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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 628/08.10.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41115/08.10.2018, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., împotriva adresei nr. 92/66953/26.09.2018, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție «Modernizare ...km 1+350-km 44+600; km 49+194-km 52+649»”, s-a solicitat anularea adresei nr. 92/66953/26.09.2018, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestei decizii, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost declarată admisibilă și clasată pe locul II, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestei decizii, anularea raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor prezentate de către asocierea ... - ... – ... – ... și de către asocierea ... - ... – ... – ..., precum și rectificarea documentelor ce rezultă din acest proces, astfel încât să se asigure respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 19.10.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 43226/22.10.2018, ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... – ... – ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., în calitate de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire în cauză, a formulat cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației ... ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

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

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

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... critică ofertele clasate pe primele două locuri, respectiv cele ale asocierii ... - ... – ... – ... și asocierii ... - ... – ... – ..., considerând că autoritatea contractantă ar fi trebuit să le declare neconforme și inacceptabile.

Contestatorul evocă faptul că la data de 20.02.2018, autoritatea contractantă a postat în SEAP lista cu operatorii economici participanți și validați de SEAP până la termenul limită de depunere 15.02.2018 - ora 16.00, iar la data de 26.09.2018, prin adresa nr. 92/66953, s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, prin care a fost informat că oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul III cu un punctaj total de 88,32 puncte și având un preț de 126.323.299,45 lei fără TVA. În cadrul aceleiași adrese, i s-a adus la cunoștință că oferta desemnată câștigătoare este cea prezentată de către asocierea ... - ... – ... – ..., corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor documentației de atribuire, cu un punctaj total de 100 puncte și cu prețul de 108.977.432,06 lei fără TVA.

Totodată, contestatorul evocă faptul că, potrivit raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, ofertantul clasat pe locul II este asocierea ... - ... – ... – ..., corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor documentației de atribuire și având un punctaj total de 90,03 puncte și un preț de 123.448.628,83 lei, fără TVA.

Contestatorul arată că la data de 27.09.2018, autoritatea contractantă a postat în platforma electronică SEAP un extras al raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, încălcând principiul transparentei prevăzut de legiuitor la art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare și susține că aceasta avea obligația publicării în SEAP a raportului procedurii, conform prevederilor art. 66 alin. (4) și nu a unui extras care cuprinde doar informații despre conținutul DUAE.

În acest caz, asocierea contestatoare se consideră vătămată de către autoritatea contractantă, prin eliminarea unor informații esențiale privind analiza ofertelor clasate pe locul 1 și 2 în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

În continuare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a evaluat superficial ofertele clasate pe primele două locuri, pentru următoarele considerente:

A. Critici cu privire la oferta asocierii ... - ... – ... – ...

1. conform raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, în data de 02.08.2018, comisia de evaluare a finalizat evaluarea propunerilor

financiare, sens în care a comunicat fiecărui ofertant în parte rezultatul evaluării.

Tot în data de 02.08.2018, comisia de evaluare a solicitat asocierii ... - ... – ... – ... să prezinte documentele justificative actualizate, în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Termenul limită acordat de comisia de evaluare a fost stabilit la data de 10.08.2018 (deci 8 zile calendaristice).

La data de 07.08.2018, asocierea ... - ... – ... – ... a solicitat comisiei de evaluare, prin adresa nr. 2235/07.08.2018, decalarea termenului de răspuns privind transmiterea documentelor justificative actualizate, până la data de 14.08.2018 (inclusiv), solicitare aprobată de către autoritatea contractantă.

Concluzionând, contestatorul precizează că ofertantul asocierea ... - ... – ... – ... a avut la dispoziție 12 zile calendaristice să prezinte documentele justificative actualizate, în conformitate cu prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, contestatorul susține că, în urma verificării și analizării documentelor justificative actualizate depuse în data de 14.08.2018 de către asocierea ... - ... – ... – ... (incluzând terții susținători și subcontractanții declarați de ofertant), prin care acesta demonstrează îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE și în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a constatat că pentru terțul susținător ...- ...: *„Certificatul de atestare fiscal nr. 12/17689/12.02.2017 emis de Administrația Financiară - Direcția provincial I ..., Oficiul Teritorial ... I, a expirat ...”* (emis în februarie 2017).

Evocând raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, contestatorul apreciază că, în mod nelegal și abuziv, autoritatea contractantă a decis sa solicite, în data de 23.08.2018, asocierii ... - ... – ... – ..., să transmită (deci încă odată) pentru terțul susținător ...- ... certificatul privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat actualizat.

Mai mult decât atât, conform raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, comisia de evaluare a constatat ca ofertanții asociați, terțul susținător și subcontractanții nu au prezentat documente din care să rezulte că nu se încadrează într-una din situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și, în mod nelegal și abuziv, în aprecierea contestatorului, s-a solicitat, în data de 23.08.2018, asocierii ... - ... – ... – ... să prezinte o declarație pe propria răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Pentru ambele solicitări (nelegale), noul termen stabilit pentru transmiterea documentelor a fost 14.09.2018 (adică alte 21 zile calendaristice). În această perioadă, toți ceilalți ofertanți și-au prelungit perioada de valabilitate a garanției de participare și a ofertei și, pe cale de consecință, prin achitarea unei/unor prime de asigurare, au fost generate costuri suplimentare.

De altfel, contestatorul menționează că și în raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 se face referire la faptul că au fost ofertanți care nu au mai prelungit perioada de valabilitate a garanției de participare, motiv

pentru care ofertele acestora au fost declarate inacceptabile, conform prevederilor art. 137 alin. (2) lit. i) din H.G. nr. 395/2016 (ex. ...).

Totodată, conform raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, în data de 17.09.2018, s-a încheiat Procesul verbal intermediar nr. 21, în care au fost consemnate verificarea și analiza răspunsului transmis în data de 14.09.2018 de către asocierea ... - ... – ... – ..., constatându-se faptul că respectiva ofertă îndeplinește cumulativ condițiile prevăzute de art. 207 din Legea nr. 98/2016.

Ori fata de criticile reale invocate, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, contestatorul apreciază că autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta asocierii ... - ... – ... – ... ca inacceptabilă.

2. în ceea ce privește propunerea financiară prezentată de asocierea ... - ... – ... – ..., contestatorul face următoarele precizări:

Propunerea financiară prezentata de ofertantul declarat câștigător are o valoare de 108.977,432,06 lei, ceea ce reprezintă 62% din bugetul alocat investiției, 86,27 % din valoarea ofertată de asocierea contestatoare și 88,28 % din valoarea ofertată de asocierea clasată pe locul 2. Diferența dintre valoarea ofertată de asocierea declarată câștigătoare și valoarea ofertată de contestator este de 17.345.867.39 lei, iar diferența dintre valoarea ofertată de această asociere și valoarea ofertată de asocierea clasată pe locul 2 este de 14.471.196.77 lei.

În aceste condiții, contestatorul consideră că oferta prezentată de asocierea declarată câștigătoare este subevaluată în tot ansamblul ei.

Analizând aceasta diferență, contestatorul susține că oferta câștigătoare nu poate asigura îndeplinirea contractului în condițiile impuse de autoritatea contractanta prin documentația de atribuire, cu atât mai mult cu cât, după calculele făcute de către acesta (în extrasul din raportul procedurii nu se regăsește acest aspect), toți ofertanții au declarat o garanție de bună execuție de 96 luni pentru a obține punctajul maxim de 15 puncte. În aceste condiții, se impune cel puțin refacerea marcajelor rutiere, așa cum rezultă din clarificarea nr. 38, publicată de autoritatea contractantă în SEAP cu numărul 92/8398/07.02.2018 și care prevede: *„Antreprenorul trebuie să asigure condițiile necesare astfel încât, pe perioada de garanție a lucrărilor, până la Recepția Finală, drumul să fie operațional*”.

Mai mult decât atât, ținând cont de periodicitatea lucrărilor de întreținere, în această perioadă existând posibilitatea realizării unor intervenții la stratul de uzură, degradarea acestuia putând fi impusă doar de trecerea celor 9 ani de garanție.

3. în conformitate cu prevederile documentație de atribuire, la km 43+160 există o trecere la nivel cu calea ferată, ce va trebui amenajată în cadrul prezentului contract de atribuire, iar acest tip de lucrări nu se pot executa decât de către o societatea autorizată AFER.

Conform Tabelului prezentat de autoritatea contractantă cu operatorii economici și datele acestora de identificare, care au depus oferte în cadrul procedurii de atribuire ce face obiectul cauzei, contestatorul arată că asocierea ... - ... – ... – ... nu a declarat niciun subcontractant de specialitate pentru acest tip de execuție de lucrări.

B. Critici cu privire la oferta asocierii ... - ... – ... – ...

1. conform documentației de atribuire, ofertanții aveau obligația de a constitui garanția de participare astfel: „*Modalitatea de constituire: Garanția de participare se constituie, în numele ofertantului în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, respectiv va fi constituită printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se află în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condițiile legii (Formularul nr. 1). Sunt aplicabile prevederile art. 35-38 din H.G. nr. 395/2016*".

Contestatorul face precizarea că autoritatea contractantă a detaliat în mod explicit cerințele obligatorii privind garanția de participare în fișa de date a achiziției (pag. 18 și 19), cap. IV.4.3. Modul de prezentare a ofertei, unde se menționează și că „*Eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă".*

Conform raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, ca urmare a verificării garanțiilor de participare depuse de către ofertanți, contestatorul a constatat faptul că în cuprinsul Formularului nr. 1 - Scrisoare de garanție de participare depusă la procedură, următoarele paragrafe nu cuprind toate informațiile solicitate conform modelului din secțiunea formulare a documentației de atribuire:

„a). Ofertantul ... (numele complet, adresa și datele de identificare fiscală ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ... și datele de identificare fiscală ale acestuia) și-a retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b) Oferta sa fiind stabilită câștigătoare, Ofertantul ... (numele complet, adresa și datele de identificare fiscală ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ... și datele de identificare fiscală ale acestuia) nu a constituit garanția de bună execuție în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziție publică;

c) Oferta sa fiind stabilită câștigătoare Ofertantul (numele complet, adresa și datele de identificare fiscală ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ... și datele de identificare fiscală ale acestuia) a refuzat să semneze contractul de achiziție publică, în perioada de valabilitate a ofertei."

În legătură cu această constatare, contestatorul arată că autoritatea contractantă a decis să solicite asocierii ... - ... – ... – ..., transmiterea (adică retransmiterea) Formularului nr. 1, în care să fie cuprinse toate informațiile solicitate, „*respectiv, să completați corespunzător paragrafele*". La data de 20.02.2018, respectiva asociere a retransmis Formularul nr. 1, prin care a menținut textul față de informațiile inițiale prezentate în formular.

Contestatorul subliniază faptul că în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse un număr de 5 polițe emise de același asigurator, respectiv ...S.A., din care 4 polițe au fost emise conform solicitării autorității

contractante (documentația de atribuire, implicit Formular nr. 1), mai puțin polița emisă în favoarea asocierii ... - ... – ... – ..., față de care, comisia de evaluare avea obligația de a-i respinge oferta ca inacceptabilă, conform prevederilor legale.

2. oferta asocierii ... - ... – ... – ... nu a îndeplinit:

a) cerința imperativă solicitată de autoritatea contractantă privind Capacitatea tehnică - Cerința 1 (experiența similară Execuție): *„Capacitatea tehnică Cerința 1 - Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit* în ultimii 5 ani** calculați de la data de limită de depunere a ofertelor, lucrări similare cu cele supuse procedurii de atribuire (modernizarea și/sau reabilitarea și/sau lărgirea și/sau construcție nouă de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau autostrăzi), în valoare cumulată de cel puțin 85.000.000 lei fără T.V.A., la nivelul a maxim 3 contracte.*

**) 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 aplicabile;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal la terminarea lucrărilor;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal de recepție finală.

***) ultimii 5 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13).”*

b) cerința imperativă solicitată de autoritatea contractantă privind Capacitatea tehnică - Cerința 2 (experiența similară Proiectare): *„Capacitatea tehnică - Cerința 2 - Ofertantul trebuie să demonstreze că a prestat și a dus la bun sfârșit* în ultimii 3 ani**, calculați de la data limită de depunere a ofertelor, servicii de proiectare lucrări de infrastructură rutieră***, în valoare cumulată de cel puțin 2.400.000 lei, fără T.V.A. *.*

Prin servicii duse la bun sfârșit se înțelege:

- servicii recepționate parțial, cu condiția ca acestea să fi putut fi utilizate de Beneficiar ca rezultat independent;

- servicii recepționate la sfârșitul prestării.

***) ultimii 3 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13).*

****) se consideră îndeplinită cerința «în ultimii 3 ani servicii de proiectare infrastructură rutieră» și în condițiile în care Detaliile de Execuție sunt aferente unui Proiect Tehnic realizat anterior ultimilor 3 ani, de către același operator economic, cu condiția ca acesta să facă dovada realizării respectivului Proiect Tehnic prin prezentarea de certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar și/sau procese verbale de recepție și/sau alte documente relevante, în condițiile în care Proiectul tehnic a fost prestat anterior ultimilor 3 ani. Autoritatea Contractantă va lua în calculul valorii pentru îndeplinirea cerinței atât valoarea PT, cât și valoarea DDE, cu condiția ca acestea să fie integrate într-un livrabil cu funcționalitate independentă.”*

3. asocierea în cauza a declarat un subcontractant pentru proiectarea lucrărilor, un proiectant și executant de rețele de utilități, ceea ce impune suspiciuni cu privire la nivelul calitativ al proiectului.

Cu privire la această critică, contestatorul susține că în cadrul asocierii, proiectantul este ..., în conformitate cu extrasul raportului procedurii, cu adresa nr. T1077 postată de liderul asocierii în SEAP, la ora 11:49, iar la răspunsul nr. 17, se transmite DUAE revizuit pentru ... în calitate de lider și ..., în care, la Secțiunea C, este declarat procentul de subcontractare de 30,66% pentru ..., caz în care, dacă procentul se referă la valoarea ..., înseamnă că respectiva asociere a desemnat un proiectant și executant de rețele de utilități, ca subcontractant pe proiectarea întregului contract.

În cazul în care procentul de 30,66% se referă la valoarea totală a ofertei, contestatorul precizează că asocierea a declarat un executant de rețele de utilități ca fiind subcontractant pe o parte importantă din lucrările de execuție lucrări de drumuri, caz în care, se pune întrebarea cu privire la nivelul calitativ al lucrărilor, precum și la resursele umane și materiale (utilaje și echipamente) alocate pentru această activitate.

