CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. .....
Data: .....

Prin contestația nr. ....., înregistrată la CNSC sub nr.....formulată de SC ..... SRL, în calitate de Lider al Asocierii SC ...., cu sediul social în ....., ..., ..., având ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată convențional prin ....., cu sediul ales în str..... ....., împotriva adreselor de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..... și nr. ....., emise de către ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., localitatea ....., județul ....., în vederea atribuirii contractului, având ca obiect: „.....»", cod CPV ....., s-a solicitat:

- anularea adresei nr. ..... privind rezultatul procedurii, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei de anulare;
- anularea în parte a raportului procedurii nr. ..... cu privire la evaluarea ofertei SC .....SRL;
- constatarea existenței unui motiv de excludere a ofertantului SC .....SRL care atrage inadmisibilitatea acestei oferte;
- obligarea autorității contractante la: reluarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertei SC .....SRL cu privire la existența motivului de excludere din procedură și a neîndeplinirii cerinței privind experiența similară și stabilirea ofertantului câștigător dintre ofertele admisibile.

Prin adresa nr. ....., înregistrată la Consiliu sub nr. ....., formulată de SC .....SRL, cu sediul în str. ...., având CUI ....., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr .....,

reprezentată prin administrator formulează cerere de intervenție principală solicitând:

- admiterea excepției tardivității contestației formulate de SC ..... SRL și respingerea acesteia ca tardivă,
- respingerea contestației formulate de SC ..... SRL ca neîntemeiată.

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că în urma verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate, toate ofertele depuse pentru prezenta procedură au fost declarate admisibile, iar după evaluarea ofertelor financiare și aplicarea criteriului de atribuire, clasamentul celor ofertelor rămase în evaluare a fost:

I. SC .....SRL, cu un preț ofertat de 17.810.591,85 lei, fără TVA,

II. Asocierii SC ...., cu un preț ofertat de ..... lei, fără TVA, drept pentru care, prin adresa nr. ....., autoritatea contractantă comunică rezultatul procedurii, respectiv că oferta contestatorului a fost clasată pe locul II, iar oferta câștigătoare aparține operatorului SC .....SRL.

Contestatorul consideră că decizia autorității contractante este nelegală și netemeinică, dat fiind faptul că există un motiv de excludere a operatorului SC .....SRL și nu au fost îndeplinite toate cerințele de calificare privind experiența similară solicitate prin fișa de date.

Astfel, cu privire la existenta unui motiv de excludere a ofertantului SC .....SRL, contestatorul precizează că în fișa de date a achiziției, secțiunea III Informații juridice, economice, financiare și tehnice, lll. 1) condiții de participare, III.1.1.a) situația personală a candidatului sau ofertantului - Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, se solicită la pct. 1 *„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terți și subcontractanți) cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”.*

Contestatorul precizează că există documentul constatator nr. .....emis de Compania Națională de Investiții, în cadrul căruia la pct. 5, este menționată culpa ofertantului SC .....SRL pentru nerespectarea termenelor contractuale de executare lucrări, iar la pct. 6 - prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității

contractante pe perioada derulării corespunzătoare a contractului este menționat că se datorează penalități de întârziere și daune interese.

Prin urmare, declarația pe proprie răspundere a ofertantului că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, depusă prin DUAE, nu este reală.

Contestatorul consideră că SC .....SRL a încălcat obligații esențiale ale unui contract de lucrări, termenul de finalizare și în plus au fost produse autorității contractante și prejudicii (datorând penalități de întârziere contractuale și daune interese cuantificabile).

De asemenea, în partea V - declarații finale, ofertantul a declarat: *„Operatorul economic declară că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false”.*

Totodată, contestatorul consideră că autoritatea contractantă avea obligația efectuării verificării declarațiilor DUAE, iar prin simpla accesare a platformei SEAP ar fi putut constata că

(i) ofertantul SC .....SRL a declarat în mod nereal că nu și-a încălcat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică,

(ii) ofertantul intră sub incidența motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea și 98/2016 și

(iii) oferta acestuia trebuia respinsă ca inadmisibilă.

Ofertantul SC .....SRL avea obligația declarării în DUAE a emiterii documentului constatator nr. .....- prin bifarea *„DA”* la secțiunea corespunzătoare și de a depune, în susținerea sa privind neîncadrarea în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, a unor documente suplimentare cu privire la validitatea acestui act. Obligația ofertantului decurge din prevederile art. 171 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în contextul în care SC .....SRL nu a demonstrat că documentul constatator negativ nr. .....a fost revocat sau anulat, acesta este valabil și își produce efectele în sensul că în cuprinsul său sunt consemnate ambele condiții vizate de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 care determină excluderea din procedura de atribuire: *„existenta unei abateri grave și a prejudiciului creat de neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate*”.

Contestatorul menționează că pe rolul Curții de Apel ..... s-a aflat dosarul nr. 2558/3/2018, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice, document constatator nr. ....., cauza fiind suspendată până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ..... Acesta din urmă a fost soluționat definitiv de Curtea de Apel ..... prin respingerea recursului formulat de SC .....SRL împotriva hotărârii nr. 6545 din 19.10.2018 pronunțate asupra fondului, prin care SC .....SRL a fost obligată să achite reclamantei .....suma de 980.297,42 lei reprezentând contravaloare penalități aferente contractelor de proiectare și execuție lucrări nr. .....

Contestatorul subliniază faptul că în jurisprudența națională numai în situația în care ofertantul probează că documentul constatator a fost anulat de către instanța de judecată, acesta nu mai intră sub incidența prevederilor art. 189 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aceste soluții ale instanțelor de fond, contestatorul consideră că documentul constatator nr. .....este legal și își produce efectele la data depunerii ofertelor în prezenta procedură.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (3) în sensul obligației furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente înlătură măsura excluderii și precizările aduse de alin. (5) lit. b), în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

În acest sens contestatorul invocă Sentința civilă nr. 512/2018 a Tribunalului Mureș, dosar 71/102/2018, Hotărârea CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwotawcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 25 iulie 2014, primită de Curte la 14 august 2014, în procedura Esaprojekt sp. z.o.o.

Prin urmare, contestatorul subliniază faptul că ofertantul SC .....SRL nu a prezentat prin completarea DUAE (inițială și revizuită) situația sa reală cu privire la inexistența unui motiv de excludere, a făcut declarații false, omițând cu bună știință să prezinte documentul constatator nr. 9339/22.06.2019 și să completeze în mod corespunzător DUAE.

Altfel, declarând oferta sa câștigătoare, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 137 alin. (2) în HG nr. 395/2016, ofertantul SC .....SRL trebuind a fi exclus din procedură.

Cu privire la neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, contestatorul precizează că în fișa de date a achiziției, la secțiunea III.1.2) capacitatea economică și financiară, pct. III.1.3.a) capacitatea tehnică și/sau profesională - informații și/sau nivel(urî) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: experiența similară, s-au solicitat următoarele: *„Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 19.500.000 lei, fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrărilor executate la nivelul a maxim 5 contracte. Prin lucrări similare autoritatea contractantă înțelege lucrări aferente infrastructurii de transport rutier, executat în conformitate cu normele profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit, însoțite de certificate/ documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar”.*

Cerința a făcut obiectul clarificărilor la documentația de atribuire, așa cum rezultă din răspuns consolidat nr. 183/11.01.2019, solicitarea de clarificări nr. 1/20.12.2018. Autoritatea contractantă menționează în acest document că: *„pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară vor fi luate în considerare lucrările similare executate în ultimii 5 ani, în valoare cumulată de 19.500.00 lei fără TVA, valoare ce se poate demonstra prin însumarea valorilor executate la nivelul a 5 contracte. Prin lucrări similare autoritatea contractantă înțelege lucrări aferente infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, respectiv lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa V de complexitate conform normativului în domeniu. În clasa V de complexitate se încadrează drumuri naționale, secundare, drumuri județene, drumuri comunale și drumuri vicinale”.* Răspunsul a fost dat la întrebarea dacă se consideră experiență similară lucrările de amenajări exterioare la parcuri industriale care cuprind lucrări de așternere balast, piatră spartă, balast stabilizat, mixturi asfaltice, realizare rigole, trotuare din pavaj, ziduri de sprijin.

