cuprinsul DUAЕ elaborat de ... și cum reiese din documentele suport atașate, data de început a lucrărilor similare - rețea canalizare a avut loc la 25 septembrie 2019 conform Ordin de începere nr. 4205/25.09.2019 iar data de sfârșit a acestora este 23 iunie 2022 potrivit Procesului-verbal verbal de recepție la terminarea lucrărilor din data de 23.06.2022. Raportat la acordul de asociere, valoarea executată de ... este de 8.244.034,01 RON, fără TVA. Din cuprinsul informațiilor anterior menționate, confirmate de documentele suport atașate,

reiese în mod indubitabil că asocierea pe care o reprezentăm, prin membrii asociați și terțul susținător ... (cu care intenționăm să îl înlocuim pe ... dacă ... va dispune aplicarea art. 197 alin. (2) din Legea nr.99/2016) deține experiență relevantă în execuția de lucrări similare în perioada de referință, în quantum superior celui impus prin documentația de atribuire."

În urma evaluării documentelor transmise de către ofertant, comisia de evaluare constată că pentru liderul de asociere ... s-a transmis:

- Cont
ractul nr. 4809/21.11.2018 având ca obiect „Extindere rețele de canalizare în localitățile Târlisua, Agrieș și Borleasca, comuna Târlisua”. 8.151.970 lei fără TVA;

- Act
adițional nr. 1/27.06.2019 la Contractul nr. 4809/21.11.2018 de suplimentare a valorii contractului la 8.318. 285 lei fără TVA;

- Act
adițional nr. 1473/02.04.2020 la Contractul nr. 4809/21.11.2018 de suplimentare a valorii contractului la 8.562.060, 41 lei fără TVA;

- Act
adițional nr. 2/24.12.2020 la Contractul nr. 4809/21.11.2018 de prelungire a duratei de execuție la Acord de asociere nr. 1578/28.08.2018 din care reiese ca liderul de asociere, respectiv ... are 94,75%;

- Act
adițional nr. 1/23.11.2018 la Acord de asociere nr. 1578/28.08.2018 din care reiese că liderul de asociere preia toată execuția lucrării în procent de 98,41%;

- Proc
es verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 3527/23.06.2022 din care reiese că valoarea lucrărilor executate este de 8.542.298,85 lei fără TVA;

- Rec
omandare emisă de Comuna Târlisua FN/FD care certifică execuția lucrărilor de către ... în valoare de 8.542.298,85 lei fără TVA.
Pentru asociatul ... s-a transmis:

- Cont
ractul nr. 293118 din 12.11.2015 având ca obiect „Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice - etapa II în valoare de 96.028.173,87 lei din care valoarea lucrărilor executate de ... (lider) este de 48.982.042,48 lei fără TVA;

- Rez
umat privind derularea lucrărilor din care rezultă că lucrările executate de Ofertantul Asociat ... în perioada 18.07.2017 - 18.07.2022 sunt în quantum de 42.505.071 lei fără TVA;

- esul Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor nr. 373406/09.10.2018; Proc

- esul verbal de Recepție Finală nr. 115898/07.03.2023; Proc

- uri din care reies sumele la care face referire ofertantul. Fact

Ofertantul declară că, având în vedere că în cadrul contractului au fost realizate mai multe obiecte, acestea sunt parte integrantă a sistemului de termoficare centralizat, formând un singur obiect cu o funcționalitate independentă și ținând cont de Instrucțiunea Nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice Art.13 alin. (3): *„În cazul contractelor de servicii/lucrări, comisia de evaluare are obligația ca, odată ce a fost prezentat documentul care confirmă recepționarea respectivelor servicii/ lucrări în perioada de referință, să ia în calcul toată valoarea/cantitatea care face obiectul respectivului document, în condițiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil/obiect de construcție cu funcționalitate independentă, fără a se elimina din calcul, în mod artificial, valori/cantități de servicii/lucrări aferente lunilor/anilor ce nu se încadrează în intervalul de timp urmărit”,* se consideră că valoarea lucrărilor executate și declarate de Ofertantul Asociat ... este de 48.982.042,48 lei.

Comisia de evaluare a constatat că ofertantul a transmis experiența similară pentru ..., societate care nu are nicio calitate în această procedură.

Având în vedere că ofertantul nu a transmis documentele conform solicitării de clarificări pentru terțul ... în vederea evaluării și a constatării necesității schimbării terțului de către comisia de evaluare, pentru care ar fi fost necesar DUAЕ cu documentele aferente, respectiv Angajament Terț susținător al capacității tehnice și/sau profesionale împreună cu Declarația privind experiența similară împreună cu descrierea modului concret de mobilizare a resurselor tehnice (lista utilaje) și umane (lista personal) conform cerințelor din fișa de date, răspunsul este neconcludent.

Ofertantul a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări, transmițând alte documente față de cele solicitate.

În condițiile în care ar fi trimis documentele solicitate pentru terțul susținător ... participant la procedură, comisia de evaluare ar fi constatat necesitatea schimbării terțului susținător și aplica prevederile Articolului 197 din Legea 99/2016, respectiv:

„(1) Entitatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180. (2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terțiinsusținător/susținători, fără ca

acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)."

Referitor la nesocotirea dispozițiilor legale privind achizițiile publice, comisia de evaluare nu a făcut altceva decât să respecte Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b). Din punctul de vedere al entității contractante, ofertantul nu a făcut altceva decât să sară o etapă, aceea de a aștepta solicitarea comisiei de evaluare de schimbare a terțului susținător și transmiterea integrală a documentelor solicitate prin documentația de atribuire, pentru noul terț susținător.

Ofertantul nu poate transmite documente pentru un operator economic care nu are nici o calitate în procedură (doar referitoare la experiența similară), fără să se solicite aceste documente.

Maniera în care ofertantul a dorit să schimbe terțul susținător doar pentru experiența similară este în afara legii achizițiilor publice și entitatea contractantă a aplicat considerentele din cadrul Deciziei

Referitor la faptul că documentele pentru terțul susținător erau transmise, entitatea contractantă menționează că în conformitate cu Decizia Curții de Apel, comisia de evaluare a solicitat ofertantului să indice atât valoarea lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante, conform normelor naționale și unionale menționate. În stabilirea lucrărilor cele mai importante, criteriul valoric al lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani este determinant. Două contracte conțin și lucrări ce nu pot fi luate în considerare, precum reabilitare stații de epurare, potrivit răspunsului consolidat 1 nr. 4202/14.06.2022 - pct. 37. Curtea de Apel a pus în vedere entității contractante, prin comisia de evaluare, să ceară clarificări în acest sens, urmând să se pronunțe în raport de documentele suport depuse de ofertant.

Urmare celor antemenționate, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, deoarece contestatorul nu a transmis documentele solicitate de către entitatea contractantă, în urma aplicării Deciziei ..., precum și finalizarea procedurii de atribuire a contractului sectorial de lucrări în cauză.

..., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de operator economic participant în asociere la procedura de atribuire prin licitație deschisă a contractului de execuție lucrări referitor la *„CL 3: Reabilitare conductă de aducțiune Bistrița Lechința si extindere alimentare cu apă si canalizare în comunele Lechința, Miceștii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie si Budești”* - *„Lot 2: Extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Miceștii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești”*, inițiată prin publicarea anunțului de participare ..., reprezentată convențional prin ..., unde solicită comunicarea tuturor actelor de procedură efectuate în prezenta cauză, a formulat „Cerere de intervenție voluntară” prin care solicită:

- iii. în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, încuviințarea în principiu a cererii de intervenție și, subsecvent,
- iv. respingerea ca nefondată a contestației formulată de ... SRL.

I. SUMAR AL EXPUNERII

Asocierea ... a primit o solicitare de clarificări cu privire la indicarea unor informații concrete legate de un contract declarat ca referință în DUAЕ. Asocierea ... nu a contestat această solicitare de clarificări, dar nu a răspuns la cerințele autorității. Oferta Asocierii ... este, evident, inacceptabilă.

I. SITUAȚIA DE FAPT

1. La data de 20.05.2022, entitatea contractantă a publicat anunțul de participare nr. ... cu privire la procedura de atribuire prin licitație deschisă a contractului de lucrări „Reabilitare conducta de aducțiune Bistrița Lechința și extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Miceștii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești”.

2. Potrivit art. II.2) din fisa de date a achiziției, procedura de atribuire este organizată pe loturi, având următoarele obiecte:

i) „Lot 1: reabilitare conductă de aducțiune Bistrița Lechința”;

ii) „Lot 2: extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Miceștii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești.”;

3. În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, valoarea estimată fără TVA privind lucrările prevăzute pentru Lotul nr. 2 este de 94.697.360,00 RON.

4. În privința Lotului nr. 2, entitatea contractantă ... a emis un prim rezultat al procedurii de atribuire care a fost contestat în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

5. În soluționarea contestațiilor, Consiliul a emis Decizia nr. ... - această decizie a fost desființată prin Hotărârea intermediară nr. 3/22.03.2023 a Curții de Apel Cluj.

6. Subsecvent, în soluționarea pe fond a contestațiilor formulate în privința Lotului nr. 2, Curtea de Apel Cluj a emis Decizia civilă nr. ..., prin care a obligat ... la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul Lotului nr. 2 conform considerentelor hotărârii.

7. La data de 19.07.2023, ... a comunicat Raportul procedurii de atribuire nr. 15761/18.07.2023, prin care - în privința Lotului nr. 2 - a declarat câștigătoare oferta Totodată, ... a respins ca inacceptabilă oferta asocierii, arătând în mod expres:

„Având în vedere că ofertantul nu a transmis documentele conform solicitării de clarificări pentru tertul ... în vederea evaluării și a constatării necesității schimbării tertului de către comisia de evaluare, pentru care ar fi fost necesar DUAЕ cu documentele aferente respectiv, Angajament Tert susținător al capacității tehnice și/sau profesionale împreună cu Declarația privind experiența similară împreună cu descrierea modului concret de mobilizare a resurselor tehnice (lista utilaje) și umane (lista personal) conform cerințelor din fișa de date, răspunsul este neconcludent.

Ofertantul a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări transmițând alte documente față de cele solicitate.”

8. Împotriva rezultatului procedurii din reevaluare a formulat contestație ... SRL - în aceste condiții, ... formulează prezenta cerere de intervenție voluntară, având interes în a evidenția caracterul nefondat al demersului contestatoarei.

II. ARGUMENTAȚIA ÎN DREPT

9. Cu titlu prealabil, intervenienta invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr.101/2016.

10. ... arată că este liderul asocierii declarată câștigătoare, având un evident interes legitim în apărarea deciziei legale de respingere ca inacceptabilă a ofertei

11. În privința fondului contestației, întreaga argumentație a ... SRL (concentrată în filele nr. 4-8 ale contestației) nu se raportează la raționamentul ... care a dus la respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale.

12. Așa după cum ... arată în repetate rânduri, oferta ... a fost respinsă ca inacceptabilă urmare a omisiunii acestuia de a răspunde la cerințele unei solicitări de clarificări ce i-a fost adresată:

„Având în vedere că ofertantul nu a transmis documentele conform solicitării de clarificări pentru terțul ... în vederea evaluării și a constatării necesității schimbării terțului de către comisia de evaluare, pentru care ar fi fost necesar DUAЕ cu documentele aferente respectiv, Angajament Terț susținător al capacității tehnice și/sau profesionale împreună cu Declarația privind experiența similară împreună cu descrierea modului concret de mobilizare a resurselor tehnice (lista utilaje) și umane (lista personal) conform cerințelor din fișa de date, răspunsul este neconcludent.