4. în ceea ce privește propunerea financiară prezentată de asocierea ... - ... – ... – ..., ... consideră că este subevaluată, având în vedere următoarele aspecte:

Contestatorul precizează că dispune de o baza de producție în județul ..., cu o importantă flotă de utilaje/echipamente tehnice și instalații, necesare pentru îndeplinirea în bune condiții a contractului de achiziție. Prin comparație cu oferta clasată pe locul doi, în cazul atribuirii contractului, asocierea clasată pe locul doi ar trebui să realoce pe amplasamentul lucrării numeroase auto utilaje, cu costuri însemnate în ponderea propunerii financiare. Ținând cont că membrii asocierii au sediile sociale în județele Botoșani, Satu Mare, inclusiv Bulgaria (exemplu asociatul ...), se concluzionează că utilajele /echipamente tehnice și instalațiile declarate și necesare pentru îndeplinirea contractului, în fapt, sunt existente la sute de kilometri de amplasamentul lucrării (... - Botoșani și Satu Mare, ... - Bulgaria), relocarea acestora generând costuri substanțiale, acest aspect esențial conducând la majorarea ofertei financiare (valoarea ofertată). Costurile la care s-a făcut referire trebuind să se regăsească imperativ în propunerea financiară prezentată.

Mai mult decât atât, așa cum a arătat și în cazul ofertei clasate pe primul loc, contestatorul apreciază că nici această asociere nu a luat în calcul refacerea marcajelor rutiere și eventuale intervenții la stratul de uzură, în perioada de garanție de bună execuție.

Analizând aceste aspecte, ... consideră că autoritatea contractantă a tratat superficial evaluarea ofertelor, din toate punctele de vedere și cu precădere în ceea ce privește propunerile financiare.

Totodată, contestatorul subliniază că marcajele în cadrul ofertei sale, impuse de autoritatea contractantă prin listele de cantități, însumează 2.911.609,55 lei, iar diferența între oferta sa și cea clasată pe locul doi, este de 2.874.670,62 lei, de unde rezultă că doar din refacerea marcajului, oferta clasată pe locul doi depășește oferta depusă de asocierea contestatoare, cu atât mai mult cu cât, așa cum a arătat și la oferta clasată pe primul loc, se poate impune chiar intervenții asupra stratului de uzură în perioada de garanție, cheltuieli ce trebuie susținute din ansamblul ofertei financiare prezentate.

De asemenea, contestatorul consideră că asocierea reprezentată de ... nu poate justifica valoarea prețului ofertat (oferte de preț, parc de auto utilaje), care sa susțină oferta de preț prezentată.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... solicită C.N.S.C. anularea adresei nr. 92/66953/26.09.2018, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestei decizii, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost declarată admisibilă și clasată pe locul II, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestei decizii, anularea raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor prezentate de către asocierea ... - ... – ... – ... și de către asocierea ... - ... – ... – ..., rectificarea documentelor ce rezultă din acest proces, astfel încât să se asigure respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și accesul la dosarul achiziției publice.

Prin punctul de vedere nr. 15B/5375/11.10.2018, transmisă prin adresa nr. 92/72119/18.10.2018, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 42954/18.10.2018, ... evocă prevederile art. 66 alin. (4) și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, referitor la afirmația contestatorului cu privire la postarea în SEAP *„în data de 27.09.2018 un extras al raportului procedurii nr. 92/69517/08.10.2018, încălcând principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare*” și consideră că respectiva afirmație nu poate fi reținută, deoarece aceasta a respectat prevederile legislative în domeniul achizițiilor publice.

Autoritatea contractantă precizează că toți membri asocierii ... - ... – ... – ..., asocierea ... - ... – ... – ..., precum și asocierea ... - ... - ... au completat Formularul nr. 8 - Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial, unde au menționat că propunerile tehnice financiare au caracter confidențial, pentru a nu le prejudicia interesele legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, iar aceasta a fost obligată de prevederile Formularului nr. 8 completat de către ofertanți, să prezinte astfel raportul procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 în platforma electronică SEAP în data de 27.09.2018.

Având în vedere cele menționate, autoritatea contractantă face precizarea că a atașat în SEAP raportul procedurii de atribuire fără părțile/informațiile din conținutul propunerilor financiare și tehnice precizate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile, astfel cum acestea au fost precizate în ofertele depuse.

Cu privire la afirmația contestatorului că *„În acest caz, asocierea noastră se consideră vătămată de către autoritatea contractantă prin eliminarea unor informații esențiale privind analiza ofertelor clasate pe locul 1 și 2 în cadrul prezentei proceduri*”, autoritatea contractantă consideră că acesta nu se poate considera parte vătămata, deoarece prezentarea

raportul procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 în platforma electronică SEAP în data de 27.09.2018, s-a făcut cu respectarea prevederilor Formularului nr. 8 prezentat de către ofertanți, iar în cadrul procedurii de atribuire, rolul de examinator privind analiza ofertelor clasate pe locul 1 și 2 îl are doar comisia de evaluare, numită prin decizia nr. 597 din 23.04.2018 emisă de către directorul general al ...

Totodată, cu privire la susținerea contestatorului că autoritatea contractantă a analizat superficial, subiectiv și incorect ofertele și că se încalcă toate prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016, în speță garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, aceasta arată că analizarea ofertelor prezentate s-a făcut de către comisia de evaluare în baza documentelor prezentate în propunerile tehnice și financiare, cât și a răspunsurilor la solicitările de clarificări, cu respectarea în totalitate a prevederilor articolului amintit, clasamentul final fiind decis de valoarea propunerii financiare prezentate de către fiecare ofertant.

Referitor la criticile contestatorului, autoritatea contractantă arată că, urmare adresei asocierii ... - ... – ... – ... nr. 2235/07.08.2018 și analizând solicitarea cât și motivația *„solicităm decalarea de termen pentru a putea intra în posesia documentelor de la cei doi parteneri ai noștri din afara țării, respectiv societatea ... - asociat și societatea ...- ...”*, s-a decis decalarea termenului de răspuns până la data de 14.08.2018.

În raportul procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 prezentat în platforma electronică SEAP în data de 27.09.2018, autoritatea contractantă precizează că s-a strecurat o eroare materială în adresa sa nr. 92/59079/23.08.2018, la Constatarea nr. 1 *„Comisia de evaluare a constatat că certificatul de atestare fiscală nr. 12/2018/17689/12.02.2017, emis de Administrația Financiară - Direcția provincială I ...”*, unde s-a greșit transcrierea anului 2017 în loc de 2018, așa cum este în documentul *„Certificat de atestare fiscală conform sistemului informativ al evidenței fiscale”* prezentat de asocierea ... - ... – ... – ..., ca urmare a solicitării comisiei de evaluare de a prezenta documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE și în documentația de atribuire și unde acest document are nr. 2018/17689/12.02.2018.

În continuare, autoritatea contractantă arată că a solicitat, prin adresa nr. 92/59079/23.08.2018, clarificarea/completarea documentelor depuse de terțul susținător ...- ..., Clarificarea 1 *„Comisia de evaluare solicită Asocierii să transmită pentru Terțul susținător ...- ... certificatul privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul consolidat, actualizat”*, ca acesta să actualizeze Certificatul de atestare fiscală conform sistemului informativ al evidenței fiscale nr. 2018/17689/12.02.2018. Urmare solicitării comisiei de evaluare, asocierea ... - ... – ... – ... a transmis prin adresa nr. 2567/12.09.2018, Certificatul privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul consolidat, actualizat, având nr. 2018/148408/31.08.2018.

Comisia de evaluare a verificat formularele DUAE depuse de ofertanți și a constatat că rezultă că aceștia îndeplinesc criteriile de calificare în conformitate cu cerințele documentației de atribuire.

Pentru oferta clasata pe primul loc, în conformitate cu art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă a solicitat asocierii ... - ... – ... – ... să prezinte documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu cerințele documentației de atribuire. În urma analizării documentelor prezentate, comisia de evaluare a solicitat, în conformitate cu art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, completarea/clarificarea documentelor depuse și a formulat următoarea solicitare de clarificări: *„solicită Asocierii pentru ofertanții asociați, terțul susținător și subcontractanți să prezinte o declarație pe propria răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare*".

Autoritatea contractantă precizează că a solicitat completarea documentelor justificative depuse, prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, conform prevederilor art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și nu așa cum evocă contestatorul: *„în mod nelegal și abuziv comisia de evaluare a decis să solicite în data de 23.08.2018 ofertantului ... - ... – ... – ... să prezinte o declarație pe propria răspundere privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea 98/2016*".

Referitor la afirmația contestatorului că oferta prezentată de asocierea ... - ... – ... – ... „este subevaluată în tot ansamblul ei", autoritatea contractantă precizează că a solicitat respectivei asocieri, în conformitate cu art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 134 alin. (1) din H,G, nr. 395/2016, art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 136 din H,G, nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, clarificări cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut propus în ofertă.

Urmare documentelor prezentate de asocierea ... - ... – ... – ..., autoritatea contractantă a analizat și verificat informațiile cuprinse în aceste documente și a constatat că prin oferta prezentată, asocierea poate îndeplini în mod corespunzător contractul de lucrări.

Totodată, autoritatea contractantă menționează că în cadrul documentației de atribuire nu există nicio referire la obligativitatea declarării unui subcontractant de specialitate pentru lucrări de amenajare trecere la nivel cu calea ferată și, în conformitate cu art. 151 lit. b) și art. 219 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, asocierea declarată câștigătoare poate implica noi subcontractanți pe durata executării contractului.

Cu privire la criticile contestatorului referitor la oferta depusă de către asocierea ... - ... – ... – ..., autoritatea contractantă a constatat că în cuprinsul Formularului nr. 1 - Scrisoare de Garanție de Participare, nu se regăsesc datele de identificare fiscală ale ofertantului, motiv pentru care comisia de evaluare a solicitat clarificări, în conformitate cu prevederile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016.

Referitor la afirmația contestatorului că oferta depusă de asocierea ... - ... – ... – ... nu a îndeplinit: a. Cerința imperativă solicitată privind Capacitatea tehnică - Cerința 1 (experiență similară Execuție), autoritatea

contractantă arată că, urmare verificării informațiilor cuprinse în formularul DUAE, a formulat solicitarea de clarificare: *„... Comisia de evaluare vă solicită pentru ... - Asociat 1, transmiterea DUAE revizuit, Partea a IV-a, lit. C, astfel încât să rezulte care este valoarea lucrărilor duse la bun sfârșit în ultimii 5 ani, întrucât, perioada de derulare a contractelor menționate în DUAE depășește perioada de referință*", iar acesta a răspuns că *„Ofertantul ... - Asociat 1, a retransmis - DUAE revizuit, Partea a IV-a, lit. C, cu valoarea lucrărilor duse la bun sfârșit în ultimi 5 ani (în perioada de referință, operatorul economic a îndeplinit lucrări de tipul ...) de la data de depunere a ofertelor, în sumă totală de 89.388.903,00 lei*".

Totodată, autoritatea contractantă evocă și răspunsul nr. T 1077 din 02.04.2018 transmis de ... la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare nr. 92/21193/26.03.2018, referitor la demonstrarea experienței similare, conform Cerinței nr. 1 din fișa de date a achiziției, prin care s-au prezentat lucrările executate de ... - Asociat 1 și de ..., cu valoarea totală a lucrărilor de 107.204.341,38 lei fără TVA.

În urma verificării formularelor DUAE privind Capacitatea tehnică - Cerința 2 (experiența similară PROIECTARE), autoritatea contractantă arată că a constatat că este îndeplinită de terțul susținător tehnic ... cu un total de 6.694.076,81 lei, pentru servicii de proiectare elaborare Proiecte tehnice.

Referitor la afirmația contestatarului că ... deține un procent de subcontractare de 30,66%, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

- urmare verificării formularelor DUAE, s-a constatat că asocierea ... - ... – ... – ... nu a menționat procentul de subcontractare pentru subcontractantul ... și a solicitat formularul revizuit, în care să fie cuprins și procentul de subcontractare;

- asocierea a răspuns solicitării de clarificări, respectiv a transmis formularele DUAE revizuite, iar în urma verificării acestora, comisia de evaluare a constatat că procentul declarat de 30,66% reprezintă procent din serviciile de proiectare și asistență tehnică ale asociatului ... și conform acordului de asociere depus, deține o cotă de participare de 1,8% în cadrul asocierii și nu din total ofertă.

Referitor la afirmația contestatorului că oferta prezentată de asocierea ... - ... – ... – ... este subevaluată, autoritatea contractantă precizează că a solicitat acesteia, în conformitate cu art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 136 din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, clarificări cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut propus în ofertă.

Urmare documentelor prezentate de asocierea ... - ... – ... – ..., comisia de evaluare a analizat și verificat informațiile cuprinse în acestea și a constatat că prin oferta prezentată, respectiva asociere poate îndeplini în mod corespunzător contractul având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică și execuție «Modernizare ...km 1+350-km 44+600; km 49+194-km 52+649»".

Concluzionând, ... solicită respingerea contestației formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., ca nefondată.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent din 19.10.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 43226/22.10.2018, ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... – ... – ..., ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire în cauză, a formulat cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, prin care solicită admiterea acesteia, respingerea contestației ... ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Intervenientul evocă, cu titlu prealabil, interesul său și admisibilitatea cererii de intervenție în interesul autorității contractante, arătând că prin adresa nr. 66951/26.09.2018, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că în urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii și a aplicării criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate-preț, oferta sa a fost declarată câștigătoare.

Astfel, având în vedere dispozițiile art. 61 alin. (1) și alin. (3) și art. 67 din NCPC, art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 161 din Legea nr. 554/2004, ... precizează că a formulat cererea de intervenție în interesul autorității contractante, iar interesul său rezidă în solicitarea formulată de către contestator ca oferta sa să fie reanalizată, ca și a ofertantului situat pe locul al doilea și să fie declarate inacceptabile și excluse din procedura de atribuire.

Cu privire la confirmarea interesului unui ofertant declarat câștigător de a interveni în cadrul procedurilor de soluționare a contestațiilor aferente respectivei proceduri, intervenientul evocă jurisprudența aferentă (Decizia Civilă nr. 575/CA din 18.11.2009 a Curții de Apel Constanța, Secția Comercială, Maritimă și Fluvială, Contencios Administrativ și Fiscal).

Pe cale de excepție, intervenientul arată că respectiva contestație este lovită de nulitate, întrucât documentul nu îndeplinește cerințele prevăzute de legislația achizițiilor publice, mai exact acelea prevăzute la art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, nefiind indicate motivele de fapt și de drept concrete în cuprinsul contestației.

Astfel, în conformitate cu prevederile din art. 10 din Legea nr. 101/2016, orice contestație depusă de către o persoană care se consideră vătămată, trebuie să includă câteva elemente obligatorii, care sunt în mod explicit indicate în cuprinsul acestui articol, pentru a nu fi anulabilă (în acest sens la lit. f) se precizează că în cuprinsul contestației trebuie să fie inclusă motivarea în fapt și în drept a acesteia).