Din raportul procedurii nr. 5622/18.07.2019 rezultă că ofertantul SC .....SRL a depus în ofertă pentru demonstrarea capacității tehnice și/sau profesionale, experiență similară, contractul de lucrări nr. 11023/14.06.2013 *„Extindere și reabilitare rețele de alimentare cu apă și de canalizare în localitatea Făgăraș”,* beneficiar Apă Canal SA Sibiu, cu un centralizator de lucrări în scopul dovedirii îndeplinirii cerinței în sumă de 12.151.138,10 lei.

Prin solicitarea de clarificări nr. 856/11.02.2019 autoritatea contractantă a pus în vedere ofertantului SC .....SRL să specifice tipul/categoriile de lucrări executate inclusiv în cadrul contractului 11023/14.06.2013, iar la nivelul DUAE pentru acest contract să clarifice în ce au constat categoriile de lucrări de „*refaceri și desfaceri carosabil și trotuare*”.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 72/12.02.2019 ofertantul arată care sunt tipurile de lucrări efectuate, însă contestatorul susține că acestea nu se încadrează în categoria lucrări de construcție/modernizare/ reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa V de complexitate conform normativului în domeniu. În cadrul contractului au fost însă executate doar lucrări la șanțurile rețelei principale și branșamentele la proprietăți.

Totodată, la cererea de clarificare a categoriilor de *„lucrări de refaceri și desfaceri carosabil și trotuare”,* ofertantul nu a răspuns în mod concludent acestei probleme, depunând aceleași liste de cantități ca în oferta inițială, la completarea DUAE.

Autoritatea contractantă însă, în mod nelegal, a apreciat că ofertantul a răspuns în mod corect și complet la solicitarea de clarificări

și că răspunsurile transmise fac dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară.

În ce privește contractul nr. 11023/14.06.2013, acesta nu face dovada experienței similare a ofertantului SC .....SRL, având în vedere că obiectul acestuia și tipul de lucrări efectuate nu se încadrează în cerința autorității contractante din fișa de date a achiziției, așa cum a fost clarificată prin răspunsul consolidat nr. 183/11.01.2019.

Pe de altă parte, în ce privește răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări referitoare la categoriile de lucrări de „*refaceri și desfaceri carosabil și trotuare*”, nu îndeplinește cerințele impuse de lege, de a fi clare și complete, întrucât au fost depuse aceleași documente ca în oferta inițială.

Astfel, înlăturând din valoarea totală a contractelor pentru dovedirea experienței similare, solicitată de autoritatea contractantă la nivelul sumei de 19.500.000 lei, a valorii din centralizatorul de lucrări reparații carosabil depus de ofertant, 12.151.138,10 lei, rezultă că valoarea celorlalte contracte depuse de ofertant nu acoperă valoarea prag din fișa de date a achiziției. Conform raportului procedurii, valoarea însumată a contractelor de lucrări care pot face dovada experienței similare a ofertantului SC .....SRL este de doar 13.098.092,97 lei, inferioară valorii solicitate.

Prin urmare, autoritatea contractantă în mod nelegal a considerat îndeplinită cerința experienței similare de către ofertantul SC .....SRL, declarându-l câștigător al procedurii, deși trebuia făcută aplicarea prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2017 și oferta trebuia declarată inacceptabilă. Deopotrivă, aceeași ofertă trebuia declarată inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Prin declararea acceptabilă a ofertei SC .....SRL, autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament al ofertanților, statuat de dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În susținerea celor afirmate anterior, contestatorul invocă Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punctul 110, și Hotărârea din 12 martie 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punctul 33, Hotărârea din 22 iunie 1993, Comisia/Danemarca, C-243/89, EU:C:1993:257, punctul 33, Hotărârea din 25 aprilie 1996, Comisia/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, punctul 51, și Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punctul 33, Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punctul 45, precum și Hotararea din 24 mai 2016, MTH0jgaordsiZublin, C-396/14, EU:C:2016:347, punctul 37.

Contestatorul subliniază faptul că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, nu a fost contestată de niciun operator

economic, drept pentru care toate prevederile ei si-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractanta, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru toate aceste motive, consideră că ofertantul trebuia exclus din procedură în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, întrucât documentul constatator .....face dovada neîndeplinirii unor obligații esențiale din contracte de achiziție anterioare, iar ofertantul a furnizat informații false cu privire la îndeplinirea condițiilor prin completarea DUAE și totodată oferta depusă de SC .....SRL este inacceptabilă potrivit dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, întrucât nu îndeplinește cerința din fișa de date a achiziției referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, respectiv experiența similară, aceasta fiind și inacceptabilă potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât nu a răspuns în mod concludent la solicitările de clarificări înaintate de autoritatea contractantă în etapa evaluării ofertelor.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ....., contestatorul depune în original recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205610750/1, tranzacția nr....., din data de ...., emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria, în valoare de ..... lei pe seama și la dispoziția CNSC, constituită conform art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/2018.

Prin adresa nr. 29210/...../2019, Consiliul solicită contestatorului să precizeze în temeiul art. 20 alin. (1) – (3) din Legea nr. 101/2016. cu modificările și completările ulterioare, dovada luării la cunoștință a actului atacat.

Prin adresa nr. 1409/29.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 29303/29.07.2019, contestatorul menționează că data de 19.07.2019 autoritatea contractantă a postat în SEAP, actul atacat, anexând o imagine captată din platforma SEAP, de unde rezultă comunicarea rezultatului.

Prin adresa nr. 549/01.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 2990/01.08.2019, SC .....SRL depune cerere de intervenție în conformitate cu art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Susține că interesul său de a interveni în procedura soluționării prezentei contestații este justificat de faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare conform comunicării nr. 5643/18.07.2019.

Cu privire la tardivitatea contestației, intervenientul susține că în conformitate cu art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, raportat la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, termenul instituit de legiuitor pentru formularea contestației împotriva a presupusului act vătămător al autorității contractante, respectiv comunicarea nr. 5646/18.07.2019, s-a împlinit la data de 23.07.2019.

A. Referitor la presupusa existență a unui motiv de excludere a ofertei sale, conform art. 167 din Legea nr. 98/2016, intervenientul menționează că documentul constatator nr. .....emis de .....a încetat să mai producă efecte negative la data de 22.06.2019.

Acest document constatator nr. .....a fost emis de către ..... în conformitate cu art. 97 ind. 1 din HG nr. 925/2006, cu ocazia evaluării activității intervenientului în cadrul unui contract de achiziție publică din 2015, desfășurat în relație cu această autoritate.

Intervenientul subliniază faptul că, în conformitate cu art. 236 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, pentru contractele încheiate anterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016, autoritățile contractante sunt obligate să emită documente constatatoare și să le publice în SEAP urmând procedura prevăzută de HG nr. 925/2006. Așadar, și efectele acestor documente constatatoare sunt tot cele prevăzute de legislația anterioară.

Prin urmare, în speță sunt aplicabile dispozițiile art. 181 lit. c) din OUG 34/2006, în sensul că poate fi exclus din procedura de achiziție operatorul economic care: *„în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia*".

Intervenientul precizează că perioada în care documentele constatatoare pot produce efecte negative asupra participării la procedurile de achiziție publică în conformitate cu legislația actuală a crescut de la 2 la 3 ani.

Un act administrativ emis în baza legislației anterioare nu poate produce efectele prevăzute de legislația actuală întrucât în acest mod se încalcă principiul neretroactivității legii noi. Operatorul economic nu poate suferi o serie de consecințe negative instituite printr-o lege care nu se află în vigoare la data la care a săvârșit presupusele fapte care au dus la emiterea documentului constatator negativ.

Așadar, documentul constatator nr. .....a încetat să mai producă efecte negative în data de 22.06.2019, anterior întocmirii raportului de evaluare a ofertelor și a desemnării ofertei ca și câștigătoare a procedurii de achiziție.

Cunoscând faptul că termenul în raport de care documentul constatator nr. .....produce efecte negative urmează să expire anterior încheierii procedurii de achiziție, intervenientul a considerat că nu se impune efectuarea niciunei mențiuni în DUAE, întrucât nu se afla în prezenta unui motiv de excludere conform legislației aplicabile.

