

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1917/C9/2033

Data: 13.09.2022

Prin contestația nr. 1469/18.08.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41123/18.08.2022, depusă de asocieria - SRL - SA - SA - SA, prin lider de asociere, cu sediul privind procedura de licitație deschisă, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în pentru atribuirea contractului de achiziție publică, având ca obiect *Proiectare și execuție Autostrada Brașov – Târgu Mureș – Cluj – Oradea, Secțiunea 2A: Ogra – Câmpia Turzii, Lot 3: Chețani – Câmpia Turzii – Relicitare*, cod CPV 45233100-0-Lucrări de construcții de autostrăzi și de drumuri (Rev.2), s-a solicitat în principal, admiterea contestației astfel cum a fost formulată; anularea raportului procedurii nr. 24/9057/05.08.2022, a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 92/64821/08.08.2022, prin care oferta depusă de asocieria SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei asocierii; constatarea inadmisibilității ofertei asocierii SRL în virtutea prevederilor Regulamentului (UE) nr. 269/2014 al Consiliului UE, astfel cum acesta a fost modificat și a obligației României ca stat membru al Uniunii Europene de a lua orice măsură necesară pentru interzicerea finanțării, directe sau indirecte, a persoanelor fizice sau a entităților stabilite la nivel de Consiliu; constatarea ca fiind incidente a cazurilor de excludere în privința asocierii SRL, impunându-se respingerea candidaturii asocierii SRL ca neadecvată; obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii neconformității și inadmisibilității candidaturii/ofertei asocierii SRL; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii depuse în

procedură și emiterea în consecință a unui nou rezultat al procedurii, cu respectarea prevederilor legale în materie; în subsidiar, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii neconformității și inadmisibilității ofertei asocierii SRL conform motivelor din cadrul contestației.

..... SRL, cu sediul în unde solicită comunicarea actelor de procedură, a formulat cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 43010/30.08.2022, prin care solicită admiterea cererii de intervenție, cu consecința respingerii contestației, în principal, ca inadmisibilă, dată fiind omisiunea contestatoarei de a fi constituit și depune, în termenul legal, dovada de consemnare a cauțiunii; ca inadmisibilă, dată fiind autoritatea de lucru judecat a motivelor care fundamentează respingerea propriei oferte, respectiv imposibilitatea ofertantului de a mai devia, prin interpretări subsecvente, de la aspectele definitiv judecate; ca tardivă și lipsită de interes, în partea care vizează criticile aduse ofertei sale, dată fiind respingerea ofertei asocierii; iar, în subsidiar, ca nefondată, atât în ceea ce privește criticile invocate împotriva modalității de evaluare a ofertei asocierii, cât și în ceea ce privește criticile invocate împotriva asocierii

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocieria - SRL - SA - SA - SA, prin lider de asociere, contestă rezultatul procedurii de atribuire, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Totodată, cu titlu preliminar, față de soluționarea contestației solicită accesul la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor considerate ca fiind relevante; repunerea asocierii în termenul de contestare a modalității de evaluare de către SA a ofertei asocierii inclusiv în privința motivelor ce vor rezultă din accesul la documentele publice ale dosarului achiziției expuse mai sus, acces limitat în mod nelegal și culpabil de către autoritatea contractantă.

Contestatoarea prezintă, pe scurt situația de fapt, cu invocarea deciziei Consiliului nr. 507/C9/324/09.03.2022.

Apreciază eronată interpretarea de către autoritatea contractantă a documentelor depuse de către ofertantul desemnat câștigător și a prevederilor legale în materie, rezultat prin care a fost vătămată, cu toate că oferta sa corespunde în totalitate cerințelor din documentația de atribuire,

Astfel, asocierea a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă în raport cu prevederile legale în materie de achiziții publice. Susține nelegalitatea raportului procedurii nr. 24/9057/05.08.2022 și a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 92/64821/08.08.2022.

Motivul principal al declarării ca inacceptabile a ofertei sale, ținând cont de concluziile comisiei de evaluare din cadrul comunicării rezultatului procedurii, se referă la faptul că aceasta nu îndeplinește cerința minimă privind experiența similară în execuție (Cerința nr. 1), existând din punctul de vedere al comisiei de evaluare o problemă cu unul dintre contractele depuse de contestatoare ca experiență similară în ceea ce privește existența unei lucrări duse la bun sfârșit și a valorii certe a acesteia.

Sunt redate prevederile fișei de date a achiziției cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională.

Consideră că, din cadrul comunicării rezultatului procedurii, se desprinde concluzia că, pentru a verifica dacă lucrările aferente contractului în discuție sunt duse la bun sfârșit, comisia de evaluare a luat în calcul doar documentul intitulat - Document de Recepție la Terminarea Lucrărilor emis în 07.10.2021, ignorând cu desăvârșire celelalte documente depuse în susținerea punctului de vedere, și chiar conținutul documentului pe care își întemeiază concluzia.

Astfel, pe lângă documentul pe care îl invocă comisia de evaluare, contestatoarea arată că a demonstrat că lucrările prezentate ca experiență similară au fost duse la bun sfârșit prin prezentarea DOCUMENTULUI DE VERIFICARE A LUCRĂRILOR NEFINALIZATE PENTRU PUNEREA LOR ÎN FUNCȚIUNE din 26.11.2019 (document care a fost menționat în DUAЕ la momentul depunerii ofertelor), document ce reprezintă conform legislației spaniole prin raportare la art. 243 alin. (6) din Legea nr. 9/2017, privind Contractele din Sectorul Public echivalentul unui proces-verbal de recepție parțială a lucrărilor, care atestă faptul că aceste lucrări au fost recepționate pe obiecte și sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice aplicabile.

Prin urmare, documentul intitulat DOCUMENT DE VERIFICARE A LUCRĂRILOR NEFINALIZATE PENTRU PUNEREA LOR ÎN FUNCȚIUNE nu a fost luat în calcul de către comisia de evaluare ca document care

îndeplinește cerințele din fișa de date - III.1.3.a) Capacitate tehnică și/sau profesională.

Față de cele invocate, comisia de evaluare nu a studiat și apreciat corect toate informațiile pe care le furnizau documentele care i s-au pus la dispoziție, limitându-se doar la DOCUMENTUL DE RECEPȚIE LA TERMINAREA LUCRĂRILOR din 07.10.2021, fără a lua în considerare DOCUMENTUL DE VERIFICARE A LUCRĂRILOR NEFINALIZATE PENTRU PUNEREA LOR ÎN FUNCȚIUNE din 26.11.2019 pe care asocierea contestatoare l-a depus în cadrul Documentelor justificative respectând perioada de referință a procedurii, respectiv 15.09.2021.

Așadar susține că a demonstrat fără echivoc faptul că lucrările aferente Contractului nr. 12-J-3910 din data de 12.09.2008 "Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Carretera N-322 de Córdoba a Valencia. Sector: Úbeda-Torreperogil" au fost duse la „bun sfârșit”, cum s-a solicitat prin fișa de date a achiziției, contrar celor afirmate de către autoritatea contractantă prin documentele contestate.

Vizavi de quantumul lucrărilor executate de Obras din cadrul contractului în discuție, raportat la solicitările fișei de date, la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința nr. 1, contestatoarea supune atenției îndeplinirea experienței similare a asocierii prin raportare la: Legislația spaniolă aplicabilă UTE; Declarațiile autentice ale cedentilor și recomandarea beneficiarului, aspecte care au fost ignorate de către comisia de evaluare care a minimizat atât importanța cât și valoarea juridică a acestor documente, tocmai pentru ca, ulterior, să se poată raporta doar la documentele pe care aceasta le-a considerat relevante, fără a se pronunța cu privire la toate dovezile depuse de aceasta în vederea dovedirii faptului că îndeplinește aceasta cerință din cadrul fișei de date a achiziției.

Mai mult decât atât, nici măcar în comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire autoritatea contractantă nu face decât să indice care este așa zisul document cu discrepanțe, fără a preciza ce anume diferă din cuprinsul aceluși document între documentul depus de contestatoare și cel parvenit de la Ministerul Transportului din Spania, aceasta neavând niciun dubiu că cele două documente nu pot fi decât identice ca și conținut.

Reiese în mod clar că, dacă comisia de evaluare a sesizat "discrepanțe" între anumite documente depuse de aceasta și o autoritate publică străină, atunci nu se putea declara lămurită în ceea ce privește analizarea documentelor depuse de acesta și mai mult decât atât, nu putea întocmi un raport al procedurii și a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, fără să solicite clarificări în acest sens conform prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 sau să precizeze în mod clar care sunt acele discrepanțe pe care le-a sesizat.

De altfel, comisia de evaluare, prin modul în care a fost redactat documentul intitulat comunicarea rezultatului procedurii, recunoaște în mod indirect faptul că s-a pronunțat fără a mai clarifica aceste „discrepanțe”, încălcând astfel principiile nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței prevăzute expres la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În continuare, contestatoarea enumeră documentele cuprinse în ofertă, în referire la cele de mai sus.

Consideră ca esențial de reținut și conținutul declarațiilor date de persoanele responsabile și redactate pe larg, în cuprinsul contestației.

Totodată, contestatoarea prezintă modul de funcționare a unei UTE în Spania și a asociațiilor în participațiune, care este valoarea juridico-legală a unui document emis de către o autoritate publică din Spania, precum și funcționarea în mod similar a asocierii în participațiune din dreptul românesc.

Astfel, solicitările comisiei de evaluare, respectiv :

"Documente din care să reiasă că toate plățile au fost efectuate doar către SA cu indicarea contului în care acestea au fost realizate" astfel cum de altfel se reține și în cadrul comunicării rezultatului procedurii reprezintă mai mult o "probatio diabolica" pentru că i se cere să probeze cu documente care nu sunt necesare un fapt, dar și un act juridic, care este aproape imposibil de făcut peste și prin raportare la faptul că deja în cadrul acestei proceduri a depus documente oficiale emise de o autoritate publică întocmite în relaționare cu Obras, din cadrul cărora reiese poziția sa în cadrul UTE, lucrările pe care le-a executat în cadrul contractului în discuție, precum și valoarea acestora.

Solicitările comisiei de evaluare în acest caz încalcă în mod flagrant principiul proportionalității și al tratamentului egal, potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În cuprinsul contestației, contestatoarea prezintă forța probatorie a actelor prezentate în legătură cu experiența similară.

În a doua parte a contestației, sunt formulate critici vizavi de declararea admisibilă și câștigătoare a ofertei SRL.

Susține că, prin raportare la obligativitatea statelor membre ale Uniunii Europene de a aplica regulamentele și politicile Uniunii Europene, s-ar fi impus ca autoritatea contractantă să procedeze la respingerea ofertei, în considerarea prevederilor Regulamentului (UE) nr. 269/2014 al Consiliului din 17 martie 2014 privind măsuri restrictive în raport cu acțiunile care subminează sau amenință integritatea teritorială, suveranitatea și independența Ucrainei, precum și în considerarea Anexei 1 a acestuia.

Astfel, potrivit art. 288 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), Regulamentele se aplică direct în toate statele

membre încă de la intrarea lor în vigoare, fără a fi necesar un act de transpunere la nivel național.

De asemenea, prezintă punctual, reperele esențiale care confirmă fără urmă de îndoială necesitatea eliminării societății SRL din cadrul procedurii de atribuire, cu privire la structura societară a acesteia, potrivit unor rapoarte publice, expuse în cuprinsul contestației.

Pe cale de consecință, contestatoarea solicită respingerea ofertei, în aplicarea reglementărilor europene și a sancțiunilor pe care statele membre sunt obligate să le întreprindă în considerarea Regulamentului UE.

Nu contestă faptul că, imediat ulterior primelor sancțiuni impuse de către UE, Consiliul de Administrație al SE și-a declarat în spațiul public independența decizională față de acționari declarând și faptul că este pregătit să ia toate măsurile pentru a împiedica orice prejudiciu adus societății, cu referire, în special la piața de dividende.

Astfel, prin raportare la declarațiile Uniqua, chiar dacă a luat decizia notificării încetării contractului de sindicat, acesta este încă generator de efecte juridice cel puțin până la sfârșitul anului 2022.

Prin urmare, având în vedere o serie de aspecte prezentate, pe larg, în contestație, contestatoarea consideră că organul administrativ este obligat cel puțin în a admite această contestație în vederea îndrumării autorității contractante în a cere clarificări, prin comisia de evaluare, cu privire la aceste aspecte, respectiv în privința mandatului pe care Strabang SRL îl deține raportat la implicarea Rasperia în activitatea și managementul său, respectiv instrucțiunile date de Rasperia societăților la care deține acțiuni/părți sociale, așa cum se prevede la art. 5k lit. c).

Contestatoarea invocă decizia Consiliului nr. 1463/C3/1401/14.07.2022, rămasă definitivă în urma atacării acesteia la Curtea de Apel București, în cadrul dosarului nr. 5601/2/2022.

În continuare, contestatoarea susține că trebuia constatată incidența cazurilor de excludere în privința asocierii SRL, impunându-se respingerea candidaturii asocierii SRL, ca neadecvată, și obligarea autorității contractante să procedeze la respingerea candidaturii/ofertei asocierii SRL, ca fiind inadmisibilă și neadecvată:

Aducând argumente, pe larg, în acest sens, contestatoarea arată că AG se încadrează în cazurile de excludere din procedură prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, întrucât a fost sancționat definitiv de autoritățile austriece pentru participarea la un cartel în vederea trucării licitațiilor publice în domeniul construcțiilor în Austria pe o perioadă de 15 ani.

..... AG se încadrează în cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu a prezentat autorității contractante informații cu privire la abaterea profesională gravă de care se face vinovat.