Intervenientul solicită Consiliului să constate că în cuprinsul contestație lipsește în fapt, atât motivarea în drept, cât și motivarea în fapt. Se poate observa că respectiva contestație include simple afirmații cu referire la aspecte cu privire la care contestatorul afirmă că ar fi nelegale, fără însă a preciza în mod concret care sunt elementele specifice, corelate cu prevederile legale specifice, care nu sunt respectate.

Primul motiv invocat de către contestator și care este mai dezv...at decât celelalte două, cărora spațiul alocat este simbolic, nu face referire la prevederile legale concrete care nu sunt respectate de către autoritatea contractantă, în aprecierea intervenientului. Contestatorul se rezumă la a face afirmații cu privire la solicitări de clarificări și/sau completări ale autorității contractante, care ar fi fost prea multe, în opinia acesteia și prin care s-ar fi acordat termene prea lungi. Lipsesc referirile la prevederile

legale nerespectate de către autoritatea contractantă sau cel cu privire la cerințele documentației de atribuire neîndeplinite de către intervenient.

În ceea ce privește al doilea și al treilea motiv invocat de către contestator, intervenientul susține că nu se identifică motivarea în fapt și care este aceea în drept, contestatorul făcând simple alegații, fără a aduce niciun fel de elemente concrete care să susțină cele invocate.

Pentru aceste considerente, ... solicită C.N.S.C. să anuleze contestația ca fiind nemotivată.

Pe fondul cauzei, referitor la criticile contestatorului, intervenientul arată următoarele:

1) oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost declarată în mod legal câștigătoare

Cu titlu preliminar, intervenientul supune atenției Consiliului modul în care contestatorul, fără a putea prezenta motive concrete și fără a putea justifica un interes real, fiind clasată pe locul al III-lea, încearcă să descopere anumite aspecte în raportul procedurii, pe care să-și întemeieze demersul, evident nefondat.

Astfel, intervenientul precizează faptul că asocierea contestatoare încearcă să argumenteze că solicitările de clarificare ale autorității contractante din cadrul procesului de evaluare, ar fi un demers de a declara oferta ca fiind câștigătoare, cu toate că, în opinia sa, modalitatea de a acționa a acesteia, nu poate decât să dovedească contrariul, respectiv faptul că s-a realizat o evaluare detaliată a ofertelor, respectând procedurile prevăzute de legislația aplicabilă. Transmiterea de solicitări de clarificare și/sau completare nu este un demers opțional al autorității contractante, ci este o obligație legală a acesteia, astfel stabilită, tocmai pentru a obliga comisiile de evaluare de a nu realiza o analiză superficială sau în baza unor elemente insuficiente, a ofertelor depuse, ci pentru a realiza o analiză temeinică, completată sau confirmată cu informații/documente de la ofertanți.

În acest sens, intervenientul evocă prevederile art. 127 alin. (1) și art. 134 alin. (1) și (3) din H.G. nr. 395/2016 și susține că obligația stabilirii atât a clarificărilor și/sau completărilor necesare, cât și a termenului în care ofertantul trebuie să răspundă, revine comisiei de evaluare, care trebuie să stabilească aceste elemente, de la caz la caz, în funcție de volumul și complexitatea aspectelor analizate. Având în vedere complexitatea procedurii de atribuire, precum și structura de participare a asocierii interveniente, aceasta consideră că perioada de evaluare ce a fost necesară comisiei de evaluare, precum și termenele acordate, se circumscriu unei proceduri de o asemenea anvergură, nefiind impuse de către legiuitor termene maxime în acest sens.

În ceea ce privește legalitatea solicitării de completări și/sau clarificări cu privire la documentele justificative ca dovada a informațiilor depuse în DUAE, intervenientul menționează prevederile art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, subliniind faptul că, în funcție de complexitatea și volumul de documente existent, comisia de evaluare poate face aplicarea prevederilor din articolul anterior menționat.

Totodată, intervenientul menționează că asocierea contestatoare încearcă să găsească, în orice mențiune precizată în raportul procedurii, un

motiv de excludere cu privire la ceilalți ofertanți, chiar dacă nu are argumente în acest sens. Dorința de a îndeplini atribuțiile comisiei de evaluare a condus probabil și la critica cu privire la neincluderea în raportul procedurii a detaliilor tehnice și financiare, care sunt declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

În ceea ce privește afirmația contestatorului cu privire la cele menționate în raportul procedurii, cum că intervenientul nu ar fi prezentat documente din care să rezulte neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, acesta solicită Consiliului să analizeze documentele justificative depuse în dovedirea informațiilor cuprinse în DUAE și incluse în dosarul achiziției publice și să observe că acesta a depus toate documentele edificatoare menționate în legislația aplicabilă, cât și în fișa de date a achiziției, la pagina 5. La solicitarea autorității contractante, intervenientul a depus și declarații pe proprie răspundere.

Pentru aceste considerente, asocierea intervenientă solicită Consiliului să respingă motivele invocate de contestator și să mențină rezultatul procedurii de atribuire.

2) Cu privire la cel de-al doilea motiv al contestatorului de respingere a ofertei intervenientului, respectiv faptul că propunerea financiară ar fi subevaluată

Intervenientul susține că asocierea contestatoare nu aduce în fapt niciun argument viabil în susținerea celor invocate. Așa-zisele argumente se rezumă la simple calcule comparative ale propunerilor financiare ale ofertanților situați pe primele trei locuri, încercând mai întâi prin procente, apoi prin expresii monetare, să convingă Consiliul de subevaluarea respectivei oferte.

... consideră că nu există elemente concrete pe care contestatorul să le prezinte și din care să rezulte eventuala subevaluare a ofertei sale. Sumele pe care contestatorul le menționează nu au nicio relevanță, în condițiile în care aceasta nu poate indica nici un element concret al propunerii financiare a intervenientului și care ar fi subevaluat. Procentul de 62% considerat de către contestator ca fiind prea mic, nu poate decât să dovedească lipsa de experiență a acestuia.

Totodată, contestatorul menționează faptul că lucrările de întreținere, necesare pe perioada de garanție, nu ar putea fi susținute de către intervenient, care precizează că nu există elemente suplimentare indicate care ar putea să justifice aceste afirmații.

... consideră că procedura contestației, reglementată de către legiuitor, a dorit să creeze persoanelor vătămate posibilitatea de a lua anumite măsuri atunci când au fost constatate anumite nereguli în cadrul procedurilor de achiziție publică și arată că nu poate fi de acord cu demersul unui ofertant necâștigător, care dorește să conteste rezultatul procedurii, indiferent dacă există sau nu nereguli concrete constatate.

3) Cu privire la cel de-al treilea motiv invocat de către contestator, respectiv faptul că una din societățile membre ale asocierii sau unul dintre subcontractanții acesteia ar trebui să fie autorizați AFER

Intervenientul arată că asocierea contestatoare nu indică unde este inclusă în documentația de atribuire cerința cu privire la necesitatea prezentării unei autorizații AFER a ofertantului, la momentul ofertării.

Această cerință nu este inclusă în documentația de atribuire și autoritatea contractantă nu a considerat necesară includerea unei astfel de cerințe, având în vedere volumul redus al respectivelor lucrări. Dacă aceasta ar fi considerat necesară o astfel de cerință, ar fi inclus-o în documentația de atribuire, astfel cum a făcut și în cazul altor lucrări.

În continuare, intervenientul susține că, suplimentar, prevederile legale permit oricărui executant, căruia i-a fost atribuit un contract de achiziție publică, ca în implementarea acestuia, să declare subcontractanți noi, potrivit art. 151 lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

Având în vedere aspectele mai sus menționate, intervenientul solicită Consiliului să constate că nici acest motiv invocat de către asocierea contestatoare nu este întemeiat și, prin urmare, să-l respingă.

Față de considerentele invocate, coroborate cu înscrisurile depuse la dosarul cauzei, ... consideră că autoritatea contractantă a realizat o analiză și o evaluare corectă a ofertei sale, declarându-i oferta câștigătoare după aplicarea criteriului de atribuire cel mai bun raport calitate-preț, în mod corect și legal.

Concluzionând, asocierea ... - ... – ... – ... solicită C.N.S.C. să facă aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și să dispună respingerea contestației asocierii ... – ... – ... ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii și a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă.

Totodată, intervenientul solicită Consiliului ca în baza prevederilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să îi acorde accesul la dosarul cauzei, în vederea studierii, fotocopierii acestuia și formulării de concluzii scrise.

Prin adresa nr. 660/29.10.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 44516/29.10.2018, ... transmite concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice și prin care face următoarele aprecieri:

A. Cu privire la oferta prezentata de asocierea ... - ... – ... – ...

1. Referitor la critica conform căreia, prin neprezentarea certificatului de atestare fiscală valabil la momentul prezentării de către terțul susținător ...- ..., oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost desemnată admisibilă și câștigătoare, în mod nelegal și abuziv, se învederează următoarele:

Contestatorul evocă prevederile Cap. III.2.1) - Situația personală a ofertantului din fisa de date a achiziției, prin care se solicită ca ofertantul unic/ofertantul asociat/subcontractantul/terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 165 din Legea nr. 98/2016 și că persoanele juridice străine vor prezenta orice documente edificatoare eliberate de instituțiile autorizate ale țării de origine (certificate de atestare fiscală, caziere judiciare, alte documente echivalente, etc.) prin care să dovedească faptul că și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, în conformitate cu legislația națională a țării de rezidență a ofertantului unic/ofertantului asociat/subcontractantului/terțului susținător sau a țării în care ofertantul unic/ofertantul asociat/subcontractantul/terțul susținător este stabilit și din care trebuie să reiasă lipsa datoriilor restante la momentul prezentării acestora.

Cu privire la acest aspect, contestatorul apreciază că prezintă relevanță în soluționare prevederile art. 134 din H.G. nr. 395/2016 și art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Or, față de modul de evaluare a ofertelor, contestatorul constată că în mod nelegal și abuziv, autoritatea contractantă a decis să solicite în data de 23.08.2018, asocierii ... - ... – ... – ..., retransmiterea (deci nu să clarifice sau să completeze formal, potrivit art. 134 din H.G. nr. 395/2016) certificatului actualizat privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat de către terțul susținător ...- ..., acordându-i acestuia un nou termen de încă 22 de zile (14.09.2018) pentru depunerea certificatului pus în discuție (perioada scursă de la 23.08.2018 - 14.09.2018).

Elementul esențial considerat de către contestator, constă în faptul că terțul susținător ...- .... a avut obligația să prezinte la data de 14.08.2018 (prima solicitare) certificatul în cauză, însă autoritatea contractantă, în mod abuziv și ilicit, a înțeles să-l favorizeze, acordându-i acestuia încă un termen de 22 zile până rezolvă problema cu certificatul, în condițiile în care legiuitorul a statuat că în funcție de volum și complexitate, termenul este de minim 3 zile lucrătoare.

Relevant în soluționare este faptul că în adresa nr. 2314/14.08.2018, asocierea ... - ... – ... – ... precizează: *„Referitor la certificatul privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat al terțului susținător, dorim să facem următoarele precizări: (...) La data transmiterii prezentului răspuns, societatea ...are îndeplinite obligațiile de plată a impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, respectiv Administrația Financiară. În susținerea celor declarate mai sus, atașăm prezentei următoarele documente: Declarație pe propria răspundere cu privire la îndeplinirea integral a obligațiilor de plată ...; Dovada depunerii cererii de eliberare a unui nou certificat de atestare fiscală ... înregistrată în data de 13.08.2018”.*

Contestatorul arată că cererea de eliberare a unui nou certificat de atestare fiscală depusă de ...în data de 13.08.2018 ora 09:51:34, are nr. de înregistrare 0144247. Or, verificând conținutul certificatului de atestare fiscală nr. 2018/148408/31.08.2018 prezentat de terțul susținător în data de 12.09.2018, anexat la adresa nr. 2567 transmisă de ..., se precizează că certificatul a fost emis de administrația financiară în baza cererii nr. 148408 din de 28.08.2018.

Pe cale de consecință, față de situația în fapt, ... constată că:

- pe de o parte:

Declarația pe propria răspundere prezentată de ...la data de 14.08.2018 furnizează informații care nu reflectă realitatea, declarația fiind neconformă și mincinoasă, acest operator economic neavând achitate obligațiile către bugetul local și bugetul consolidat la data declarării 14.08.2018, pe cale de consecință, ...făcându-se astfel vinovat de încălcarea prevederilor legislației penale privind falsul în declarații publice;

Cererea înregistrată cu nr. 0144247 în data de 13.08.2018 la Administrația Financiară Direcția Provinciala I din ..., de fapt reprezintă un artificiu catalogat drept dovadă, atât de către terțul ..., cât și de către liderul

... (terțul susținător ...neavând achitate obligațiile de plată la data de 13.08.2018 - data depunerii cererii 0144247 și prezentării declarației pe propria răspundere);

În realitate, ...și-a achitat obligațiile de plată mult după data de 13.08.2018, material probatoriu fiind cea de-a doua cerere depusă, în baza căreia a fost eliberat certificatul de atestare fiscală nr. 2018/148408/31.08.2018 (cererea nr. 148408 depusă de ...în data de 28 august 2018).

- pe de altă parte:

prin transmiterea de către autoritatea contractantă a adresei nr. 92/59079/23.08.2018 către asocierea ... - ... – ... – ..., aceasta a încălcat prevederile art. 134 din H.G. nr. 395/2016;

în condițiile în care legiuitorul a prevăzut în mod expres în cadrul art. 209 din Legea nr. 98/2016 că autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat, prin transmiterea adresei nr. 92/59079/23.08.2018, comisia de evaluare a creat un avantaj evident în favoarea acestui ofertant, fiind încălcate atât dispozițiile art. 134 din H.G. nr. 395/2016, cât și cele ale art. 209 din Legea nr. 98/2016, implicit principiile enunțate la art. 2 din același act normativ.

Față de cele evocate, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, contestatorul arată că autoritatea contractantă avea obligația de a respinge oferta asocierii ... - ... – ... – ... ca inacceptabilă.

2. Referitor la capătul de cerere ce a vizat nedeclararea de către asocierea ... - ... – ... – ..., la data depunerii ofertei, a unui subcontractant de specialitate pentru execuția lucrărilor de trecere la nivel cale ferată km 43+160, contestatorul solicită aplicarea și asigurarea practicii unitare, prin luarea în considerare a deciziei C.N.S.C. nr. 3492/C7/4468/29.12.2017.