Nemenționarea în DUAE a unui document constatator nu reprezintă o faptă de fals, operatorul economic având libertatea de a aprecia dacă se încadrează sau nu în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Documentul constatator nr. .....emis de ..... a fost atacat în cadrul dosarului nr. 2558/2/2018, această cauză nefiind încă

soluționată definitiv. Prin urmare, nu există o decizie din partea unei instanțe de judecată care să valideze aspectele reținute de către ..... în cadrul respectivului act administrativ.

Prin urmare, intervenientul consideră că nu și-a încălcat în mod grav și repetat obligațiile contractuale într-o manieră în care să fi condus la încetarea anticipată a contractului încheiat cu .....sau la plata de daune interese, acesta fiind motivul pentru care a completat DUAE prin bifarea căsuței aferente răspunsului *„nu”*.

Totodată intervenientul susține că existenta unui document constatator negativ nu atrage excluderea automată a operatorului economic de la procedura de achiziție, autoritatea contractantă fiind lăsată să aprecieze credibilitatea acestuia prin raportare la întreaga documentație pe care o are la dispoziție.

Așadar, un operator economic fată de care o altă autoritate contractantă a emis un document constatator negativ poate fi declarat câștigător al unei proceduri de achiziții atâta vreme cât se consideră că respectivul act administrativ nu reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/1016, astfel cum reiese din interpretarea art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

B. Cu privire la presupusa neîndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară, intervenientul precizează că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 72/12.02.2019, lucrările de desfacere și refacere a carosabilului executate în cadrul contractului nr. 11023/14.06.2013 se încadrează în categoria lucrărilor similare, astfel cum au fost acestea definite prin fișa de date.

Prin același răspuns a subliniat faptul că modalitatea în care autoritatea contractantă a înțeles să răspundă la clarificări în sensul de a indica o clasă din care ar trebui să facă parte lucrările similare excede instituției clarificării fișei de date și ar trebui tratată ca o modificare substanțială a fișei de date ce trebuie analizată conform art. 55 din HG nr. 395/2016. În concret, dacă după publicarea anunțului intervin modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă nu poate îndrepta situația prin intermediul instituției clarificărilor, ci trebuie să publice un anunț tip erată sau să anuleze procedura și să publice un nou anunț corespunzător.

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu a urmat această procedură prevăzută de art. 55 din HG nr. 395/2016, completarea fișei de date conform clarificărilor emise de autoritatea contractantă sub nr. 183/11.01.2019 ar veni în contradicție cu art. 49, art. 50 și art. 154 din Legea nr. 98/2016.

Intervenientul susține că, prin răspunsul la clarificări formulat a arătat faptul că specificația privind clasa din care trebuie să facă parte lucrările indicate de ofertant pentru îndeplinirea cerinței experienței similare nu poate produce efecte juridice întrucât constituie o modificare substanțială față de fișa de date inițial publicată.

Fișa de date având o putere juridică mai mare decât răspunsul la clarificări, cel mai probabil, autoritatea contractantă a luat în considerare explicațiile concludente și a stabilit că lucrările executate în cadrul contractului nr. 11023/14.06.2013 dovedesc îndeplinirea cerinței experienței similare.

Pe de altă parte, referitor la susținerile contestatorului în sensul că în cadrul contractului nr. 11023 ar fi executat exclusiv lucrări la șanțurile rețelei principale și la branșamentele la proprietăți este atât neavizată, cât și neconcludentă cu referire la îndeplinirea condiției privind experiența similară.

Contestatorul nu a avut acces la documentația depusă pentru dovedirea experienței similare, motiv pentru care aprecierile acesteia privind valoarea probatorie a acestora urmează a fi respinse de completul învestit cu judecarea prezentei contestații. În același sens contestatorul nu poate susține că documentele transmise odată cu răspunsul la clarificări nr. 856/11.02.2019 ar fi identice cu cele depuse odată cu oferta, pentru simplul motiv că nu a avut acces la dosarul achiziției înainte de a formula contestația.

Totodată, astfel cum reiese fără putință de tăgadă din documentele depuse la dosarul licitației în dovedirea criteriului experienței similare, chiar dacă nu au vizat întreaga stradă pe care s-au executat lucrări la rețelele publice de apă și canal, lucrările de desfacere și refacere a carosabilului s-au desfășurat după proceduri tehnice specifice lucrărilor de drumuri, fiind incluse în proiectul de execuție ce cuprindea aceleași categorii de lucrări precum procedurile tehnice cuprinse în documentația tehnică privind lucrările ce fac obiectul procedurii de achiziție ce face obiectul prezentului dosar.

Cu alte cuvinte, în ciuda faptului că desfacerea și refacerea carosabilului și trotuarelor s-a făcut pe tronsoane aferente șanțurilor executate în vederea executării lucrărilor la rețele, operațiunile tehnice realizate cu această ocazie au fost identice cu cele ce se vor executa pentru realizarea lucrărilor de asfaltare a drumurilor din .....

Prin urmare, intervenientul consideră că în mod corect a considerat autoritatea contractantă că îndeplinește cerința privind experiența similară, toate documentele și explicațiile oferite fiind în măsură să dovedească faptul că lucrările aferente contractului nr. 11023/14.06.2016 sunt similare celor ce se vor executa conform procedurii de achiziției la care se referă prezentul dosar.

De asemenea, clarificările prezentate prin adresa 72/12.02.2019 sunt concludente, referindu-se pe larg la lucrările executate în cadrul 11023 și anexând 166 de pagini privitoare la operațiunile de desfaceri și refaceri a carosabilului. Prin urmare, nu se pune problema declarării ofertei ca inadmisibile conform art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 6171/08.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 30993/08.08.2019, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație.

Astfel, cu privire la existenta unui motiv de excludere a ofertantului SC .....SRL, autoritatea contractantă precizează că ofertantul SC .....SRL a depus documentul DUAE, în care a declarat că nu se află în niciuna din situațiile de excludere. Ofertantul SC .....SRL a bifat *„nu”* în formularul DUAE la secțiunea „Motive de Excludere, Pct. C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale - «*Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior*»", fapt consemnat de către comisia de evaluare în cadrul procesului verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare nr. 981 din 15.02.2019.

În conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției *„Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.*

Aceste documente pot fi:

- *certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării;*
- *cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezulta din certificatul constatator emis de ONRC /actul constitutiv;*
- *după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;*
- *alte documente edificatoare, după caz*".

În conformitate cu prevederile art. 34 din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a aplicat criteriul de atribuire menționat în anunțul de participare simplificat, respectiv „prețul cel mai scăzut”, ofertelor admisibile și a întocmit clasamentul, după cum urmează:

- loc 1, SC .....SRL, cu un preț ofertat de 17.810.591,85 lei, fără TVA;
- loc 2, Asocierea SC ...., cu un preț ofertat de 17.976.217,41 lei, fără TVA.

În urma aplicării criteriului de atribuire tuturor ofertelor oferta depusa de către SC .....SRL, a avut prețul cel mai scăzut, fiind clasată pe primul loc.

În consecință, în conformitate cu prevederile art. 196, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluarea a solicitat prin adresa nr. 4003 din 04.06.2019, ofertantului clasat pe primul loc SC .....SRL, să prezinte documentele justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, în conformitate cu prevederile art. 132, alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Urmare adresei nr. 4003 din 04.06.2019, ofertantul a prezentat următoarele documente :

Certificate de atestare fiscală din care reiese că nu există datorii la momentul prezentării după cum urmează:

- Certificat de atestare fiscală privind obligațiile de plata la bugetul consolidat nr. 7022462, emis de ANAF ....., care atestă că SC .....SRL nu figurează în evidențele fiscale cu datorii la data de 30.04.2019. Termenul de valabilitate al certificatului este de 30 zile de la data eliberării;

- Certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale nr. 207385 din 29.05.2019, emis de Municipiul ....., Direcția venituri buget local sector 2, care atestă că la data de întâi a lunii următoare eliberării certificatului nu figurează în evidențele compartimentului fiscal cu creanțe bugetare de plată scadente către bugetul local. Termenul de valabilitate este de 30 zile de la data emiterii.

Urmare analizei documentelor prezentate, comisia de evaluare a solicitat clarificări suplimentare, respectiv prezentarea de certificat constatator privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget de stat) actualizat, având în vedere faptul că din Certificatul de atestare fiscală nr. 7022462/09.05.2019, reiese că nu avea datorii restante la data de 30.04.2019, și nu în luna mai 2019; și prezentarea unui certificat constatator privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local) emis pentru punctul de lucru din localitatea Voluntari, județ Ilfov, valabil la data prezentării.