Se invocă, în acest sens, practica instanței de judecată.

Lipsa credibilității în ceea ce privește obligația de furnizare a informațiilor privind existența/intervenirea unui caz de excludere nu poate fi suplinită prin eventuala depunere ulterioară a unor documente suplimentare.

Concluzionând, atâta vreme cât un operator economic nu își îndeplinește obligația legală de a aduce la cunostința autorității contractante ca se află sub incidența unui motiv de excludere, nu mai poate beneficia de dreptul de a face dovada fiabilității și credibilității sale, reafirmate ca urmare a adoptării unor măsuri de auto-curățare.

Comisia de evaluare, fără a primi vreo dovada din partea conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, a apreciat credibilitatea operatorului economic fără a face verificări substanțiale.

Incidența excluderii acestei entități trebuie analizată de achizitor prin raportare la principiul proportionalității.

Se face referire la jurisprudența europeană, relevantă în această cauză.

Astfel, contestatoarea apreciază că revenea comisiei de evaluare obligația de a clarifica fără dubiu toate aceste aspecte, însă după cum va observa și Consiliul, aceasta a dat dovadă de superficialitate și lipsă de diligență în ceea ce privește oferta asocierii

Se solicită obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii neconformității ofertei asocierii SRL conform motivelor din cadrul contestației.

Propunerea tehnică a lui este neconformă, deoarece resursele indicate (echipamente și personal) în cadrul ofertei sunt deja angrenate în alte contracte aflate în derulare, pentru echipamente nefiind declarată nici măcar locația actuală. Nici autorizațiile necesare pentru executarea contractului nu se regăsesc în documentația depusă. Anumite activități necesar fi executate au fost omise.

Autoritatea contractantă este obligată să respingă oferta, avînd în vedere următoarele aspecte:

Asocierea nu a indicat în cadrul propunerii tehnice locația tuturor echipamentelor propuse pentru desfășurarea contractului și nici nu a indicat detaliile expres solicitate cu privire la acestea, încălcînd astfel cerința explicită a documentației de atribuire:

În cuprinsul ofertei sale, asocierea SRL a omis în mod intenționat față de autoritatea contractantă să indice locațiile actuale ale

tuturor utilajelor pe care intenționează să le utilizeze în derularea prezentului contract, nu a furnizat informații privind angrenarea/mobilizarea acestora în contractele aflate deja în derulare cu SA și nici nu a indicat detaliile necesare privind echipamentele.

În măsura în care operatorii economici nu respectă cerințele enunțate în cuprinsul contestației, respectiv neasigurarea disponibilității utilajelor, echipamentelor, instalațiilor tehnice urmează să fie aplicată sancțiunea respingerii ofertei, ca neconformă, prin raportare la dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, și, ca inacceptabilă, raportat la dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Raportat la cele antemenționate, ... trebuia să respingă oferta asocierii, dat fiind faptul că utilajele, echipamentele și instalațiile tehnice, de care poate dispune asocieria, sunt angrenate în executarea altor contracte, având obiect similar ori chiar identic cu cel al contractului în curs de atribuire, context în care executarea prezentului contract va fi considerabil îngreunată ori chiar imposibilă.

Asocierea are în derulare un număr de minim 40 de contracte în cadrul cărora sunt utilizate și angrenate deja echipamentele oferite în prezenta procedură de achiziție publică fiind încălcată astfel cerința de disponibilitate, sancțiunea necesară a fi aplicată fiind respingerea, ca neconformă, a ofertei.

Lipsa disponibilității resurselor este incidentă și în privința personalului asocierii Asocierea nu a respectat această obligație, astfel că se impunea respingerea ofertei sale, ca neconformă.

Asocierea nu a respectat prevederile Acordului de mediu nr. 5 din 06.11.2017 coroborate cu cele ale Memoriului Tehnic.

Asocierea nu a declarat drept subcontractant operatorul economic care va realiza serviciile eferente componentei de mediu, prin monitorizarea factorilor de mediu, a biodiversității și elaborarea documentației necesare și nu a inclus în cadrul ofertei sale personalul de specialitate aferent.

Sunt invocate prevederile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 98/2016; Nota 5 a cap. III.i.i.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției; cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, Cerința nr. 4 din fișa de date; cerințele din Anexa 1 la Formularul 7.

Astfel, în condițiile în care niciunul dintre membrii asocierii sau ai subcontractanților acestora nu dețin experiența și acreditările necesare pentru a executa activitatea de monitorizare a mediului aferentă contractului și nici cotarea acestei activități în partea financiară nu a fost făcută corespunzător, contestatoarea consideră ca indubitabil

că asocierea nu poate executa obiectul contractului, în mod legal.

Nedeclararea de către asocierea a operatorului economic care urma să realizeze activitatea de monitorizare a factorilor de mediu reprezintă atât o neîndeplinire a criteriilor de calificare în cadrul procedurii, dar și o neconformitate a ofertei pe care însă autoritatea contractantă a omis să le ia în considerare în evaluarea ofertelor.

Asocierea nu a prezentat, la momentul depunerii ofertei atestările și calificările necesare pentru laboratorul de șantier.

Niciun aspect din documentația de ofertă și/sau nicio probă în acest sens nu dovedește că asocierea ar deține autorizările necesare pentru laboratorul de șantier și/sau că ar fi respectate standardele obligatorii pentru activitățile aferente.

Asocierea nu a demonstrat în cadrul ofertei sale că prin laboratoarele declarate este acreditat să facă aceste încercări.

Asocierea nu are acreditările necesare pentru încercările enumerate, în detaliu în contestație, astfel încalcă prevederile documentației de atribuire.

Având în vedere faptul că pe tronsonul de autostradă ce face obiectul prezentei proceduri structurile sunt în diferite stadii de execuție, pentru continuarea acestor lucrări sunt necesare execuția ancorelor chimice.

Prin oferta sa tehnică, asocierea nu a demonstrat că deține acreditările necesare pentru verificarea acestor lucrări.

Asocierea nu a declarat un subcontractant care să dețină acreditările necesare verificării rosturilor de construcție ale fundațiilor.

Rosturile din componenta structurilor betonate sunt un element foarte sensibil în perioada de exploatare, de aceea este inadmisibil faptul că asocierea a omis cu desăvârșire declararea unui subcontractant care să dețină acreditările necesare verificării acestor rosturi.

Asocierea nu a declarat un subcontractant care să dețină acreditările necesare efectuării testelor necesare a fi efectuate la utilizarea geosinteticilor.

O altă omisiune a asocierii în întocmirea ofertei, peste care comisia de evaluare nu avea cum să treacă și să nu o sancționeze, este aceea că a uitat cu desăvârșire faptul că geosinteticele, parte integrantă a terasamentelor din prezentul proiect, trebuie verificate conform normativelor în vigoare și niciunul din subcontractorii săi nu sunt acreditați pentru testele de mai sus necesare a fi efectuate la utilizarea geosinteticilor.

Asocierea nu a ofertat, în propunerea financiară, cantitatea și suprafața corectă a panourilor fonoabsorbante, aspect ce atrage

neconformitatea ofertei urmare a nerespectării acordului de mediu, parte din documentația de atribuire:

În propunerea financiară a asocierii, panourile fonoabsorbante nu au fost cotate în raport de lungimea, înălțimea și cantitatea necesară impuse prin Acordul de mediu.

Propunerea financiară a asocierii nu a avut în vedere reglementările obligatorii ale Acordului de mediu și nu include o cantitate de cel puțin 3.488 ml, cu înălțimea de 2,5m ($3.488 \text{ m} \times 2,5 \text{ m} = 8.720 \text{ mp}$) pentru panourile fonoabsorbante din care 347.60 ml panouri fonoabsorbante din fibră de sticlă.

Asocierea a indicat perioada maximă de garanție a lucrărilor, în mod declarativ, fără însă a avea în vedere cuantificarea, în propunerea financiară, a obligațiilor și activităților necesar a fi executate după terminarea lucrărilor.

Asocierea a declarat o perioadă de garanție a lucrărilor de 120 luni în raport de care devine nesustenabil prețul ofertat, întrucât, în realitate, activitățile necesar a fi executate după terminarea lucrărilor au fost cotate insuficient.

În prețul ofertat, asocierea nu a avut în vedere obligațiile necesare fi realizate pe parcursul perioadei prelungite a garanției de participare, indicând în mod declarativ perioada de 120 de luni.

Atât timp cât activitățile necesar a fi prestate după terminarea lucrărilor, respectiv în perioada de garanție, nu sunt integral asumate, propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice și, totodată, nu este respectată nici nota nr. 6 a Formularului nr. 4 care impune cu ofertarea unei garanții extinse a lucrărilor să nu se facă doar la nivel declarativ în vederea obținerii unui punctaj mare pentru acest factor de evaluare.

Autoritatea contractantă a eșuat în a analiza diligent modalitatea în care asocierea a justificat posibilitatea de a asigura, în mod real, garanția lucrărilor pe o perioadă de 120 de luni, precum și prețul ofertat pentru activitățile incluse în cadrul obiectului contractului (care, evident, cuprind și activitățile aferente perioadei de garanție a lucrărilor).

Se solicită repunerea asocierii în termenul de contestare a modalității de evaluare de către SA a ofertei asocierii inclusiv în privința motivelor ce vor rezulta din accesul la documentele publice ale dosarului achiziției expuse mai sus, acces limitat în mod nelegal și culpabil de către autoritatea contractantă.

În acest sens, se invocă practica Consiliului, jurisprudența instanțelor naționale, precum și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

În concluzie, față de cele prezentate în mod detaliat în contestație, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu a procedat la o

analiză completă a ofertelor depuse în cadrul acestei proceduri de atribuire, și, pe cale de consecință, consideră că actul autorității contractante a fost emis cu nerespectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

Astfel, contestatoarea susține că, în cadrul raportului procedurii, nu s-a reușit prezentarea într-o manieră logică cu privire la argumentele juridice de natură să conducă la declararea ca inadmisibilă a ofertelor depuse de către aceasta, dar nici nu a fost analizată temeinic oferta asocierii prin raportare la cele menționate în contestație.

Față de cele de mai sus, contestatoarea invocă și comportamentul abuziv al autorității contractante, prin declararea ofertei sale ca fiind necâștigătoare în mod nelegal, motivele și argumentele care au condus la o asemenea concluzie fiind rezultatul unui comportament necorespunzător și nelegal, sens în care solicită să se constate că în speța de față, autoritatea contractantă și-a întemeiat rezultatul procedurii doar pe baza unor interpretării eronate a unor documente cu conținut explicit și fără neconcordanțele închipuite de către autoritatea contractantă.

Se supune atenției normele legale în vigoare redactate, de asemenea, în contestație, deoarece, din cuprinsul acestora, reiese cu evidență gradul de complexitate pe care îl implică obiectul contractului achiziției publice, astfel încât, reiese în mod direct că autoritatea contractantă a procedat în mod nelegal, abuziv și subiectiv la declararea ofertei acesteia ca fiind necâștigătoare, de o manieră discreționară, fără a lua în considerare la evaluarea ofertelor toate aspectele tehnice și financiare imperative, impuse chiar de către autoritate prin documentația de atribuire.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 69076/24.08.2022.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. 43010/30.08.2022, ... SRL solicită admiterea cererii, cu consecința respingerii contestației, în principal, ca inadmisibilă, dată fiind omisiunea contestatoarei de a fi constituit și depune, în termenul legal, dovada de consemnare a cauțiunii; ca inadmisibilă, dată fiind autoritatea de lucru judecat a motivelor care fundamentează respingerea propriei oferte, respectiv imposibilitatea ofertantului de a mai devia, prin interpretări subsecvente, de la aspectele definitiv judecate; ca tardivă și lipsită de interes, în partea care vizează criticile aduse ofertei sale, dată fiind respingerea ofertei asocierii; iar, în subsidiar, ca nefondată, atât în ceea ce privește criticile invocate împotriva modalității de evaluare a ofertei asocierii, cât și în ceea ce privește criticile invocate împotriva asocierii

Ca aspect preliminar, intervenienta solicită accesul la dosarul achiziției publice și fotocopierea documentelor pe consideratele relevante; aduce în discuție respectarea caracterului confidențial al ofertei asocierii

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 43731/02.09.2022, ... SRL a formulat Note scrise, prin care consideră că se impune admiterea excepției inadmisibilității și, în consecință, respingerea contestației asocierii în contextul în care nu a constituit cauțiunea, în termenul de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 43899/02.09.2022, ... a depus Întâmpinare față de cererea de intervenție formulată de SRL, solicitând restricționarea intervenientei la accesul ofertei sale și respingerea excepțiilor invocate. Totodată, a răspuns pe fondul cauzei, vizavi de argumentele invocate de SRL.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 44336/06.09.2022, ... SRL a formulat Note scrise urmare studiului dosarului constituit, în care a prezentat punctual argumente pentru respingerea contestației.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 45426/13.09.2022, ... a depus Note scrise.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică, având ca obiect *Proiectare și execuție Autostrada Brașov – Târgu Mureș – Cluj – Oradea, Secțiunea 2A: Ogra – Câmpia Turzii, Lot 3: Chețani – Câmpia Turzii – Relicitare*, cod CPV 45233100-0-Lucrări de construcții de autostrăzi și de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1033119/20.07.2021. Din anunțul de participare amintit, Consiliul reține că valoarea estimată a contractului este de 450.754.066,24 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*, termenul de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru 30.09.2021, ora 15:00.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, ... a învestit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 2.000.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208348798/1 din 25.08.2022, eliberată de CEC BANK, Sucursala Oradea.