Ofertantul a răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări transmițând alte documente față de cele solicitate.”

13. În integralitatea sa, contestația ... susține, în diverse și repetate rânduri, că oferta sa nu ar fi putut fi respinsă câtă vreme ar dori să înlocuiască terțul susținător în temeiul art. 197 alin. (2) al Legii nr. 99/2016. Astfel, ... pare să argumenteze că ar beneficia o adevărată impunitate față de orice sancțiuni cu privire la conduita sa în cadrul procedurii, entitatea contractantă fiind cumva obligată să le ocolească până la schimbarea terțului susținător.

14. Această construcție juridică este greșită, lipsită de temei legal.

15. În realitate, art. 197 alin. (1) - (2) impune un proces în 2 etape:

„(1) Entitatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180.

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).”

16. Reglementarea legală de mai sus clarifică că solicitarea de înlocuire a terțului susținător nu poate fi adresată, așa cum crede ..., anterior unei verificări în detaliu a ofertei depuse de operatorul economic în discuție, în forma sa actuală. Această verificare a îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire constituie primul pas în evaluarea unei oferte care include susținerea

unui terț, iar această etapă nu poate fi pur și simplu eludată, așa cum dorește contestatoarea. Condiția nu este întâmplătoare, nici formală: în procesul de verificare a informațiilor furnizate de ofertant cu privire la terțul susținător inițial propus, entitatea contractantă are inter alia obligația de a investiga cauza pentru care oferta inițială nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, respectiv dacă a existat o inducere în eroare a entității contractante prin informațiile oferite inițial în DUAE de asociere.

17. Abia după ce (i) verificarea ofertei ar fi realizată, iar (ii) terțul susținător nu ar îndeplini, el personal, iar nu întreaga asociere, un criteriu relevant privind capacitatea or s-ar încadra într-un motiv de excludere, entitatea ar putea solicita înlocuirea terțului susținător, cu respectarea principiului tratamentului egal.

18. Altfel spus, înlocuirea terțului susținător în temeiul art. 197 alin. (2) al Legii nr. 99/2016 reprezintă o normă de excepție, de modificare a ofertei - pentru acest motiv, legiuitorul a permis incidența ei în anumite condiții stricte, care presupun întâi o verificare amănunțită a condițiilor în care oferta inițială a respectat documentația de atribuire.

19. Textul art. 197 alin. (2) al Legii nr. 99/2016 nu legiferează o formă de răzgândire, de dezicere a ofertantului de propria sa ofertă, la pura sa discreție.

20. Or, în prezenta speță, ... a refuzat să răspundă unei solicitări de clarificări exprese a ..., pe care nu a contestat-o/nici anulat-o.

21. Astfel:

a. Prin Decizia civilă nr. ..., Curtea de Apel Cluj a arătat că entitatea contractantă are obligația de a solicita clarificări ofertantului Asociera ... cu privire la 2 contracte din cele 3 declarate în îndeplinirea cerinței experienței similare din cadrul art. III.1.3.a) al FDA:

„În prezenta cauză, în justificarea îndeplinirii nivelului minim al experienței similare liderul de asociere ... a menționat în DUAE următoarele informații:

1) Contractul nr. 4809/21.11.2018, având Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor cu data de 23.06.2022; data de început a lucrărilor a avut loc la 25 septembrie 2019, iar data de sfârșit a acestora este la 23 iunie 2022; valoarea executată de ofertantul ... este de 8.244.034,01 RON (fără TVA). Obiectul contractului privește „extindere rețele de canalizare în localitățile Târlisua, Agrieș și Borleasca, comuna Târlisua” („Contractul nr. 1”);

2) Contractul nr. 293/12.11.2015, având Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 343406/09.10.2018; data de început a lucrărilor este la 12 februarie 2016, iar data de sfârșit a acestora este situată la 9 octombrie 2018; valoarea executată de ofertantul ... S.A. este de 48.982.042,48 RON. Obiectul contractului privește „reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice - etapa II” („Contractul nr. 2”);

3) Acordul contractual nr. 2180/13.06.2014, având Procesul verbal de recepție a lucrărilor nr. 1759/20.06.2018; data de început a lucrărilor este la

16 iunie 2014, iar data de sfârșit a acestora este situată la 20 iunie 2018; valoarea executată de terțul susținător ... a fost de 40.472.674,93 (fără TVA). Obiectul contractului privește „extindere infrastructura rețea distribuție 28 apă în orașele Buhusi și Moinești, extindere infrastructură canalizare orașul Dărmănești” („Contractul nr. 3”).

Este adevărat că în cazul Contractului nr. 2 și a Contractului nr. 3, invocate de Asocieria ..., executarea acestora se situează parțial în afara perioadei de referință impusă prin documentația de atribuire.

[...] În raport de toate aceste considerente, Curtea, pe temeiul art. 34 alin. 4 din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de ... în dosarul ... și, în consecință, va anula Raportul procedurii nr. 5414/21.10.2022, aprobat la 24.10.2022 în ceea ce privește oferta depusă de ... pentru Lotul nr. 2 și, consecutiv, va obliga entitatea contractantă la reevaluarea ofertei, sub aspectul experienței similare, conform considerentelor prezentei hotărâri.”

b. Prin solicitarea de clarificări nr. 1499/1.06.2023, ... a solicitat Asocierii ... să prezinte clarificări - conform Deciziei nr. ... - asupra modului în care Contractul nr. 2 și Contractul nr. 3, declarate în DUAЕ, respectă cerințele Fișei de date.

c. Prin răspunsul său nr. 1075/6.06.2023, Asocieria ... a refuzat să răspundă la solicitarea de clarificări cu privire la Contractul nr. 3 - Acordul contractual nr. 2180/13.06.2014, cu privire la „extindere infrastructura rețea distribuție 28 apă în orașele Buhusi și Moinești, extindere infrastructură canalizare orașul Dărmănești”, neoferind nicio informație dintre cele solicitate de entitatea contractantă.

Astfel după cum este lesne de verificat, Asocieria ... nu a arătat (i) ce perioadă din Contractul nr. 3 se include în perioada de referință stabilită de Decizia nr. ... a Curții de Apel Cluj, nici (ii) care este valoarea lucrărilor „ce nu pot fi luate în considerare, precum reabilitare stații de epurare, potrivit răspunsului consolidat 1 nr. 4202/14.06.2022”.

22. Acest aspect este elocvent pentru a atrage, fără a mai fi necesare alte comentarii, inacceptabilitatea ofertei ... - răspunsul neconcludent la o solicitare de clarificări necontestată atrage automat sancțiunea inacceptabilității ofertei.

23. Așa cum arată expres ... în rezultatul procedurii de atribuire, „Ofertantul a raspuns neconcludent la solicitarea de clarificari transmitand alte documente fata de cele solicitate.”

24. Sancțiunea inacceptabilității pentru omisiunea de a răspunde unei solicitări de clarificări necontestate este impusă expres de prevederile art. 140 alin. (4) al H.G. nr. 394/2016: „În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”

25. Asocierea ... nu a contestat solicitarea de clarificare nr. 1075/6.06.2023 a ..., care și-a consolidat forța obligatorie. Așa fiind, nici ..., nici vreo altă entitate nu poate face abstracție de rigorile conținutului al respectivei solicitări:

a. Odată emisă solicitarea de clarificare, entitatea contractantă nu mai poate susține că ea nu ar fi obligatorie pentru ofertant (patere regulam quam ipse fecisti).

b. Odată ce a luat decizia de a nu contesta solicitarea de clarificare, ... avea obligația de a oferi informațiile solicitate sub sancțiunea inacceptabilității.

26. Or, tot ceea ce a făcut ... a fost să argumenteze că nu ar avea de ce să răspundă la orice solicitare privind Contractul nr. 3, dar în schimb va depune, nesolicitat, documente privind o entitate străină de procedură.

27. Obligativitatea respingerii ca inacceptabilă a ofertei unui participant care nu a răspuns unei solicitări de clarificări necontestate este reținută de numeroase decizii ale Curților de apel:

a. *„Aceste critici formulate de contestatoare nu pot fi primite, din analiza considerentelor deciziei atacate reieșind că instanța a analizat motivul invocat în susținerea plângerii, pe care l-a înlăturat, reținând că solicitarea de clarificări nu a fost contestată în termen legal.*

Implicit, instanța a răspuns prin aceasta argumentelor amplu dezvoltate de Asociere, apreciind că lipsa unui răspuns în termen la solicitarea de clarificări atrage neconformitatea ofertei, independent de orice alte aspecte, atâta timp cât solicitarea de clarificări nu a fost contestată în condițiile legii” (Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 2319/27.05.2013)

b. *„În acest context, faptul că Asocierea ... a ales să nu răspundă în parte concludent solicitării de clarificări formulate de autoritatea contractantă presupune o conduită asumată unilateral de ofertantul menționat, lipsită însă de opozabilitate față de autoritatea contractantă, căreia nu îi poate fi imputat că a continuat procedura de achiziție publică în limitele permise de lege. [...] Un răspuns prin care ofertantul contestă solicitarea autorității de clarificări, fără a oferi un răspuns concret acestora, este evident că nu se încadrează în sensul avut în vedere de legiuitor la art. 201 din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 79 din H.G. nr. 925/2006. Pentru a se conforma obligației ce îi incumbă, ofertantul nu este îndreptățit să ofere orice răspuns solicitării de clarificări venite de la autoritatea contractantă, ci un răspuns concludent aspectului de lămurit.”* (Curtea de Apel București, Decizia civilă nr. 5235/22.11.2013)

c. *„Prin adresa nr. 1769/23.04.2019, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei sa precizeze unde poate fi identificat planul privind măsurile de supraveghere a lucrărilor în perioada de garanție acordată, cu precizarea modalităților, termenului de intervenție și a duratelor de remediere a potențialelor defecțiuni datorate viciilor de execuție, a resurselor financiare, materiale, mecanice și de personal alocate pentru punerea în aplicare a planului în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.*

această solicitare de clarificări nu a fost contestată în cadrul termenului legal, astfel că s-a născut obligația ofertantului de a răspunde

întocmai solicitării autorității contractante” (Curtea de Apel Craiova, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 1737/30.07.2019).

28. Totodată, faptul că posibilitatea înlocuirii unui terț susținător este subordonată de legiuitor condiției-premisă că autoritatea să evalueze întâi susținerea terțului inițial nu este întâmplător. În procesul de verificare a informațiilor furnizate de ofertant cu privire la terțul susținător propus, ... avea obligația de a investiga cauza pentru care oferta inițială a Asocierii ... nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, respectiv dacă a existat o inducere în eroare a entității contractante prin informațiile oferite inițial în DUAЕ de asociere.