Ofertantul a răspuns în termen la solicitarea de clarificări nr. 4712 din 03.07.2019, prin adresa nr. 461 din 08.07.2019, încărcată în SICAP la secțiunea *„Solicitări de clarificări/Întrebări/Comunicări*", în data de 08.07.2019, ora 15.27, semnată cu semnătură electronică extinsă validă.

În cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări, ofertantul a prezentat:

- Certificat de atestare fiscală privind obligațiile de plata la bugetul consolidat nr.1299668 din 27.06.2019, emis de ANAF ....., care atestă că SC .....SRL nu figurează în evidentele fiscale cu datorii la data de 31.05.2019. Termenul de valabilitate al certificatului este de 30 zile de la data eliberării.

- Certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale nr. 36977 din 10.06.2019, emis de Direcția Economică - Serviciul taxe și Impozite, oraș Voluntari, jud Ilfov, care atestă ca la data de întâi a lunii următoare eliberării certificatului nu figurează în evidențele compartimentului fiscal cu creanțe bugetare de plată scadente către bugetul local. Termenul de valabilitate este de 30 zile de la data emiterii.

Ofertantul a prezentat și următoarele certificate de cazier judiciar:

- Certificat de cazier judiciar nr. 19201493 din 01.02.2019, emis pentru SC .....SRL, din care reiese că solicitanta nu este înscrisa în cazierul judiciar;

- Certificat de cazier judiciar nr. 20548089 din 05.06.2019, din care reiese că solicitantul nu este înscris în cazierul judiciar

- Certificat de cazier judiciar nr. 20548170 din 05.06.2019, din care reiese că solicitantul nu este înscris în cazierul judiciar

- Certificat de cazier judiciar nr. 20548013 din 05.06.2019, din care reiese că solicitantul nu este înscris în cazierul judiciar

- Certificat de cazier judiciar nr. 20547908 din 05.06.2019, din care reiese că solicitantul nu este înscris în cazierul judiciar.

Prin documentele prezentate ofertantul demonstrează că toate persoanele care sunt membre în organul de conducere, administrare sau de supraveghere sau care au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul societății, nu au fapte înscrise în cazierul judiciar.

Referitor la capacitatea de exercitare a activității profesionale, ofertantul a prezentat Certificat ONRC nr. 319793/29.05.2019, din care reiese că are domeniul de activitate principal 4399 – Alte lucrări speciale de construcții n.c.a.

Din certificatul constatator reiese că societatea SC .....SRL, este legal constituită și nu există înregistrări privind fapte aflate sub incidența art. 21, lit. e-h) din Legea nr. 26/1990.

Luând în considerarea toate cele amintite mai sus, autoritatea contractanta consideră că și-a îndeplinit obligația efectuării verificării declarațiilor DUAE, în conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției.

Cu privire la existență documentului constatator nr. 9339/ 22.06.2017, autoritatea contractantă invocă jurisprudența în materie, precizând că instanța a respins cererea de suspendare a efectelor a două certificate și pe motiv că existența lor nu atrage, de drept, respingerea din procedură.

Mergând pe aceeași rațiune rezultată, autoritatea contractanta consideră că nu este în măsură să o respingă pe ofertantă de drept, așa cum susține contestatorul, deoarece documentul constatator nr. 9339 din 22.06.2017, pentru contractul nr. 136/08.06.2015, a fost atacat în instanță potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 cu modificările și completările ulterioare, în cadrul dosarului nr. 2558/3/2018, soluția din cadrul ședinței din data de 23.01.2019 fiind

„Suspendă cauza, în baza art. 413 NCPC, până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ..... Cu recurs pe toată durata suspendării.”

2. Cu privire la privire la neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, prin fișa s-a solicitat:

„Secțiunea III.1.2) Capacitatea economică și financiară, pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Experiența similară, s-au solicitat următoarele: «Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 19.500.000 lei, fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrărilor executate la nivelul a maxim 5 contracte. Prin lucrări similare autoritatea contractantă înțelege lucrări aferente infrastructurii de transport rutier, executat în conformitate cu normele profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit, însoțite de certificate/ documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar»".

Cerința a făcut obiectul clarificărilor la documentația de atribuire, așa cum rezultă din răspuns consolidat nr. 183/11.01.2019, solicitarea de clarificări nr. 1/20.12.2018. Autoritatea contractantă menționează în acest document că: *„pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară vor fi luate în considerare lucrările similare executate în ultimii 5 ani, în valoare cumulată de 19.500.000 lei fără TVA, valoare ce se poate demonstra prin însumarea valorilor executate la nivelul a 5 contracte. Prin lucrări similare autoritatea contractantă înțelege lucrări aferente infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, respectiv lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa V de complexitate conform normativului în domeniu. în clasa V de complexitate se încadrează drumuri naționale, secundare, drumuri județene, drumuri comunale și drumuri vicinale”.* Răspunsul a fost dat la întrebarea dacă se consideră experiență similară lucrările de amenajări exterioare la parcuri industriale care cuprind lucrări de așternere balast, piatră spartă, balast stabilizat, mixturi asfaltice, realizare rigole, trotuare din pavaj, ziduri de sprijin.

Referitor la îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, autoritatea contractantă face mențiunea că, în conformitate cu cerința din fișa de date a achiziției și a răspunsului consolidat nr. 183/ 11.01.2019, avizat de ANAP prin avizul conform necondiționat nr. 9363/14.01.2019: *„Pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară vor fi luate în considerare lucrările similare executate în ultimii 5 ani în valoare cumulata de minim 19.500.000 lei fără TVA, valoare ce se poate demonstra prin însumarea valorilor executate la nivelul a maxim 5 contracte. Prin lucrări similare autoritatea contractantă înțelege lucrări aferente infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității*

și/sau utilității, respectiv lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa V de complexitate conform normativului în domeniu. În clasa V de complexitate se încadrează drumuri naționale secundare, drumuri județene, drumuri comunale și drumuri vicinale".

În cazul contractului de lucrări nr. 11023/14.06.2013 – „*Extindere și reabilitare rețele de alimentare cu apă și de canalizare în localitatea Făgăraș",* beneficiar ..... SA Sibiu, prezentat de către SC .....SRL pentru demonstrarea experienței similare, autoritatea contractantă a luat în considerare valoarea de 12.151.138,10 lei, fără TVA, în conformitate cu centralizatorul cu lucrările reparații carosabil, contrasemnat de SC .....SA Sibiu, și a extraselor cu lucrările executate, respectiv: Desfacere și aducere la starea inițială a amplasamentelor pozării conductei principale (tip asfalt trafic mediu), desfacere și aducere la starea inițială a amplasamentelor pozării conductei principale (tip macadam), desfacere și aducere la starea inițială a amplasamentelor pozării racordurilor (carosabil asfalt trafic mediu), desfacere și aducere la starea inițială a amplasamentelor pozării racordurilor (trotuar din pavele, beton, asfalt), desfacere și aducere la starea inițială a amplasamentelor pozării racordurilor (trotuar din asfalt pe balast).

În cazul de față, autoritatea contractanta consideră că devin aplicabile prevederile art. 3 din OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor, respectiv *„Fac parte integrantă din drum: ampriza și zonele de siguranță, suprastructura și infrastructura drumului, podurile, podețele, șanțurile, rigolele, viaductele, pasajele denivelate, zonele de sub pasajele rutiere, tunelurile și alte lucrări de artă, construcțiile de apărare, protecție și consolidare, trotuarele, pistele pentru cicliști, locurile de parcare, oprire și staționare, stațiile de taxare, bretelele de acces, drumurile tehnologice amenajate pentru întreținerea autostrăzilor, indicatoarele de semnalizare rutieră și alte dotări pentru siguranța circulației, sistemele inteligente de transport și instalațiile aferente, spațiile de serviciu sau control, spațiile cuprinse în triunghiul de vizibilitate din intersecții, spațiile cuprinse între autostradă și/sau drum și bretelele de acces, sistemele pentru protecția mediului, terenurile și plantațiile din zona drumului și perdelele de protecție, mai puțin zonele de protecție".*

De asemenea, clasa de complexitate tehnica V invocată în cadrul răspunsului consolidat de clarificări, este cea mai redusă clasă tehnică a drumului public, cu o denumirea a intensității traficului „*foarte redus*", cu o intensitate medie zilnică anuală de autoturisme mai mică de 1000, și având în vedere categoria lor funcțională în cadrul rețelei de drumuri se poate prevedea o singură bandă de circulație, conform Normelor tehnice privind stabilirea clasei tehnice a drumurilor.