În cadrul procedurii au fost emise anterior deciziile nr. 507/C9/324 din 09.03.2022 și 1158/C9/747/06.06.2022.

Autoritatea contractantă nu a formulat punct de vedere în cauză, aspect care însă nu împiedică soluționarea contestației, conform art. 18

alin. (3) din Legea nr. 101/2016 Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că, în calitate de ofertant declarat câștigător, a înaintat cerere de intervenție, ca urmare a contestației depuse de SRL.

Consiliul, văzând că are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea ei, fiind ofertant declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr. 24/9057/05.08.2022, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

Ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își prezerve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esență intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală – în interes propriu – ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Preliminar analizării fondului cauzei, Consiliul, cu respectarea prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei, va analiza excepțiile inadmisibilității, tardivității și lipsei de interes invocate de intervenientă, prin cererea sa de intervenție.

O primă excepție invocată privește omisiunea contestatoarei de a constitui și depune în termenul legal dovada de consemnare a cauțiunii.

Astfel, se reține că societatea contestatoare a înaintat contestația, prin e-mail, în data de 18.08.2022, la aceeași dată fiind înaintată și, în original, prin curierat.

La data de 24.08.2022, contestatoarea a depus dovada plății cauțiunii în sumă de 2.000.000 lei, prin ordinul de plată nr. 1947/24.08.2022.

La data de 26.08.2022 a fost transmisă recipisa de consemnare în original.

Față de situația de fapt existentă se reține că, astfel cum a argumentat și contestatoarea în Întâmpinarea depusă, la nivelul Consiliului practica majoritară este de a nu fi respinsă contestația, dacă, la momentul soluționării acesteia, este constituită cauțiunea.

Având în vedere că dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 stabilesc obligația constituirii cauțiunii în vederea soluționării contestației, precum și diligențele întreprinse de operatorul contestator de a constitui cauțiunea în cuantumul prevăzut, admiterea excepției inadmisibilității contestației pentru neconstituirea cauțiunii, raportat la data de 18.08.2022, ar fi o măsură excesivă.

Vizavi de obligația înaintării unei solicitări de constituire a cauțiunii conform hotărârii de practică unitară invocată de către contestatoare, se poate observa că o astfel de adresă nu a fost necesar a fi transmisă, câtă vreme documentele doveditoare privind constituirea cauțiunii au fost depuse la dosar anterior soluționării cauzei. Hotărârea de plen viza solicitarea prezentării dovezii constituirii cauțiunii, înainte de soluționarea contestației, situație care nu înlătură obligația operatorului economic de a transmite respectiva dovadă. De altfel, nici nu se poate susține că îi era străină contestatoarei această obligație, în cadrul procedurii depunând anterior o altă contestație, cu constituirea unei cauțiunii aferente, în cuantumul prevăzut de dispozițiile legale.

Astfel fiind, Consiliul va înlătura excepția inadmisibilității contestației pentru motivul neconstituirii cauțiunii în termenul legal.

Referitor la excepția inadmisibilității contestației, dată fiind autoritatea de lucru judecat a motivelor care fundamentează respingerea propriei oferte, respectiv imposibilitatea ofertantului de a mai devia, prin interpretări subsecvente, de la aspectele definitiv judecate, Consiliul va analiza această excepție o dată cu fondul cauzei, aspectele invocate urmând a fi avute în vedere la verificarea modului de îndeplinire a excepției privind experiența similară de către asocieria
- SRL - SA - SA - SA (denumită în continuare asocieria).

Astfel, se reține că, prin decizia nr. 507/C9/324 din 09.03.2022, Consiliul a reținut în referire la modul de îndeplinire a cerinței vizând experiența similară de către asocieria următoarele:

(...) Cel de-al doilea contract prezentat a fost contractul nr. 12-J-3910 din data de 12.09.2008: "Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia.Sector: Ubeda-Torreperogil". Tronsonul din cadrul proiectului Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la

Cordoba la Valencia. Sector: Ubeda- Torreperogil” prelungeste autostrada A-32 si trece prin coridorul vechiului drum national N-322, pe centura de nord din Ubeda. Procentul de execuție al asociatului S.A. declarat în DUAE este 80%.

Verificând răspunsurile la clarificările nr. 24/190 din 07.01.2022 (răspuns solicitare nr. 190 – Vol. I), se constată următoarele: din documentul în limba spaniolă, pag. 309, rezultă procentul inițial în cadrul contractului pentru S.A. – 30%; cesiunea nr. 1 privește cedarea cotei de 35% de la GEA 21 SA către Cyopsa Sisocia SA; în 22.11.2013 a fost cesionat 10% de la Cyopsa Sisocia SA către S.A.; în 22.05.2015 a fost cesionat un procent de 40% de la Cyopsa Sisocia SA la S.A.

Așadar, procentul de 80% putea fi aplicat de la data de **22.05.2015**, și nu pe toată perioada derulării contractului.

De altfel, se poate constata că și în cererea de intervenție sunt indicate cele trei cesiuni, inclusiv din acestea rezultând că procentul de 80% poate fi aplicat din anul 2015.

La pag. 516 din răspunsul la solicitarea nr. 24/190 din 07.01.2022 este prezentat un tabel cu valoarea lucrărilor executate în perioada **2008-2019**, valoarea totală fiind **215.617.752,86 lei**, indicată și în DUAE-ul prezentat de S.A.

Se reține, totodată, că au fost depuse documentele invocate și în contestație și în cererea de intervenție, respectiv recomandarea din 03.02.2021 (pag. 511-514, vol 1, răspuns clarificare nr. 190, document în limba română), unde la pct. 9 este menționată valoarea pentru membrul asocierii (80%) 57.477.224,84 euro, cu TVA, precum și ”documentul de verificare a lucrărilor nefinalizate pentru punerea lor în funcțiune” din 26.11.2019, în care este menționată valoarea certificată de 71.846.631,05 euro cu TVA inclus.

Față de cele de mai sus, se poate constata că nici din documentele depuse, nici din punctul de vedere asupra contestației și cererea de intervenție, nu se poate determina motivul pentru care procentul de 80% a fost aplicat la întreaga valoare, deși, conform celor explicate mai sus, procentul de 80% a fost obținut de OBRAS în anul 2015.

Nu se pune în discuție ignorarea documentului de certificare din partea beneficiarului, ci neconcordanța existentă în cadrul documentelor depuse.

Astfel fiind, se impunea solicitarea de clarificări suplimentare pentru stabilirea cu exactitate a valorii lucrărilor executate de acest asociat.

În privința jurnalului de TVA cu facturile emise în perioada 2019-2020, într-adevăr, se poate observa că facturile privesc o perioadă în care ofertanta avea un procent de 80%, însă acest document nu putea fi evaluat în mod singular, ci coroborat cu celelalte documente.

Prin urmare, neputând fi stabilită cu claritatea valoarea lucrărilor executate de S.A, se constată necesitatea aplicării prevederilor art. 134 alin. (1)-(3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, respectiv clarificarea neconcordanțelor dintre documentele depuse, vizavi de procentul de 80% deținut de OBRAS în cadrul contractului.

Așadar, autoritatea contractantă va fi obligată să reevalueze oferta câștigătoare în privința modului de îndeplinire a cerinței privind experiența similară (cerința 1).

Decizia amintită a rămas definitivă prin respingerea plângerilor formulate de și SRL, de către Curtea de Apel București, Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 1976/2/2022, Hotărârea nr. 1389/2022 din 16.05.2022.

Cum a arătat și intervenienta, din cele de mai sus, se poate observa că, în privința procentului de 80% cesionat S.A., a intervenit autoritatea de lucru judecat, în sensul că, prin decizie, s-a reținut că *procentul de 80% putea fi aplicat de la data de 22.05.2015, și nu pe toată perioada derulării contractului.*

Prin comunicarea nr. 64821/08.08.2022, în urma reevaluării ofertei, s-au adus la cunoștința asocierii următoarele:

Astfel, în urma finalizării procesului de reevaluare, oferta dumneavoastră a fost declarată INACCEPTABILĂ, în conformitate cu art. 137 alin. (2) lit. (b) din HG 395/2016, coroborat cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016 și pe cale de consecință a fost RESPINSĂ potrivit art. 137 alin. (1) din H.G. 395/2016, având în vedere următoarele aspecte:

Referitor la îndeplinirea CERINȚEI 1: „Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bunsfârșit* în ultimii 5 ani* * lucrări de construcție nouă și/ sau modernizare și/ sau lărgire de autostrăzi și/ sau drumuri naționale și/ sau drumuri expres și/ sau drum județean, la nivelul a maxim 5 contracte, în valoare cumulată de minim 300.000.000 Lei, fără TVA”, pentru contractul nr. 12-J-3910 din data de 12.09.2008: „Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector:Ubeda-Torreperogil”. Tronsonul din cadrul proiectului Autostrada A-32, Linares-Albacete, ținând cont de răspunsul dvs. la solicitarea de clarificări nr. 24/3114/24.03.2022 și în conformitate cu dispozițiile Deciziei CNSC nr. 507/C9/324/09.03.2022, Comisia de evaluare v-a solicitat clarificări suplimentare prin intermediul adresei nr. 24/6121/03.06.2022, prin care vi s-a cerut să transmiteți următoarele:

- Toate Situațiile Interimare de Lucrări emise de către Asocieri în cadrul contractului de lucrări rubricat mai sus;

- Documente din care să reiasă că toate plățile au fost efectuate doar către S.A. cu indicarea contului în care acestea au fost realizate;

- să demonstrați fără echivoc că lucrările aferente Contractului nr. 12-J-3910 din data de 12.09.2008: „Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector:Ubeda-Torreperogil”. Tronsonul din cadrul proiectului Autostrada A-32, Linares-Albacete” au fost duse la „bun sfârșit” așa cum s-a solicitat prin Fișa de Date a achiziției;

- să precizați, fără echivoc, care este valoarea finală a contractului de lucrări.

De asemenea, având în vedere că din informațiile prezentate de dvs., Comisia de Evaluare nu s-a edificat cu privire la valoarea finală a Contractului nr. 12-J-3910 din data de 12.09.2008: Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector:Ubeda-Torreperogil”, respectiv procentul din contract realizat de către S.A., Comisia de Evaluare a decis să solicite informații de la MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA -DIRECCION GENERAL DE CARRETERAS din Spania.

În urma adresei nr. 92/45608/08.06.2022, transmisă prin email în data de 09.06.2022, prin care Comisia de Evaluare a solicitat informații de la MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA -DIRECCION GENERAL DE CARRETERAS cu privire la Contractul nr. 12-J-3910 din data de 12.09.2008: Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector:Ubeda-Torreperogil”, în data de 01.07.2022, via e-mail, au fost primite și analizate următoarele documente:

- Documentul nr. FVJ/eg/75.4/13/07.05.2013 - Cesión del contrato de las obras: „Autovía A-32. Linares-Albacete. Corredor: Carretera N-322 de Cordoba a

Valencia. Tramo: Ubeda - Torreperogil" Provincia de JAEN si documentul CESION COMUNICACION CUMPLIMIENTO TRAMITES 1a CESION GEA21 A CYOPSA 35%, din care reiese ca GEA 21 SA a cedat 35% catre S.A.;

- Documentul nr. FVJ/eg/75.8.13/22.11.2013- Cesión del contrato de las obras: „Autovia A-32. Linares-Albacete. Corredor: Carretera N-322 de Cordoba a Valencia. Tramo: Ubeda - Torreperogil" Provincia de JAEN si documentul CESION COMUNICACION CUMPLIMIENTO TRAMITES 2a CESION CYOPSA A OPR 10%, din care reiese ca S.A. cedeaza 10% catre S.A.

- Documentul nr. FVJ/eg/75.4.15/28.05.2015- Cesión del contrato de las obras: „Autovia A-32. Linares-Albacete. Corredor: Carretera N-322 de Cordoba a Valencia. Tramo:Ubeda - Torreperogil" Provincia de JAEN si documentul CESION COMUNICACION CUMPLIMIENTO TRAMITES 3a CESION CYOPSA A OPR 60%, din care reiese ca S.A. cedeaza 40% catre S.A. si 20% catre

- Documentul nr. FVJ/eg/75.10.20/14.05.2021 - Cesión del contrato de las obras: „Autovia A-32. Linares-Albacete. Corredor: Carretera N-322 de Cordoba a Valencia. Tramo: Ubeda - Torreperogil" Provincia de JAEN si documentul CESION COMUNICACION CUMPLIMIENTO TRAMITES 4a CESION CYOPSA A OPR EDIFICACION 20%, din care reiese cedeaza 20% catre S.A.

- Certificación Final no 114 Mes de NOVIEMBRE de 2021

- CONTRATO ADMINISTRATIVO 12-J-3910 „Autovia A-32, LINARES - ALBACETE. CORREDOR: CARRETERA N-322 DE CORDOBA A VALENCIA. TRAMO: UBEDO-TORREPEROGIL".

- 70.09/17; 54.36/07/14.07.2017 - MODIFICACION no 1 „Autovia A-32 Linares - Albacete S.L. Corredor: Carretera N-322 de Cordoba a Valencia. Tramo: Ubeda - Torreperogil"

- 70.01/19; 54.36/07; 6.70.19.23.39100/26.12.2019 - MODIFICACION no 2 „Autovia A-32 Linares - Albacete S.L. Corredor: Carretera N-322 de Cordoba a Valencia. Tramo: Ubeda - Torreperogil."

- Certificat Buna Execuție cu valoare de contract la care se adauga adiționale, la data de 20.01.2022, de 85.276.395,76 € inclusiv TVA;

- ACTA DE RECEPCION DE OBRAS ref.igae. 201902124 din care reiese ca lucrările au fost finalizate in data de 03.10.2021, iar documentul de recepție a fost emis in data de 07.10.2021.