29. ... nu putea evada pur și simplu din această investigație, pretinzând că ce a declarat în DUAЕ nu mai contează, câtă vreme e disponibilă să înlocuiască terțul - dimpotrivă, se impunea a verifica dacă informațiile din DUAЕ concordă sau nu cu realitatea efectivă, pentru a se sesiza dacă asocierea ... (nu doar terțul susținător) s-a făcut vinovată de „declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție” (art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016), raportat la cele declarate inițial în DUAЕ de Asocierea Dacă declarațiile inițiale din DUAЕ erau nereale, ... ar fi trebuit pronunțe față de această asociere sancțiunea excluderii prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

30. Prin urmare, încercând nelegal să ocolească solicitarea de clarificări ce i-a fost adresată cu privire la Contractul nr. 3, Asocierea ... nu putea sări direct la etapa a doua a procesului de verificare impus de art. 197 alin. (2) al Legii nr. 99/2016.

31. Mai departe, ... citează repetat forța obligatorie a Deciziei nr. Însă tocmai această hotărâre judecătorească îi impune, la rândul ei, obligația de a oferi clarificări cu privire la Contractul nr. 3 - Acordul contractual nr. 2180/13.06.2014, cu privire la „extindere infrastructura rețea distribuție 28 apă în orașele Buhuși și Moinești, extindere infrastructură canalizare orașul Dărmănești”:

„Este adevărat că în cazul Contractului nr. 2 și a Contractului nr. 3, invocate de Asocierea ..., executarea acestora se situează parțial în afara perioadei de referință impusă prin documentația de atribuire. [...]

De asemenea, lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor.

Cu toate acestea, oferta Asocierii ... nu poate fi exclusă, de plano, ca inacceptabilă, în cadrul procedurii de reevaluare comisia de evaluare fiind ținută de următoarele coordonate de aplicare a dispozițiilor legale:

În primul rând, esențial este ca ofertantul să dovedească că lucrările au fost duse la bun sfârșit în perioada solicitată, respectiv în ultimii 5 ani [...].”

32. Abia după ce aceste clarificări ar fi fost oferite și ... putea realiza verificarea informațiilor cuprinse inițial în DUAЕ (respectiv, eventual lor

caracter nereal), putea entitatea să treacă în etapa a II-a prevăzută de art. 197 al Legii nr. 99/2016, condiționat de respectarea principiului tratamentului egal și de existența unei solicitări exprese a ...: *„De menționat că Asocierea ... a invocat susținerea terțului ... în ceea ce privește experiența similară, astfel încât, dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, entitatea contractantă va solicita, conform art. 197 alin. (2) din Legea nr.99/2016, o singură dată, ca ofertantul să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal.”*

33. Citatul amintit al Curții de Apel Cluj, de fapt o simplă reiterare a textului legal, nu dădea nicidecum dreptul ... să refuze să răspundă la solicitarea de clarificări privind informațiile inițial declarate cu privire la Contractului nr. 3, prin elucidarea (i) perioadei reale din Contractul nr. 3 ce se include în perioada de referință stabilită de Decizia nr. ... a Curții de Apel Cluj, respectiv a (ii) valorii lucrărilor *„ce nu pot fi luate în considerare, precum reabilitare stații de epurare, potrivit răspunsului consolidat 1 nr. 4202/14.06.2022”*.

34. Este absurd a se pretinde că ceea ce Decizia Curții de Apel Cluj a cerut expres - clarificarea celor 2 aspecte de mai sus cu privire la Contractul nr. 3 - ar putea fi refuzat expres tocmai prin invocarea Deciziei Curții de Apel Cluj.

35. Așa fiind, după cum corect arată și ... în punctul său de vedere, legea prevede o sancțiune fără excepții pentru răspunsul neconcludent la o solicitare de clarificări ce nu a fost contestată: inacceptabilitatea ofertei. Drept urmare, oferta ... a fost corect respinsă ca inacceptabilă.

36. De altfel, inclusiv modalitatea în care Asocierea ... a răspuns solicitării de clarificări a ... în privința Contractului nr. 2 este la rândul ei neconcludentă:

a. ... a solicitat, conform Deciziei nr. ..., ca Asocierea ... să facă dovada lucrărilor efectiv executate în perioada 18.07.2017 - 18.07.2022. ... nu a răspuns nici acestei solicitări, referindu-se în schimb la valoarea lucrărilor facturate („decontate”) în această perioadă. Însă depunerea unor facturi emise în această perioadă nu înseamnă nicidecum că lucrările au fost realizate în același interval.

b. La fel, ... a citat pur și simplu afirmațiile unui alt ofertant din asociere, ..., fără a depune vreo dovadă/referință din partea autorității contractante din respectivul contract cu privire la valoarea lucrărilor executate în perioada 18.07.2017 - 18.07.2022. Curtea de Apel Cluj arătase:

„Într-adevăr, lucrările aferente Contractului nr. 2 au fost derulate în perioada 12 februarie 2016 (data de început a lucrărilor) - 9 octombrie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor). Așa cum a fost observat intimata ..., lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 14 luni și 21 de zile, dintr-un total de aproape 32 de luni, aproximativ 46% din totalul lucrărilor.”

Or acum, ... pretinde că - într-o perioadă de referință ce reprezintă 46% din intervalul temporal al lucrărilor din Contractul nr. 2 - ar fi realizat nici mai mult, nici mai puțin de 86,77% din valoarea lucrărilor. Evident, lipsind o

confirmare obiectivă din partea autorității din respectivul contract (Municipiul Oradea), simplele afirmații ale ofertantului nu pot constitui un răspuns concludent.

În drept, intervenienta invocă art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101 /2016, precum și celelalte dispoziții legale la care a făcut referire pe parcursului prezentei cereri de intervenție.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 46259/24.08.2023, contestatorul a transmis „CONCLUZII SCRISE” prin care sintetizează argumentele invocate în cuprinsul contestației și combate punctual apărările entității contractante din punctul de vedere exprimat precum și argumentele din cererea de intervenție formulată de către

Contestatorul arată că susținerile părților adverse procedural nu sunt de natură a infirma faptul că oferta Asocierii trebuia menținută în competiție, pentru motivele arătate în contestație.

Cu titlu preliminar, se arată că motivul respingerii ofertei, astfel cum acesta a fost menționat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, a fost exclusiv pretinsul caracter neconcludent al răspunsului la solicitarea de clarificări, respectiv lipsa prezentării documentelor pentru terțul susținător

În acest context, sunt inadmisibile criticile formulate pe calea intervenției accesorii prin care se încearcă o suplimentare a motivării deciziei de respingere a ofertei, cu nesocotirea evidentă a dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 conform cărora Consiliul analizează din punct de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat, astfel cum acesta a fost motivat de entitatea contractantă emitentă.

Se constată de asemenea, că atât intervenienta cât și entitatea contractantă ignoră conținutul real al solicitării de clarificări nr. 1499/01.06.2023 emisă de Astfel, nu s-a solicitat în mod precis și explicit prezentarea de documente suplimentare față de conținutul ofertei, neexistând nicio cerere expresă de depunere de documente aferente contractului executat de terțul susținător ..., înscrisuri care, de altfel, erau în posesia comisiei de evaluare.

Astfel, pe lângă faptul că nu au fost solicitate în mod nemijlocit cu respectarea exigențelor impuse de art. 140 alin. (3) din HG nr. 394/2016 documente suplimentare, comisia de evaluare a deținut toate informațiile necesare constatării nerespectării cerinței privind experiența similară de către terțul susținător ..., documentele relevante fiind în posesia entității contractante încă din etapa evaluării inițiale: DUAE, Angajament de susținere emis de ..., Declarație privind experiența similară, Acord contractual nr. 2180/13.06.2014, Acord de asociere nr. 602/26.02.2013 și Act adițional nr. 1, Proces-verbal de recepție nr. 1759/20.06.2018.

Atât ..., cât și intervenienta, denaturează conținutul imprecis al cererii de clarificări și, cu încălcarea principiilor transparenței și proporționalității, susțin că răspunsul furnizat de ... ar fi fost neconcludent. Or, concludența răspunsului la solicitările entității contractante se raportează strict la întrebările/cererile formulate entitatea contractantă, cereri care ar fi trebuit să aibă un caracter precis, complet și explicit.

Prin urmare, în lipsa unei cereri exprese din partea comisiei de evaluare, nu poate fi sancționată societatea pe motiv că nu ar fi răspuns concludent la o solicitare care nu i-a fost adresată.

În acest context, contrar afirmațiilor intervenientei, nu poate fi invocată lipsa contestării solicitării de clarificări. Formularea contestației reprezintă exercițiul unui drept conferit de lege iar nu o obligație a operatorului economic.

Culpa pentru modalitatea imprecisă/incompletă de formulare a unei solicitări de clarificări nu trebuie să fie transferată ofertantului care răspunde strict la întrebările/cererile adresate de către comisia de evaluare, care trebuie să analizeze răspunsurile strict prin raportare la conținutul respectivelor întrebări/cereri. Este evident că nu poate produce efectul juridic al respingerii ofertei o solicitare de clarificare echivocă care nu exprimă în mod clar, precis și complet ce documente/informații trebuie să prezinte ofertantul. În speță, decizia de respingere a ofertei ar fi putut fi adoptată numai în situația în care entitatea contractantă nu ar fi deținut și ar fi solicitat expres documentele aferente contractului executat de terțul susținător iar societatea ... ar fi refuzat depunerea respectivelor documente.

În ceea ce privește obiectul contractelor invocate cu titlu de experiență similară, se constată că în adresa nr. 1499/01.06.2023, ... nu formulează nicio solicitare expresă, ci se limitează să precizeze următoarele aspecte:

„[...] Curtea a pus pus în vedere entității contractante prin comisia de evaluare să ceară clarificări în acest sens, urmând să se pronunțe în raport de documentele suport depuse de ofertant”.

Prin urmare, contrar afirmațiilor societății interveniente, nu poate fi invocat caracterul neconcludent al răspunsului la solicitarea de clarificări din perspectiva similarității lucrărilor, din moment ce nu a fost adrestă o solicitare expresă, clară și precisă cu privire la informațiile/documentele care ar fi trebuit prezentate.

Oricum, acest aspect nu a reprezentat un motiv de respingere a ofertei ..., decizia comisiei de evaluare fiind bazată (conform comunicării rezultatului procedurii de atribuire) exclusiv pe lipsa prezentării documentelor aferente contractului derulat de terțul susținător.

În acest context, este evident disproporționată decizia ... de a considera ca fiind neconcludent răspunsul la solicitarea de clarificări care viza aceleași documente pe care le deținea comisia de evaluare și care erau relevante și suficiente pentru a verifica dacă lucrările executate de terțul susținător corespunde cerințelor din documentația de atribuire privind experiența similară.

De altfel, Curtea de Apel Cluj a reținut cu autoritate de lucru judecat la pag. 28 a Hotărârii finale nr. ... că lucrările care au făcut obiectul contractului îndeplinit de terțul susținător ... au fost executate în perioada de referință într-un procent de 22% din totalul lucrărilor. O astfel de constatare definitivă a instanței de judecată determină evidenta inutilitate a unei noi analize din partea ... cu privire la valoarea lucrărilor care ar putea fi luate în considerare cu titlu de experiență similară, nefiind necesare documente suplimentare (care, de altfel, nici nu au fost solicitate în mod expres).

Prin urmare, este evidentă încălcarea autorității de lucru judecat a Hotărârii finale nr. ... pronunțată de Curtea de Apel Cluj prin care s-a constatat valoarea lucrărilor executate de terțul susținător ... care pot fi considerate ca fiind similare.

În virtutea acestei constatări definitive, contestatorul a apreciat ca nefiind îndeplinită cerința de calificare privind experiența similară de către ..., motiv pentru care și-a exprimat disponibilitatea de a înlocui terțul susținător la solicitarea expresă a entității contractante.