Față de cele expuse și ținând cont de conținutul contestației autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Având în vedere faptul că operatorul contestator a solicitat studierea dosarului achiziției, Consiliul prin adresa nr. 32258/...../20.08.2019, ia comunicat acestuia termenul pentru studierea dosarului și implicit de depunere al concluziilor scrise.

Ca urmare a studiului efectuat în data de 21.08.2019, contestatorul depune prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 32576/22.08.2019 concluzii scrise solicitând:

- respingerea excepției tardivității formulării contestației invocata de către intervenienta SC .....SRL;

- respingerea cererii de intervenție formulata de SC .....SRL ca nefondată.

- respingerea susținerilor formulate de autoritatea contractantă în punctul de vedere transmis către CNSC;

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Contestatorul susține că cererea de intervenție formulată de intervenient este strict accesorie, formulată cu scopul de a susține legalitatea înscrisurilor întocmite de autoritatea contractantă, iar nu una în interes propriu.

Aceasta afirmație are în vedere dispozițiile art. 61 alin. (2) C.proc.civ., potrivit cărora intervenientul principal este cel care invocă un drept propriu asupra bunului litigios ce formează obiectul cererii de chemare în judecată și tinde să câștige acest bun pentru sine. Or, din conținutul cererii formulate în cadrul procedurii derulate în fata Consiliului, reiese clar ca intervenientul susține doar actele autorității contractante, formulând apărări în menținerea acestora și combătând motivele din contestația depusă.

În sensul celor de mai sus contestatorul invocă Decizia nr. 71 din 30 ianuarie 2013 a Curții de Apel Craiova, secția contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 2760 din 28 iunie 2012 a Curții de Apel ....., secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Cu privire la excepția tardivității contestației invocate de intervenient, contestatorul susține că excepția este neîntemeiată având în vedere data comunicării adresei a cărei anulare o solicită, respectiv a raportului procedurii de atribuire.

Astfel, așa cum rezultă inclusiv din anexa la adresa nr. 1409/29.07.2019, data luării la cunoștință de actele atacate este 19.07.2019, informațiile rezultând cu evidență din imaginea captată din platforma SEAP.

Drept urmare, cu respectarea prevederilor art. 5 alin. (2) și ale art. 8 lit. b) din Legea nr, 101/2016, termenul de 5 zile pentru formularea contestației s-a împlinit la 24.07.2019, termen respectat prin depunerea contestației ce formează obiectul prezentului litigiu.

Pentru aceste motive solicită respingerea ca neîntemeiată a excepției tardivității invocate de intervenient.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a luat în considerare cu ocazia evaluării admisibilității ofertei SC .....SRL

documentul constatator nr. .....emis de Compania Națională de Investiții, respectiv a faptului ca la pct. 5 din documentul constatator se menționează culpa ofertantului SC .....SRL pentru nerespectarea termenelor contractuale de executare lucrări, iar la pct. 6 - prejudicii aduse sau ce ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării corespunzătoare a contractului fiind menționat că se datorează penalități de întârziere și daune interese. Rezultă din aceste mențiuni că SC .....SRL a încălcat obligații esențiale ale unui contract de lucrări - termenul de finalizare și în plus au fost produse autorității contractante și prejudicii (datorând penalități de întârziere contractuale și daune interese cuantificabile).

În ceea ce privește acest document constatator, intervenientul susține pe de o parte că acesta nu mai producea efecte, întrucât ar fi expirat termenul prevăzut de lege în acest sens, iar pe de alta parte, că existența acestuia nu atrage excluderea automată a operatorului economic de la procedura de achiziție.

În ceea ce privește primul aspect invocat, contestatorul consideră că intervenientul interpretează în mod eronat dispozițiile legale aplicabile, atunci când susține ca efectele documentului constatator încetează după doi ani de zile în conformitate cu dispozițiile art. 181 lit. c) din OUG nr. 34/2006.

Aceasta deoarece, în conformitate cu dispozițiile art. 6 alin. (5) C.civ.:

„Dispozițiile legii noi se aplică tuturor actelor și faptelor încheiate sau, după caz, produse ori săvârșite după intrarea sa în vigoare, precum și situațiilor juridice născute după intrarea sa în vigoare”.

Or, în considerarea faptului că documentul constatator în discuție a fost emis în data de 22.06.2017, dată la care era în vigoare noua legislație în materia achizițiilor publice, respectiv Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016, aceste din urma prevederi legale sunt aplicabile actului juridic (documentului constatator), chiar daca a fost emis cu privire la un contract încheiat în temeiul OUG nr. 34/2016.

Dispozițiile legale invocate de intervenient nu mai sunt aplicabile, întrucât OUG nr. 34/2006 au fost abrogate odată cu apariția Legii nr. 98/2016, care prevede un termen de 3 ani în care documentul constatator produce efecte.

A admite aplicabilitatea prevederilor legii vechi, OUG nr. 34/2006, în pofida celor ale legii în vigoare la data emiterii documentului constatator, ar reprezenta un caz de ultraactivitate a legii vechi, situație exclusă de prevederile Codului Civil (art. 6), dat fiind ca ultraactivitatea legii vechi nu este posibilă decât atunci când exista prevederi exprese în acest sens.

Pentru susținerea celor afirmate, invocă Decizia CNSC nr. 1258/C7/2014 din 29.05.2017.

Chiar și în situația improbabilă în care situația de excludere se raportează la termenul de 2 ani reglementat de OUG nr. 34/2006,

raportat la data depunerii ofertelor, respectiv 04.02.2019, data în funcție de care este stabilită admisibilitatea unui ofertant, documentul constatator emis la 22.06.2017 încă mai era în ființă, fiind irelevant că efectele acestuia au încetat pe parcursul evaluării ofertelor, în condițiile în care, SC .....SRL a declarat ca la momentul depunerii ofertelor nu se afla în situația de excludere reglementata la art. 167 din Legea nr. 98/2016, afirmație contrara realității.

Consultând portalul instanțelor de judecată, contestatorul precizează că a identificat faptul că pe rolul Curții de Apel ..... s-a aflat dosarul nr. 2558/3/2018, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice, document 9339/22.06.2019. Cauza este suspendată până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ..... Acesta din urmă a fost soluționat definitiv de Curtea de Apel ..... prin respingerea recursului formulat de SC .....SRL împotriva hotărârii nr. 6545 din 19.10.2018 pronunțate asupra fondului, prin care intervenientul a fost obligat să achite reclamantei .....suma de 980.297,42 lei, reprezentând contravaloare penalități aferente contractelor de proiectare și execuție lucrări nr. 135/8.06.2015, nr. 136/8.06.2015 și nr. 140/ 22.09.2014.

S-a reținut în jurisprudența națională ca numai în situația în care ofertantul probează ca documentul constatator a fost anulat de către instanța de judecată, acesta nu mai intra sub incidența prevederilor art. 189 alin. (1) lit. g) și h) din Legea 98/2016.

Având în vedere aceste soluții ale instanțelor de fond, învederează Consiliului că documentul constatator nr. .....este legal și își produce efectele la data depunerii ofertelor în prezenta procedură.

Argumentele de mai sus răspund inclusiv susținerilor autorității contractante din punctul de vedere, care afirmă că motivul pentru care nu a respins ca inadmisibilă oferta SC .....SRL este acela că documentul constatator a fost atacat în instanță, iar litigiul nu a fost finalizat.

Contestatorul precizează că simpla existență a litigiului în legătură cu documentul constatator nu are influență asupra efectelor acestuia.

În aceste condiții, autoritatea contractantă avea obligația efectuării verificării declarațiilor DUAE, iar prin simpla accesare a platformei SEAP ar fi putut constata că:

(i) SC .....SRL a declarat în mod nereal că nu și-a încălcat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică,

(ii) ofertantul intră sub incidența motivului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 si

(iii) oferta acestuia trebuie respinsă ca inadmisibilă.