In urma analizarii informațiilor primite de la MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA -DIRECCION GENERAL DE CARRETERAS, coroborat cu răspunsurile la solicitările de clarificare transmise prin adresa nr. 24/6121/03.06.2022, Comisia de evaluare a concluzionat urmatoarele:

1. In ceea ce privește valoarea lucrărilor executate:

Din analiza documentelor si a informațiilor prezentate de dvs., Comisia de Evaluare nu a identificat care este valoarea finala a contractului din referința. Totodata, Comisia de Evaluare a constatat ca se mențin, in continuare, neconcordantele si/sau inadvertențele cu privire la valoarea totala a lucrărilor, prin raportare la valoarea finala a lucrărilor, si, nu in ultimul rand, cu privire la sumele incasate fara TVA, in acest sens existând discrepante intre documentele sustinute de dvs. si documentele anexate chiar de la Ministerul Transporturilor, Mobilitatii si Agendei Urbane din Spania (a se vedea „Document de recepție a lucrărilor" de la pag. 398 din răspunsul la solicitarea de clarificari nr.24/6121/03.06.2022).

In al doilea rand, in pofida declarațiilor, lipsite de fundamentare legala si juridica, referitoare la asumarea parțiala sau unilaterala a executării contractului, pentru operatorul economic OBRAS, ca urmare a cesiunilor repetate, Comisia de Evaluare a considerat ca, indiferent de aserțiunile dvs., statutul si principiile de baza

ale oricărei Uniuni este reponsabilitatea comuna asumata a tuturor membrilor Asocierii/Uniunii. Cu alte cuvinte, Comisia de Evaluare nu a identificat, „fara nici un dubiu, in acest sens”, care este motivul sau argumentul forte pe care ar trebui sa il ia in considerare pentru a accepta o astfel de aserțiune.

In plus, asa cum ati declarat, si reiese inclusiv din răspunsul emis de MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA -DIRECCION GENERAL DE CARRETERAS, exista un singur cont deschis al asocierii, cu acces comun al tuturor membrilor.

Ca atare, documentele furnizate de dvs. nu clarifica, nu valideaza si nici nu va probeaza declarațiile, avand un caracter general, si nu unul specific pentru solicitările Comisiei de Evaluare.

Totodata, pana la data prezentei, nu ati prezentat documente care sa clarifice neconcordanțele existente la nivelul documentelor transmise anterior, „procentul de 80% putând fi aplicat de la data de 22.05.2015 si nu pe întreaga perioada contractuala”, asa cum se stipuleaza si in cadrul Deciziei CNSC nr. 507/C9/324/09.03.2022.

Pentru perioada de referința cuprinsa intre 11.10.2008-22.05.2015, in cadrul careia, conform documentelor justificative de plata, prezentate de dvs., s-a plătit suma de 42.465.310,80 lei, conform următoarelor procente detinute de OBRAS:

- pentru perioada 11.10.2008-22.11.2013 - 30%
- pentru perioada 22.11.2013-28.05.2015 - 40%,

Desi nu ati putut pune la dispoziție documente relevante si nici nu ati putut demonstra ca ceilalți membri ai asocierii nu au avut nicio contributie in implementarea contractului, susțineți in continuare ca OBRAS este singurul membru al asocierii care a executat integral lucrările aferente contractului si, implicit, a incasat 80% din valoarea lucrărilor executate, desi ponderea sa in cadrul asocierii era de doar 30%.

Incapacitatea de a indica, in documentele prezentate, o valoare finala clara si exacta a valorii din contract, fara TVA, aferentă lucrărilor real executate de către OBRAS, cu care ati declarat ca indepliniti Cerința nr. 1 aferenta documentației de atribuire, genereaza, pe langa lipsa acuratetii informațiilor furnizate, inconsecvente cu privire la îndeplinirea Cerinței nr. 1 si, implicit, la admisibilitatea ofertei.

2. In ceea ce privește *lucrari duse la bun sfârșit:

Prin răspunsul la solicitarea de clarificari nr. 24/6121/03.06.2022, ati prezentat in Anexa 6 un document cu titlul „Document de Recepție a Lucrărilor” (traducerea din limba spaniola) emis in data de 07.10.2021, care are ca date de referința:

Data inițiala: 11.10.2008

Data finala: 03.10.2021

Data reala a finalizarii: 31.08.2021

Din acest document, emis la 07.10.2021, reiese faptul ca suma totala certificata (TVA inclus) este de 81.826.628,30 Euro, din care: valoarea contractului de execuție a lucrărilor este de: 59.530.172,41 Euro (fara TVA) pentru o perioada de execuție de 33 luni, la care se adauga Modificarea nr. 1 de 647.088,20 Euro (fara TVA) si Modificarea nr.2 in valoare de 4.805.854,63 Euro (fara TVA).

Analizand informațiile prezentate in cadrul Anexei 6 - „Document de Recepție a Lucrărilor” se desprind următoarele concluzii:

- Nu ati făcut dovada ca lucrările de constructie „duse la bun sfarsit” in ultimii 5 ani, prezentate in vederea indeplinirii Cerinței nr. 1 de calificare, sunt in valoare cumulata de minim 300.000.000 Lei, fara TVA, intrucat, pentru contractul „Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector:Ubeda-Torreperogil”. Tronsonul din cadrul proiectului Autostrada A-32, Linares-

Albacete", Documentul de Recepție la Terminarea Lucrărilor care atesta Recepția la Terminarea Lucrărilor, a fost emis la 07.10.2021, data ulterioara perioadei de referință corespunzătoare prezentei proceduri, așa cum se specifică în Fisa de Date, respectiv după data de 15.09.2021;

În acord cu prevederile HG 845/2018 - pentru aprobarea Regulamentului privind recepția construcțiilor din domeniul infrastructurii rutiere și feroviare de interes național, cu modificările și completările ulterioare, care stipulează:

Capitolul I Dispoziții generale

„Articolul 1 (1) [...] Procesul de recepție se finalizează prin încheierea unui act denumit Proces Verbal de Recepție.

Capitolul II Preluarea unor părți de construcție

Articolul 6

(1) Până la terminarea întregii lucrări prevăzute în contract în cazul în care investitorul decide astfel, pot fi preluate părți din construcție într-un anumit stadiu fizic de execuție, în baza unui proces verbal de predare primire încheiat între executant și investitor. Procesul verbal de predare primire încheiat între executant și investitor nu reprezintă un proces verbal de recepție pentru partea de lucrare în cauză,"

Totodată, din analiza documentului "ACTA DE RECEPCION DE OBRAS ref.igae. 201902124" (furnizat de MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA –DIRECCION GENERAL DE CARRETERAS), este reiterat faptul că Documentul de Recepție a fost emis în data de 07.10.2021, având următoarele date de referință:

Data de începere a lucrărilor: 11.10.2008

Data de finalizare a lucrărilor: 03.10.2021

Comisia de evaluare concluzionează că lucrările nu erau finalizate la data de 15.09.2021 (data inițială de depunere a ofertelor), data „calculată prin aplicarea prevederilor legale în vigoare referitoare la durata minimă ce trebuie stabilită între data inițierii procedurii de atribuire și cea a depunerii ofertelor."

Prin urmare, Comisia de Evaluare a concluzionat următoarele:

- Nu ați făcut dovada că lucrările de construcție „duse la bun sfârșit" în ultimii 5 ani, prezentate în vederea îndeplinirii Cerinței nr. 1 de calificare, sunt în valoare cumulată de minim 300.000.000 Lei, fără TVA, întrucât, pentru contractul „Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector:Ubeda-Torreperogil". Tronsonul din cadrul proiectului Autostrada A-32, Linares-Albacete", Documentul de Recepție la Terminarea Lucrărilor care atesta Recepția la Terminarea Lucrărilor, a fost emis la 07.10.2021, data ulterioara perioadei de referință corespunzătoare prezentei proceduri, așa cum se specifică în Fisa de Date, respectiv după data de 15.09.2021;

Conform prevederilor Instrucțiunii nr. 2/2017, art. 13 "a) prin raportare la data publicării anunțului de participare/de participare simplificat, în condițiile în care, prin prevederile art. 12 din Legea nr. 98/2016, cu completările ulterioare, respectiv art. 17 din Legea nr. 99/2016 este stabilit că valoarea estimată trebuie să fie valabilă la momentul transmiterii spre publicare a anunțului de participare/de participare simplificat, iar nivelul experienței similare se raportează la complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, dată de această valoare sau de cantitățile aferente, care, prin înmulțire cu prețurile unitare aplicabile, relevă valoarea estimată a achiziției, rezultând că nivelul cerințelor privind experiența similară trebuie să fie valabil la momentul publicării în SEAP a anunțului de participare/de participare simplificat; sau

b) prin raportare la data-limită de depunere a ofertelor stabilită de autoritatea/entitatea contractantă în anunțul de participare/de participare simplificat,

care este calculată prin aplicarea prevederilor legale în vigoare referitoare la durata minimă ce trebuie stabilită între data inițierii procedurii de atribuire și cea a depunerii ofertelor; sau

c) prin raportare la oricare moment din întreaga durată disponibilă între cele două termene menționate la lit. a) și b). "

- Documentele transmise prezintă neconcordanțe și/sau inadvertențe cu privire la valoarea totală a lucrărilor și sumele încasate de către OBRAS PUBLICAS YREGADIOS SA;

- O declarație pe propria răspundere, transmisă de către reprezentanții S.A. și GEA 21 SA nu poate proba veridicitatea celor declarate de dvs., neavând putere juridică probatorie care să corespundă rigorilor prevăzute de legislația în domeniul Achizițiilor Publice, coroborată cu prevederile Documentației de atribuire și, totodată, nu poate contesta Acordurile de cesiune emise între membrii Asocierii, pe parcursul executării contractului;

- Certificatele Interimare de Plata (Certificate Ordinare nr. 1/31.10.2008 -113/31.08.2021) au fost emise, în perioada derulării contractului, în numele Asocierilor:

.....S.A. S.A. și GEA 21 S.A. (31.10.2008 - aprilie 2013);

.....S.A. S.A. (mai 2013-septembrie 2014);

..... S.A. și S.L. (iulie 2017-iunie 2021);

..... S.A. și S.A. (iulie 2021-august 2021);

În consecință, nu ați demonstrat indubitabil și fără echivoc, prin documentele transmise, că S.A. a fost cel care a executat lucrările în procentul declarat de Ofertant (80%), pe toată durata contractului;

Din analiza documentelor prezentate și a celor trei Acorduri de cesiune, Comisia de Evaluare a constatat că procentul de 80% trebuie aplicat de la data de 22.05.2015 și nu pe toată perioada derulării contractului, așa cum ați încercat să induceți în răspunsurile la solicitările de clarificare.

Astfel, Comisia de Evaluare a considerat că documentele prezentate nu sunt concludente și nu demonstrează că acesta a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani lucrări de construcție în valoare de min. 300.000.000 lei, în conformitate cu Cerința 1 (III.1.3.a Capacitatea tehnică și/sau profesională), potrivit căreia:

„Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit* în ultimii 5 ani** lucrări de construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire de autostrăzi și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau drum județean, la nivelul a maxim 5 contracte, în valoare cumulată de minim 300.000.000 Lei, fără TVA

*) Prin lucrări duse la bun sfârșit se înțelege:

- lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice aplicabile;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal la terminarea lucrărilor;

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

În consecință, având în vedere prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare: „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, Comisia de Evaluare a respins oferta depusă de dvs. ca INACCEPTABILĂ în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. (b) din HG 395/2016, coroborat cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare”.

Față de cele de mai sus, se constată că oferta asocierii a fost respinsă pentru două motive, respectiv ofertanta nu a demonstrat că lucrările au fost executate, pe tot parcursul derulării contractului, în procent de 80% de asociatul S.A; lucrările propuse pentru demonstrarea experienței similare au fost recepționate ulterior perioadei de referință.

În privința lucrărilor executate de asociatul S.A., analizând răspunsul la clarificările nr. 24/6121/ 03.06.2022, împreună cu anexele acestuia, și răspunsul primit de autoritatea contractantă de la MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA -DIRECCION GENERAL DE CARRETERAS, urmare adresei nr. 92/45608/08.06.2022, transmisă prin email în data de 09.06.2022, prin care comisia de evaluare a solicitat informații cu privire la Contractul nr. 12-J-3910 din data de 12.09.2008: Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector: Ubeda-Torreperogil", se constată că cele reținute de achizitoare sunt corecte.

Astfel, documentele transmise de ofertantă și de minister relevă faptul reținut și prin decizia anterioară de către Consiliu și confirmat de Curtea de Apel București, Secția a IX-a Contencios administrativ și fiscal, că procentul de 80% din contract a fost obținut de acest asociat urmare ultimei cesiuni din anul 2015, nu anterior.

Întreaga pledoarie a contestatoarei din cuprinsul contestației urmărește demonstrarea faptului că asociatul S.A. ar fi executat contractul în procent de 80% încă de la data începerii execuției lucrărilor, pe toată perioada de derulare a contractului, însă acest lucru nu a putut fi demonstrat de ofertantă, în ciuda clarificărilor exprese și repetate ale autorității contractante.

Nici documentele transmise de, enumerate în comunicarea privind rezultatul procedurii și depuse în format electronic la Consiliu de către achizitoare, nu sunt în susținerea afirmațiilor contestatoarei.