În acest context, este evidentă nesocotirea dispozițiilor legale privind achizițiile publice care permit înlocuirea terțului susținător, respectiv considerentele Deciziei nr. ..., care a obligat entitatea contractantă la solicitarea înlocuirii terțului susținător.

Astfel, în baza documentelor aferente contractului executat de ..., înscrisuri pe care le deținea deja ... și în lumina considerentelor obligatorii ale hotărârii instanței, comisia de evaluare avea la dispoziție toate informațiile necesare pentru a constata că terțul susținător nu îndeplinește cerința privind experiența similară, constatare care trebuia să determine aplicarea dispozițiilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, astfel cum ofertantul a solicitat în mod explicit prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Raportat la motivarea Deciziei nr. ..., contestatorul a precizat în mod expres ca nefiind demonstrată experiența similară a terțului susținător ... la nivelul valoric declarat prin DUAE, neîndeplinire care trebuia constatată de către comisia de evaluare fără necesitatea prezentării unor documente sau informații suplimentare.

În acest context al neîndeplinirii vădite a cerinței de calificare privind experiența similară, ofertantul a adus la cunoștința comisiei de evaluare că, la solicitarea expresă a entității contractante, exprimată în temeiul art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, își manifestă disponibilitatea de a înlocui terțul susținător

Contrar afirmațiilor intervenientei, acest demers nu a fost de natură a nesocoti scopul reglementării și nici de substituie în atribuțiile comisiei de evaluare. Manifestarea intenției de schimbare a terțului susținător de către ofertant nu echivalează cu înlocuirea efectivă a acestuia.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul a învederat comisiei de evaluare considerentele deciziei judiciare, a evocat dispozițiile legale incidente și a confirmat disponibilitatea de a da curs unei solicitări de înlocuire a terțului susținător, cerere care trebuia formulată de către entitatea contractantă în temeiul hotărârii Curții de Apel Cluj și al prevederilor legale anterior citate.

Or, în loc să constate incidența dispozițiilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 și să le pună în aplicare, ... a adoptat o măsură disproporționată, bazată pe pretinsa lipsă a unor documente pe care le deținea.

Contestatorul reiterează argumentul conform căruia în cauză nu poate fi invocat un refuz de a răspunde la solicitarea de clarificări, fiind prezentate documente aferente Contractului nr. 293118 din 12.11.2015 având ca obiect „Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și

creșterii eficienței energetice - etapa II”, îndeplinit de asociatul Spre deosebire de contractul executat de ... pentru care au fost depuse documente relevante în etapa inițială a evaluării, înscrisurile aferente contractului executat de către ... nu au fost disponibile comisiei de evaluare justificat de faptul că nu au fost solicitate anterior.

În considerarea conținutului ofertei inițiale, contestatorul a prezentat documentele și informațiile care nu se aflau în posesia comisiei de valoare și s-a conformat întocmai singurei solicitări concrete formulate de ...: *„Comisia de evaluare vă solicită să indicați atât valoarea lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante, conform normelor naționale și unionale antereferite”*.

În aceste condiții în care a prezentat informațiile și documentele care nu se regăseau deja în ofertă și din care a rezultat valoarea lucrărilor executate în ultimii 5 ani, este evident nelegală decizia de eliminare din competiție a ofertei cu încălcarea principiului proporționalității și a jurisprudenței evocată în contestație.

Se arată că ... a fost în măsură să evalueze din punct de vedere valoric contractele executate în perioada de referință de ... SRL, respectiv de asociatul Aceeași analiză era posibilă și cu privire la contractul îndeplinit de terțul susținător dacă entitatea contractantă nu ar fi ignorat că deține deja toate documentele relevante și că instanța a stabilit definitiv procentul de lucrări care puteau fi considerate ca fiind similare. Se constată însă o evidentă lipsă de rigoare în activitatea comisiei de evaluare care, deși a beneficiat de toate informațiile necesare, a ignorat conținutul ofertei și, în mod strict formal, a invocat lipsa unor documente pe care le deținea și pe care nici nu le-a solicitat în mod explicit, cu respectarea principiului transparenței.

Pentru toate aceste considerente, detaliate în cuprinsul contestației, contestatorul reiterează cererea de anulare a actelor criticate și de obligare a entității contractante la reevaluarea ofertei sale prin aplicarea regulilor stabilite în legislația incidentă, respectiv prin aplicarea Deciziei nr.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 48568/05.09.2023, intervenientul ... a transmis „Concluzii scrise” prin care solicită respingerea ca nefondată a contestației pentru următoarele motive:

1. Situația din prezenta speță este simplă: Asocierea ... a primit o solicitare de clarificări cu privire la indicarea unor informații concrete legate de un contract declarat ca referință în DUAЕ. Asocierea ... nu a contestat această solicitare de clarificări, dar nu a răspuns la cerințele autorității. Deci, oferta Asocierii ... este, evident, inacceptabilă.

2. Prin intermediul concluziilor scrise, ... încearcă acum să pretindă că nu ar fi avut de fapt obligația de a răspunde la solicitarea de clarificări, întrucât entitatea contractantă „ar fi ignorat că deține deja toate documentele relevante și că instanța a stabilit definitiv procentul de lucrări care puteau fi considerate ca fiind similare.”

3. O astfel de apărare este, desigur, complet nefondată, dar ea este o bună expresie a penuriei de argumente de care ... dispune pentru a ocoli o inacceptabilitate evidentă.

4. În realitate, este complet nereal a pretinde că Decizia civilă nr. ... a Curții de Apel Cluj ar fi stabilit definitiv care era valoarea lucrărilor din Acordul contractual nr. 2180/13.06.2014 - „extindere infrastructura rețea distribuție 28 apă în orașele Buhuși și Moinești, extindere

infrastructură canalizare orașul Dărmănești" („Contractul nr. 3"). Aceasta rezultă din simpla lectură a considerentelor Deciziei:

„Este adevărat că în cazul Contractului nr. 2 și a Contractului nr. 3, invocate de Asocieria ..., executarea acestora se situează parțial în afara perioadei de referință impusă prin documentația de atribuire. [...]

De asemenea, lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor.

Cu toate acestea, oferta Asocierii ... nu poate fi exclusă, de plano, ca inacceptabilă, în cadrul procedurii de reevaluare comisia de evaluare fiind ținută de următoarele coordonate de aplicare a dispozițiilor legale:

În primul rând, esențial este ca ofertantul să dovedească că lucrările au fost duse la bun sfârșit în perioada solicitată, respectiv în ultimii 5 ani, ceea ce nu exclude, așa cum rezultă din documentația de atribuire, și lucrările executate înainte de perioada solicitată prin fișa de date, cu condiția îndeplinirii cerințelor cumulative de la art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017. [...]

În acest sens, în analiza îndeplinirii acestei condiții comisia de evaluare va solicita clarificări ofertantului, urmând ca acesta să indice atât valoarea lucrărilor similar executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante, conform normelor naționale și unionale antereferite. Rezultă că în stabilirea lucrărilor cele mai importante conform căreia două contracte conțin și lucrări ce nu pot fi luate în considerare, precum reabilitare stații de epurare, potrivit răspunsului consolidat 1 nr.4202/14.06.2022 - pct.37, în lipsa altor elemente de la dosar, Curtea va pune în vedere entității contractante prin comisia de evaluare să ceară clarificări ofertantului în acest sens, urmând să se pronunțe în raport de documentele suport depuse de ofertant."

5. Așadar, (i) Curtea de Apel Cluj îi pune în vedere ... să ceară ... „să indice atât valoarea lucrărilor similar executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante, conform normelor naționale și unionale antereferite" pentru Contractul nr. 3, „urmând să se pronunțe în raport de documentele suport depuse de ofertant", iar (ii) ... explică că nu avea nicio obligație de a da clarificări și documente suplimentare pentru Contractul nr. 3.

6. Dimpotrivă, întreaga operațiune de reevaluare avea la bază depunerea de documente suport de către ... - „Curtea va pune în vedere entității contractante prin comisia de evaluare să ceară clarificări ofertantului în acest sens, urmând să se pronunțe în raport de documentele suport depuse de ofertant."

7. Refuzul ... de a depune aceste documente implică neîndeplinirea directă a cerinței de reevaluare impusă de Decizia nr. ..., și aplicată întocmai de ... prin solicitarea de clarificări nr. 1499/1.06.2023.

8. Contrar spuselor ..., Curtea de Apel Cluj nu a stabilit nicidecum „definitiv procentul de lucrări care puteau fi considerate ca fiind similare” – o astfel de afirmație dovedește un refuz de citire al Deciziei nr. Ceea ce a spus această hotărâre este că tocmai pentru că este neclar care lucrări din cele aferente Contractului nr. 3 ar putea fi incluse în valoarea experienței similare, „comisia de evaluare va solicita clarificări ofertantului, urmând ca acesta să indice atât valoarea lucrărilor similar executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante, conform normelor naționale și unionale antereferite.”

9. Or, câtă vreme (i) aceste clarificări au fost solicitate în legătură cu Contractul nr. 3, iar (ii) ... nu a răspuns la ele, este evident că incidentă este sancțiunea inacceptabilității prevăzută de prevederile art. 140 alin. (4) al H.G. nr. 394/2016.

10. La fel, simplă lectură a Deciziei Curții de Apel Cluj infirmă și apărarea ... în sensul că documentele deja depuse inițial ar fi fost suficiente pentru a stabili întinderea lucrărilor din Contractul nr. 3 ce pot intra în calculul experienței similare. Dimpotrivă, Decizia nr. ... a stabilit că documentele deja existente la momentul admiterii plângerii împotriva ... nu erau suficiente pentru clarificarea întinderii valorii lucrărilor aferente Contractului nr. 3 ce puteau fi incluse în calculul experienței similare: „Cu toate acestea, oferta Asocierii ... nu poate fi exclusă, de plano, ca inacceptabilă, în cadrul procedurii de reevaluare comisia de evaluare fiind ținută de următoarele coordonate de aplicare a dispozițiilor legale:

[...] În acest sens, în analiza îndeplinirii acestei condiții comisia de evaluare va solicita clarificări ofertantului, urmând ca acesta să indice atât valoarea lucrărilor similar executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante , conform normelor naționale și unionale antereferite.”

11. Prin urmare, susținerea ... că „o astfel de constatare definitivă a instanței de judecată determină evidenta inutilitate a unei noi analize din partea ... cu privire la valoarea lucrărilor care ar putea fi luate în considerare cu titlu de experiență similară, nefiind necesare documente suplimentare” este de-a dreptul inversă celor stabilite de Curtea de Apel Cluj – Decizia Curții nu a tranșat valoarea experienței similare pentru Contractul nr. 3, ci a obligat la transmiterea de informații și documente suplimentare pentru clarificarea acesteia (exact ce a refuzat ... să facă).

12. Mai departe, ... susține că nu i-a fost adresată „o solicitare expresă, clară și precisă cu privire la informațiile/documentele care ar fi trebuit prezentate.”

13. Susținerea este în primul rând inadmisibilă. Dacă ar fi considerat conținutul solicitării de clarificări ca încălcând rigorile art. 140 alin. (3) al H.G. nr. 394/2016 – „Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.”, ... ar fi

trebuit să formuleze contestație împotriva acesteia. Câtă vreme nu a contestat această solicitare de clarificare, ... nu mai poate formula critici prin care ar argumenta pretinsa (și inexistentă) ei neclaritate.