În principal, contestatorul supune atenția asupra dispozițiilor următoarelor acte normative în vigoare:

- Ordonanța de Urgență nr. 12/1998 privind transportul pe căile ferate ...ne și reorganizarea Societății Naționale a Căilor Ferate Române, cu modificările și completările ulterioare, unde la art. 11 alin. (1) se stipulează: *„(1) Infrastructura feroviară publică se compune din:*

a) liniile ferate de circulație, terenul aferent pe care sunt construite, precum și terenurile situate de o parte și de alta a axei căii ferate, care constituie zona de siguranță a infrastructurii feroviare;

b) podurile, tunelurile, viaductele și alte lucrări de artă, care au legătură cu liniile ferate deschise circulației publice, precum și terenurile aferente acestora;

c) lucrările geotehnice de protecție și de consolidare, plantațiile de protecție a liniilor ferate și terenurile aferente pe care sunt amplasate;

d) instalațiile fixe de siguranță și de conducere operativă a circulației feroviare;

d) triajele de rețea ale căii ferate și terenurile aferente acestora;

e) alte instalații și clădiri aferente infrastructurii feroviare.”

- Ordinul nr. 290/13.04.2000 privind admiterea tehnică a produselor și/sau serviciilor destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare,

întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru transportul feroviar și cu metroul, cu modificările și completările ulterioare, art. 1 alin. (1) și (2), unde se stipulează: *„(1) În domeniul transportului feroviar și cu metroul produsele și/sau serviciile destinate utilizării în activitățile de construire, modernizare, întreținere și de reparare a infrastructurii feroviare și a materialului rulant, pentru a fi admise din punct de vedere tehnic, trebuie să fie realizate de agenți economici autorizați și supravegheați din punct de vedere tehnic, denumiți în continuare furnizori feroviari, care fac dovada omologării tehnice feroviare sau, după caz, a deținerii unui agrement tehnic feroviar pentru fiecare produs și/sau serviciu furnizat;*

(2) Autorizarea și supravegherea, din punct de vedere tehnic, a furnizorilor feroviari, omologarea tehnică feroviară și emiterea argumentelor tehnice feroviare se efectuează de către Autoritatea Feroviară Română - AFER, în calitate de organism desemnat de Ministerul Transporturilor pentru a evalua conformitatea produselor și/sau serviciilor și pentru a realiza activități de inspecție tehnică feroviară în domeniul transportului feroviar și cu metroul" și art. 2 alin. (1): *„Produsele indigene necesare pentru realizarea activităților prevăzute la art. 1, care pot influenta siguranța circulației și securitatea transporturilor, calitatea serviciilor de transport, sănătatea oamenilor și protecția mediului, denumite în continuare produse feroviare critice, poate fi efectuată numai de către furnizorii feroviari, dacă aceștia fac dovada că dețin un agrement tehnic pentru fiecare serviciu prestat*".

Contestatorul susține că este relevant de subliniat că, în conformitate cu legislația specifică la care face trimitere particularitatea activității/obiectului „Amenajare trecere la nivel cu C.F.", acest tip de lucrare poate fi executată numai de către o societate care deține autorizație de furnizor feroviar - AFER valabilă.

În acest sens, se constată că în mod nelegal, autoritatea contractantă a declarat admisibilă oferta depusă de asocierea ... - ... – ... – ... Elementul esențial constă în faptul că obiectul contractului ce urmează a fi atribuit include și unele activități specifice (ex. Amenajare trecere la nivel CF, Servicii de proiectare relocări de utilități, Servicii asanare muniție, Servicii de investigații arheologice, etc.), aspect ce indică faptul că aceste tipuri de lucrări pot fi executate numai de către societăți autorizate (ex: Autorizație AFER, Autorizație ANRE, Autorizație IGPR, în funcție de caz).

... evocă noțiunea de subcontractant, care este definită la art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016 și susține că, pentru orice activitate care face parte din obiectul contractului de achiziție publică, îndeplinită de către un terț, acesta va avea statutul juridic al unui subcontractant.

Pe cale de consecință, contestatorul precizează că ofertanții au avut obligația subcontractării, la momentul depunerii ofertelor, și, deci obligația subsecventă de a declara toți subcontractanții și de a depune acordurile de subcontractare încheiate cu aceștia, DUAE, etc, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Astfel, în practica instanțelor, s-a hotărât că ofertanții sunt obligați să își declare în ofertă subcontractanții, sub sancțiunea neacceptării declarării ulterioare a lor (Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și

fiscal, Decizia nr. 8066/18.12.2014, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 5654/16.05.2013 și Decizia nr. 758/15.03.2017).

Or, luând în considerare, pe de o parte, prevederile Secțiunii II Obiectul Contractului, Secțiunea III.2.3. Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința 3 – Informații privind subcontractanții din fișa de date a achiziției și, pe de altă parte, cap. IV.4.1. - Modul de prezentare a propunerii tehnice și Formularul nr. 11 Metodologia de lucru, precum și cap. IV.4.2. - Modul de prezentare a propunerii financiare, Anexa nr. 2 la Formularul nr. 12 Centralizator valoric, contestatorul concluzionează că ofertanții au avut obligația, la momentul ofertării, să stabilească în Anexa nr. 2 la Formularul 12 din propunerea financiară, prețuri separate pentru fiecare obiect în parte din listele de cantități, iar în propunerea tehnică să prezinte descrierea metodologiei de lucru, deci inclusiv pentru execuția lucrărilor de trecere la nivel cale ferată.

Totodată, contestatorul apreciază că prezintă relevanta în soluționare faptul că în cadrul documentației tehnice atașate în SEAP (memoriu general, caiet de sarcini, planșe de execuție, liste de cantități, precum și anexa 2 la formularul 12), achizitoarea a pus la dispoziția operatorilor economici informații necesare referitoare la lucrările ce urmează a se executa în zona de siguranță și protecție a căii ferate, respectiv activitatea de „amenajare trecere la nivel cu calea ferată”. Trebuie reținut că autoritatea contractantă a precizat și a solicitat în documentația de atribuire că operatorii economici au obligația de a elabora propunerea financiară cu consemnarea valorii alocată fiecărei activități (obiect), implicit pentru activitatea de amenajare trecere la nivel cu calea ferată.

În concluzie, din economia tuturor celor evocate mai sus, contestatorul constată că pentru execuția lucrărilor de „amenajare trecere la nivel cale ferată”, asocierea ... - ... – ... – ... a avut obligația să facă dovada deținerii autorizației de furnizor feroviar - AFER valabilă sau la momentul depunerii ofertelor să declare un subcontractant de specialitate care să execute lucrările în cauză și care să dețină autorizația pusă în discuție.

B. Cu privire la ofertele financiare prezentate de cele 2 asocieri clasate pe locul I, respectiv locul II

1. a) în ceea ce privește propunerea financiară prezentata de asocierea ... - ... – ... – ..., contestatorul consideră că aceasta este subevaluată.

Analizând documentele la care contestatorul a avut acces la studierea dosarului achiziției publice, acesta a identificat fișe de evaluare/grile de evaluare a propunerii financiare, în cadrul cărora sunt precizate valorile din cadrul evaluării ofertelor pe fiecare obiect în parte. Astfel, valoarea estimată de autoritatea contractantă pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului este de 5.208.150 lei fără TVA, valoarea ofertata de acesta este de 4.421.298.30 lei fără TVA, valoarea ofertată de ... este de 3.837.151 lei fără TVA, iar valoarea ofertată de ... este de 2.222.063,28 lei fără TVA, ceea ce reprezintă 42,67 % din valoarea estimată de autoritatea contractantă.

Contestatorul face precizarea că prezenta licitație are la bază un studiu de fezabilitate întocmit în anul 2008, cu câteva actualizări la nivel general

realizate în anul 2016, iar valoarea ofertată pentru activitatea de proiectare de către asocierea ... - ... – ... – ... nu poate asigura realizarea unui proiect tehnic la nivelul calitativ impus de obiectul contractului, implicit de cerințele imperative ale documentației de atribuire. Mai mult decât atât, deși comisia de evaluare a constatat că valoarea de proiectarea este subevaluată (42,67% din valoarea estimată de 5.208.150 lei), nu a solicitat clarificări cu privire la justificarea prețului pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică.

Cu privire la critica în ceea ce privește procentul de subcontractare de 30,66% repartizat lui ..., contestatorul arată că autoritatea contractantă precizează că procentul de 30,66% „reprezintă procent din serviciile de proiectare și asistență tehnică ale asociatului ..., însă conform Acordului de asociere nr. 1 din 15.01.2018 prezentat, această societate deține o cotă de participațiune de 1,8 % în cadrul asocierii.

Contestatorul subliniază că, inclusiv site-ul oficial al ..., precizează că aceasta este specializată în proiectarea și execuția lucrărilor de rețele, ceea ce înseamnă nu doar că oferta asocierii ... - ... – ... – ... este subevaluată, dar un procent de 30,66% va urma să fie realizat de către o societate care nu este abilitată să proiecteze lucrări similare celor ce fac obiectul contractului. Prin raportarea valorii de proiectare la valoarea totală a lucrărilor (capitolele 2, 3, 4, 5, 6 și 8), rezultă următoarele valori:

- asocierea ... a ofertat 3,65% din procentul proiectării raportat la valoarea ofertată a lucrărilor;
- asocierea ... a ofertat 3,63%;
- asocierea ... a ofertat 1,83%.

... apreciază că în analiza ofertei asocierii ... - ... – ... – ..., autoritatea contractantă a neglijat prevederile art. 136 din H.G. nr. 395/2016 și art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele mai sus prezentate, neconformitatea ofertei depuse de asocierea ... - ... – ... – ..., contestatorul arată că apare ca o consecință firească a ofertării unor prețuri pe care le consideră a fi nesustenabile și nerealiste, respectarea cerințelor autorității contractante, impuse prin documentația de atribuire, impunând un nivel calitativ crescut, cât și o dotare corespunzătoare cu personal și utilaje, sens în care apreciază că verificările realizate de comisia de evaluare pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor, este insuficient și lipsit de rigurozitate.

În continuare, contestatorul evocă prevederile H.G. nr. 907/2016, referitoare la cheltuielile conexe aferente organizării de șantier, pct. 5.1.2. și care reprezintă, practic, cheltuielile de funcționare a organizării de șantier pe toată perioada de derulare a contractului de achiziție, respectiv 18 luni.

Astfel, în aceasta situație, contestatorul menționează că:

- asocierea ... a cuprins o sumă de 25.000 lei/lună pentru asigurarea tuturor cheltuielilor mai sus nominalizate (cheltuielile conexe cuprinse în oferta financiară sunt de 450.000 lei/18 luni = 25.000 lei/lună);
- asocierea ... a cuprins în ofertă o sumă de 16.667 lei/lună pentru asigurarea tuturor cheltuielilor mai sus nominalizate (cheltuielile conexe cuprinse în oferta financiară sunt de 300.000 lei/18 luni = 16.667 lei/lună),

iar valorile cuprinse de cei doi ofertanți sunt insuficiente pentru asigurarea funcționării organizării de șantier, ținând cont că nici unul nu

dețin puncte de lucru în zonă, ceea ce implică realizarea unei organizări de șantier ample, care să asigure o funcționare corespunzătoare a șantierului.

Contestatorul reiterează faptul că obiectul principal al contractului este acela de realizare a lucrărilor de modernizare a drumului DN 52 și ținând cont că membrii asocierii au sediile sociale în județele Botoșani și Satu Mare (...), inclusiv Bulgaria (exemplu asociatul ...), concluzionând că utilajele/echipamente tehnice și instalații declarate și necesare pentru îndeplinirea contractului în fapt sunt existente la sute de kilometri de amplasamentul lucrării, relocarea acestora generând costuri substanțiale, acest aspect esențial conducând la majorarea ofertei financiare (valoarea ofertată). Costurile la care S-a făcut referire trebuind să se regăsească imperativ și sustenabil în propunerea financiara prezentată.

Totodată, contestatorul menționează că în categoria de lucrări Drum de la cap. 3, situația se prezintă astfel: asocierea ... a cuprins o valoare totală de 97.723.161 lei, reprezentând 89,9% din valoarea acestuia, iar asocierea ... a cuprins o valoare totală de 102.925.923 lei, reprezentând 94,73% din valoarea contestatorului de 108.653.005 lei.

Analizând punctual obiectele cuprinse în acest capitol, ... constată că asocierea ... are subevaluate toate obiectele care cuprind mixturile asfaltice și anume Reparații la sistemul tuiar existent, Suprastructură și Intersecții cu drumuri naționale, ale căror valori reprezintă procente între 87,22% la suprastructură (68.036.159 lei față de valoarea sa de 78.009.514 lei) și 88,65% la Intersecții (1.218.400 lei față de valoarea sa de 1.374.347 lei), de unde rezultă că această asociere a subevaluat Mixturile asfaltice și probabil straturile din balast și balast stabilizat. Mai mult, alt obiect subevaluat este cel de Rigole, șanțuri, casiuri, unde valoarea cuprinsă este de 3.276.476 lei, față de valoarea sa de 5.821.464 lei, reprezentând 56,28%.

Făcând o comparație între oferta prezentată de asocierea contestatoare și cea prezentată de asocierea declarată câștigătoare, ... concluzionează că aceștia au cuprins în ofertă un preț unitar pentru șanțurile din beton de cca. 103,6 lei/ml, de unde rezultă subevaluarea acestor lucrări. Această listă cuprinde o serie de 7 lucrări, dintre care 6 lucrări sunt nesemnificative în cadrul listei. În cadrul ofertei contestatorului, cele 6 poziții cuantifică valoarea de 303.278 lei. Asimilând cele 6 poziții ca fiind egale, rezultă că valoarea prezumtivă a șanțurilor din beton din oferta asocierii ... este de 3.276.476 lei - 303.278 lei = 2.973.197 lei. Această sumă, de împărțit la lungimea șanțurilor din beton de 28.700 ml, rezultă un preț unitar de cca 103 lei/ml.

Contestatorul apreciază că în analiza ofertei asocierii ... - ... – ... – ..., autoritatea contractantă a neglijat prevederile art. 136 din H.G. nr. 395/2016 și art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele mai sus prezentate, neconformitatea ofertei depuse de asocierea ... - ... – ... – ... apare ca o consecință firească a ofertării unor prețuri pe care le contestatorul le consideră a fi nesustenabile și nerealiste, respectarea cerințelor autorității contractante, impuse prin documentația de atribuire, impunând un nivel calitativ crescut, cât și o dotare corespunzătoare cu personal și utilaje, sens în care apreciază că

verificările realizate pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor este insuficient și lipsit de rigurozitate.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... solicită C.N.S.C. să dispună anularea adresei nr. 92/66953/26.09.2018, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestei decizii, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta asocierii ... - ... – ... – ... a fost declarată admisibilă și clasată pe locul II, precum și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza emiterii acestei decizii, anularea raportului procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor prezentate de către asocierea ... - ... – ... – ... și de către asocierea ... - ... – ... – ..., precum și rectificarea documentelor ce rezultă din acest proces, astfel încât să se asigure respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice.