Petenta a invocat pentru demonstrarea afirmațiilor sale declarațiile date de Daniel Fernández Menéndez, identificat cu DNI 52.515.555-T, în calitate de director al firmei constructoare GEA 21 SA, precum și de Camilo José Alcalá Sánchez, identificat cu DNI 05352017D, în calitate de director al firmei constructoare CYOPSA SISOCIA SA, potrivit cărora cele două societăți nu au executat și nu au fost responsabile cu vreo lucrare.

De asemenea, a fost invocată recomandarea din 03.02.2021, emisă de beneficiarul lucrărilor.

În decizia nr. 1389 din 16 mai 2022, Curtea a reținut, între altele:

Curtea apreciază că, în situația existenței unor neclarități sau contradicții între documentele prezentate de ofertanta Asocieria, autoritatea contractantă nu avea posibilitatea de a da preferință unor anumite documente, cum invocă petenta în plângere, ci trebuia să lămurească aceste neclarități sau contradicții, astfel încât situația de fapt stabilită să fie cea reală, iar soluția adoptată să fie temeinică și legală.

Argumentele petentei privind prevalența mențiunilor din Recomandarea din data de 01.02.2021 sunt neîntemeiate întrucât nu există o forță juridică superioară a acestui înscris în raport de celelalte documente depuse chiar de către Asocierea, comisia de evaluare având obligația să lămurească chestiunile cu privire la care mențiunile din documentele depuse de ofertant erau neclare sau contradictorii.

De altfel, astfel cum susține în mod corect CNSC, nu se pune în discuție ignorarea documentului de certificare din partea beneficiarului, ci neconcordanța existentă în cadrul documentelor depuse.

Mai mult, Curtea constată că **petenta Asocierea nu contestă chestiunea cesionării ulterioare a unor procente din contract, ci doar solicită să se ia în considerare exclusiv mențiunile din recomandare, însă mențiunile respective nu confirmă expres executarea în concret a lucrărilor chiar de către asociatul S.A.**, ci ar putea avea în vedere și lucrările executate anterior de asociatul care ulterior și-a cesionat cota către asociatul S.A. în aceste condiții, nu este vorba despre constatarea și înlăturarea unui fals din Recomandarea din data de 01.02.2021, ci doar de lămurirea unor mențiuni din cuprinsul acestei recomandări, care ar putea avea un alt sens decât cel invocat de petentă.

Or, se constată că, nici în urma solicitărilor de clarificări, ofertanta nu a prezentat documente și explicații pertinente care să determine concluzia certă că a executat contractul în proporție de 80%, deși din UTE (Uniones Temporales de Empresas) au făcut parte mai multe societăți care au cedat cota lor de participare până în anul 2015.

Și documentele transmise de privesc transmiterea cotelor de participare conform celor arătate și în comunicarea privind rezultatul procedurii.

Cum a arătat și autoritatea contractantă nu există un motiv pentru care să fie luate în considerare doar anumite documente și ignorate celelalte, tocmai în contextul în care s-a acordat contestatoarei posibilitatea de a fi puse în concordanță informațiile prezentate și demonstrată cu certitudine îndeplinirea experienței similare.

Culpa pentru existența unor informații contradictorii nu aparține autorității contractante, dimpotrivă, aceasta a depus toate diligențele pentru a se edifica asupra lucrărilor executate de asociatul S.A., însă operatorul economic nu a furnizat documente în consecință.

Prin răspunsurile la clarificări nu a fost demonstrată executarea lucrărilor doar de către asociatul S.A.

În privința celui de-al doilea motiv de respingere, vizând recepționarea lucrărilor ulterior perioadei de referință, se constată, din nou, că cele reținute de autoritatea contractantă sunt corecte, în sensul că, pentru contractul „Autostrada A-32, Linares-Albacete. Coridor: Drumul național N-322 de la Cordoba la Valencia. Sector: Ubeda-Torreperogil". Tronsonul din cadrul proiectului Autostrada A-32, Linares-Albacete", Documentul de Recepție la Terminarea Lucrărilor care atesta Recepția la Terminarea Lucrărilor, a fost emis la 07.10.2021, data ulterioară perioadei de referință corespunzătoare prezentei proceduri, așa cum se specifica în Fisa de Date, respectiv după data de 15.09.2021.

Documentele de recepție se regăsesc în anexa 6 a răspunsului de clarificări, cum s-a consemnat și în comunicarea privind rezultatul procedurii.

Contestatoarea urmărește luarea în considerare a lucrărilor recepționate parțial, însă, solicitarea din documentația de atribuire viza expres lucrările *duse la bun sfârșit*.

Documentul de recepție menționează recepția finală după data limită de depunere a ofertelor, fiind întocmit la data de 07.10.2021.

În documentul de recepție parțială (pag. 491 Vol 1 din răspunsul cuprinzând documentele justificate pentru informațiile din DUA), de care dorește contestatoarea să se folosească pentru luarea în considerare a lucrărilor executate, se face mențiunea expresă că "verificarea efectuată nu produce efecte de recepție", urmând a fi realizată "după finalizarea totalității lucrărilor".

Față de situația expusă, rezultată din documentele prezentate de ofertantă, inclusiv prin solicitări de clarificări, se constată că este corectă decizia de respingere a ofertei, pentru motivele detaliate în comunicarea privind rezultatul procedurii.

Consiliul va trece în continuare la analiza criticilor aduse deciziei de desemnare câștigătoare a ofertei asocierii SRL – SRL.

Preliminar, Consiliul va analiza excepția lipsei de interes a criticilor, invocată de intervenientă, în contextul constatării corectitudinii deciziei de respingere a ofertei asocierii

Consiliul are în vedere în soluționarea excepției considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit

contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă

încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în

acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C- 355/15, EU:C:2016:988, punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE* (C- 689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă **a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii**. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într- o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie

să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie

2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5

aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

57 *Desigur*, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*

(C- 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui

ofertant a cărui ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr- o procedură

de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, **decizia de excludere a ofertantului menționat fusese**

confirmată printr- o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat

înainte ca instanța sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

58 În schimb, în cauza principală, *Archus și Gama* au formulat o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse

definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice. Într- o

asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în

care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

De asemenea, sunt relevante cele reținute în Hotărârea CJUE în cauza C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*:

27 Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să

fie interpretat, în raport cu Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C-100/12,

EU:C:2013:448), în sensul că se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice **printr-o decizie a**

autorității contractante care a rămas definitivă și care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a din această directivă să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28 În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost

prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29 La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), constituia o concretizare a cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care urmăresc excluderea lor reciprocă. Astfel, într-o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

30 Cu toate acestea, situația în discuție în cauza principală se distinge foarte clar de situațiile în discuție în cele două cauze în care au fost pronunțate Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13, EU:C:2016:199).

31 Pe de o parte, ofertele depuse de ofertanții interesați în cauzele în care au fost pronunțate acele două hotărâri nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de grup în cauza principală.

32 Pe de altă parte, în aceste două cauze, fiecare ofertant contesta legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, și

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24). În schimb,

în prezenta cauză principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei adjudecatului.

33 Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din 4 iulie 2013,

Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE

(C- 689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil situației procedurale și contencioase în

discuție în litigiul principal.

34 Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la**

soluționarea acestei contestații, deciziile ulterioare care i- ar aduce prejudicii

în ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.

35 În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36 Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie

interpretat în sensul **că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr- o**

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr- o decizie

rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și

adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

În soluționarea excepției lipsei de interes a contestației față de solicitările în referire la oferta câștigătoare, trebuie avută în vedere, prioritar, situația ofertei contestatoarei.

Astfel, trebuie avut în vedere că nu se poate constata caracterul definitiv de respingere a ofertei asocierii

În consecință, ofertantul nefiind exclus definitiv din procedură, nu suntem în prezența situației din cauza C-355/15, în sensul că *articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul **că nu se opune***

ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui

contract de achiziții publice printr-o decizie rămasă definitivă a autorității

■

contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului.

Fiind atacate simultan cele două decizii, de respingere a ofertei sale și de declarare câștigătoare a ofertei asocierii și având în vedere că nu există o hotărâre definitivă de respingere a ofertei contestatoarei, la momentul formulării contestației în cauză, interesul acesteia subzistă.

Atâta timp cât oferta petentei nu a fost respinsă în mod definitiv ea poate să conteste decizia de desemnare a ofertei câștigătoare.

Tot, astfel, *eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice este în interesul contestatoarei, câtă vreme oferta sa nu a fost respinsă definitiv.*

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge excepția lipsei de interes invocată de intervenientă.

Analizând excepția tardivității contestației vizavi de oferta câștigătoare, pe motiv că admisibilitatea ofertei îi era cunoscută contestatoarei din evaluarea anterioară a autorității contractante, se reține că această excepție nu poate fi analizată izolat de interesul operatorului economic de a critica o ofertă clasată *pe un loc inferior*, astfel cum era situația rezultată din raportul procedurii de atribuire nr. 24/1015/ 31.01.2022.

Contestatoarea a susținut că nu este permisă formularea unor critici care vizează aspectele analizat și necontestate cu prilejul primei evaluări, invocând decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018, în care s-a statuat că autoritatea contractantă investită cu **reevaluarea ofertei** în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a

Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară.

Or, pe de o parte, se reține că decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție privea situația în care Consiliul sau instanța a dispus reevaluarea unei oferte sub anumite aspecte. Raportat la speța de față, prin decizia anterioară, Consiliul a dispus reevaluarea ofertei asocierii, nefiind pusă în discuție o reevaluare a ofertei asocierii Prin dispozitivul deciziei s-a impus în sarcina autorității contractante obligația *reevaluării ofertei asocierii - SRL - SA -..... SA - SA, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.*

În notele scrise date 06.09.2022, intervenienta a invocat Decizia Curții de Apel București nr. 830 din data de 01.04.2021, în care s-au reținut următoarele: „Curtea reține ca prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 reglementează momentul de început al curgerii termenului de contestare ca fiind ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, (...). **Prin necontestarea rezultatului evaluării ofertei tehnice a (...)** precizat în Raportul procedurii nr. 95332 din 25. 03. 2020, astfel cum susține în mod întemeiat petenta, **acest rezultat a dobândit caracter definitiv, astfel ca nu mai putea fi contestat în urma emiterii unui nou raport al procedurii prin care s-au evaluat cu totul alte aspecte decât cele criticate prin contestația formulată de (...).** Prin urmare, nu este vorba despre incidența principiului autorității de lucru judecat, ci despre respectarea termenului legal de formulare a contestației. (...) Curtea reține ca prin Decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 66/2018 privitoare la dezlegarea unei chestiuni de drept s-a stabilit ca „autoritatea contractantă investită cu reevaluarea ofertei în urma controlului de legalitate exercitat de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor și/sau instanța de judecată are posibilitatea de a verifica toate elementele tehnice și aspectele financiare ale ofertei apte a demonstra admisibilitatea ei, dacă din mijloacele de probă administrate nu rezultă verificarea lor anterioară”. Prin urmare, **în condițiile în care exista o verificare anterioară a unei oferte cu privire la îndeplinirea cerințelor tehnice, comisia de evaluare nu mai putea face o reevaluare a acestor aspecte necontestate, ci doar a aspectelor la care s-a referit decizia instanței de judecată sau a unor alte aspecte neverificate anterior.** De aceste rigori este ținută nu numai comisia de evaluare, cum susține în mod eronat CNSC, ci și organul jurisdicțional sau instanța de judecată **care nu poate fi investită cu alte aspecte decât cele pe care le putea reevalua autoritatea contractantă.**”

Însă, cum s-a explicat mai sus, decizia Curții avea în vedere situația în care a fost dispusă reevaluarea de către Consiliul sau instanță a unei oferte, referitoare la anumite aspecte, astfel că acea reevaluare a ofertei în discuție nu se putea extinde asupra unor alte aspect noi, necriticate anterior.

În cazul analizat, față de singura ofertă criticată, cea a asocierii, a fost dispusă efectuarea anumitor verificări, care, de altfel, au și fost realizate de comisie.

În privința ofertei nici nu putea fi dispusă o reevaluare câtă vreme nu a fost o ofertă criticată prin intermediul unei contestații.

Astfel fiind, nu se poate susține că suntem în situația vizată de decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție sau a jurisprudenței invocată de intervenientă.

Pe de altă parte, nu trebuie ignorat interesul de a depune o contestație, interes care nu era născut, direct și actual, câtă vreme oferta sa era *câștigătoare*, nejustificând vreun folos practic în ceea ce privește formularea unei contestații și neriscând vreun prejudiciu sau producerea vreunei vătămări prin nedepunerea unei contestații.

Interesul său de a critica oferta a apărut la momentul comunicării rezultatului actual al procedurii, prin care *oferta sa a fost respinsă și oferta desemnată câștigătoare*.

În speță, ne aflăm într-un alt ciclu procesual, determinat de dispunerea reevaluării ofertei printr-o decizie anterioară și luarea deciziei de respingere a acesteia și desemnare câștigătoare a ofertei, situație care naște un interes evident al contestatoarei în a critica această nouă ofertă câștigătoare.

De altfel, prin comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 92/7069/31.01.2022, cum era și firesc, nici nu s-a adus la cunoștința operatorului economic vreo altă decizie, ci doar aceea referitoare la desemnarea sa câștigătoare, obținând punctajul maxim, respectiv 100 puncte.

Așadar, operatorul economic contestator avea interes în a critica propunerea tehnică și financiară a ofertantului clasat pe locul 2.

A admite un astfel de raționament ar însemna nașterea unei obligații pentru *operatorii economici câștigători* în a formula contestație împotriva ofertelor admisibile, clasate *pe locurile inferioare*, doar pe motiv că, într-o etapă ulterioară, determinată de reevaluarea ofertei lor sau a altor oferte, nu vor mai putea invoca nereguli rezultate dintr-o evaluare anterioară, ceea ce este contrar dispozițiilor legale care reglementează instituția interesului în formularea unei contestații.