14. În al doilea rând, susținerea este absurdă. Prin solicitarea de clarificare nr. 1499/1.06.2023 ... a indicat exact considerentele Deciziei nr. 560/2023 a Curții de Apel București care indicau în concret informațiile și documentele suplimentare ce trebuie furnizate de către ..., însoțindu-le de solicitarea de la a prezenta („față de aspectele arătate mai sus urmează să ne comunicați clarificările d-voastră până la data de 6.06.2023”).

15. A susține că solicitarea de clarificare prin care sunt cerute „valoarea lucrărilor similar executate în ultimii 5 ani, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru lucrările cele mai importante, conform normelor naționale și unionale antereferte” este neclară este echivalent cu a susține că o hotărâre judecătorească definitivă este neclară.

16. Mai mult, ... a înțeles foarte bine conținutul solicitării de clarificări, câtă vreme a depus informațiile și documentele suport solicitate pentru Contractul nr. 2. Așadar, pentru Contractul nr. 2, în viziunea ..., solicitarea de clarificări era clară... însă pentru Contractul nr. 3 ea a devenit neclară.

17. În realitate, după cum o arată o constantă practică recentă a Curții de Apel Cluj, ofertantul care nu răspunde în mod concludent și complet la o solicitare de clarificare necontestată este inacceptabil:

a. Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 93/26.01.2022:

„Contrar celor susținute de Consiliu în cadrul deciziei, Curtea constată că, deși nelimitat numărul solicitărilor de clarificare de către legiuitor, totuși acesta limitează numărul de solicitări de clarificări pe aceeași temă, în condițiile în care dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 prevăd că, în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă [...]

Or, astfel cum s-a reținut mai sus, ofertantul nu a transmis în termenul precizat de comisa de evaluare toate clarificările/completările solicitate, astfel încât este evident că autoritatea contractantă era ținută să facă aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (5), neexistând în legislație noțiunea de <<parțial neconcludent>> care să permită autorității contractante să revină cu o solicitare de clarificări identică.

În consecință, pentru toate considerentele expuse anterior, Curtea constată că, revenind cu solicitări de clarificări, în condițiile în care primele au fost clar formulate, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 și ale art. 209 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, creînd un avantaj în favoarea intimatei SC ... SRL, din această perspectivă soluția Consiliului fiind nelegală”.

b. Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 27/13.01.2022:

„Or, nu se contestă faptul că SC ... SRL, la solicitarea autorității contractante de a prezenta atestatul RTE pentru dl. ..., a transmis un alt document, respectiv autorizația RTE, prin urmare comisia de evaluare era ținută să facă aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 (aplicate, de altfel, în situația SC ... SRL) și să respingă ca inacceptabilă oferta SC ... SRL. Revenind cu o solicitare de clarificări în același sens cu prima, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile legale anterior enunțate.

În plus, astfel cum corect a reținut și Consiliul, potrivit dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, astfel că, alegând să nu dea eficiență dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și să revină cu o solicitare de clarificări, evident că autoritatea contractantă a creat un avantaj ofertantei SC ... SRL, în contextul în care, în privința SC ... SRL nu a procedat în aceeași manieră.

Susținerea petentei în sensul că, în lipsa unui atestat RTE era imposibilă eliberarea unei legitimații RTE, astfel încât autoritatea contractantă, văzând că este o eroare evidentă și vrând să înlăture un formalism excesiv în mod legal a revenit cu solicitarea de a depune atestatul RTE nu pot fi reținute în susținerea plângerii.

Astfel, dispozițiile art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016 sunt clare, nelăsând loc la interpretări, în sensul în care dispun obligarea comisiei de evaluare de a respinge ca inacceptabilă oferta, în situația în care ofertantul nu transmite în termenul precizat clarificările/completările solicitate. În situația în care ofertantul aprecia că aceste clarificări nu sunt necesare, legitimația RTE fiind emisă în baza atestatului RTE, putea contesta solicitarea de clarificări transmisă, ceea ce nu s-a întâmplat în cauză”.

c. Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 3253/04.06.2018:

„Cu privire la cea de a doua critică admisă de CNSC, Curtea reține că în mod legal s-a reținut de către CNSC incidența prevederilor art. 134 alin.5 din H.G. nr.395/2016 potrivit cărora în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei, potrivit art. 209 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, iar ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările transmise sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta va fi considerată inacceptabilă.

Or, conform procesului-verbal nr. 3640/5.02.2018 răspunsul transmis de către ... desemnată câștigătoare pentru întrebările 3, 4 și 5 a fost considerat de către comisie ca nefiind concludent.

În această situație, Curtea reține că, urmare primului răspuns la clarificări, considerat neconcludent de către însăși comisia de evaluare , aceasta avea obligația de a face aplicarea sancțiunii expres prevăzute de art. 134 alin.5 din H.G. nr.395/2016, iar nu să revină cu o nouă solicitare de clarificări prin care să încerce lămurirea aspectelor care au format deja obiectul unei solicitări de clarificări.

În caz contrar, Curtea apreciază că se creează un avantaj evident în favoarea ofertei declarate câștigătoare, contrar dispozițiilor art. 209 alin.2 din Legea nr.98/2016, deși trebuia considerată inacceptabilă.”

18. Corectitudinea conduitei ... este confirmată și de Agenția Națională pentru Achiziții Publice, în cadrul Îndrumării privind instituția „terțului susținător” așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și în art. 196 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

19. Prin intermediul acestui act, ANAP tratează exact o situație precum cea din speță, arătând că *„5. [...] lipsa răspunsului operatorului economic la solicitările de clarificări pe care autoritatea/entitatea contractantă le-a înaintat acestuia cu privire la terțul susținător intră sub incidența dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, respectiv art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016 (oferta inacceptabilă), autoritatea/entitatea contractantă nemaivând dreptul de a solicita ulterior (ca urmare a lipsei de răspuns) înlocuirea terțului, în baza dispozițiilor art. 183 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 197 din Legea nr. 99/2016”.*

20. Or, ... a procedat exact conform Îndrumării ANAP: câtă vreme operatorul economic nu a răspuns concludent (de fapt, deloc) solicitării de clarificări privind Contractul nr. 3, el a intrat sub incidența art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016 (oferta inacceptabilă).

21. Aceeași concluzie este confirmată și de practica judiciară:

„Contrar susținerii petentei, textul art. 183 alin. 2 din lege nu instituie în sarcina autorității contractante obligația de a cere înlocuirea terțului susținător, ipoteză în care participantul la procedură al cărui terț s-ar afla într-o situație de excludere ar avea cel puțin posibilitatea, dacă nu dreptul de a cere înlocuirea, ci obligația autorității contractante, subsecvent constatării unui motiv de excludere, de a verifica dacă principiul tratamentului egal este respectat printr-o posibilă înlocuire și, numai în caz afirmativ, să solicite acest lucru operatorului economic.

O altă interpretare ar conduce la concluzia că un operator economic are posibilitatea imprevizibilă pentru ceilalți participanți la procedură de a înlocui un terț care îi asigură susținerea, fapt de natură să conducă la modificare substanțială a ofertei, în dauna ofertelor concurenților din procedura de atribuire a contractului în cauză.

O asemenea situație ar fi contrară principiului egalității de tratament care impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și impune supunerea acestor oferte aceluiași condiții pentru toți ofertanții și ar constitui o denaturare a concurenței corecte și efective între întreprinderile care participă la o achiziție publică.

Prin urmare, Curtea constată că normele cuprinse la art. 183 alin. 2 din legea nr. 98/2016 au fost instituite în interesul procedurii de achiziție publică și pot fi invocate în situația dedusă judecății numai raportat la circumstanțe din care să reiasă nu doar buna credință a operatorului economic, ce poate susține că nu a cunoscut situația de excludere în care se află terțul susținător ..., ci și diligențele pe care le-a depus în verificarea existenței unei astfel de

situații.”; (Curtea de Apel Ploiești, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia civilă nr. 889/27.08.20195).

22. Faptul că posibilitatea înlocuirii unui terț susținător este subordonată de legiuitor condiției-premisă că autoritatea să evalueze întâi susținerea terțului inițial nu este întâmplător. În procesul de verificare a informațiilor furnizate de ofertant cu privire la terțul susținător propus, ... avea obligația de a investiga cauza pentru care oferta inițială a Asocierii ... nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, respectiv dacă a existat o inducere în eroare a entității contractante prin informațiile oferite inițial în DUAE de asociere.

23. ... nu putea evada pur și simplu din această investigație, pretinzând că ce a declarat în DUAE nu mai contează, câtă vreme e disponibilă să înlocuiască terțul – dimpotrivă, se impunea a verifica dacă informațiile din DUAE concordă sau nu cu realitatea efectivă, pentru a se sesiza dacă (i) este respectat principiul tratamentului egal între ofertanți, (ii) asocierea ... (nu doar terțul susținător) s-a făcut vinovată de “declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea entității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție” (art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016), raportat la cele declarate inițial în DUAE de Asocierea

Dacă declarațiile inițiale din DUAE erau nereale, ... ar fi trebuit pronunțe față de această asociere sancțiunea excluderii prevăzute de art. 180 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 99/2016.

Coordonatele speței sunt clare: Asocierea ... nu a răspuns unei solicitări de clarificări a autorității contractante, adresate exact după cum a fost prescris de Decizia civilă nr. ... a Curții de Apel Cluj. În loc să răspundă cu informațiile suplimentare și documentele suport cerute de această Decizie pentru Contractul nr. 3, ... s-a comportat ca și cum această solicitare de clarificări pentru Contractul nr. 3 nu ar exista, argumentând că ar putea trece direct la alte etape ale evaluării. Sancțiunea inacceptabilității impuse de art. 140 alin. (4) al H.G. nr. 394/2016 este evidentă.

Se impune, așadar, respingerea contestației ... ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 42868/07.08.2023, ... a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 209377766/1 din 04.08.2023, emisă de CEC Bank SA – Sucursala Bistrița, în valoare de 1.893.947,20 RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de Entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, împărțit pe loturi, având obiect „CL 3: Reabilitare conductă de aducțiune Bistrița Lechința și extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Miceștii de câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești” – Lotul 1 - Reabilitare conductă de aducțiune Bistrița Lechința și Lotul 2 - Extindere alimentare cu apă și canalizare în comunele Lechința, Miceștii de Câmpie, Sânmihaiu de Câmpie și Budești, cod CPV 45231300-8, sens în care a

elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Pe rolul Consiliului s-au aflat dosarele

Prin Decizia nr. ..., Consiliul a dispus următoarele:

„1. În consecință, pentru considerentele anterior reținute, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ... SRL în dosarul

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de

2. În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în dosarul

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite în parte cererea de intervenție formulată de ... în dosarul

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de ... în dosarul ..., în partea privind criticile formulate de contestatorul ... cu privire la oferta sa.

3. În consecință, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în dosarul

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge ca inadmisibilă cererea de intervenție formulată de

4. În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ... în dosarul

Dispune anularea deciziei de respingere a ofertei depusă de ... la lotul 1, anularea raportului procedurii nr. 5414/21.10.2022, în partea privind oferta depusă de ... la lotul 1 precum și a tuturor actelor anterioare și subsecvente acestuia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, conform motivării, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

5. În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în dosarul

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de ... în dosarul

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.”