Prin adresa nr. 3061/30.10.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 44884/31.10.2018, ... transmite concluzii scrise, ca urmare a studierii dosarului achiziției publice la sediul C.N.S.C. și a concluziilor scrise ale contestatorului, prin care solicită admiterea cererii de intervenție, astfel cum aceasta a fost formulată, respingerea ca neîntemeiată a contestației formulate de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Cu titlu preliminar, intervenientul învederează Consiliului că își menține în totalitate argumentele din cuprinsul cererii de intervenție și, prin prezentele concluzii scrise, răspunde, în principal, concluziilor scrise ale contestatorului.

I. în ceea ce privește susținerile contestatorului cu privire la valabilitatea certificatului fiscal al terțului susținător

Intervenientul evocă prevederile art. 196 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016 și Cap. III.2.1 a). II. Situația personală a candidatului sau ofertantului din fișa de date a achiziției și apreciază că, din analiza acestora, rezultă următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă stabilește care sunt documentele pe care le solicită ofertantului și pe care le consideră edificatoare în procesul de evaluare;

- documentele vor fi depuse de către ofertant la solicitarea autorității contractante;

- autoritatea contractantă are dreptul și, în același timp, obligația să stabilească care sunt documentele necesare pentru completarea sau clarificarea documentelor justificative.

Astfel, rezulta faptul că autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de evaluare, în baza documentelor și informațiilor existente, poate solicita completări și/sau clarificări. Necesitatea solicitării de completări și/sau clarificări este apreciată și stabilită de către autoritatea contractantă în baza documentelor și informațiilor existente, de la caz la caz, luând în considerare toate aspectele relevante existente în situația concretă dată și

este singura care poate aprecia în mod corect și complet necesitatea completării sau clarificării unor documente existente.

Cu privire la susținerile contestatorului, intervenientul menționează că procedura de evaluare a documentelor justificative cu privire la informațiile din DUAE, s-a realizat în condiții normale unei astfel de proceduri și nu exced mecanismele de evaluare întâlnite în cadrul procesului de evaluare din alte proceduri, respectiv prin solicitări ale autorității contractante, urmate de răspunsuri ale ofertantului, de alte solicitări pe care aceasta le-a considerat necesare, alte răspunsuri ale ofertantului, până când comisia de evaluare a considerat că deține toate informațiile necesare unei evaluări complet. Nu există restricții prevăzute de legislația aplicabilă cu privire la numărul de solicitări de clarificări și/sau completări pe care o comisie de evaluare le poate solicita.

Intervenientul învederează faptul că a răspuns întru-totul solicitărilor autorității contractante, prezentând toate documentele solicitate, conforme și valabile, iar declarațiile operatorilor economici ce compun structura asocierii sale, precum și certificatele fiscale corespunzătoare, au fost depuse valabile. Așa-zisa favorizare a ... nu poate fi considerată, având în vedere toate aspectele menționate în cererea de intervenție și în prezentele concluzii, neexistând încălcări ale legislației aplicabile și ale cerințelor din documentația de atribuire.

Cu atât mai lipsite de relevanță sunt susținerile contestatorului cu privire la o așa-zisă încălcare a obligațiilor de către terțul susținător, cu cât chiar art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, precum și fișa de date a achiziției Cap. III.2.1.) a), B, precizează în mod explicit că *„Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eșalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.”*

Astfel, intervenientul susține că legiuitorul a dat în mod explicit posibilitatea unui ofertant, care chiar dacă nu și-ar fi îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor și taxelor, să le achite anterior emiterii deciziei de excludere și, în aceste condiții, susținerile contestatorului cu privire la așa-zisele neconcordanțe pe care consideră că le-a descoperit cu privire la documentele care justifică plata taxelor și impozitelor de către terțul susținător al asocierii câștigătoare, sunt simple încercări de a atrage atenția de la realitatea existentă, respectiv faptul că oferta declarată câștigătoare este oferta cu cel mai bun raport calitate-preț și evaluarea autorității contractante a fost legală și temeinică.

II. în ceea ce privește susținerile contestatorului cu privire la obligativitatea declarării unui subcontractant de specialitate

Intervenientul arată că, în cadrul prezentei proceduri de atribuire, nu a existat o cerință specifică cu privire la prezentarea unor autorizații sau agremente speciale cu privire la lucrările ce ar urma să se realizeze în zona de cale ferată, dar autoritatea contractantă a considerat necesar să includă o cerință expresă cu privire la lucrările arheologice.

Astfel, intervenientul susține că autoritatea contractantă a inclus în caietul de sarcini un capitol cu această denumire: 12. Interese arheologice, cu cerințe pe aproape trei pagini și, mai mult decât atât, aceasta a considerat că este necesară și o anexă, care să detalieze cerințele autorității, Anexa 8 - Cerințe obligatorii privind cercetarea arheologică, în cuprinsul acesteia, la pag. 153, primul și al doilea paragraf, se menționează explicit: *„Antreprenorul este responsabil de a menține în termenele de valabilitate orice aviz, acord emis și orice aprobare și/sau autorizație până la semnarea contractului de execuție lucrări, dar nu mai târziu de expirarea contractului"* și *„Antreprenorul va nominaliza obligatoriu subcontractantul/subcontractanții care va/vor executa/presta activitatea de cercetare arheologică, de la momentul depunerii ofertei."* Autoritatea contractantă a dorit ca subcontractantul responsabil cu lucrările arheologice să fie nominalizat încă de la momentul ofertării.

În comparație cu lucrările cu privire la care contestatorul susține că ar fi trebui să fie nominalizat un subcontractant încă de la momentul ofertării, cerințele documentației de atribuire sunt, în opinia intervenientului, cu totul diferite. Astfel, dacă analiza are în vedere doar structura caietului de sarcini, o să se observe că lucrările la care face referire contestatorul, sunt prevăzute în cap. 2. Lucrări preliminare și obligații generale, în subcapitolul 2.11. Dreptul de a lucra în zona căii ferate, iar importanța acestui capitol este relevat și de cuprinsul subcapitolului, respectiv trei paragrafe.

Astfel, intervenientul învederează că lucrările cărora contestatorul încearcă să le dea o importanță deosebită, prin invocarea multiplelor prevederi legale, sunt incluse de către experții autorității contractante într-un subcapitol și explicitate în trei paragrafe. Dacă autoritatea contractantă ar fi considerat necesar, ar fi introdus cerințe explicite cu privire la numirea unui subcontractant chiar de la momentul depunerii ofertei, astfel cum a procedat în cazul lucrărilor arheologice. În atare situație, autoritatea contractantă a considerat că nu are nicio relevanță dacă un ofertant nominalizează de la momentul depunerii ofertei un subcontractant pentru aceste lucrări sau numește unul în derularea contractului, astfel cum permite art. 151 lit. b) din H.G. nr. 395/2016.

În ceea ce privește decizia C.N.S.C. nr. 3492/C7/4468/29.12.2017, evocată de contestator, intervenientul arată că situația existentă în cauza respectivă nu este identică și nici nu poate fi echivalată cu situația prezentei cauze. Doar pentru a evidenția unul din aspectele din procedura aferentă deciziei mai sus menționate, care nu se circumscrie prezentei proceduri, intervenientul menționează faptul că respectiva asociere contestatoare nu a avut niciun subcontractant nominalizat, menționând în mod explicit că nu subcontractează lucrări.

În aceste condiții, intervenientul solicită Consiliului să analizeze contestația ținând cont de particularitățile prezentei proceduri de atribuire și de susținerile sale și să respingă contestația.

Având în vedere înscrisurile existente la dosarul achiziției publice, punctul de vedere al autorității contractante, argumentele ... din cuprinsul cererii de intervenție și din prezentele concluzii scrise, asocierea intervenientă solicită C.N.S.C. să facă aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și să dispună respingerea contestației ca nefondată,

menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă și continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 44829/3043/C7/30.10.2018, Consiliul a solicitat contestatorului, să completeze pct. 3 al contestației (pag. 8-9) cu privire la oferta asocierii ... - ... – ... – ..., respectiv cu motivarea în fapt a argumentelor în baza cărora a formulat critica, precum și punctul de vedere referitor la excepția nulității contestației, invocat de intervenient prin cererea sa.

Contestatorul a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. 671/01.11.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 45281/01.11.2018 și prin care face următoarele aprecieri:

A. Cu privire la excepția invocată de intervenient

Contestatorul solicită respingerea excepției privind nulitatea contestației deoarece aceasta îndeplinește întocmai prevederile art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, prezentând atât motivarea în fapt, cât și motivarea în drept și se evocă prevederile art. 11 din același act normativ.

Pe cale de consecință, coroborând prevederile art. 10 cu prevederile art. 11 din Legea nr. 101/2016, contestatorul concluzionează că în situația în care Consiliul aprecia că în contestație nu au fost cuprinse toate informațiile prevăzute la art. 10, acesta solicita respectiva completare.

B. în ceea ce privește pct. 3 al contestației (pag. 8-9) cu privire la oferta asocierii ... - ... – ... – ...

Contestatorul arată că, în primă instanță, trebuie clarificată situația subcontractantului ..., în sensul verificării acordului de subcontractare încheiat între ...și ..., concret verificarea cotei de participare și a lucrărilor/serviciilor ce urmează a fi executate/prestate de către subcontractantul ... (repartizarea efectivă).

Totodată, contestatorul face precizarea că, în conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, Secțiunea III.2.3. Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința 3 - Informații privind subcontractanții, asocierea ... - ... – ... – ... a avut obligația de a prezenta, odată cu depunerea DUAE, acordul de subcontractare. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează în punctul de vedere (pag. 4): *„Referitor la afirmația că ... deține un procent de subcontractare de 30,66%, precizăm următoarele: (...) Asocierea a răspuns solicitării de clarificări respectiv a transmis formularele DUAE revizuite, iar în urma verificării lor, comisia de evaluare a constatat că procentul declarat de 30,66% reprezintă procent din serviciile de proiectare și asistență tehnică ale asociatului ...”*

Cu privire la acest aspect, contestatorul solicită să se aibă în vedere faptul că asociatul ..., a declarat, pentru activitatea de servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului, un subcontractant specializat în proiectare și execuție de rețele de utilități (telecomunicații, electrice), caz în care, sunt suspiciuni cu privire la nivelul calitativ al lucrărilor/serviciilor, precum și la resursele umane și materiale (utilaje și echipamente) ce urmează a fi alocate de ... pentru această activitate.

Contestatorul subliniază că, inclusiv site-ul oficial al ... precizează că societatea este specializată în proiectarea și execuția lucrărilor de rețele, ceea ce înseamnă nu doar că oferta asocierii ... - ... – ... – ... este subevaluată, dar un procent de 30,66% va urma să fie realizat de către o

societate care, în fapt, nu este abilitată să proiecteze lucrări de complexitatea și natura celor ce fac obiectul contractului.

În susținerea afirmației că oferta asocierii ... este subevaluată, contestatorul argumentează cu faptul că

- valoarea estimată de ... pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului este de 5.208.150 lei fără TVA;

- valoarea ofertată de contestator pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului este de 4.421.298.30 lei fără TVA;

- valoarea ofertată de asocierea declarată câștigătoare pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului este de 3.837.151 lei fără TVA

- situația este critică în ceea ce privește valoarea ofertată de asocierea ..., a cărei valoare pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului, este de 2.222.063,28 lei fără TVA, ceea ce reprezintă 42,67 % din valoarea estimată de autoritatea contractantă și 11,8% din total valoare ofertată.

Contestatorul face precizarea că prezenta procedură de atribuire are la bază un studiu de fezabilitate întocmit în anul 2008, cu câteva actualizări la nivel general realizate în anul 2016.

Mai mult decât atât, deși comisia de evaluare a constatat că valoarea de proiectarea este subevaluată (42,67% din valoarea estimată de 5.208.150 lei), nu a solicitat clarificări cu privire la justificarea prețului pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică și se apreciază că în analiza ofertei asocierii ... - ... – ... – ..., autoritatea contractantă a neglijat prevederile art. 136 din H.G. nr. 395/2016 și art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, pe care le citează.

Având în vedere aspectele mai sus prezentate, contestatorul consideră că neconformitatea ofertei depusă de asocierea ..., apare ca o consecință firească a ofertării unor prețuri pe care le consideră a fi nesustenabile și nerealiste, sens în care apreciază că verificările realizate de autoritatea contractantă pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor este insuficient și lipsit de rigurozitate.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *„Proiectare, asistență tehnică și execuție «Modernizare ...km 1+350-km 44+600; km 49+194-km 52+649»”*, coduri CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2) și 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. ...

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire stabilit a fost *„cel mai bun raport calitate-preț”*, iar valoarea estimată a contractului de lucrări]n valoare de 175.943.640 lei, fără TVA.

Conform procesului-verbal nr. 92/10781/16.02.2018 al ședinței de constatare a documentelor depuse de ofertanți în SEAP, un număr de 7 operatori economici au depus oferte.

În raportul procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 s-a consemnat faptul că oferta depusă de către asocierea ... - ... – ... – ... a fost desemnată câștigătoare, cu un punctaj total de 100 puncte și un preț de 108.977.432,06 lei, fără TVA.

Împotriva adresei nr. 92/66953/26.09.2018, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., a formulat prezenta contestație.

Soluționând cauza, Consiliul are în vedere că după depunerea contestației de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., a formulat cerere de intervenție ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... – ... – ..., prin care a solicitat admiterea acesteia, respingerea contestației ca neîntemeiată și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de ..., având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, în calitate de câștigător al procedurii, este evident, Consiliul o va admite în principiu și, în condițiile în care intervenția are]n vedere aspecte legate de modul în care au fost evaluate ofertele de către ..., o califică drept cerere de intervenție în interesul autorității contractante, în conformitate cu prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de Procedură Civilă.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, fiind formulate critici cu privire la modalitatea de evaluare a ofertelor depuse de către ofertanții clasați pe primele două locuri, respectiv Asocierea ... - ... – ... – ... și Asocierea ... - ... – ... – ..., aspectele contestate vizând două aspecte, și anume, pe de-o parte, refuzul entitățiii contractante de a-i permite ofertantului contestator vizualizarea părților din raportul procedurii cu privire la propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanții situați pe primele două locuri, iar, pe de altă parte, critici cu privire la respectivele oferte.

În ceea ce privește primul aspect contestat, legat de refuzul autorității contractante de a-i permite ofertantului contestator vizualizarea integrală a raportului procedurii, motivat de faptul că asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ... au declarat, la data depunerii ofertelor, că propunerile tehnice și financiare sunt confidențiale, ținând seama și de faptul că, în cadrul contestației formulate, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... a solicitat accesul la dosarul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora „*La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace*”.

Ținând seama de cele mai sus reținute și având în vedere că asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ... au depus în cadrul ofertelor sale *„Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial”* în care au declarat că *„[...] propunerea tehnică și propunerea financiară [..]. au caracter confidențial, pentru a nu prejudicia interesele noastre legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, având în vedere [...]”*, autoritatea contractantă a pus la dispoziția contestatorului raportul procedurii, mai puțin precizările referitoare la propunerea tehnică și financiară, precum și răspunsurile la solicitările de clarificări declarate confidențiale de ofertanții în discuție.