Astfel fiind, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de intervenientă, criticile referitoare la oferta urmând a fi soluționate pe fond.

Trecând la analiza criticilor aduse ofertei, Consiliul constată că aceasta privesc următoarele aspecte: oferta asocierii este inadmisibilă, prin raportare la obligativitatea statelor membre ale Uniunii Europene de a aplica regulamentele și politicile Uniunii Europene; constatarea ca fiind incidente a cazurilor de excludere în privința asocierii - SRL ca neadecvată și obligarea autorității contractante să procedeze la respingerea candidaturii asocierii, întrucât AG a fost sancționat definitiv de autoritățile austriece pentru participarea la un cartel în vederea trucării licitațiilor publice în domeniul construcțiilor în Austria, pe o perioadă de 15 ani; nu a

prezentat autorității contractante informații cu privire la abaterea profesională gravă de care se face vinovat; neconformități ale propunerii tehnice și financiare a

O primă critică privește acționariatul rusesc al, contestatoarea susținând că SRL este controlată de Oleg Deripska, dividendele fiind transferate în Rusia.

A fost invocat Regulamentul (UE) NR. 269/2014 al Consiliului din 17 martie 2014 privind măsuri restrictive în raport cu acțiunile care subminează sau amenință integritatea teritorială, suveranitatea și independența Ucrainei:

- art. 1 În sensul prezentului regulament, se aplică următoarele definiții: (b) „contract sau tranzacție” înseamnă orice tranzacție care, indiferent de formă și de legislația aplicabilă, cuprinde unul sau mai multe contracte sau obligații similare stabilite între părți identice sau nu; în acest scop, termenul „contract” include orice obligațiune, garanție sau contragarantie, în special de natură financiară, și orice credit, independent sau nu din punct de vedere juridic, precum și orice clauză aferentă care rezultă din tranzacția respectivă sau legată de aceasta;

(c) „autorități competente” înseamnă autoritățile competente ale statelor membre, astfel cum sunt identificate pe site-urile internet incluse pe lista din anexa II;

(d) „resurse economice” înseamnă activele de orice fel, corporale sau necorporale, mobiliare sau imobiliare, care nu sunt fonduri, dar pot fi utilizate pentru obținerea de fonduri, bunuri sau servicii;

f) „înghețarea fondurilor” înseamnă orice acțiune menită să împiedice circulația, transferul, modificarea, utilizarea, accesul sau tranzacțiile cu fonduri susceptibile să aibă ca rezultat modificarea volumului, a valorii, a localizării, a proprietății, a deținerii, a naturii sau a destinației acestora sau orice modificare care ar permite utilizarea fondurilor, inclusiv gestionarea portofoliilor;

g) „fonduri” înseamnă activele financiare și beneficiile de orice natură, inclusiv, dar nelimitându-se la:

(i) numerar, cecuri, creanțe în numerar, cambii, ordine de plată și alte instrumente de plată;

(...)

(h) „teritoriul Uniunii” înseamnă teritoriile statelor membre cărora li se aplică tratatul, în condițiile prevăzute de acesta, inclusiv spațiul lor aerian;

- art. 2 alin. (2) Se interzice punerea la dispoziție, direct sau indirect, către sau în beneficiul persoanelor fizice, sau persoanelor fizice sau juridice, al entităților sau al organismelor asociate cu acestea incluse pe lista din anexa I, a unor fonduri sau resurse economice de orice fel.

În ANEXA I a regulamentului - Lista persoanelor fizice și juridice, a entităților și a organismelor menționate la articolul 2, astfel cum a fost modificată, la poziția 929 este indicat Oleg Vladimirovich Deripaska.

Regulamentul (UE) nr. 833/2014 al Consiliului din 31 iulie 2014 privind măsuri restrictive având în vedere acțiunile Rusiei de destabilizare a situației în Ucraina prevede la art. 5k:

(1) Se interzice atribuirea sau continuarea executării oricărui contract de achiziții publice sau a oricărei concesiuni care intră sub incidența directivelor privind achizițiile publice, precum și a articolului 10 alineatele (1) și (3), alineatul (6) literele

(a)-(e) și alineatele (8), (9) și (10) și a articolelor 11, 12, 13 și 14 din Directiva 2014/23/UE, a articolelor 7 și 8 și a articolului 10 literele (b)-(f) și (h)-(j) din Directiva 2014/24/UE, a articolului 18, a articolului 21 literele (b)-(e) și (g)-(i), a articolelor 29 și 30 din Directiva 2014/25/UE și a articolului 13 literele (a)-(d), (f)-(h) și (j) din Directiva 2009/81/CE, către sau împreună cu:

(a) un resortisant rus ori o persoană fizică sau juridică, o entitate sau un organism stabilit în Rusia;

(b) o persoană juridică, o entitate sau un organism ale cărui drepturi de proprietate sunt deținute, în mod direct sau indirect, în proporție de peste 50 % de o entitate menționată la litera (a) de la prezentul alineat; sau

(c) o persoană fizică sau juridică, o entitate sau un organism care acționează în numele sau în conformitate cu instrucțiunile unei entități menționate la litera (a) sau (b) de la prezentul alineat, inclusiv în cazul în care reprezintă mai mult de 10 % din valoarea contractului. Subcontractanții, furnizorii sau entitățile pe ale căror capacități se bazează, în sensul directivelor privind achizițiile publice.

Contestatoarea expune legăturile juridice între SE și International Company Joint Stock Company Rasperia Trading Limited, deținută de Oleg Vladimirovich Deripaska.

S-a susținut că structura acționariatului este următoarea:

- SRL este deținută de Bau Holding Beteiligungs GMBH (99,81%) și BRVZ GMBH (0,19%);
- Acționarul majoritar al Bau Holding Beteiligungs GMBH (99,81%) este SE;
- Acționarul majoritar al BRVZ GMBH (0,19%) este SE.

Contestatoarea consideră că Consiliul este obligat cel puțin în a admite această contestație în vederea îndrumării autorității contractante în a cere clarificări prin comisia de evaluare cu privire la aceste aspecte, respectiv în privința mandatului pe care Strabang SRL îl deține raportat la implicarea Rasperia în activitatea și managementul sau, respectiv instrucțiunile date de Rasperia societăților la care deține acțiuni/părți sociale, așa cum se prevede la art. 5k lit. c).

Se reține că, vizavi de aplicarea celor două regulamente invocate de contestatoarea, în mod voluntar, asocierea a pus la dispoziția adresa nr. CM106/25.07.2022, atașată cererii de intervenție (anexa 3).

Prin cererea de intervenție s-a susținut că nu este posibil/permis vreun transfer de fonduri și/sau vreun control din partea dlui Oleg Deripaska/ Rasperia asupra, sens în care au fost depuse documente.

Astfel, au fost atașate următoarele:

- Anexa A – extras din Raportul Anual al, în care se menționează că s-a decis de către Consiliul Director al SE a decis să rețină plata dividendelor către Rasperia atâta vreme cât nu se poate exclude niciun risc de sancționare;

- Anexele B și C – comunicate de presă, în care se menționează rezultatele Adunării Generale Extraordinare: revocarea membrului

Consiliul de Supraveghere delegat de Rasperia; se angajează să respecte sancțiunile UE aplicate împotriva lui Oleg Deripaska; sancțiunile impuse de Canada, Marea Britanie și Australia, precum și de UE împotriva dlui Oleg Deripaska se aplică și acționarului Rasperia al societății SE; nu este o societate sancționată; relațiile de afaceri cu nu sunt afectate.

De asemenea, în anexa 5 la cererea de intervenție, a fost depus documentul intitulat "Orientările Băncii Naționale a Austriei privind sancțiunile împotriva Rusiei/Belarus în anul 2022", în care sunt detaliate măsurile luate pentru aplicarea prevederilor Regulamentelor nr. 269/2014 și 833/2014, astfel cum au fost modificate, legate de înghețarea fondurilor către persoane și companii prevăzute în anexa I a regulamentului nr. 269/2014.

Totodată, în anexa 7 a cererii de intervenție, a fost depusă Hotărârea Comisiei de Stat pentru controlul procedurilor de achiziție publică din Republica Croația, nr. 354-02/11-22-14 din 15.06.2022, în care s-a reținut, în referire la asocierea selectată, cu probele depuse în procedura de contestație, a înlăturat orice dubiu că împrejurările exprese menționate în art. 5k din Regulamentul privind sancțiunile se aplică asocierii selectate (...). Comisia de stat a apreciat în procedura de recurs că nu au fost îndeplinite condițiile pentru aplicarea art. 5k.

..... a analizat documentele depuse de asocierea și le-a considerat concludente, în sensul că a declarat admisibilă oferta acestei asocieri.

Din analiza întregului material probator pus la dispoziție atât în dosarul achiziției, cât și atașat cererii de intervenție și concluziilor scrise, Consiliul constată că nu sunt îndeplinite condițiile din regulamentele invocate pentru aplicarea sancțiunii respingerii ofertei asocierii

Contestatoarea a invocat dispozițiile celor două regulamente, însă nu a probat că ar fi fost puse la dispoziție direct sau indirect, către sau în beneficiul persoanelor fizice sau juridice, al entităților sau al organismelor asociate cu acestea incluse pe lista din anexa I, a unor fonduri sau resurse economice de orice fel sau că ar fi îndeplinite condițiile de la art. 5k din regulamentul nr. 833/2014. Întreaga expunere argumentativă a intervenientei este în sensul demonstrării neaplicării dispozițiilor invocate în contestație.

Față de cele de mai sus, raportat la criticile din contestație și dovezile depuse în susținerea celor afirmate, Consiliul constată că nu existau motive pentru respingerea ofertei asocierii pentru cele mai sus cercetate.

O altă critică a contestatoarei privește incidența cazurilor de excludere în privința asocierii - SRL, în sensul că AG se încadrează în cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, cum a explicat și intervenienta este vorba despre o altă societate decât operatorul economic, societate care a participat în calitate de terț susținător al asocierii.

Vizavi de aspectele criticate de contestatoare, se reține că, ... Sp. z o.o., în calitate de terț susținător, a depus DUAЕ aferent.

În cadrul etapei de verificare a documentelor justificative în susținerea informațiilor din DUAЕ, în răspunsul său din 25.07.2022 (adresa nr. CM/107/25.07.2022, pag. 8/9), ofertantul a explicat, referitor la AG - acționar al Sp. z o.o. - terț susținător în cadrul prezentei proceduri, că, în cadrul cazierului judiciar emis pentru AG apare ca fiind derulată la Parchetul central pentru urmărirea infracțiunilor economice și a faptelor de corupție, o procedură penală cu numărul de **dosar 29 St 33/16f**, iar la parchetul Viena cu numărul de dosar 143 BAZ 778/21 k. În ceea ce privește situația dosarului cu nr. 29 St 33/16f, menționez faptul că acest dosar are ca obiect acuzațiile în legătură cu investigațiile privind încheierea unor înțelegeri anticoncurențiale. La data de **21.10.2021**, Autoritatea Federală de Concurență din Austria ("BWB") a emis o decizie de sancționare a AG urmare verificărilor întreprinse asupra acuzațiilor privind încheierea unor înțelegeri anticoncurențiale în legătură cu participarea la unele proiecte de construcții drumuri și lucrări auxiliare. În considerarea strânsei cooperări cu BWB, recunoașterii răspunderii în procedurile de investigare a cartelului, certificării sistemului de management de conformare și introducerii unui nou tip de monitorizare, BWB a propus aplicarea unui regim sancționar mai favorabil, respectiv o amendă redusă. Amenda a fost plătită de AG. **Decizia Tribunalului Austriac pentru Cartel a rămas definitivă.**

În lumina măsurilor cuprinzătoare și aprofundate pe care le-a adoptat ca urmare a investigațiilor care au avut loc, nu există nicio îngrijorare privind integritatea profesională a companiei.

În ceea ce privește situația dosarului cu nr. 143 BAZ 778/21 k, menționez faptul că acest dosar este în legătură cu un eveniment în care un subcontractor descărca panouri de izolare pentru o fațadă pe un șantier din Triesterstrape în Viena, 1100 (în octombrie 2019) folosind o macara, moment la care o încărcătură cu aceste panouri s-a desprins și a căzut. Încărcătura a lovit o mașină care trecea la acel moment în zonă și a provocat pagube materiale. Șoferul mașinii nu a suferit răni fizice, dar a formulat plângere penală. Se presupune că șoferul ar fi suferit de tulburare de stres posttraumatic în urma incidentului. Prin urmare, se fac cercetări împotriva persoanelor responsabile ale AG și AG ca societate. Anticipăm că investigațiile împotriva AG vor fi încetate.

În ceea ce privește dosarul nr. 29 St 33/16f:

Dosarul menționat are ca obiect acuzațiile în legătură cu investigațiile privind încheierea unor înțelegeri anticoncurențiale. La data de 21.10.2021, Autoritatea Federală de Concurență din Austria ("BWB") a emis o decizie de sancționare a AG ca urmare a verificărilor întreprinse asupra acuzațiilor privind încheierea unor înțelegeri anticoncurențiale în legătură cu participarea la unele proiecte de construcții drumuri și lucrări auxiliare. În considerarea strânsei cooperări cu BWB, recunoașterii răspunderii în procedurile de investigare a cartelului, certificării sistemului de management de conformare și introducerii unui nou tip de monitorizare, BWB a propus aplicarea unui regim sancționar mai favorabil, respectiv o amendă redusă. Amenda a fost plătită de AG. Decizia Tribunalului Austriac pentru Cartel a fost deja publicată și a rămas definitivă.