Cât privește susținerea că existența documentului constatator nu atrage automat excluderea din procedura, (aspect invocate atât de intervenient, cât și de autoritatea contractantă), contestatorul precizează că intervenientul avea obligația declarării în DUAE a emiterii

documentului constatator nr. .....- prin bifarea *„DA”* la secțiunea corespunzătoare și de a depune, în susținerea sa privind neîncadrarea în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, a unor documente suplimentare cu privire la validitatea acestui act. Obligația ofertantului decurgea din prevederile art. 171 alin. (1).

Din moment ce ofertantul nu numai că nu a furnizat dovezi suplimentare prin care să-și demonstreze credibilitatea, dar nici măcar nu a învederat în DUAE existența documentului constatator, contestatorul precizează că în cazul de față, excluderea acestuia pentru depunerea unei oferte inadmisibile trebuia să intervină în mod automat.

Totodată, contestatorul precizează că nici în această fază procesuală intervenientul nu furnizează vreo dovada a credibilității, în sensul art. 171 alin. (1) ci se limitează să afirme că *„subscrisa deține suficiente dovezi ale credibilității sale”.*

Cu privire la neîndeplinirea de către ofertantul câștigător a cerinței de calificare privind experiența similară, contestatorul susține că contractul nr. 11023/14.06.2013 depus de operatorul câștigător, pentru dovedirea experienței similare, nu face dovada experienței similare a ofertantului SC .....SRL, având în vedere că obiectul contractului și tipul de lucrări efectuate nu se încadrează în cerința autorității contractante din fișa de date a achiziției, așa cum a fost clarificată prin răspunsul consolidat nr. 183/11.01.2019.

În combaterea acestei susțineri intervenientul afirmă că prin răspunsul la clarificări, indicând o clasa (clasa a -V- a) din care ar trebui să facă parte lucrările similare, autoritatea contractantă a realizat o modificare substanțială a fișei de date care trebuia tratată conform art. 55 din HG nr. 395/2016, respectiv prin publicarea unei erate.

Deși formulează această afirmație în legătură cu răspunsul la clarificări, intervenientul a înțeles să invoce acest aspect abia în cadrul cererii de intervenție, dar nu a atacat în termen documentul prin care autoritatea a răspuns la clarificări, așa încât răspunsul consolidat nr. 183/11.01.2019 face parte din documentația de atribuire și orice critici aduse la acest moment sunt tardive.

Susținerea intervenientei în sensul că răspunsul la clarificări mai sus menționat nu produce efecte juridice este lipsită de orice fundament legal, în condițiile în care nu există o decizie a CNSC sau o hotărâre judecătorească în acest sens, iar raportat la prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din anexa la HG nr. 395/2016, toate prevederile documentației (cu tot cu răspunsurile la solicitările de clarificări) și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă.

Drept urmare, susținerile intervenientului nu fac altceva decât să confirme că oferta depusă nu îndeplinește cerințele privind experiența similară având în vedere că, în ce privește contractul nr.

11023/14.06.2013, nu face dovada experienței similare prin raportarea la fișa de date și răspunsul la clarificări.

Răspunsul la clarificări nu reprezintă decât o explicitarea a noțiunii de *„lucrări aferente infrastructurii de transport rutier”* prin detalierea acestei cerințe într-o manieră permisivă prin trimiterea la lucrări dintr-o categorie foarte largă: *„în clasa V de complexitate se încadrează drumuri naționale; secundare, drumuri județene, drumuri comunale și drumuri vicinale*”.

Însăși autoritatea contractantă în punctul de vedere afirmă că, clasa V de drumuri este cea mai redusă clasă tehnică aferentă drumului public.

În aceste condiții, este evident că prin răspunsul la clarificări nu a fost introdusă nici o „*modificare față de informațiile deja existente*” în sensul art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care să atragă incidența măsurilor impuse de acest articol.

Referitor la susținerile autorității contractante din punctul de vedere în sensul că lucrările declarate de ofertantul câștigător ca și experiență similară în contractul nr. 11023/14.06.2013 au fost încadrate în cerințele fișei de date prin raportare la art. 3 din OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor, contestatorul consideră că sunt nefondate.

Enumerarea elementelor care fac parte din noțiunea de drum realizată cu scopul de a stabili regimul juridic al acestora nu este relevantă pentru speța de față, întrucât, așa cum a indicat chiar autoritatea contractantă în răspunsul la clarificări nr. 183/11.01.2019, încadrarea lucrărilor ca lucrări similare trebuia să aibă în vedere normativele tehnice în domeniu.

Or, chiar intervenientul recunoaște că lucrările ce au făcut obiectul contractului mai sus amintit nu se încadrează în clasa V de complexitate conform normativelor în domeniu.

Totodată, contestatorul susține că la cererea de clarificare a categoriilor de „*lucrări de refaceri și desfaceri carosabil și trotuare*”, ofertantul nu a răspuns în mod concludent acestei probleme, depunând aceleași liste de cantități ca în oferta inițială.

Autoritatea contractanta însă, în mod nelegal, a apreciat că ofertantul a răspuns în mod corect și complet la solicitarea de clarificări și că răspunsurile transmise fac dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară.

Drept urmare, contestatorul își menține susținerea că, în ce privește contractul nr. 11023/14.06.2013, acesta nu face dovada experienței similare a ofertantului SC .....SRL, având în vedere că obiectul acestuia și tipul de lucrări efectuate nu se încadrează în cerința autorității contractante din fișa de date a achiziției, așa cum a fost clarificată prin răspunsul consolidat nr. 183/11.01.2019.

De asemenea, răspunsul ofertantului la solicitarea de clarificări referitoare la categoriile de lucrări de „refaceri și desfaceri carosabil și trotuare” este unul neconcludent, neîndeplinind cerințele impuse de lege,

de a fi clar și complet, fiind depuse aceleași documente ca în oferta inițială, sens în care se impunea aplicabilitatea prevederilor art. 134 alin. (5) din anexa la HG nr. 395/2016.

Prin urmare contestatorul consideră că autoritatea contractantă în mod nelegal a considerat îndeplinită cerința experienței similare de către ofertantul SC .....SRL, declarându-l câștigător al procedurii, deși trebuia făcută aplicarea prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din anexa la HG nr. 395/2017 și oferta trebuia declarata inacceptabilă. Deopotrivă, aceeași oferta trebuia declarată inacceptabila în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG 395/2016.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, în vederea încheierii contractului având ca obiect: „.....»", cod CPV ....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este ..... lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut".

În prezenta cauză care formează obiectul dosarului nr. ...../2019, SC .....SRL a depus cererea de intervenție nr. 549/ 01.08.2019, înregistrată la CNSC cu nr. ....., care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC .....SRL are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de SC .....SRL, astfel cum a fost calificată.

Urmând a se pronunța conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepției tardivității contestației invocate de către intervenientul SC .....SRL, Consiliul urmează să o respingă având în vedere considerentele ce urmează.

În speță sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare";*

- art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării*

acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: „ b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/ sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii";

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare";*

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată".*

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii prin adresa nr. 5645/18.07.2019, care a fost transmisă contestatorului prin intermediul SEAP în data de 19.07.2019 (a se vedea printscreen-ul aflat la pag. 1022 din dosarul achiziției), iar SC ..... SRL a predat la serviciul de curierat Poșta Română contestația către CNSC în data de 24.07.2019 (ultima zi a termenului prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 calculat de la data comunicării prin SEAP a adresei nr. 5645/18.07.2019), rezultă că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal către CNSC, motiv pentru care, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de intervenient față de contestația formulată.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, Consiliul reține că, o primă critică a contestatorului se referă la documentul constatator nr. 9339/ 22.06.2017 emis de .....din care ar rezulta că ofertantul SC .....SRL nu și-ar fi îndeplinit în mod corespunzător obligațiile contractuale aferente contractului nr. 136/ 08.06.2015, având ca obiect „*Sală de sport cu tribună 180 de locuri – comuna Tia Mare, jud. Olt*",

motiv pentru care Consiliul va analiza această critică prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și la prevederile legislației specifice în materie.