În acest sens, prezintă relevanță susținerea autorității contractante din cadrul punctului de vedere nr. 15B/5375/11.10.2018, transmis prin adresa nr. 92/72119/18.10.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 42954/18.10.2018, prin care ... evocă prevederile art. 66 alin. (4) și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, referitor la afirmația contestatorului cu privire la postarea în SEAP *„în data de 27.09.2018 un extras al raportului procedurii nr. 92/69517/08.10.2018, încălcând principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare*”, și consideră că respectiva afirmație nu poate fi reținută, deoarece au fost respectate prevederile legislative în domeniul achizițiilor publice, în condițiile în care se arată că toți membri asocierii ... - ... – ... – ..., asocierea ... - ... – ... – ..., precum și asocierea ... - ... - ... au completat Formularul nr. 8 - *Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidenția*l și au menționat că propunerile tehnice și financiare au caracter confidențial, pentru a nu le prejudicia interesele legitime în ceea ce privește secretul comercial și dreptul de proprietate intelectuală, autoritatea contractantă fiind obligată de prevederile Formularului nr. 8 completat de către ofertanți, să prezinte astfel raportul procedurii nr. 92/66326/24.09.2018 în platforma electronică SEAP în data de 27.09.2018.

În aceste condiții, Consiliul constată că, în mod corect și legal, ... a atașat în SEAP raportul procedurii de atribuire fără părțile/informațiile din conținutul propunerilor financiare și tehnice precizate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile, astfel cum acestea au fost precizate în ofertele depuse, prin demersul autorității contractante contestatoarea nefiind vătămată în vreun fel, cum eronat aceasta susține, prin eliminarea unor informații esențiale privind analiza ofertelor clasate pe locul 1 și 2 în cadrul prezentei proceduri.

Mai mult, Consiliul are în vedere și faptul că asocierea ... – ... – ... a solicitat în cadrul contestației formulate la Consiliu accesul la dosarul achiziției publice.

Raportat la solicitarea contestatorului, Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 19 alin. (1) și (3) din cadrul Legii nr. 101/2016 potrivit cărora *„La cerere, părțile au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu (...), cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar*

dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace", respectiv *„În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți*".

De asemenea, Consiliul reține că la art. 57 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, sunt prevăzute următoarele: *„Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor*", în timp ce la art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 *„Dosarul achiziției publice are caracter de document public*", iar alin. (5) din cadrul aceluiași aliniat se stipulează că *„Accesul persoanelor la dosarul achiziției publice potrivit alin. (4) se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii*".

Consiliul a avut în vedere că potrivit art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii.

În lumina celor reținute, după cum s-a arătat mai sus, nu i se putea permite societății contestatoare să studieze documentele declarate confidențiale. În sprijinul acestei aprecieri este și Hotărârea din 14 februarie 2008 a Curții Justiție a Uniunii Europene, cauza C-450/06, Varec SA împotriva État belge, în considerentele căreia s-a statuat: în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar; protecția secretelor comerciale constituie un principiu general; în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor

confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora; având în vedere prejudiciul extrem de grav care ar putea rezulta din comunicarea ilegală a anumitor informații către un concurent, organismul menționat trebuie ca, înainte de a comunica aceste informații unei părți la litigiu, să dea posibilitatea operatorului economic vizat să invoce caracterul confidențial sau de secret comercial al acestora; organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie să garanteze confidențialitatea și dreptul la respectarea secretelor comerciale cu privire la informații conținute în dosarele care îi sunt comunicate de către părțile la litigiu, în special de către autoritatea contractantă.

Elocvente sunt și următoarele considerente ale Tribunalului Uniunii Europene din Hotărârea din 29 ianuarie 2013, cauzele conexate T-339/10 și T-532/10, Cosepuri Soc. Coop. pA, reclamantă, împotriva Autorității Europene pentru Siguranța Alimentară (EFSA), pârâtă, vizând accesul unui ofertant necâștigător la documente celui declarat câștigător:

"[...] protecția ofertelor ofertanților față de alți ofertanți este coerentă cu dispozițiile relevante din Regulamentul financiar, în special articolul 100 alineatul (2) din acesta, vizat în egală măsură de EFSA în decizia sa din 15 septembrie 2010, care nu prevede divulgarea ofertelor depuse, nici chiar după formularea unei cereri scrise de către ofertanții ale căror oferte nu au fost reținute (a se vedea, cu privire la divulgarea ofertei reținute, Ordonanța Evropaïki Dynamiki/AEE, punctul 49 de mai sus, punctul 39 și jurisprudența citată). Această restricție este inerentă obiectivului urmărit prin normele în materie de achiziții publice ale Uniunii, care se întemeiază pe o concurență nedenaturată. Pentru a atinge acest obiectiv, se impune ca autoritățile contractante să nu divulge informații referitoare la procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice al căror conținut ar putea fi utilizat pentru a denatura concurența, fie în cadrul unei proceduri de atribuire în curs, fie în cadrul unor proceduri de atribuire ulterioare. În plus, atât prin natura lor, cât și potrivit sistemului reglementării Uniunii în materie, procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice sunt fondate pe o relație de încredere între autoritățile contractante și operatorii economici care participă la aceste proceduri. Operatorii economici trebuie să poată comunica autorităților contractante respective orice informații utile în cadrul procedurii de atribuire, fără a se teme că acestea vor comunica terților informații a căror divulgare ar putea fi prejudiciabilă pentru operatorii respectivi [...].".

Și în Legea concurenței nr. 21/1996 există regula că dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului [Concurenței].

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale califică drept secret comercial orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret.

Secretele de afaceri sunt informații în cazul cărora nu numai divulgarea către public, ci și simpla transmitere către un subiect de drept diferit de cel care a furnizat informația, poate leza grav interesele acestuia – Tribunalul de Primă Instanță al Comunităților Europene , hotărârea din 18 septembrie 1996, cauza T-353/94, Postbank NV împotriva Comisiei, pct. 87.

Informațiile ce ar putea fi calificate drept secrete de afaceri sunt, potrivit Consiliului Concurenței, cu titlu de exemplu: informații tehnice și/sau financiare legate de know-how-ul unei întreprinderi, metode de evaluare a costurilor, procese și secrete de producție, surse de aprovizionare, cantități produse și vândute, cote de piață, liste de clienți și distribuitori, planuri de marketing, structura costurilor și a prețurilor, strategia de vânzări.

Date fiind rigorile la care este supusă atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul prin regulile precitate, precum și declarația ofertanților asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ..., Consiliul nu poate pune la dispoziția contestatorului toate documentele provenind de la acești ofertanți, întrucât constituie informații declarate confidențiale.

Prin urmare, apreciind că asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ... au justificat și au demonstrat caracterul confidențial al propunerilor sale tehnice și financiare, Consiliul i-a comunicat contestatorului acest aspect prin adresa nr. 43983/3043/C7/25.10.2018, astfel:

„(...) Totodată, având în vedere că ofertanții participanți la respectiva procedură de atribuire și-au declarat confidențiale ofertele și în cadrul dosarului achiziției publice se regăsesc declarațiile de confidențialitate, acestea au fost considerate de către C.N.S.C. că îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, în situația în care doriți studierea ofertelor asocierii ... - ... – ... – ... și a asocierii ... - ... – ... – ..., trebuie să obțineți acordul scris al acestora, conform art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.”

Consiliul are în vedere că ... s-a prezentat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea studierii dosarului achiziției publice la data de 26.10.2018 și a înaintat adresa nr. 660/29.10.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 44516/29.10.2018, prin care a transmis concluzii scrise.

Într-o atare situație, Consiliul respinge, ca nefondate, susținerile contestatorului referitoare la interzicerea de către autoritatea contractantă a accesului la informațiile din raportul procedurii cu privire la propunerile tehnice și financiare depuse de asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ..., constatându-se că, în exercitarea atribuțiilor legale, ... nu a exercitat niciun abuz, ci a ținut seama de solicitările formulate de către ofertanții clasați pe primele două locuri, privind respectarea caracterului confidențial al ofertelor sale, aspect respectat și de către Consiliu, conform celor menționate anterior în considerente.

Procedând la soluționarea contestației formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... prin raportare la prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”,* motiv pentru care va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției invocată de

către intervenient, raportat la prevederile art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Față de excepția nulității contestației formulate de către ..., invocată de intervenient, prin care acesta arată că respectiva contestație este lovită de nulitate, întrucât documentul nu îndeplinește cerințele prevăzute de legislația achizițiilor publice, mai exact acelea prevăzute la art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, nefiind indicate motivele de fapt și de drept concrete în cuprinsul contestației, Consiliul a întreprins demersurile legale în considerarea dispozițiilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materia achizițiilor publice, conform cărora *„în situația în care Consiliul aprecia că în contestație nu au fost cuprinse toate informațiile prevăzute la art. 10, acesta solicita respectiva completare*", solicitându-i contestatorului completarea contestației cu elementele obligatorii prevăzute de lege și cu detalierea/lămurirea asupra punctului 3 din contestație, sens în care a fost înaintată adresa C.N.S.C. nr. 44829/3043C7/30.10.2018.

Consiliul are în vedere faptul că, prin adresa nr. 317/20.03.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9462/20.03.2017, ... a dat curs solicitării Consiliului, sens în care a completat contestația cu toate elementele obligatorii prevăzute de lege, aspecte care determină Consiliul să constate incidența în cauză a prevederilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„în situația în care Consiliul aprecia că în contestație nu au fost cuprinse toate informațiile prevăzute la art. 10, acesta solicita respectiva completare*".

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul apreciază că în cauză sunt întrunite condițiile formulării contestației, precizate la art. 10 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sensul că ... și-a motivat în fapt și în drept contestația respectivă.

Pentru toate aceste considerente, Consiliul respinge excepția invocată de către intervenientul ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... – ... – ... față de contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ...

În privința celorlalte critici formulate de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., ce se regăsesc în considerentele deciziei, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate, în mod exclusiv, de modul în care comisia de evaluare a verificat ofertele depuse de către asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ... Astfel, sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că în opinia autoarei contestației, ofertele asocierii ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ... au caracter neconform și inacceptabil.

Preliminar analizării criticilor formulate de contestatoare, Consiliul apreciază că autoarea contestației ar putea avea șansa de a i se atribui prezentul contract, doar în situația în care una/mai multe critici formulate cu privire la ambii ofertanți poziționați în clasamentul final înaintea sa s-ar dovedi a fi întemeiate. Numai în ipoteza în care Consiliul ar dispune reevaluarea ambelor oferte criticate depuse de asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ..., autoarea contestației ar avea șansa de a deveni ofertant câștigător.

În situația în care toate criticile formulate cu privire la unul dintre cei doi ofertanți poziționați în clasamentul final înaintea contestatoarei vor fi respinse de Consiliu ca nefondate, nu va mai avea nicio finalitate analizarea criticilor formulate cu privire la celălalt ofertant poziționat în clasament înaintea contestatoarei, întrucât acestea ar fi lipsite de interes, în condițiile în care oferta contestatoarei, deși admisibilă, a întrunit un punctaj mai mic, rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț", decât punctajele obținute de cei doi participanți la procedură criticați, iar în urma aplicării algoritmului de calcul stabilit în documentația de atribuire în referire la criteriului de atribuire *„cel mai bun raport calitate-preț*" ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ... nu ar avea șansa de a fi declarată câștigătoare a contractului de achiziție publică aferent procedurii de atribuire.

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul va proceda la analiza criticilor formulate de contestatoare cu privire la asocierea ... - ... – ... – ..., participant la procedură poziționat pe locul II în clasamentul final, înaintea contestatoarei.

Procedând la verificarea modului de lucru al membrilor comisiei de evaluare, Consiliul reține în soluționare, ca fiind relevante, dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, care prevăd că *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire*."

Luând în considerare textul legal și prevederea din documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, punctul 5. „Oferta și documentele însoțitoare", conform căreia *„la întocmirea ofertelor, ofertanții trebuie să respecte toate instrucțiunile menționate în fișa de date a achiziției, precum și să completeze toate formularele cuprinse în această documentație de atribuire*", precum și mențiunea din documentație, fișa de date a achiziției, capitolul IV.4.3) „Modul de prezentare a ofertei", punctul 2. „Cerințe obligatorii privind garanția de participare" în care s-a precizat că *„Nota 1: Eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile de la data-limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă*", raportat la criticile aduse de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., legate de completarea de către asocierea ... - ... – ... – ... a garanției de participare depusă în cadrul procedurii, în urma verificării aspectelor contestate, Consiliul constată că autoritatea contractantă a procedat la înaintarea de solicitări către ofertantul în discuție privind completarea/clarificarea/depunerea de documente în completarea garanției de participare depuse.

Or, deși aparent maniera în care a procedat autoritatea contractantă pare că ar excede cadrului legal instituit de legislația în materia achizițiilor publice, în aplicarea principiului tratamentului egal între operatorii economici, Consiliul constată că, prin demersurile sale, aceasta nu l-a favorizat pe ofertantul asocierea ... - ... – ... – ... ci a respectat principiile

transparenței și a tratamentului egal între operatorii economici, instituite de dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, precum și propriile prevederi ale documentației de atribuire, citate mai sus și însușite de operatorii economici participanți la procedură, inclusiv de către asocierea ... – ... – ..., prin depunerea ofertei în cadrul procedurii de atribuire.

Având în vedere cele mai sus menționate, verificând aspectul legat de garanția de participare depusă de către asocierea ... - ... – ... – ..., Consiliul constată că susținerile contestatoarei ... – ... – ..., sunt nefondate, din considerentele mai jos prezentate:

Conform prevederilor documentației de atribuire, ofertanții aveau obligația de a constitui garanția de participare, motiv pentru care în fișa de date a achiziției s-a menționat „*Modalitatea de constituire: Garanția de participare se constituie, în numele ofertantului în conformitate cu prevederile art. 36 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, respectiv va fi constituită printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări, care nu se află în situații speciale privind autorizarea ori supravegherea, în condițiile legii (Formularul nr. 1). Sunt aplicabile prevederile art. 35-38 din H.G. nr. 395/2016*".

Mai mult, se reține că autoritatea contractantă a detaliat în mod explicit cerințele obligatorii privind garanția de participare în fișa de date a achiziției, la capitolul IV.4.3. „Modul de prezentare a ofertei", unde s-a menționat că „*Eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data limită de depunere a ofertelor, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă*".