De asemenea, declarăm pe proprie răspundere prin prezenta, faptul că, în ceea ce privește dosarul nr. 29 St 33/16f, nu a fost emisă până la această dată o decizie definitivă și irevocabilă.

În urma analizării documentelor depuse, comisia de evaluare a considerat răspunsul concludent, declarând oferta admisibilă.

Decizia de acceptare a documentelor depuse ca fiind suficiente pentru a nu atrage o decizie de excludere a ofertei trebuie circumstanțiată mai multor aspecte.

Astfel, un prim palier de verificare privește aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 (operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile) operatorului economic participant în procedură și, respectiv, subcontractantului, raportat la art. 170 alin. (1) din același act normativ (Autoritatea contractantă are obligația de a verifica inexistența unei situații de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167 în legătură cu subcontractanții propuși) și terțului susținător raportat la prevederile art. 183 alin. (1) din lege (Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167).

Așadar, situația care ar putea atrage decizia de excludere trebuie adusă la cunoștința autorității contractante de către operatorul economic/subcontract/terț susținător.

În cazul analizat AG societatea căreia i s-a aplicat o sancțiune nu este nici ofertantul, acesta fiind SRL, nici terțul susținător Z.o.o.

Fiind acționar al terțului susținător Z.o.o., s-a considerat necesar a fi adusă la cunoștința achizitoarei sancțiunea aplicată acționarului AG.

Data fiind situația expusă mai sus, nu se poate constata, pe de o parte, că ar fi fost completate eronat formularele DUAЕ, ... AG nefiind participant în procedură, și că, pe de altă parte, achizitoarea ar fi fost împiedicată să facă propria verificare în privința situației AG.

Aspectul apartenenței la același grup al celor două societăți (..... AG și SRL, respectiv la grupul SE) sau acționariatul AG la societatea participantă ca terț susținător (..... Z.o.o) nu implică vreo obligație de declarare în DUAЕ a abaterii în discuție.

Un al doilea palier de verificare, privește propria evaluare a autorității contractante a documentelor primite pentru a putea stabili

dacă poate intra într-o relație contractuală cu operatorul economic participant.

Astfel, în cauza C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA împotriva Companiei Naționale de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, invocată și de contestatoare, s-au statuat următoarele:

26 Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca,

C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27 Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca,

C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca

autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele. În această privință, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28 Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29 Revine astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.

30 În împrejurările litigiului principal, ... trebuie să stabilească în special dacă, în opinia sa, recurgerea de către ATE nr. 1 la un subcontractant fără să solicite în prealabil autorizarea primăriei constituia o deficiență semnificativă și, în cazul unui răspuns afirmativ, dacă această deficiență afecta îndeplinirea unei cerințe de fond care revine ofertantului în cadrul contractului nr. 1.

31 În acest scop, ... trebuie să evalueze importanța părții din contractul nr. 1 care a fost subcontractată și să determine, astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 45 din concluziile sale, dacă intervenția subcontractantului a avut un impact negativ asupra executării acestui contract.

32 De asemenea, ea trebuie să examineze dacă contractul privind această achiziție publică conținea o obligație de executare personală de către însuși ofertantul câștigător sau dacă condiționa recurgerea la un subcontractant de obținerea autorizației prealabile din partea primăriei, asemenea cerințe fiind compatibile cu articolul 71 alineatul (2) din Directiva 2014/24, după cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 39 din concluziile sale. Astfel, reiese din această dispoziție că, „[î]n documentele achiziției, autoritatea contractantă poate solicita ofertantului sau poate fi obligată de un stat membru să solicite ofertantului să indice în oferta sa partea din contract pe care intenționează să o subcontracteze unor terți, precum și subcontractanții propuși”. Astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 38 din concluziile sale, autoritatea contractantă nu este în măsură să aprecieze dacă subcontractantul este fiabil decât pe baza acestei informații. Solicitarea autorizației prealabile a autorității contractante urmărește în special să permită acesteia din urmă să se asigure că nu există un motiv de excludere a subcontractantului la care intenționează să facă apel ofertantul câștigător.

33 trebuie, în plus, să verifice dacă recurgerea la un subcontractant poate să constituie o modificare substanțială a ofertei pe care o formulase ofertantul

câștigător (a se vedea prin analogie Hotărârea din 13 aprilie 2010, Wall, C-91/08,

EU:C:2010:182, punctul 39), în sensul că aceasta introduce condiții care, dacă ar fi fost prevăzute în cadrul procedurii de atribuire inițiale, ar fi permis admiterea altor ofertanți decât cei admiși inițial sau ar fi permis selectarea unei alte oferte decât cea

selectată inițial (Hotărârea din 13 aprilie 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182,

punctul 38, și Hotărârea din 19 iunie 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06,

EU:C:2008:351, punctul 35).

34 În plus, revine sarcina să aprecieze dacă, prin neinformarea sa cu privire la rezilierea contractului nr. 1, ATE nr. 2 nu cumva a adoptat un comportament prevăzut la articolul 57 alineatul (4) litera (h) din Directiva 2014/24. Astfel, după cum a arătat în esență domnul avocat general la punctul 53 din concluziile sale, această dispoziție cuprinde atât un comportament activ, precum o falsificare, cât și o omisiune, din moment ce comunicarea de informații false este, în

aceeași măsură ca disimularea unor informații adevărate, susceptibilă să aibă un impact asupra deciziei luate de autoritatea contractantă.

35 Această interpretare este de altfel confirmată de articolul 57 alineatul (5) al doilea paragraf din Directiva 2014/24, potrivit căruia, „[î]n cursul procedurii, autoritățile contractante pot să excludă sau statele membre le pot solicita să excludă un operator economic în cazul în care se constată că operatorul economic se află, având în vedere faptele comise sau omise, fie înainte, fie în cursul procedurii, în una dintre situațiile menționate la alineatul (4)”.

36 În speță, întrucât rezilierea contractului nr. 1 a fost constatată în mod formal, revenea ATE nr. 2, în temeiul cerințelor de transparență și de loialitate, sarcina de a informa autoritatea contractantă cu privire la situația sa. Astfel, aceasta ar fi trebuit să furnizeze de la bun început toate informațiile susceptibile să probeze

caracterul eronat al calificării drept subcontractare, astfel încât nu și-a încălcat

obligățiile în cadrul contractului nr. 1 sau că lipsa obținerii autorizației din partea autorității contractante în cadrul contractului de achiziții publice anterior nu constituia decât o neregulă minoră. Astfel de precizări ar fi putut fi menționate în special în formularul standard pentru documentul european de achiziție unic, anexat la Regulamentul de punere în aplicare 2016/7. Astfel, partea III din acest formular, care este consacrată „Motivelor de excludere”, cuprinde o secțiune C referitoare la „Motive legate de insolvabilitate, conflicte de interese sau abateri profesionale”. Or, în cadrul acestei secțiuni C, candidații trebuie să răspundă printre altele la întrebarea dacă sunt vinovați de o abatere profesională gravă și sunt invitați, în cazul unui răspuns afirmativ, să ofere precizări.

37 În sfârșit, în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să ateste că

măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente pentru a evita

repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante.

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

Ca efect al principiului asumării răspunderii, autoritatea contractantă este cea abilitată să analizeze dovezile depuse și să stabilească dacă sunt suficiente pentru a permite menținerea ofertantului în procedură.

În sensul celor de mai sus a conchis și Curtea de Apel București în Decizia sa nr. 259 din 11 iunie 2019.

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

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

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

(...)

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

Revenind la speță, din documentele depuse, rezultă că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, în sensul că avea posibilitatea de a exclude sau, dimpotrivă, de a păstra operatorul economic în procedură.

Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a solicitat informații legate de stadiul anchetei în care este implicată AG și le-a considerat suficiente pentru demonstrarea relației de încredere și intrarea într-o relație contractuală cu operatorul economic.

Față de considerentele reținute, Consiliul constată că, în aplicarea corectă a legii, autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de apreciere în limitele impuse de lege, stabilind că se impune măsura menținerii în procedură a operatorului economic, față de situația acționarului AG, asumându-și răspunderea pentru soluția adoptată.

Fiind singura în măsură să aprecieze oportunitatea menținerii în procedură a unui operator economic aflat în această situație, Consiliul nu poate interveni, decât în măsura în care dispozițiile legale au fost încălcate, ceea ce nu este cazul în speță.

În considerarea celor prezentate, Consiliul constată a fi nefondate criticile referitoare la excluderea ofertantului din procedură.

În continuare, Consiliul va trece la analiza criticilor aduse propunerii tehnice și financiare depuse de asocieria

Preliminar acestei analize, trebuie aduse în discuție două aspecte: unul cel legat de accesul la dosarul constituit la Consiliul, iar al doilea cel legat de confidențialitatea ofertelor.

Față de ambele aspecte, este de remarcat faptul că, pentru aceleași argumente expuse pe larg în decizia nr. 507/C9/324 din 09.03.2022, în aplicarea dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă, Consiliul a pus la dispoziția părților documentele din dosarul constituit, cu excepția celor declarate confidențiale. De asemenea, în respectarea principiului tratamentului egal, Consiliul a avut în vedere că autoarea contestației a declarat la rândul său atât propunerea financiară, cât și propunerea tehnică, confidențiale în integralitatea lor.

Astfel, Consiliul, considerând susținerile contestatoarei legate de caracterul confidențial al documentelor respective lipsite de temei, nu a permis accesul la acele informații declarate confidențiale, dat fiind faptul că a fost îndeplinită procedura stabilită de legiuitor la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv *În sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.* Părțile nu au prezentat acordul concurenților pentru studierea ofertei lor.

Așadar, ... nu a avut acces la propunerea tehnică și financiară a asocierii

O primă critică privește faptul că asocieria nu a indicat în cadrul propunerii tehnice locația tuturor echipamentelor propuse pentru desfășurarea contractului și nici nu a indicat detaliile exprese solicitate cu privire la acestea.

Analizând propunerea tehnică a, Consiliul constată că la pag. 3334-3351 se găsește tabelul cuprinzând utilajele deținute, forma de deținere, locația în care se găsesc și angrenarea sau nu în contractele cu De asemenea, informații privind utilajele se regăsesc la pag. 4215-4233, cum a indicat și intervenienta.

Contestatoarea a invocat lipsa informațiilor amintite fără a prezenta vreo dovadă în acest sens. De asemenea, nu a prezentat dovezi în

susținerea afirmației referitoare la imposibilitatea asigurării necesarului de utilaje, criticile având un caracter formal/general.

O altă critică privește lipsa personalului necesar derulării contractului. Ca și în cazul criticii anterioare, afirmațiile au un caracter general, fără a fi însoțite de dovezi aferente.

Informațiile privind personalul se regăsesc la pag. 3352-3380 și 4235-4621.

În referire la critica privind nerespectarea acordului de mediu nr. 5 din 06.11.2017, nefiind implicați specialiștii aferenți, informațiile se regăsesc la pag. 144-146 (acordul de subcontractare a serviciilor aferente componentei de mediu); pag. 3364 (tabel cu nominalizarea a doi specialiști în domeniul protecție mediului); pag. 4385-4405 (documente justificative a pregătirii profesionale).

În privința atestărilor și calificărilor necesare pentru laboratorul de șantier informațiile se regăsesc la pag: 3316 și 3317 – autorizații laborator grad II, aparținând SRL.

Propunerea financiară – panouri fotoabsorbante – pag. 4686 – panouri fotoabsorbante – 3488 metri liniari (8720 metri pătrați).

Perioada maximă de garanție a lucrărilor – pag. 796-800 din propunerea tehnică.

Separat de faptul că nu a prezentat o argumentație concretă în susținerea afirmațiilor sale contestatoarea a făcut o prezentare proprie a aprecierilor sale față de oferta câștigătoare, fără însă vreo referire concretă la aceasta și fără depunerea vreunei probe în susținere.

Petenta a preluat informații din caietul de sarcini, le-a inclus în contestație și a adus acuzații speculative/nedovedite în privința informațiilor care trebuiau să se regăsească în propunerea tehnică și în cea financiară a ofertantei desemnate câștigătoare.

De altfel, în cererea de intervenție, asocierea a răspuns contestatoarei la fiecare dintre acuzații.

Așadar, analizând criticile aduse propunerii tehnice și financiare a asocierii se constată că aceasta a fost bazată exclusiv pe generalități și speculații, fără vreun argument concret cu privire la oferta asocierii.

Din cuprinsul contestației, se poate constata că motivele concrete de nelegalitate și netemeinicie a deciziei autorității contractante nu apar menționate.

Motivarea contestației, reprezentând un element esențial al acesteia, trebuia prezentată în cuprinsul ei, în interiorul termenului legal de contestare. Nicidecum motivarea contestației nu se poate realiza abia după ce contestatorul consultă dosarul cauzei la Consiliu.

Chiar și atunci când contestatorul invocă faptul că înscrisurile se află la partea adversă (autoritatea contractantă), el este ținut să își

motiveze acțiunea, respectiv să explice de ce este nelegal actul autorității pe care îl atacă, în termenul prescris imperativ de lege.

Contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept. În lumina legislației incidente, formularea și, implicit, motivarea contestației sunt independente de studiul dosarului cauzei de către contestator, dosar care, evident, nici nu există la data depunerii contestației, ci se întocmește ulterior de către organul administrativ-jurisdicțional. În consecință, și soluționarea contestației este și trebuie să fie independentă de studierea dosarului cauzei de către reclamantă. Nicio prevedere în vigoare nu leagă și, cu atât mai puțin, nu împiedică soluționarea contestației de către Consiliu de absența studierii dosarului de către părțile în conflict, în cele 20 de zile de care dispune organul jurisdicțional, dimpotrivă.