..., ..., ... și ... au formulat plângeri împotriva Deciziei CNSC nr.

Prin Hotărârea nr. ..., emisă de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. ..., instanța a dispus următoarele:

„Respinge cererea de repunere pe rol a cauzei, formulată de intimata Respinge excepția nulității contestației formulate de petenta contestatoare ..., invocată de intimata Admite contestația formulată de petenta – contestatoare ... în dosarul ... și, în consecință anulează Raportul procedurii nr. 5414/21.10.2022, aprobat la 24.10.2022 în ceea ce privește oferta depusă de ... pentru Lotul nr. 1 și, consecutiv obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertei conform considerentelor prezentei hotărâri. Admite contestația formulată de petenta – contestatoare ... în dosarul ... cât privește ofertanții ..., ..., precum și contestația formulată de petenta – contestatoare ... SRL în dosarul ... cât privește ofertantul ..., anulează Raportul procedurii nr. 5414/21.10.2022, aprobat la 24.10.2022 în ceea ce privește ofertele depuse de ..., ... pentru Lotul nr. 2 și consecutiv obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor conform considerentelor prezentei hotărâri. Respinge contestația formulată de petenta – contestatoare ... în dosarul ... cât privește ce privește oferta depusă de ... pentru Lotul nr. 2. Obligă pe intimata autoritate contractantă și pe intimata ... în solidar, la plata sumei de 3.000 lei în favoarea petentei contestatoare ..., reprezentând cheltuieli de judecată aferente soluționării contestației pe Lotul nr. 1. Obligă pe intimata autoritate contractantă și pe intimata ... în solidar, la plata sumei de 3.000 lei în favoarea petentei contestatoare ..., reprezentând cheltuieli de judecată aferente soluționării contestației pe Lotul nr. 2. Obligă pe intimata autoritate contractantă și pe intimata ... în solidar, la plata sumei de 3.000 lei în favoarea petentei contestatoare ..., reprezentând cheltuieli de judecată aferente soluționării contestației pe Lotul nr. 2.. Respinge, pentru rest, cererea petentei contestatoare ... privind restituirea cheltuielilor de judecată. Definitivă. Pronunțata azi, 20 aprilie 2023, prin punerea soluției la dispoziția părților, de către grefa instanței.”

Pe rolul Consiliului s-au aflat dosarele ... și ..., în cadrul aceleiași proceduri.

Prin Decizia nr. ..., Consiliul a dispus următoarele:

„În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu entitatea contractantă

Dispune anularea raportului procedurii nr. 5711/13.03.2023 și a comunicărilor subsecvente, pentru lotul 1, numai în ceea ce privește reevaluarea și desemnarea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei

asocierii ... - ... precum si menținerea caracterului neconform și inacceptabil al ofertei ... - ... pentru lotul 1.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă la plata către ... a cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației în valoare de 3.500 lei, justificate prin Factura Fiscală Seria SRM nr. 368 din data de 27.03.2023.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) și alin. (6), coroborate cu prevederile art. 61.1 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respinge contestația formulată de ... în contradictoriu cu entitatea contractantă ..., pentru neconstituirea cauțiunii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.”

Potrivit raportului procedurii nr. 15761/18.07.2023, pentru Lotul 2 contestat, oferta asocierii ... a fost declarată inacceptabilă, fiind declarată câștigătoare oferta asocierii

Nemulțumită de rezultatul procedurii, ... a transmis Consiliului contestația în analiză, ce face obiectul dosarului nr. 2141/2023.

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ...; aceasta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnată câștigătoare procedurii de atribuire, potrivit raportului procedurii nr. 15761/18.07.2023, fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

În ceea ce privește fondul contestației ..., analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să admită, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin Hotărârea nr. ..., emisă de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. ..., instanța a dispus următoarele:

„Respinge cererea de repunere pe rol a cauzei, formulată de intimata Respinge excepția nulității contestației formulate de petenta contestatoare ..., invocată de intimata Admite contestația formulată de petenta – contestatoare ... în dosarul ... și, în consecință anulează Raportul procedurii nr. 5414/21.10.2022, aprobat la 24.10.2022 în ceea ce privește oferta depusă de ... pentru Lotul nr. 1 și, consecutiv obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertei conform considerentelor prezentei hotărâri. Admite contestația formulată de petenta – contestatoare ... în dosarul ... cât privește ofertanții ..., ..., precum și contestația formulată de petenta – contestatoare ... SRL în dosarul ... cât privește ofertantul ..., anulează Raportul procedurii nr. 5414/21.10.2022, aprobat la 24.10.2022 în ceea ce privește ofertele depuse de ..., ... pentru Lotul nr. 2 și consecutiv obligă entitatea contractantă la reevaluarea ofertelor conform considerentelor prezentei hotărâri. Respinge contestația formulată de petenta – contestatoare ... în dosarul ... cât privește ce privește oferta depusă de ... pentru Lotul nr. 2. Obligă pe intimata autoritate contractantă și pe

intimata ... în solidar, la plata sumei de 3.000 lei în favoarea petentei contestatoare ..., reprezentând cheltuieli de judecată aferente soluționării contestației pe Lotul nr. 1. Obligă pe intimata autoritate contractantă și pe intimata ... în solidar, la plata sumei de 3.000 lei în favoarea petentei contestatoare ..., reprezentând cheltuieli de judecată aferente soluționării contestației pe Lotul nr. 2. Obligă pe intimata autoritate contractantă și pe intimata ... în solidar, la plata sumei de 3.000 lei în favoarea petentei contestatoare ..., reprezentând cheltuieli de judecată aferente soluționării contestației pe Lotul nr. 2.. Respinge, pentru rest, cererea petentei contestatoare ... privind restituirea cheltuielilor de judecată. Definitivă. Pronuntata azi, 20 aprilie 2023, prin punerea soluției la dispoziția părților, de către grefa instanței."

În considerentele Hotărârii nr. ..., Curtea de Apel Cluj, referitor la reevaluarea ofertei ..., a reținut următoarele:

„B) Cât privește contestația ... formulată împotriva ofertantului ..., Curtea reține că, în principal, contestatoarea a invocat că ofertantul nu îndeplinește criteriul de calificare privind capacitatea tehnică și/sau profesională, context în care oferta sa ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă în temeiul art.228 alin.4 din Legea nr.228 alin.4 din Legea nr.99/2016 prin raportare la art.143 alin.2 lit. b) din Normele metodologice aprobate prin H.G. nr.394/2016.

În primul rând, Curtea remarcă că această critică este una serioasă, fiind dezvoltată chiar în contestația inițială sub aspectul a două chestiuni: pe de-o parte, în raport de prevederile art.13 alin.3 din Instrucțiunea A.N.A.P. nr.2/2017 în cazul a 2 dintre cele 3 contracte invocate drept experiență similară nu se poate reține întreaga valoare declarată, nefiind încadrate în perioada de referință și neavând ca obiecte livrabile cu funcționalitate independentă, iar, pe de altă parte, cele două contracte conțin și lucrări ce nu pot fi luate în considerare, precum reabilitare stații de epurare, potrivit răspunsului consolidat 1 nr.4202/14.06.2022 - pct.37.

În al doilea rând, contrar susținerii Asocierii ..., critica dedusă de ... nu este prematură în considerarea împrejurării că inițial Asocierea ... s-a clasat pe locul III, astfel încât nu a avut posibilitatea de a prezenta documente suport relevante, câtă vreme în speță se pune în special o problemă de aplicare a legii cu privire la perioada anterioară perioadei de referință în care s-au executat lucrări, a cărei dezlegare se va impune în mod obligatoriu comisiei de evaluare în cadrul procesului de reevaluare a ofertei Asocierii

Așa cum s-a reținut și în Hotărârea Intermediară nr.3/2023 privitor la această cerință, prin fișa de date a achiziției, la punctul III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, s-a prevăzut: „Operatorii economici participanți la procedura trebuie să facă dovada experienței similare, respectiv să dovedească faptul că în ultimii 5 ani împliniți la data limita de depunere a ofertelor au dus la bun sfârșit /finalizat, activități similare obiectului fiecărui lot respectiv: „lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere rețele de apă/canalizare și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide.

Pentru Lot 2: Ofertantul trebuie să fi executat cel puțin un contract similar/ maxim 3 care să fi avut ca obiect realizarea de „lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere rețele de apă/canalizare și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide" în valoare cumulată de 66.288.152 lei fără TVA. (...).

Prin „lucrări duse la bun sfârșit" se înțelege:

- lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului, sau

- lucrări recepționate, însoțite de proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor/ sau

- lucrări recepționate, însoțite de proces verbal de recepție finală.

Prin lucrări similare în sisteme de alimentare cu apă se înțelege oricare dintre următoarele lucrări: construire și/sau reabilitare și/sau modernizare rețele apa, aducțiuni de apa, stații pompare apa, stații tratare apă, rezervoare de înmagazinare. Prin lucrări în sisteme de canalizare se înțelege oricare dintre următoarele lucrări: construire și/sau reabilitare și/sau modernizare rețele de canalizare. Numărul de ani solicitați în vederea demonstrării experienței similare se vor calcula prin raportare la data limita de depunere a ofertelor. Modul de calcul al perioadei indicate mai sus - ultimii 5 ani, împliniți la data limita de depunere a ofertelor. Termenul de depunere al ofertelor se va extinde corespunzător (cu zilele de decalare) și de asemenea și perioada aferentă experienței similare. Pentru conversia în RON, dacă situațiile sunt întocmite în alta monedă, se va lua în considerare cursul mediu anual de referință publicat de BNR pentru anul respectiv".

În acest sens, Curtea reamintește că în cuprinsul fișei de date a achiziției, la modalitatea de îndeplinire a cerinței se menționează în mod expres că la nivelul DUAE trebuie precizate următoarele informații:

- numărul și data contractului invocat drept experiență similară, valoarea contractului, **valoarea lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani**, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, ponderea și lucrările pentru care a fost responsabil ofertantul;

- în situația în care documentul care probează îndeplinirea cerinței de calificare include lucrări executate și înainte de perioada solicitată prin fișa de date, **ofertantul va menționa în DUAE valoarea lucrărilor duse la bun sfârșit în perioada solicitată**, respectiv în ultimii 5 ani împliniți la data limita de depunere a ofertelor.

Sub aspectul cadrului legislativ, Curtea reiterează prevederile art. 191 alin. 1 și 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale conform căroră: „(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției criteriile privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de entitatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut".

Iar art. 192 alin. 1 lit. a) din același act normativ prevede că: „Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: **o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante**; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, entitatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă".

În aplicarea prevederilor art. 191 alin. 1 și 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale Agenția Națională pentru Achiziții Publice a emis Instrucțiunea nr. 2/2017, menită să clarifice sensul sintagmei lucrări realizate în cursul unei perioade.

Conform art. 11 alin. 3 din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, publicată în M. Of. nr. 300/27.04.2017: „(3) Cerința de calificare se va formula făcându-se referire **la lucrări duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 5 ani** calculată conform art. 13, prin această sintagmă înțelegându-se: a) lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau b) lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau c) lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție.