Consiliul constată că în raportul procedurii nr. 92/66326/24.09.2018, ca urmare a verificării garanțiilor de participare depuse de către ofertanți, comisia de evaluare a consemnat demersurile pe care le-a efectuat în sensul clarificării aspectului legat de garanția de participare prezentată de către asocierea ... - ... – ... – ..., în condițiile în care aceasta a constatat că în cuprinsul Formularului nr. 1-„Scrisoare de garanție de participare" depusă în cadrul procedurii de atribuire, anumite paragrafe nu cuprindea toate informațiile solicitate conform modelului din secțiunea formulare a documentației de atribuire.

În acest sens, pentru o înțelegere clară a demersurilor comisiei de evaluare, raportat la conținutul Formularului nr. 1, impus prin documentația de atribuire, în referire la garanția de participare, Consiliul va reda în considerente părțile relevante în cauză din conținutul acestuia:

„[...] *În cererea și în declarația sa ... (...) va preciza că suma cerută de ea și datorată ei este din cauza existenței uneia sau mai multora dintre situațiile următoare:*

a). Ofertantul _____ (numele complet, adresa și datele de identificare fiscală ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ..... și datele de identificare fiscală ale acestuia) și-a retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b). Oferta sa fiind stabilită câștigătoare, Ofertantul _____ (numele complet, adresa și datele de identificare fiscala ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii

Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ..... și datele de identificare fiscală ale acestuia) nu a constituit garanția de bună execuție în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziție publică;

c). Oferta sa fiind stabilita câștigătoare Ofertantul _____ (numele complet, adresa și datele de identificare fiscală ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ..... și datele de identificare fiscală ale acestuia) a refuzat să semneze contractul de achiziție publică, în perioada de valabilitate a ofertei. [...]".

Verificând documentele aflate la dosarul achiziției publice, Consiliul constată că ofertanta asocierea ... - ... – ... – ... a depus Formularul nr. 1, prin scrisoarea de înaintare nr. T510/15.02.2018, cu următorul conținut: „ *[...]*

a) ofertantul Asocierea ... (lider) - ... – ... – ... și-a retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, Ofertantul Asocierea ... (lider) - ... – ... – ... nu a constituit garanția de bună execuție în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziție publică;

c) oferta sa fiind stabilita câștigătoare Ofertantul Asocierea ... (lider) - ... – ... – ... a refuzat să semneze contractul de achiziție publică, în perioada de valabilitate a ofertei. [...]".

În soluționare, Consiliul reține că prin adresa nr. 92/12008/19.02.2018, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări ofertantei în cauză în ceea ce privește conținutul Formularului nr. 1, după cum urmează:

„Urmare verificării documentelor depuse (on-line) în S.E.A.P. de către Asocierea dvs. la procedura în cauză, Comisia de evaluare a constatat faptul că Formularul Nr. 1 - Scrisoare de Garanție de Participare nu a fost prezentat în conformitate cu modelul de Formular din cadrul secțiunii Formulare, respectiv nu conține toate informațiile din cuprinsul respectivului Formular.

Clarificare:

În conformitate cu prevederile art. 132 alin. (3) din H.G. 925/2016, eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor.

Astfel, comisia de evaluare vă solicită să transmiteți prin intermediul S.E.A.P., Formularul Nr. 1 - Scrisoare de Garanție de Participare, în care să fie cuprinse toate informațiile solicitate, respectiv să completați corespunzător următoarele paragrafe:

«a). Ofertantul _____ (numele complet, adresa și datele de identificare fiscală ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ..... și datele de identificare fiscală ale acestuia) și-a retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b). Oferta sa fiind stabilită câștigătoare, Ofertantul _____ (numele complet, adresa și datele de identificare fiscala ale Ofertantului), (în cazul unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ..... și datele de identificare fiscală ale acestuia) nu a constituit garanția de bună execuție în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziție publică;

c). Oferta sa fiind stabilita câștigătoare Ofertantul _____ (numele complet, adresa și datele de identificare fiscală ale Ofertantului), (în cazul

unei Asocieri, se va completa denumirea întregii Asocieri și se va menționa reprezentata prin lider ..... și datele de identificare fiscală ale acestuia) a refuzat să semneze contractul de achiziție publică, în perioada de valabilitate a ofertei».

Termen limită de transmitere a răspunsului este data de 21.02.2018. Răspunsul dvs., se va transmite în S.E.A.P. în format electronic, semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat."

Așadar, din cele redate anterior reiese fără putere de tăgadă că aspectele de clarificat vizau exclusiv elemente pur formale legate de o parte din informațiile solicitate, respectiv completarea corespunzătoare a anumitor paragrafe din formular, iar nu lipsa garanției de participare sau a informațiilor esențiale legate de conținutul acesteia, motiv pentru care Consiliul constată că demersul efectuat de comisia de evaluare a fost unul aflat în concordanță cu prevederile art. 132 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, conform cărora *„eventualele neconcordanțe cu privire la îndeplinirea condițiilor de formă ale garanției de participare, inclusiv cele privind cuantumul și valabilitatea, se vor clarifica de către comisia de evaluare cu ofertanții în maximum 3 zile lucrătoare de la data-limită de depunere a ofertelor."*

În acest sens, se reține în soluționare și conținutul răspunsului furnizat de către ..., prin adresa nr. T555/20.02.2018, după cum urmează: *„[...]*

a) ofertantul Asocierea ... (lider) - ... – ... – ..., prin lider al asocierii: ..., CUI ..., Reg. Com. ..., sediul sat ... nr. ... comuna ..., jud. ..., și-a retras oferta în perioada de valabilitate a acesteia;

b) oferta sa fiind stabilită câștigătoare, Ofertantul Asocierea ... (lider) - ... – ... – ..., prin lider al asocierii: ..., CUI ..., Reg. Com. ..., sediul sat ...l nr. ..., comuna ..., jud. ..., nu a constituit garanția de bună execuție în termen de 5 zile lucrătoare de la data semnării contractului de achiziție publică;

c) oferta sa fiind stabilita câștigătoare Ofertantul Asocierea ... (lider) - ... – ... – ..., prin lider al asocierii: ..., CUI ..., Reg. Com. ..., sediul sat ... nr. ..., comuna ..., jud. ..., a refuzat să semneze contractul de achiziție publică, în perioada de valabilitate a ofertei. [...]", din conținutul acestuia reieșind faptul că asocierea și-a însușit lipsa paragrafelor respective și a dat curs solicitării autorității contractante.

Într-o atare situație, constatând, pe de-o parte, că demersul autorității contractante a fost în concordanță cu prevederile legale citate anterior iar, pe de altă parte, constatând că asocierea ... - ... – ... – ... a completat și retransmis Formularul nr. 1 cu toate informațiile solicitate prin documentația de atribuire, Consiliul nu poate lua în considerare susținerile contestatoarei conform cărora *„comisia de evaluare avea obligația de a-i respinge oferta ca inacceptabilă, conform prevederilor legale*", ci, pentru considerentele expuse anterior, va respinge, ca nefondată critica adusă de aceasta în referire la garanția de participare prezentată de asocierea ... - ... – ... – ...

Legat de aspectul privind neîndeplinirea de către asocierea ... - ... – ... – ... a cerinței imperative solicitată de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, la capitolul *„Capacitatea tehnică*", respectiv *„Cerința 1 (experiența similară Execuție)*", conform căreia: *„Capacitatea tehnică Cerința 1 - Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit* în ultimii 5 ani** calculați de la data de limită de depunere a ofertelor, lucrări similare cu cele supuse procedurii de atribuire (modernizarea și/sau reabilitarea și/sau lărgirea și/sau construcție nouă de drumuri județene*

și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau autostrăzi), în valoare cumulată de cel puțin 85.000.000 lei fără T.V.A., la nivelul a maxim 3 contracte.

**) 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 aplicabile;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal la terminarea lucrărilor;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal de recepție finală.

***) ultimii 5 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13).”*

b) cerința imperativă solicitată de autoritatea contractantă privind Capacitatea tehnică - Cerința 2 (experiența similară Proiectare): „Capacitatea tehnică - Cerința 2 - Ofertantul trebuie să demonstreze că a prestat și a dus la bun sfârșit în ultimii 3 ani**, calculați de la data limită de depunere a ofertelor, servicii de proiectare lucrări de infrastructură rutieră***, în valoare cumulată de cel puțin 2.400.000 lei, fără T.V.A. *.*

Prin servicii duse la bun sfârșit se înțelege:

- servicii recepționate parțial, cu condiția ca acestea să fi putut fi utilizate de Beneficiar ca rezultat independent;

- servicii recepționate la sfârșitul prestării.

***) ultimii 3 ani se raportează la termenul limită de depunere a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 (art. 13).*

****) se consideră îndeplinită cerința «în ultimii 3 ani servicii de proiectare infrastructură rutieră» și în condițiile în care Detaliile de Execuție sunt aferente unui Proiect Tehnic realizat anterior ultimilor 3 ani, de către același operator economic, cu condiția ca acesta să facă dovada realizării respectivului Proiect Tehnic prin prezentarea de certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul beneficiar și/sau procese verbale de recepție și/sau alte documente relevante, în condițiile în care Proiectul tehnic a fost prestat anterior ultimilor 3 ani. Autoritatea Contractantă va lua în calculul valorii pentru îndeplinirea cerinței atât valoarea PT, cât și valoarea DDE, cu condiția ca acestea să fie integrate într-un livrabil cu funcționalitate independentă*”, Consiliul constată netemeinicia susținerilor contestatoarei.

În susținerea acestei finalități, prin raportare la conținutul cerinței de calificare în discuție și a documentelor prezentate de asocierea ... - ... – ... – ..., Consiliul reține demersurile efectuate de către comisia de evaluare, constatând că, în urma verificării informațiilor cuprinse în formularul DUAE, aceasta a înaintat asocierii respective o solicitare de clarificare, prin care i-a adus la cunoștință următoarele aspecte: *„(...) Comisia de evaluare vă solicită pentru ... - Asociat 1, transmiterea DUAE revizuit, Partea a IV-a, lit. C, astfel încât să rezulte care este valoarea lucrărilor duse la bun sfârșit în ultimii 5 ani, întrucât, perioada de derulare a contractelor menționate în DUAE depășește perioada de referință”,* Asocierea dând curs solicitării și răspunzând că *„Ofertantul ... - Asociat 1, a retransmis - DUAE revizuit, Partea a IV-a, lit. C, cu valoarea lucrărilor duse la bun sfârșit în ultimii 5 ani (în perioada de referință, operatorul economic a îndeplinit lucrări de tipul ...) de la data de depunere a ofertelor, în sumă totală de 89.388.903,00 lei*”.

De asemenea, Consiliul are în vedere și adresa nr. T 1077 din 02.04.2018, reprezentând răspunsul furnizat de ..., în asociere, la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare nr. 92/21193/26.03.2018, referitor la demonstrarea experienței similare, conform Cerinței nr. 1 din fișa de date a achiziției, prin care s-au prezentat lucrările executate de ... -

Asociat 1 și de ..., cu valoarea totală a lucrărilor de 107.204.341,38 lei fără TVA.

Totodată, se reține și faptul că, în urma verificării formularelor DUAE privind *„Capacitatea tehnică"-„Cerința 2 (experiența similară PROIECTARE)"*, autoritatea contractantă, în mod corect, legal și întemeiat, a constatat că cerința de calificare este îndeplinită de terțul susținător tehnic ..., cu un total de 6.694.076,81 lei, pentru servicii de proiectare elaborare proiecte tehnice, iar nu de către subcontractantul ... (în calitate de subcontractant al ofertantului asociat ...).

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că în documentul DUAE depus de către ofertantul asociat ... (paginile 292-315 din D.A.P., vol. 5) se regăsesc informații atât referitoare la subcontractantul ..., cât și cu privire la terțul susținător tehnic ...

Astfel, în ceea ce privește îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară pentru *serviciile de proiectare*, Consiliul constată că ofertantul asociat ... a beneficiat de experiența terțului susținător ... (în conformitate cu prevederile art. 185 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice), iar nu de cea a ..., subcontractant al ofertantului asociat ...), cum eronat susține contestatorul.

Așadar, raportat la cerința de calificare impusă prin documentația de atribuire și la documentele depuse de asocierea ... - ... – ... – ..., Consiliul constată că aceasta a îndeplinit corespunzător cerința de calificare, critica formulată de către contestatoare, în referire la presupusa neîndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară sub aspectul serviciilor de proiectare de către asocierea în discuție, fiind nefondată.

De altfel, aspectul criticat nu prezintă nicio relevanță în ceea ce privește îndeplinirea cerinței de calificare despre care s-a făcut vorbire anterior, atât timp cât Consiliul a constatat anterior că, pentru serviciile de proiectare („Cerința 2-experiența similară PROIECTARE), asocierea ...-...–...–... a beneficiat și a demonstrat experiența similară prin terțul susținător tehnic ..., cu un total de 6.694.076,81 lei (servicii de proiectare elaborare proiecte tehnice).

Asupra aspectelor concrete aduse de asocierea ... – ... – ..., abia prin adresa nr. 671/01.11.2018, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 45281/01.11.2018, urmare solicitării C.N.S.C. nr. 44829/3043/C7/30.10.2018, referitoare la necesitatea clarificării situației subcontractantului ..., în sensul verificării acordului de subcontractare încheiat între ...și ..., sub aspectul verificării cotei de participare și a lucrărilor/serviciilor ce urmează a fi executate/prestate de către subcontractantul ... (repartizarea efectivă), acestea nu prezintă relevanță în ceea ce privește critica inițială din contestație, care viza exclusiv modul de îndeplinire de către asocierea ...-...–...–... a cerinței de calificare privind experiența similară.

Într-o atare situație, se constată că evaluarea autorității contractante în privința modului de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară a ofertantului asociat ...a fost efectuată în conformitate cu prevederile art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, care prevăd atribuțiile comisiei de evaluare, printre acestea fiind și cea de *verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți* și în concordanță cu

prevederile din documentația de atribuire, prin luarea în considerare a experienței similare a terțului susținător ..., iar nu pe cea a ..., subcontractant al ofertantului asociat ...), cum eronat susține contestatorul.

Totodată, se constată că asocierea ... – ... – ... nu a făcut distincție între modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind *experiența similară* și *subcontractarea* de către asocierea ... - ... – ... – ..., a unei părți a „obiectului" contractului aferent procedurii de atribuire în cauză către ..., pentru *serviciile de proiectare* (conform Acordului de subcontractare nr. 81 din 29.01.2018-document ce se regăsește în volumul 5 al dosarului achiziției publice), situație în care Consiliul nu poate lua în considerare susținerile contestatoarei conform cărora *„inclusiv site-ul oficial al ..., precizează că aceasta este specializată în proiectarea și execuția lucrărilor de rețele*" fiind *„o societate care nu este abilitată să proiecteze lucrări similare celor ce fac obiectul contractului*".

În consecință, pentru considerentele expuse anterior, Consiliul respinge, ca nefondată, critica adusă de asocierea ... – ... – ... în referire la modalitatea de îndeplinire și demonstrare de către asocierea ... - ... – ... – ... a cerinței de calificare privind experiența similară.