Astfel, în instrucțiunile pentru ofertanți intitulate generic „*Fișa de date a achiziției*", secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, s-a impus ca: *„Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terți și subcontractanți) cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor".*

Din interpretarea cerinței mai sus iterate, rezultă fără echivoc că ofertanții au obligația de a declara în cadrul DUAE dacă se află sau nu în una din situațiile prevăzute la art. 164, art. 165, art. 167 sau art. 60 din Legea nr. 98/2016. Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Analizând formularul DUAE (care constituie declarația pe propria răspundere a ofertantului, că nu se află în niciuna din situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr.98/2016) completat de către SC .....SRL, Consiliul constată că acesta a bifat ***„NU"*** la secțiunea Motive de excludere, pct. C – Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, - *„Operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat* ***sau au fost impuse daune – interese sau alte sancțiuni comparabile în legăturile cu respectivul contract anterior****".*

Or, în condițiile în care din conținutul documentului constatator nr. .....(publicat în SEAP, în cadrul rubricii „documente constatatoare", sub nr. 84302), rezultă că, în cadrul contractului nr. 136/08.06.2015 având ca obiect „*Sală de sport*", s-au produs prejudicii constând în penalități de întârziere și daune interese deoarece nu a fost îndeplinit în mod corespunzător, ofertantul SC .....SRL avea obligația declarării în DUAE a emiterii documentului constatator mai sus

menționat prin bifarea răspunsului „*DA*” la secțiunea corespunzătoare și de a depune în susținerea neîncadrării în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, a unor documente suplimentare cu privire la validitatea acestui act, astfel cum dispun prevederile art. 171, alin. (1), (2), (3) și (5) din același act normativ : *„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art.164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere. (2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire. (3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite. (...) (5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică: (...) b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă* ***de 3 ani*** *de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.*

Din interpretarea textului legal mai sus iterat rezultă că existența unui document constatator negativ nu atrage automat excluderea de la procedură, cu condiția ca, ofertantul în cauză să declare existența acestui document în cadrul formularului DUAE și să furnizeze dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

Declararea acestui document constatator era cu atât mai imperios necesară, cu cât, procedând la consultarea portalului instanțelor de judecată, Consiliul reține că, pe rolul Curții de Apel ..... s-a aflat dosarul nr. 2558/3/2018, având ca obiect litigiu achiziții publice, document 9339/22.06.2017. Cauza este suspendată până la soluționarea definitivă a dosarului nr. ....., acesta din urmă fiind soluționat definitiv de Curtea de Apel ..... (Hotărârea nr. 41/09.04.2019) prin respingerea recursului formulat de SC .....SRL împotriva hotărârii nr. 6545 din 19.10.2018 pronunțate asupra fondului, prin care SC .....SRL a fost obligată să achite reclamantei ..... suma de 980.297,42 lei reprezentând contravaloare penalități aferente contractelor de proiectare și execuție lucrări nr. 135/08.06.2015, nr. 136/08.06.2015 și nr. 140/22.09.2014.

Oferirea unor informații nereale în cadrul DUAE este sancționată de legiuitor prin dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, conform cărora*: „Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate".*

În acest sens este și Hotărârea CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwolawcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 25 iulie 2015, primită de Curte la 14 august 2014, în procedura Esaproject sp. Z.o.o. împotriva Wojewodztwo Lodzkie, s-a reținut printre altele, că: *... „* ***un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care s-a făcut „grav vinovat" de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informații ….".***

În ceea ce privește regimul documentelor constatatoare, Consiliul va reține incidența următoarelor norme juridice:

- art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii (...)";*

- art. 166 alin. (5) din HG nr. 395/2016: *„Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) se publică în SEAP, după expirarea termenelor de contestare prevăzute de Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare";*

- art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016: *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege";*

- art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile".*

- art. 167 alin. (8) din Legea nr. 98/2016*: „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract";*

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru a uza de dreptul conferit de norma legală mai sus reiterată respectiv de a exclude un ofertant din cadrul procedurii, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă sunt îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

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

În ceea ce privește prima condiție impusă de lege: *„ofertantul să fi încălcat grav sau repetat în ultimii 3 ani obligațiile principale în cadrul unui contract de achiziție publică al unui contract de achiziții publice, de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior",* din cu-prinsul documentului constatator invocat se constată că lucrările care au făcut obiectul contractului nr. 136/08.06.2015 au fost executate în mod necorespunzător din culpa societății SC .....SRL deoarece acesta nu a respectat termenele de executare.

A doua condiție impusă de lege: „încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sancțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de dau-ne-interese, alte sancțiuni comparabile", din cuprinsul documentului constatator, se constată că, nerespectarea termenelor de executare au avut ca și consecință producerea de prejudicii și plata de daune interese

(aspecte confirmate și menținute de hotărârea Curții de Apel ..... nr. 41/09.04.2019 prin care s-a respins recursul formulat de SC .....SRL împotriva Hotărârii nr. 6545 din 19.10.2018 pronunțată asupra fondului, prin care SC .....SRL a fost obligată să achite re-clamantei .....suma de 980.297,42 lei reprezentând contravaloare penalități).

Referitor la mijloacele de probă de care dispun autoritățile contractante pentru verificarea incidenței art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va reține că, potrivit art. 166 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, *„(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:*

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice" și

„(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare".

Astfel, cum rezultă din aceste dispoziții, autoritatea are obligația să emită un document constatator din care să rezulte îndeplinirea ori neîndeplinirea obligațiilor contractuale.

De asemenea, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004*: „În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond”, iar conform art. 15 alin. (1) din aceeași lege „Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond”.*

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu. Suspendarea efectelor actului administrativ

poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004.

Față de aceste aspecte și ținând seamă de hotărârea Curții de Apel ..... nr. 41/09.04.2019 prin care s-a respins recursul formulat de SC .....SRL împotriva hotărârii nr. 6545 din 19.10.2018 pronunțate asupra fondului, prin care SC .....SRL a fost obligată să achite reclamantei .....suma de 980.297,42 lei reprezentând contravaloare penalități, Consiliul constată că documentul constatator nr. 9339/22.06.2017, până la pronunțarea unei hotărâri definitive și irevocabile sau revocarea lui de către autoritatea emitentă, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Orice act administrativ are forță juridică obligatorie atât față de persoanele fizice sau juridice cărora și se adresează cât și față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza și în executarea legii și, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate.

De asemenea, actul administrativ este executoriu de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalități ulterioare, ca în cazul unei hotărâri judecătorești rămasă definitivă care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie.

Cu toate acestea există unele situații și condiții anume reglementate de lege, prin care aplicarea actului administrativ poate fi întrerupt temporar sau definitiv, respectiv în cazul suspendării, revocării și anulării actului administrativ.

Prin suspendare se înțelege situația în care actul administrativ, fără a fi desființat, nu se mai aplică în mod temporar și provizoriu. Suspendarea aplicării poate fi hotărâtă fie de organul emitent al actului, fie de către organul ierarhic superior, ceea ce în speță nu e cazul, deoarece nu există niciun înscris emis de autoritatea contractantă în acest sens.

Potrivit prevederilor art. 14 din Legea nr. 554/2004, SC .....SRL avea posibilitatea ca, în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, după sesizarea, în condițiile art. 7 din același act normativ, a autorității publice care a emis actul sau a autorității ierarhic superioare, să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ unilateral până la pronunțarea instanței de fond. Această cerere de suspendare se putea solicita și printr-o cerere separată și chiar anterior cererii adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat, instanța având obligația de a soluționa cererea de suspendare, de urgență și cu precădere, cu citarea părților, suspendarea executării actului administrativ având ca efect încetarea oricărei forme de executare, până la expirarea duratei suspendării (în cazul în care persoana vătămată nu introduce acțiunea în anularea actului în termen de 60 de zile, suspendarea încetează de drept și fără nicio formalitate).

În speță, intervenientul nu a depus la dosarul cauzei nicio hotărâre pronunțată de către instanța judecătorească cu privire la suspendarea executării actului administrativ atacat până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, hotărâre care ar fi fost executorie de drept.

Având în vedere aceste aspecte și ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv documentul constatator nr. .....nu a fost revocat (retras de către însăși organul care l-a emis ori ce către organul ierarhic superior acestuia sau de instanța de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau emis actul sau de instanța de judecată prevăzută de lege, care face să înceteze efectele juridice ale acestui act), la dosar nefiind depuse documente/ înscrisuri/alte mijloace de probă în acest sens, el își produce în continuare efecte juridice.

După cum a reținut și **Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal,** în **decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009,** actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu din oficiu.