În acest sens, Curtea apreciază ca fiind relevante, raportat la apărările formulate în cauză, și dispozițiile art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017 conform căroră: „În cazul contractelor de servicii/lucrări, comisia de evaluare are obligația ca, odată ce a fost prezentat documentul care confirmă recepționarea respectivelor servicii/lucrări în perioada de referință, să ia în calcul toată valoarea/cantitatea care face obiectul

respectivului document, în condițiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil/obiect de construcție cu funcționalitate independentă fără a se elimina din calcul, în mod artificial, valori/cantități de servicii/lucrări aferente lunilor/anilor ce nu se încadrează în intervalul de timp urmărit".

După cum s-a reținut anterior în Hotărârea Intermediară nr.3/2023, perioada de referință este reprezentată de intervalul 18.07.2022-18.07.2017.

În prezenta cauză, în justificarea îndeplinirii nivelului minim al experienței similare liderul de asociere ... a menționat în DUAЕ următoarele informații:

1) Contractul nr. 4809/21.11.2018, având Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor cu data de 23.06.2022; data de început a lucrărilor a avut loc la 25 septembrie 2019, iar data de sfârșit a acestora este la 23 iunie 2022; valoarea executată de ofertantul ... S.R.L. este de 8.244.034,01 RON (fără TVA). Obiectul contractului privește „extindere rețele de canalizare în localitățile Târlișua, Agries ȘI Borleasca, comuna Târlișua" („Contractul nr. 1");

2) Contractul nr. 293/12.11.2015, având Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 343406/09.10.2018; data de început a lucrărilor este la 12 februarie 2016, iar data de sfârșit a acestora este situată la 9 octombrie 2018; valoarea executată de ofertantul ... S.A. este de 48.982.042,48 RON. Obiectul contractului privește „reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice - etapa II" („Contractul nr. 2");

3) Acordul contractual nr. 2180/13.06.2014, având Procesul verbal de recepție a lucrărilor nr. 1759/20.06.2018; data de început a lucrărilor este la 16 iunie 2014, iar data de sfârșit a acestora este situată la 20 iunie 2018; valoarea executată de terțul susținător ... a fost de 40.472.674,93 (fără TVA). Obiectul contractului privește „extindere infrastructura rețea distribuție apă în orașele Buhuși și Moinești, extindere infrastructură canalizare orașul Dărmănești" („Contractul nr. 3").

Este adevărat că în cazul Contractului nr. 2 și a Contractului nr. 3, invocate de Asocierea ..., executarea acestora se situează parțial în afara perioadei de referință impusă prin documentația de atribuire.

Într-adevăr, lucrările aferente Contractului nr. 2 au fost derulate în perioada 12 februarie 2016 (data de început a lucrărilor) - 9 octombrie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor). Așa cum a fost observat intimata ..., lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 14 luni și 21 de zile, dintr-un total de aproape 32 de luni, aproximativ 46% din totalul lucrărilor.

De asemenea, lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor.

Cu toate acestea, oferta Asocierii ... nu poate fi exclusă, de plano, ca inacceptabilă, în cadrul procedurii de reevaluare comisia de evaluare fiind ținută de următoarele coordonate de aplicare a dispozițiilor legale:

In primul rând, esențial este ca ofertantul să dovedească că lucrările au fost duse la bun sfârșit în perioada solicitată, respectiv în ultimii 5 ani, ceea ce nu exclude, așa cum rezultă din documentația de atribuire, și lucrările executate înainte de perioada solicitată prin fișa de date, cu condiția îndeplinirii cerințelor cumulative de la art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017.

Așadar, contrar susținerii ..., spre deosebire de situația experienței similare în cazul ofertei Asocierii Tomoroga Construct, în care două contracte erau în totalitate în afara perioadei de referință, iar numai cel de-al treilea contract cuprindea un interval de execuție parțială în perioada de execuție, contractul luat în totalitate fiind însă insuficient în raport cu valoarea minimă a lucrărilor pentru Lotul 1, Curtea apreciază că în cazul ofertantului ... nu se poate opune autoritatea de lucru judecat consacrată de art.430 alin.1 și 2 Cod procedură civilă și a art. 431 alin.2 din același act normativ, situația factuală fiind

diferită, caz în care devin incidente dispozițiile art. 13 alin. (3) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, antereferite.

In al doilea rând, dovada îndeplinirii cerinței de calificare sub aspectul sintagmei „lucrări duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 5 ani” se va face în modalitatea alternativă prevăzută de art. 11 alin. 3 din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, reiterată și în Fișa de date a achiziției.

Așadar, contrar susținerii ..., împrejurarea că nu s-a făcut vorbire în DUAE de procese-verbale de recepție parțială/pe sectoare, nu exclude de plano îndeplinirea condițiilor prevăzute de art.13 alin.3 din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, legiuitorul urmărind să nu se elimine în mod artificial valoarea lucrărilor aferente lunilor/anilor ce nu se încadrează în perioada de referință, dar care sunt integrate într-un livrabil ori într-un obiect cu funcționalitate independentă, aspecte ce vor fi analizate de comisie în reevaluare pe baza documentelor suport ce vor fi solicitate.

Ca și repere pentru comisia de reevaluare, Curtea arată că un obiect cu funcționalitate independentă este un obiect parte a obiectivului de investiții, cu funcționalitate distinctă în cadrul ansamblului acestuia, pe când livrabilul (obiectiv/proiect de investiții) poate fi definit ca rezultatul scontat la investirea de capital pe timp limitat, ca urmare a realizării unuia sau mai multor obiecte de investiții, situate pe un amplasament distinct delimitat, care asigură satisfacerea cerințelor formulate de beneficiarul investiției și de investitor **(a se vedea definițiile dată de art. 2 lit .a) și b) din H.G. nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul- cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.**

Tertio, așa cum corect a observat ..., se impune să se respecte cu strictețe **cerința esențială ca lucrările cele mai importante** să fie realizate într-o perioadă care acoperă cel mult 5 ani, condiție prevăzută atât în **Legea nr. 99/2016**, cât și în Anexa XII la Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice la care face trimitere **Directiva 2014/25/UE** privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale.

În acest sens, în analiza îndeplinirii acestei condiții comisia de evaluare va solicita clarificări ofertantului, urmând ca acesta să indice **atât valoarea lucrărilor similar executate în ultimii 5 ani**, cât și certificări de bună execuție și de rezultat pentru **lucrările cele mai importante**, conform normelor naționale și unionale antereferite. Rezultă că în stabilirea lucrărilor cele mai importante criteriul valoric al lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani este determinant.

În fine, cu privire la susținerea ... din contestația inițială conform căreia două contracte conțin și lucrări ce nu pot fi luate în considerare, precum reabilitare stații de epurare, potrivit răspunsului consolidat 1 nr.4202/14.06.2022 - pct.37, în lipsa altor elemente de la dosar, Curtea va pune în vedere entității contractante prin comisia de evaluare să ceară clarificări ofertantului în acest sens, urmând să se pronunțe în raport de documentele suport depuse de ofertant.

De menționat că Asocieria ... a invocat susținerea terțului ... în ceea ce privește experiența similară, astfel încât, dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, entitatea contractantă va solicita, conform art.197 alin.2 din Legea nr.99/2016, o singură dată, ca ofertantul să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal”.

Pentru punerea în aplicare a Hotărârii nr...., emisă de Curtea de Apel Cluj, entitatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului ..., prin adresa nr.1499/01.06.2023.

Ofertantul a răspuns în termen prin adresa nr. 1075/ 06.06.2023 postată în SEAP în data de 06.06.2023 ora 23,07 și a transmis:

„Vă învederăm că, prin Decizia nr. ..., suplimentar aspectelor citate în adresa dumneavoastră, s-au statuat și următoarele aspecte:„De menționat

că Asocierea ... a invocat susținerea terțului ... în ceea ce privește experiența similară, astfel încât, dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, entitatea contractantă va solicita, conform art. 197 alin. 2 din Legea nr. 99/2016, o singură dată, ca ofertantul să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal". Raportat la această mențiune expresă a Curții de Apel Cluj, vă solicităm să faceți aplicarea dispozițiilor art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 conform cărora „(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)". Având în vedere că, astfel cum a reținut Curtea de Apel Cluj la pag. 28 din decizia anterior menționată, „[...] lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor". Raportat la aceste considerente obligatorii, în ipoteza în care veți aprecia ca nefiind demonstrată experiența similară a terțului susținător la nivelul valoric declarat prin DUAЕ, vă rugăm să aveți în vedere că, la solicitarea expresă a entității contractante, exprimată în temeiul art. 197 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, ne manifestăm disponibilitatea de a înlocui terțul susținător ... cu societatea Acest operator economic deține experiență similară relevantă dobândită prin derularea contractului de achiziție publică nr. DOP - 52/15.05.2017 încheiat cu Primăria Dobrich și care a avut ca obiect „PROIECTARE SUPLIMENTARĂ SI RECONSTRUCȚIA SI REABILITAREA REȚELEI DE ALIMENTARE CU APĂ SI CANALIZARE A ORAȘULUI DOBRICH ÎN CADRUL PROIECTULUI "PROIECT INTEGRAT PENTRU CICLUL DE APĂ DIN ORAȘUL DOBRICH - ETAPA 1 "PENTRU LOTUL 2 - "PROIECTARE SUPLIMENTARĂ, RECONSTRUCȚIA ȘI REABILITAREA REȚELEI DE ALIMENTARE CU APĂ A ORAȘULUI DOBRICH, ETAPA CARE INCLUDE: ALIMENTARE CU APĂ - LOT 2". Conform documentelor suport atașate, în derularea acestui contract, în perioada 01.02.2018 până la 24.10.2019 (care se încadrează indubitabil în perioada de referință, Hydrostroy AD a realizat lucrări similare - lucrări de construcții rețele de alimentare cu apă în valoare de 25.141.103,35 BGN, echivalentul sumei de 60.998.350,59 lei prin conversia la cursul mediu anual de referință publicat de BNR de 2,4262 RON/BGN pentru anul 2019.

Referitor la Contractul nr. 293118 din 12.11.2015 având ca obiect „Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice - etapa II", vă transmitem atașat explicațiile și documentele furnizate de asociatul Astfel cum reiese din explicațiile și documentele furnizate, valoarea lucrărilor similare executate de asociatul ... în perioada de referință 18.07.2017 - 18.07.2022 este în cuantum de

42.505.071,00 lei, fiind vorba de cele mai importante lucrări din cadrul contractului, astfel cum reiese din tabelul inclus la pag. 11 a răspunsului furnizat de asociatul nostru, atașat.

La aceste referințe se adaugă Contractul nr. 4809/21.11.2018 având ca obiect „Extindere rețele de canalizare în localitățile Târlisua, Agrieș și Borleasca, comuna Târlisua”. Astfel cum am precizat în cuprinsul DUAE elaborat de ... și cum reiese din documentele suport atașate, data de început a lucrărilor similare - rețea canalizare a avut loc la 25 septembrie 2019 conform Ordin de începere nr. 4205/25.09.2019 iar data de sfârșit a acestora este 23 iunie 2022 potrivit Procesului-verbal verbal de recepție la terminarea lucrărilor din data de 23.06.2022. Raportat la acordul de asociere, valoarea executată de ... este de 8.244.034,01 RON, fără TVA. Din cuprinsul informațiilor anterior menționate, confirmate de documentele suport atașate, reiese în mod indubitabil că asocierea pe care o reprezentăm, prin membrii asociați și terțul susținător ... (cu care intenționăm să îl înlocuim pe ... dacă ... va dispune aplicarea art. 197 alin. (2) din Legea nr.99/2016) deține experiență relevantă în execuția de lucrări similare în perioada de referință, în quantum superior celui impus prin documentația de atribuire.”