Aceeași concluzie de respingere, ca nefondată, este avută în vedere de către Consiliu și în ceea ce privește critica formulată de către contestatoare, în referire la faptul că asocierea ... - ... – ... – ... l-a declarat pe ... ca subcontractant pentru proiectarea lucrărilor, așadar un proiectant și executant de rețele de utilități, ceea ce impune suspiciuni cu privire la nivelul calitativ al proiectului.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere faptul că legislația în materia achizițiilor publice prevede la art. 53 din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, că *„Orice operator economic are dreptul de a participa la procedura de atribuire în calitate de ofertant sau candidat, individual ori în comun cu alți operatori economici, inclusiv în forme de asociere temporară în scopul participării la procedura de atribuire, subcontractant propus sau terț susținător, în condițiile prevăzute de prezenta lege*."

De asemenea, la capitolul V *„Executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru*", Secțiunea 1 *„Subcontractarea*" (art. 218-art. 220 din Legea nr. 98/2016), se prevede modalitatea de derulare a relațiilor contractuale dintre autoritatea contractantă și subcontractanții propuși de ofertanți în ofertă, fiind detaliate aspectele referitoare la plăți/înlocuire subcontractanți s.a., dispoziții corespondente regăsindu-se detaliate și în HG nr. 395/2016, la capitolul IV, Secțiunea 1, art. 150 și urm.

Așadar, raportat la conținutul textelor legale invocate anterior, se poate determina că legislația în materia achizițiilor publice nu prevede restricții în ceea ce privește desemnarea subcontractanților de către ofertanți.

Firește că în derularea unei proceduri de atribuire trebuie respectate dispozițiile legale incidente, precum și principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, sens în care autoritatea contractantă are obligația de a verifica expertiza operatorilor economici declarați drept subcontractanți în cadrul unei proceduri de atribuire, prin raportare la „obiectul" achiziției, însă nu poate decide respingerea unei oferte pe motiv că subcontractantul propus nu a efectuat lucrări/servicii

identice cu cele care constituie obiectul achiziției, un astfel de demers fiind nelegal.

Astfel, verificând conținutul *Certificatului constatator nr. 90122/15.02.2018* (aflat la paginile 299-304 din vol. 5 al D.A.P.), emis de O.N.R.C. pentru ..., Consiliul constată că la secțiunea *"Activitatea principală"*, *„Domeniul de activitate principal: conform codificării (Ordin 337/2007), Rev. Caen (2)"* se regăsește codul CAEN 7112-*„Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea"*, aflat în corespondență cu prevederea din fișa de date a achiziției, de la punctul III.2.1.b) *„Capacitatea de exercitare a activității profesionale"* conform căreia *"Ofertantul (...) va prezenta, anterior atribuirii contractului, la solicitarea Autorității contractante, Certificatul Constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Teritorial în integralitate, din care să rezulte că activitatea principală/secundară pe care o desfășoară conform codificării CAEN corespunde obiectului contractului."*

Așadar, prin raportare la cele menționate anterior și ținând seama de faptul că, în susținerea criticii aduse, asocierea ... – ... – ... se bazează pe *„suspiciuni cu privire la nivelul calitativ al proiectului"*, precum și pe faptul că ... ar fi proiectat și executat numai rețele de utilități, Consiliul nu poate lua în considerare astfel de susțineri/suspiciuni ale contestatoarei, fără probarea în vreun fel a acestor afirmații legate de presupusa imposibilitate a subcontractantului ... de a executa, la nivel calitativ, partea din contract ce i-a fost subcontractată de ofertantul asociat ... și a celor referitoare la procentul de subcontractare, de 30,66%, pentru ..., caz în care, dacă procentul se referă la valoarea ..., înseamnă că respectiva asociere a desemnat un proiectant și executant de rețele de utilități, ca subcontractant pentru proiectarea întregului contract.

Sub acest aspect prezintă relevanță în cauză, motiv pentru care se rețin ca atare în soluționare, susținerile autorității contractante exprimate în cadrul punctului de vedere nr. 15/11574/11.10.2018, conform cărora, *„urmare verificării formularelor DUAE, s-a constatat că asocierea ... - ... – ... – ... nu a menționat procentul de subcontractare pentru subcontractantul ... și a solicitat formularul revizuit, în care să fie cuprins și procentul de subcontractare, solicitare la care s-a răspuns prin transmiterea formularelor DUAE revizuite, iar în urma verificării acestora, comisia de evaluare a constatat că procentul declarat de 30,66% reprezintă procent din serviciile de proiectare și asistență tehnică ale asociatului ... și conform acordului de asociere depus, deține o cotă de participare de 1,8% în cadrul asocierii și nu din total ofertă."*

În consecință, pentru considerentele expuse anterior, Consiliul respinge, ca nefondată, critica adusă de asocierea ... – ... – ... în referire la modalitatea de îndeplinire din punct de vedere calitativ a contractului de achiziție publică de către asocierea ... - ... – ... – ..., prin subcontractantul ...

Ultima critică adusă de contestatoare în referire la oferta depusă de asocierea ... - ... – ... – ... și care vizează aspecte legate de propunerea financiară prezentată de asocierea în discuție, față de care asocierea ... consideră că este subevaluată, va fi respinsă, ca nefondată, de către Consiliu, ținându-se seama de considerentele mai jos expuse:

Contestatorul precizează că dispune de o bază de producție în județul ..., cu o importantă flotă de utilaje/echipamente tehnice și instalații,

necesare pentru îndeplinirea în bune condiții a contractului de achiziție. Prin comparație cu oferta clasată pe locul doi, în cazul atribuirii contractului, asocierea clasată pe locul doi ar trebui să realoce pe amplasamentul lucrării numeroase auto utilaje, cu costuri însemnate în ponderea propunerii financiare. Ținând cont că membrii asocierii au sediile sociale în județele Botoșani, Satu Mare, inclusiv Bulgaria (exemplu asociatul ...), se concluzionează că utilajele/echipamente tehnice și instalațiile declarate și necesare pentru îndeplinirea contractului, în fapt, sunt existente la sute de kilometri de amplasamentul lucrării (... - Botoșani și Satu Mare, ... - Bulgaria), relocarea acestora generând costuri substanțiale, acest aspect esențial conducând la majorarea ofertei financiare (valoarea ofertată). Costurile la care s-a făcut referire trebuind să se regăsească imperativ în propunerea financiară prezentată.

Analizând aceste aspecte, ... consideră că autoritatea contractantă a tratat superficial evaluarea ofertelor, din toate punctele de vedere și cu precădere în ceea ce privește propunerile financiare.

Totodată, contestatorul subliniază că marcajele în cadrul ofertei sale, impuse de autoritatea contractantă prin listele de cantități, însumează 2.911.609,55 lei, iar diferența între oferta sa și cea clasată pe locul doi, este de 2.874.670,62 lei, de unde rezultă că doar din refacerea marcajului, oferta clasată pe locul doi depășește oferta depusă de asocierea contestatoare, cu atât mai mult cu cât, așa cum a arătat și la oferta clasată pe primul loc, se poate impune chiar intervenții asupra stratului de uzură în perioada de garanție, cheltuieli ce trebuie susținute din ansamblul ofertei financiare prezentate.

De asemenea, contestatorul consideră că asocierea reprezentată de ... nu poate justifica valoarea prețului ofertat (oferte de preț, parc de auto utilaje), care sa susțină oferta de preț prezentată.

Din cele redate anterior, Consiliul constată că, în fapt, contestatorul se bazează în argumentația sa doar pe presupuneri și pe propriile abordări, fără punctarea concretă a acelor elemente din cadrul propunerii financiare care, în opinia sa, ar fi subevaluate, de asocierea ofertantă, prin raportare la prețurile practicate pe piața de profil și fără depunerea de mijloace de probă în acest sens.

Or, o astfel de argumentație nu poate fi acceptată de către Consiliu care nu poate efectua verificarea punctuală și concretă a criticilor aduse în referire la presupusa subevaluare a propunerii financiare a asocierii ... - ... – ... – ..., prin raportare la verificarea efectuată de comisia de evaluare.

Mai mult decât atât, în ceea ce privește susținerea contestatoarei conform căreia, deși comisia de evaluare a constatat că valoarea de proiectarea este subevaluată (42,67% din valoarea estimată de 5.208.150 lei), aceasta nu ar fi solicitat clarificări cu privire la justificarea prețului pentru activitatea de proiectare și asistență tehnică, apreciindu-se că, în analiza ofertei asocierii ... - ... – ... – ..., autoritatea contractantă ar fi neglijat prevederile art. 136 din H.G. nr. 395/2016 și art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată contrariul.

În acest sens, Consiliul constată că, în evaluarea efectuată, comisia i-a solicitat asocierii ... - ... – ... – ..., în conformitate cu art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu

prevederile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 136 din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, clarificări cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut propus în ofertă.

Urmare documentelor prezentate de asocierea ... - ... – ... – ..., comisia de evaluare a analizat și verificat informațiile cuprinse în acestea și a constatat că prin oferta prezentată, respectiva asociere poate îndeplini în mod corespunzător contractul având ca obiect *„Proiectare, asistență tehnică și execuție «Modernizare ...km 1+350-km 44+600; km 49+194-km 52+649»"*.

Astfel, în soluționare se reține faptul că toate demersurile autorității contractante au fost consemnate în Raportul procedurii nr. 66326/24.09.2018, la paginile 91 și 92, unde se poate constata că aspectele de lămurit/clarificat au vizat propunerea financiară depusă de asociere, chiar dacă respectivele clarificări au avut în vedere alte aspecte decât cele învederate de contestatoare.

Or, constatând atât faptul că afirmația contestatoarei conform căreia comisia de evaluare nu ar fi efectuat verificări legate de valoarea propusă de asocierea în discuție este eronată, constatându-se contrariul, cât și faptul că susținerile asocierii ... – ... – ... se bazează doar pe presupuneri și pe propriile abordări, fără punctarea concretă a acelor elemente din cadrul propunerii financiare care, în opinia sa, ar fi subevaluate, prin raportare la prețurile practicate pe piața de profil și fără depunerea de mijloace de probă în acest sens, Consiliul menține evaluarea efectuată de autoritatea contractantă prin asumarea răspunderii, conform art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice și, pe cale de consecință, respinge, ca nefondată, critica adusă de contestatoare în referire la propunerea financiară a asocierii ... - ... – ... – ...

Având în vedere cele mai sus menționate, Consiliul apreciază ca fiind nefondate criticile formulate de contestatoare cu privire la oferta depusă de asocierea ... - ... –

... – ..., participant la procedură care s-a situat pe locul 2 în clasamentul rezultat în urma aplicării criteriului de atribuire *„cel mai bun raport calitate-preț"*, așadar înaintea contestatoarei asocierea ... – ... – ..., care s-a poziționat în clasamentul final pe locul 3.

În condițiile în care aceste critici nu sunt întemeiate, Consiliul nu poate dispune reevaluarea acestei oferte astfel cum a solicitat contestatoarea.

În ceea ce privește criticile formulate de contestatoare cu privire la oferta situată pe primul loc, depusă de către asocierea ... - ... – ... – ..., Consiliul le va respinge ca fiind lipsite de interes deoarece numai în ipoteza în care s-ar fi dispus reevaluarea ambelor oferte criticate de către contestatoare, respectiv asocierea ... - ... – ... – ... și asocierea ... - ... – ... – ..., autoarea contestației ar fi avut șansa de a deveni ofertant câștigător.

Față de cele constatate și ținând seama că rezultatul procedurii nu se impune a fi modificat, evaluarea ofertelor fiind efectuată de către autoritatea contractantă cu respectarea propriilor cerințe impuse prin documentația de atribuire și a dispozițiilor art. 132 și următoarele din HG

nr. 395/2016, Consiliul va menține decizia luată de ..., de desemnare drept câștigătoare a ofertei depusă de către asocierea ... - ... – ... – ..., motiv pentru care nu va mai analiza și aspectele criticate de către asocierea ... – ... – ..., cu privire la oferta depusă de către asocierea ... - ... – ... – ..., fiind lipsite de interes în condițiile în care această ultimă asociere rămâne câștigătoarea acestei proceduri de atribuire iar poziția asocierii ... – ... – ..., pe locul 2 sau 3 în clasament nu ar conduce la atribuirea contractului de achiziție publică către această asociere ofertantă.

Deşi nici legislația în vigoare în materia achizițiilor publice şi nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înţelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mişcare a acţiunii sale. Exerciţiul dreptului de a formula o acţiune în justiţie, precum şi critici ca cele de faţă, cere o justificare, prin impunerea condiţiei interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral şi/sau material, trebuie să fie legitim, personal şi direct, să fie născut şi actual.

Consiliul constată că şi în ipoteza în care s-ar admite contestaţia şi s-ar aprecia că oferta situată pe locul 1 se impune a fi reevaluată, contestatoarea nu ar obţine niciun folos practic şi actual dat fiind că soluţia ar avea drept consecinţă câştigarea procedurii de către ofertantul situat pe locul al doilea (asocierea ... - ... – ... – ...) şi nu de către contestatoare, situată pe locul 3.

Un interes eventual nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerinţa actualităţii, practica CNSC și a instanțelor judecătorești fiind constantă în acest sens (a se vedea, în acest sens, de exemplu, Decizia civilă nr. 4906/27.07.2015 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara – Secția Contencios Administrativ și Fiscal).

De asemenea, Consiliul apreciază că pronunţarea de către Consiliu a unei decizii de reevaluare a ofertei depusă de asocierea ... - ... – ... – ..., nu ar aduce beneficii în niciun fel societăţii contestatoare, aceasta neavând şansa reală de a i se atribui contractul de achiziţie publică în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, ofertelor declarate admisibile.

Aplicând aceste considerente la speţa analizată, Consiliul constată că prezentele critici formulate cu privire la asocierea ofertantă ... - ... – ... – ..., nu sunt justificate de existența unui interes actual, întrucât o eventuală admitere a acestora nu ar conduce la declararea câștigătoare a ofertei contestatoarei, criticile contestatoarei referitoare la această ofertă depusă în procedura de atribuire fiind astfel lipsite de interes.

În sensul celor de mai sus, s-a pronunțat Curtea de Apel Cluj prin decizia civilă nr. 1491/2017, precum și Curtea de Apel București prin decizia nr. 1794/2017.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., ca nefondată.

Pe cale de consecință, dată fiind soluția pronunțată pe fondul cauzei și menținându-se decizia autorității contractante în referire la oferta desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... – ... – ...

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția nulității contestației, invocată de intervenientul ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... – ... – ...

Respinge contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... – ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Admite cererea de intervenție formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ... – ... – ..., cu sediul în ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactat în 5 (cinci) exemplare originale, conține 51 (cincizecișiuna) pagini.