Raportat la prevederile art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. În condițiile art. 215 alin. (4) din le-ge, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: ... b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a com-pletat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contrac-tantă*" și ținând seama că potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are atribuția de a verifica îndeplinirea cri-teriilor de calificare de către ofertanți/candidați, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind completarea DUAE de către SC .....SRL este întemeiată, urmând să fie admisă.

De asemenea, Consiliul reține ca fiind întemeiată și critica contestatorului referitoare la neîndeplinirea de către SC .....SRL a cerinței de calificare privind experiența similară, având în vedere considerentele ce urmează.

În cadrul Fișei de date la „Capacitatea tehnică și/sau profesională", secțiunea III.1.3.a). se stipulează următoarele:

„Ofertantul trebuie sa fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulata de cel puțin 19.500.000 lei, fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrărilor executate la nivelul a maxim 5 contracte.

Prin lucrări similare autoritatea contractanta înțelege lucrări aferente infrastructurii de transport rutier, executat in conformitate cu normele profesionale in domeniu si duse la bun sfârșit, însoțite de

certificate/ documente emise sau contrasemnate de către o autoritate sau de către clientul beneficiar".

Cerința experienței similare a făcut și obiectul clarificărilor la documentația de atribuire, astfel cum rezultă din Răspunsul consolidat nr. 183/11.01.2019 publicat în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul *„[SCN...../00026] Raspuns consolidat 11.01.2019.pdf.p7s*", unde, la Solicitare clarificări nr. 1 din 20.12.2018, ora 15.02 autoritatea contractantă a răspuns astfel:

„Referitor la experiența similară vă rugăm să ne comunicați dacă condiția de calificare este îndeplinită prin prezentare de maxim 3 contracte executate în ultimii 5 ani de lucrări de amenajări exterioare la parcuri *industriale care cuprind lucrări de așternere balast, piatră spartă, balast stabilizat, mixturi asfaltice, realizare rigole, trotuare din pavaj, ziduri de sprijin),* autoritatea contractantă a răspuns:

„Pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind experiența similara vor fi luate in considerare lucrările similare executate in ultimii 5 ani in valoare cumulata de minim 19.500.000 lei fără TVA, valoare ce se poate demonstra prin însumarea valorilor executate la nivelul a maxim 5 contracte. Prin lucrări similare autoritatea contractanta ***înțelege lucrări aferente infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, respectiv lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa V de complexitate conform normativului în domeniu. În clasa V de complexitate se încadrează drumuri naționale secundare, drumuri județene, drumuri comunale și drumuri vicinale"****.*

Astfel, cum rezultă din DUAE aflat la dosarul cauzei la pag 317-334 și din Raportul procedurii nr. 5622/18.07.2019, SC .....SRL a invocat în cadrul DUAE depus în oferta sa, pentru demonstrarea capacității tehnice și/sau profesionale, respectiv a experienței similare, contractul de lucrări nr. 11023/14.06.2013, având ca obiect: ***„Extindere și reabilitare rețele de alimentare cu apă și de canalizare în localitatea Făgăraș",*** beneficiar APĂ CANAL SA SIBIU.

Autoritatea contractantă prin adresa nr. 856/11.02.2019 a solicitat SC .....SRL să clarifice tipul/categoriile de lucrări executate în cadrul Contractului de lucrări nr.11023/14.06.2013, iar la nivelul DUAE pentru acest contract să clarifice în ce au constat categoriile de lucrări de „*refaceri și desfaceri carosabil și trotuare*", la care acesta din urmă a răspuns prin adresa nr. 72/12.02.2019, anexând un centralizator de lucrări în scopul dovedirii îndeplinirii cerinței în sumă de 12.151.138,10 lei.

Or, din analiza atât a obiectului contractului cât și a centralizatorului (vezi **pag**.**371-416** din dosarul achiziției) lucrărilor invocate ca și experiență similară, este evident că aceste lucrări nu sunt de natura și complexitatea lucrărilor aferente: *„infrastructurii de*

transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, respectiv ***lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri*** *care se încadrează cel puțin în clasa V de complexitate conform normativului în domeniu. In clasa V de complexitate se încadrează drumuri naționale secundare, drumuri județene, drumuri comunale și drumuri vicinale".*

În speță, SC .....SRL a prezentat dovada executării unor lucrări de reparație a trotuarelor (din pavele, beton, asfalt), a asfaltului și de refacere a bordurilor deteriorate în urma săpăturii necesare amplasării conductelor de canalizare și nicidecum lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri, astfel cum s-a impus în cadrul documentației de atribuire.

Pe cale de consecință neputându-se lua în considerare acest contract la îndeplinirea cerinței privind experiența similară, contestatorul nu îndeplinește cerința referitoare la valoarea cumulata de cel puțin 19.500.000 lei fără TVA, la nivelul a maxim 5 contracte.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul reține că autoritatea contractantă ar fi trebuit să constate față de oferta intervenientului atât incidența prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora *„în condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă*", cât și ale art. 134 alin. (5) din aceeași normă juridică, potrivit cărora: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă".*

Or, tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 856/11.02.2019 respectiv de a remedia anumite erori/omisiuni ale ofertei depuse inițial, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență în sensul remedierii / transmiterii documentelor de conformitate din care să rezulte respectarea întocmai a cerințelor documentației de atribuire.

Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de

prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

Mai mult, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a lor și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Astfel, nu poate fi acceptată nici formularea unei noi solicitări de clarificări din partea autorității contractante deoarece un astfel de demers ar fi de natură a crea un avantaj evident în favoarea contestatorului, aducând atingeri dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform cărora *„autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*".

Prin urmare, în acord atât cu dispozițiile legale amintite, cât și cu cele ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă trebuia să analizeze conformitatea tuturor ofertelor prezentate, cu respectarea principiului tratamentului egal consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză.

De asemenea, în condițiile art. 49 și 50 din același act normativ, autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, acestora incumbându-le obligația negativă de a nu concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței, considerându-se că există o restrângere concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.

Or, plecând de la această premisă, dacă autoritatea contractantă ar proceda la o solicitare suplimentară de clarificări pentru a-i oferi intervenientului posibilitatea de a-și remedia propria eroare/omisiune sau după caz de a depune alte contracte în dovedirea experienței similare solicitate, ar însemna ca autoritatea contractantă să încalce unul dintre principiile fundamentale care stă la baza legislației achizițiilor publice, respectiv principiul tratamentului egal între ofertanți.

CJUE în cauza **C-336/12** la considerentele 40 și 42 a reținut că *: „40. Cu toate acestea, trebuie precizat că situația ar fi diferită dacă documentele contractului ar impune comunicarea înscrisului sau a informației care lipsește sub sancțiunea excluderii. Astfel, revine autorității contractante sarcina de a respecta cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Rec., p. I 3801, punctul 115). (...) 42. Având în vedere considerațiile de mai sus, trebuie să se răspundă la întrebarea adresată că principiul egalității de tratament trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca o autoritate contractantă să solicite unui candidat, după expirarea termenului acordat*

pentru depunerea candidaturilor la un contract de achiziții publice, comunicarea unor documente care descriu situația acestui candidat, precum bilanțul publicat, a căror existență înainte de expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv, în măsura în care documentele contractului respectiv nu au impus în mod explicit comunicarea lor sub sancțiunea excluderii candidaturii. O astfel de solicitare nu trebuie să favorizeze sau să defavorizeze nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată".

Iar în cauza **C 42/13 CJUE** la considerentul 42 a reținut că *:„Or, Curtea a hotărât deja că unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit, astfel încât aceasta ar avea obligația să excludă de la o achiziție un operator economic care nu a comunicat un înscris sau o informație a cărei prezentare era impusă în documentele acestei achiziții sub sancțiunea excluderii (a se vedea în acest sens Hotărârea Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40). 43. Această obligație strictă ce revine autorităților contractante derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență care decurge de aici, cărora le sunt supuse autoritățile contractante, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18. 44. Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111) (...)".*

Raportat la prevederile art. 137 alin. (1) și (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora *„Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme. În condițiile art. 215 alin. (4) din lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: ... b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă*" și ținând seama că potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are atribuția de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de

legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei aparținând SC .....SRL este întemeiată, urmând să fie admisă.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA LUCĂVIȚA iar, pe cale de consecință, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității contestației, invocată de intervenientul SC .....SRL.

Admite contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... iar, pe cale de consecință, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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