Consiliul nu se poate substitui autoarei sesizării în ce privește invocarea tuturor motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate. Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, care servește la determinarea exactă a obiectului judecății administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Nu există temei legal pentru motivarea contestației în afara termenului stabilit de legiuitor, eventual după primirea dosarului achiziției publice.

Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertei concurente pe bază de supoziții.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestației sau soluționarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice. Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți, cum s-a spus mai înainte.

În raport de cele evocate, Consiliul va respinge ca nefondată contestația

În consecință, va fi admisă cererea de intervenție formulată de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocieria - SRL - SA -..... SA - SA, prin liderul, în contradictoriu cu

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SRL și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

OPINIE SEPARATĂ

Contrar opiniei majorității membrilor completului, apreciem că, în speță, soluția era de admitere, în parte, a contestației, respectiv de admitere a capătului de cerere privind reevaluarea ofertei SRL, pentru următoarele motive:

În ceea ce privește faptul că autoritatea contractantă are obligația să țină cond de următoarea aspecte privind asocierea

Autoritatea Federală Austriacă pentru Concurență Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), în data de 14 iulie 2021, a amendat AG cu peste 45 milioane de euro, pentru înțelegeri anticoncurențiale. BWB a arătat că două companii aparținând grupului, respectiv AG și F., fac parte dintr-un cartel anticoncurențial, acuzațiile vizând fixarea ilegală de prețuri, împărțirea pieței și schimb de informații cu concurenții în legătură cu licitații organizate de firme private și de autorități publice în sectorul construcțiilor din Austria în perioada iulie 2002 - octombrie 2017.

Decizia BWB a fost menținută de către Curtea Cartelurilor din Viena, decizia de sancționare devenind definitivă la data de 21.10.2021.

Participarea AG la un cartel constituit în vederea trucării licitațiilor publice de infrastructură reprezintă o abatere profesională gravă în sensul Legii nr 98/2016.

În conformitate cu prevederile legale, pentru incidența motivului de excludere, trebuie îndeplinite două condiții obligatorii:

a) operatorul economic să fi săvârșit o abatere profesională gravă, care îi pune în discuție integritatea, și

b) abaterea disciplinară să poată fi dovedită printr-o decizie a unei instanțe judecătorești, a unei autorități administrative sau a unei organizații internaționale.

Prima condiție este confirmată și de Decizia nr. 738/2018 a Curții Constituționale a României, referitoare la admiterea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, ce a statuat privind abaterea profesională gravă următoarele: (...) *abatere profesională gravă reprezintă orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă* Curtea reține că, indiferent de înțelesul dat de lege, abaterea profesională gravă trebuie stabilită în mod definitiv de o instanță de judecată sau de o autoritate administrativă competentă în domeniul respectiv.

Și a doua condiție este îndeplinită, întrucât abaterea profesională gravă săvârșită de a fost confirmată în mod oficial de Autoritatea Federală Austriacă pentru Concurență (AFCA), care a emis decizia de sancționare, și menținută de Curtea Cartelurilor din Viena, devenind astfel definitivă.

Astfel cum rezultă din comunicatul oficial al autorității austriece pentru concurență, activitățile continue privind trucarea licitațiilor s-au derulat pe o perioadă de nu mai puțin de 15 ani (iulie 2002 - octombrie 2017).

Mai mult decât atât, precizează contestatorul, aceste practici ilegale continue au fost oprite nu din propria inițiativă a operatorilor economici implicați ci ca urmare a demarării investigațiilor de către AFCA, în primăvara anului 2017.

Luând în considerare această continuare a activităților, inclusiv după declanșarea investigațiilor (perioada pentru care a fost sancționat întinzându-se până în octombrie 2017, la peste 6 luni de când fusese demarată investigația împotriva sa), transpare inclusiv atitudinea lipsită de sinceritate a acestui operator în cadrul anchetei desfășurate în Austria, în cadrul căreia AG pare (specifică contestatorul) să fi cooperat cu scopul exclusiv de a obține o amendă redusă și neavând nicio intenție să își asume faptele și comportamentul sancționabil și să se redreseze pentru a putea aduce garanții suficiente privind reabilitarea, în cadrul altor proceduri.

Dincolo de ancheta administrativă privind activitățile de tip cartel, soluționată definitiv prin aplicarea în anul 2021 a unei amenzi record, informațiile existente în spațiul public, la nivelul anului 2019, au făcut referire și la anchete penale derulate în legătură cu înțelegerile anti-concurențiale, ..., alături de alte companii de profil din Austria fiind investigate.

În plus față de aceasta, în conformitate cu informațiile existente în spațiul public, și autoritățile letone din domeniul protecției mediului concurențial au anunțat, în septembrie 2021, demararea unei investigații ce privește posibile practici anticoncurențiale ale mai multor companii ce acționează în domeniul construcțiilor pe teritoriul Letoniei, printre care se află și

Astfel, comportamentul recidivist al acestui operator economic rezultă, cu puterea evidenței, având în vedere faptul că, deși fusese începută ancheta și AG era actorul principal în cadrul acesteia, totuși, acesta pare să își fi continuat practicile contrare legislației aplicabile, ceea ce a dus la demararea de investigații cu privire la o altă subsidiară a sa dintr-o altă țară membră a Uniunii Europene.

În opinia contestatorului, aceste aspecte sunt motiv real de îngrijorare, în ceea ce privește fiabilitatea ofertantului, referitor la îndeplinirea criteriilor de selecție și în special referitor la executarea contractului, având în vedere faptul că AG este terț susținător atât în ceea ce privește activitatea de proiectare cât și cea de execuție și că o mare parte din experiența și calificarea necesare pentru realizarea unui proiect de o asemenea anvergură nu aparține "ofertanților" din cadrul asocierii „ofertante”, ci aparține acestui terț.

În plus, față de toate aceste aspecte, consideră contestatorul relevant faptul că AG și SRL fac parte din aceeași entitate economică care participă la procedura de achiziție publică (din informațiile publice disponibile, ... AG și SRL fac parte din același grup de societăți - SE).

Mai mult decât atât, ... SE deține controlul complet atât al SRL, cât și al AG, astfel încât ar fi absurdă premisa conform căreia SE nu ar avea cunoștință de abaterile profesionale grave săvârșite de către AG.

De asemenea, având în vedere apartenența ambelor societăți, ofertant și terț, la același grup de firme, devine evident că inclusiv ofertantul SRL avea cunoștință de ancheta în curs împotriva AG și de faptul că această companie și-a recunoscut acțiunile sancționabile și, totuși, a participat la procedură având ca terț susținător această entitate, fără a aduce la cunoștința autorității contractante aceste aspecte.

(b) AG se încadrează în cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu a prezentat autorității contractante informații cu privire la abaterea profesională gravă de care se face vinovat.

Având în vedere existența investigației de amploare derulată în ultimii ani în Austria, în cadrul căreia a recunoscut săvârșirea faptelor, "cooperând" cu autoritățile austriece cu mult înainte ca sancțiunea să rămână definitivă, era obligatorie, potrivit legii, aducerea la cunoștința autorității contractante, prin orice mijloace, a abaterii/lor profesionale grave, în vederea corectei aprecieri a acestui operator economic și pentru a se respecta principiile achizițiilor publice, în special principiul transparenței și principiul tratamentului egal.

..... AG a fost sancționat definitiv de către Curtea Cartelurilor cu o amendă în valoare de 45 de milioane de Euro, acest operator economic fiind indicat terț susținător al Asocierii, astfel încât acesta era obligată să informeze autoritatea contractantă despre incidența motivului de excludere cel mai târziu din momentul luării la cunoștință de rămânerea definitivă a acestei sancțiuni.

Dincolo de obligația reglementată de art. 167 din Legea 98/2016, de a prezenta informații autorității cu privire la incidența motivului de excludere, chiar autoritatea contractantă a indicat, în mod expres, în cuprinsul formularului de candidatură obligația ofertanților de a notifica imediat autoritatea dacă se modifică oricare dintre informațiile ce fuseseră anterior furnizate.

Chiar dacă sancțiunea privind terțul AG a devenit definitivă în octombrie 2021, prin decizia Curții Cartelurilor, aceasta entitate era perfect conștientă de existența acestui motiv de excludere. Acesta era real și perfect determinabil, iar prefigurarea aplicării sancțiunii certă (..... a recunoscut faptele și a cooperat cu autoritățile austriece), singurul aspect rămas de finalizat fiind formalizarea acestei sancțiuni.

Apreciază contestatorul că relevanță în acest sens au și mențiunile făcute chiar de către, pe siteul său oficial, pe data de 14 iulie 2021, în cadrul comunicatului transmis în legătură cu aplicarea acestei amenzi de către AFCA: *Companiile din grup AG și F. LANG U. K. MENHOFER BAUGESELLSCHAFT M.B.H. & CO. KG au emis o recunoaștere ca parte a unui acord în cadrul procedurilor antitrust aflate pe rolul lor.*

Ulterior, Autoritatea Federală pentru Concurență (BWB) a depus o cerere la Tribunalul Cartelului pentru o amendă împotriva celor două companii, în valoare de 45,37 milioane Euro.

O amendă împotriva entităților, în cuantumul solicitat, nu ar necesita o ajustare a orientărilor privind câștigurile grupului SE, deoarece prevederile corespunzătoare pentru procedurile antitrust au fost făcute în situațiile financiare consolidate din 2020.

Din cuprinsul acestui comunicat oficial rezultă două aspecte: recunoașterea faptelor de către cele 2 companii din grupul a avut loc anterior datei definitivării amenzii; participarea la un cartel care a vizat trucarea licitațiilor.

Mult anterior momentului aplicării efective a sancțiunii, fuseseră constituite deja așa-numitele provizioane, în situațiile financiare pentru anul 2020, pentru aceste proceduri antitrust.

Consideră contestatorul că, prin neaducerea la cunoștința autorității contractante a acestei abateri profesionale grave, operatorul economic demonstrează că nu s-a disociat complet și efectiv de acest comportament și nu poate aduce garanții care vor proteja integritatea și transparența de care trebuie să beneficieze o astfel de procedură de achiziții.

În plus, raportat la perioada îndelungată pe parcursul căreia AG a desfășurat aceste practici anticoncurențiale, precum și a sancțiunii considerabile aplicate, consideră contestatorul că operatorul economic nu îndeplinește condițiile prevăzute de legislația achizițiilor publice și de jurisprudența europeană pentru a demonstra că a întreprins demersuri suficiente și eficiente pentru a evita o excludere din cadrul procedurii.

Astfel, pentru a evita o excludere din procedură operatorul trebuie să întreprindă și să finalizeze demersuri efective și eficiente, inclusiv la nivel de top-management al entității economice.

De altfel, operatorul economic AG era pe deplin conștient atât de obligația de informare a autorității contractante, cât și de necesitatea adoptării unui anume tip de măsuri, în situația intervenirii unui astfel de motiv de excludere, având în vedere comportamentul său în cadrul unor proceduri anterioare, în care a considerat că este necesar să notifice entitatea contractantă de comiterea de abateri profesionale grave de către alți participanți la procedura respectivă.

În plus față de respectiva notificare, sunt relevante și susținerile acestui operator economic în fața instanțelor de judecată, în ceea ce privește încălcarea obligației de sinceritate, prin nedeclararea abaterii profesionale grave, încadrarea unei sancțiuni aproape identice cu a sa în cadrul motivului de excludere și a insuficienței oricăror posibile măsuri de remediere întreprinse de acel operator, câtă vreme abaterea gravă nu fusese devoalată entității contractante.

Același operator a criticat și calificat a fi insuficiente și ineficiente măsurile de auto-curățare declarate de competitorul său (în condițiile în care acel operator procedase, inclusiv, la înlocuirea personalului din funcții de conducere).

Necesitatea adoptării unor măsuri concrete și efective de remediere a fost consacrată și în jurisprudența europeană (Hotărârea CJUE, în Cauza C-124/17).

În plus, autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă Asocierea în cauză intră sub incidența OUG nr. 25/2021 **privind modificarea și completarea unor acte normative în domeniul achizițiilor publice.**

Așa cum este notat în preambulul ordonanței mai sus menționate trebuie să luăm în considerare că starea de fapt, independentă de voința Guvernului, a circumstanței extraordinare este determinată de situația din ultimii ani, în care s-a constatat o creștere a numărului de ofertanți din spațiul extracomunitar la procedurile de achiziții publice, care oferă garanții reduse cu privire la respectarea unor cerințe, cum ar fi: standardele de calitate certificate, standardele de mediu și dezvoltare durabilă, cerințe legate de condiții de muncă și protecție socială, politici concurențiale, în acest sens, participarea operatorilor din statele terțe extracomunitare la procedurile de achiziții publice, în special în domeniul transporturilor, precum și în alte domenii strategice, cu impact asupra dezvoltării economice și sociale durabile a țării, poate periclita decisiv marile investiții publice din România.

Tot în ordonanța în cauză avem următoarea precizare: „**Articolul 62 va avea următorul cuprins:**

"Art. 62 - (1) Entitățile contractante au obligația să respecte toate principiile conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal și nediscriminatoriu, și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

(2) În măsura în care intră sub incidența anexelor 3, 4 și 5, 6 și 7 la Apendicele I al Uniunii Europene la AAP și a celorlalte acorduri internaționale care prevăd obligații în sarcina Uniunii Europene, entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b) acordă lucrărilor, produselor, serviciilor și operatorilor economici ai semnatarilor acestor acorduri un tratament egal cu cel acordat lucrărilor, produselor, serviciilor și operatorilor economici din Uniunea Europeană."