De asemenea ofertantul asocierea ...-... a transmis următoarele :

- Contractul nr. 4809/21.11.2018 având ca obiect „Extindere rețele de canalizare în localitățile Târlisua, Agrieș și Borleasca, comuna Târlisua”. 8.151.970 lei fără TVA;

- Act adițional nr. 1/27.06.2019 la Contractul nr. 4809/21.11.2018 de suplimentare a valorii contractului la 8.318. 285 lei fără TVA;

- Act adițional nr. 1473/02.04.2020 la Contractul nr. 4809/21.11.2018 de suplimentare a valorii contractului la 8.562.060, 41 lei fără TVA;

- Act adițional nr. 2/24.12.2020 la Contractul nr. 4809/21.11.2018 de prelungire a duratei de execuție la Acord de asociere nr. 1578/28.08.2018 din care reiese ca liderul de asociere, respectiv ... are 94,75%;

- Act adițional nr. 1/23.11.2018 la Acord de asociere nr. 1578/28.08.2018 din care reiese că liderul de asociere preia toată execuția lucrării în procent de 98,41%;

- Proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 3527/23.06.2022 din care reiese că valoarea lucrărilor executate este de 8.542.298,85 lei fără TVA;

- Recomandare emisă de Comuna Târlisua FN/FD care certifică execuția lucrărilor de către ... în valoare de 8.542.298,85 lei fără TVA.

Pentru asociatul ... s-a transmis:

- Cont
ractul nr. 293118 din 12.11.2015 având ca obiect „Reabilitarea sistemului de termoficare urbană la nivelul Municipiului Oradea pentru perioada 2009-2028 în scopul conformării la legislația de mediu și creșterii eficienței energetice - etapa II în valoare de 96.028.173,87 lei din care valoarea lucrărilor executate de ... (lider) este de 48.982.042,48 lei fără TVA;

- Rez
umat privind derularea lucrărilor din care rezultă că lucrările executate de Ofertantul Asociat ... în perioada 18.07.2017 - 18.07.2022 sunt în cuantum de 42.505.071 lei fără TVA;

- Proc
esul Verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor nr. 373406/09.10.2018;

- Proc
esul verbal de Recepție Finală nr. 115898/07.03.2023;

- Fact
uri din care reies sumele la care face referire ofertantul.

Totodată, ofertantul a precizat că, având în vedere că în cadrul contractului au fost realizate mai multe obiecte, acestea sunt parte integrantă a sistemului de termoficare centralizat, formând un singur obiect cu o funcționalitate independentă și ținând cont de Instrucțiunea Nr. 2/2017 din 19 aprilie 2017 emisă de Agenția Națională pentru Achiziții Publice Art.13 alin. (3): *„În cazul contractelor de servicii/lucrări, comisia de evaluare are obligația ca, odată ce a fost prezentat documentul care confirmă recepționarea respectivelor servicii/ lucrări în perioada de referință, să ia în calcul toată valoarea/cantitatea care face obiectul respectivului document, în condițiile în care acestea sunt integrate într-un livrabil/obiect de construcție cu funcționalitate independentă, fără a se elimina din calcul, în mod artificial, valori/cantități de servicii/lucrări aferente lunilor/anilor ce nu se încadrează în intervalul de timp urmărit”,* consideră că valoarea lucrărilor executate și declarate de ofertantul asociat ... este de 48.982.042,48 lei.

Anexat răspunsului la clarificări, ... a transmis documente privind experiența similară pentru ..., operator economic cu care dorea să-l înlocuiască pe terțul susținător inițial declarat, respectiv

În aceste condiții entitatea contractantă a apreciat răspunsul la clarificari neconcludent, motivat de faptul că ofertantul nu a transmis documentele conform solicitării de clarificări pentru terțul ... în vederea evaluării și a constatării necesității schimbării terțului de către comisia de evaluare, transmițând alte documente față de cele solicitate.

Problema principală care trebuie soluționată în speță(de altminteri, sursa conflictului juridic declanșat între entitatea contractantă și contestator) este dacă entitatea contractantă trebuia să solicite contestatorului înlocuirea terțului susținător ..., având în vedere cele reținute de instanța de judecată în hotărârea antemenționată, sau dacă acesta trebuia să răspundă solicitării de clarificări, transmițând documentele relevante și pentru terțul susținător ...,

pentru ca, ulterior, entitatea contractantă să decidă dacă va face aplicarea dispozițiilor art.197 alin.(2) din Legea nr.99/2016.

Potrivit dispozițiilor art.197 din Legea 99/2016, „(1) Entitatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180.

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180, entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).”

Consiliul reține că instanța de judecată, în considerentele hotărârii anterior citate, a stabilit limitele reevaluării ofertei asocierii ...-..., apreciind că se impun solicitări de clarificări referitoare la experiența similară, respectiv clarificări privind contractele declarate în susținerea acesteia, pentru a se putea stabili perioada de derulare ce poate fi luată în considerare pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de calificare precum și cuantumul acestora.

Tot instanța a reținut în considerentele hotărârii următoarele:

.....
1) „Acordul contractual nr. 2180/13.06.2014, având Procesul verbal de recepție a lucrărilor nr. 1759/**20.06.2018**; data de început a lucrărilor este la 16 iunie 2014, iar data de sfârșit a acestora este situată la 20 iunie 2018; valoarea executată de terțul susținător ... a fost de 40.472.674,93 (fără TVA). Obiectul contractului privește „extindere infrastructura rețea distribuție apă în orașele Buhuși și Moinești, extindere infrastructură canalizare orașul Dărmănești” („Contractul nr. 3”).

Este adevărat că în cazul Contractului nr. 2 și a Contractului nr. 3, invocate de Asocieria ..., executarea acestora se situează parțial în afara perioadei de referință impusă prin documentația de atribuire.

Într-adevăr, lucrările aferente Contractului nr. 2 au fost derulate în perioada 12 februarie 2016 (data de început a lucrărilor) - 9 octombrie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor). Așa cum a fost observat intimata ..., lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 14 luni și 21 de zile, dintr-un total de aproape 32 de luni, aproximativ 46% din totalul lucrărilor.

De asemenea, lucrările aferente Contractului nr. 3 au fost derulate în perioada 16 iunie 2014 (data de început a lucrărilor) - 20 iunie 2018 (data de sfârșit a lucrărilor), ceea ce înseamnă că lucrările executate în perioada de referință s-au realizat pe durata a 10 luni și 28 de zile, dintr-un total de 48 de luni, adică aproximativ 22% din totalul lucrărilor.

.....
De menționat că Asocieria ... a invocat susținerea terțului ... în ceea ce privește experiența similară, astfel încât, dacă terțul nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea, entitatea contractantă va solicita, conform art.197 alin.2 din Legea nr.99/2016, o singură dată, ca ofertantul să înlocuiască terțul susținător, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal”.

Prin urmare, în opinia Consiliului, Curtea de Apel Cluj a avut în vedere și situația în care terțul susținător ... nu îndeplinește criterii relevante privind capacitatea, având în vedere referirile la lucrările realizate efectiv în perioada

de referință și la cuantumul acestora, indicând și temeiul legal care impune solicitarea de înlocuire a terțului susținător.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că entitatea contractantă trebuia să facă aplicarea dispozițiilor art.197 alin.(2) din Legea nr.99/2016, și apoi să verifice întreaga experiență similară declarată de asocieria ...-... cumulată cu cea a noului terț susținător, în situația în care ofertantul declara unul.

Înlocuirea terțului susținător nu presupune faptul că ofertantul asocierie ...-... are, ope legis, o oferta admisibilă. La rândul său, noul terț trebuie să respecte rigorile legale, respectiv să îndeplinească criteriile relevante privind capacitatea și să nu se încadreze în motivele de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180 din Legea nr.99/2016.

În opinia Consiliului, acceparea înlocuirii terțului susținător, în acest caz, nu conferă vreun avantaj în favoarea ofertantului contestator, ci reprezintă punerea în aplicare ale unor dispoziții legale imperative. Solicitarea de înlocuire a terțului susținător care nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea nu reprezintă o solicitare de clarificări, în sensul dispozițiilor art.221 alin.(1) din Legea nr.99/2016, ci se realizează în temeiul dispozițiilor imperative ale art. 197 alin.(2) din același act normativ, nefiind o opțiune a entității contractante, însuși textul de lege precizând că solicitarea de înlocuire nu aduce atingere principiului tratamentului egal.

În consecință, Consiliul nu poate primi ca întemeiate susținerile entității contractante și ale intervenientului, potrivit cărora răspunsul contestatorului la solicitările de clarificări nu ar fi concludent întrucât acesta nu a transmis documente privind terțul susținător În acest caz, era evident că entitatea contractantă cunoștea faptul că acest terț susținător nu îndeplinea criteriile relevante privind capacitatea, având în vedere cele reținute în Hotărârea nr.... a Curții de Apel Cluj.

Faptul că ofertantul asocierie ...-... a transmis, prin răspunsul la clarificări, și documente pentru un alt operator economic pe care intenționează să-l desemneze terț susținător, evident după ce autoritatea contractantă va aplica dispozițiile art.197 alin.(2) din Legea nr.99/2016, nu înseamnă că acesta nu ar fi răspuns concudent. A susține că ofertantul trebuia, mai întâi, să prezinte documente pentru terțul susținător inițial declarat, în condițiile în care situația sa, din perspectiva îndeplinirii experienței similare, a fost analizată în Hotărârea nr.... a Curții de Apel Cluj, hotărâre definitivă ce trebuia pusă în aplicare de entitatea contractantă, este lipsit de relevanță.

Aplicarea dispozițiilor art.197 alin.(2) din Legea nr.99/2016 nu reprezintă o opțiune a entității contractante, nefiind o normă dispozitivă. Redactarea textului de lege prin folosirea sintagmei „solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători” și nu a formei de condițional optativ (poate solicita....) conduce la concluzia că articolul de lege reprezintă o normă imperativă, creând în sarcina entității contractante obligația de a solicita, o singură dată, înlocuirea terțului susținător.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că entitatea contractantă trebuia să facă aplicarea dispozițiilor art.197 alin.(2) din Legea nr.99/2016 și apoi să verifice întreaga experiență similară declarată de asocieria ...-... cumulată cu cea a noului terț susținător.

În consecință, pentru considerentele anterior reținute, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit.a) și) și alin.(5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ... pentru lotul 2, va dispune anularea deciziei de respingere a ofertei asocierii ...-... la lotul 2, anularea raportului procedurii nr. 15761/18.07.2023 și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia, precum și continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii ...-... depusă la lotul 2 potrivit motivării, și ulterior, desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, conform criteriului de atribuire, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) și b) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată pentru lotul 2 de ... în contradictoriu cu entitatea contractantă

Dispune anularea deciziei de respingere a ofertei asocierii ...-... la lotul 2, anularea raportului procedurii nr. 15761/18.07.2023 și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia.

Dispune continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii ...-... depusă la lotul 2 potrivit motivării, și ulterior, desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, conform criteriului de atribuire, în termen de 15 zile de la comunicare.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.